

JURISTISCHE ABHANDLUNGEN
HERAUSGEGEBEN VON WOLFGANG NAUCKE

BAND XXII



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

CORNELIUS PRITTWITZ

STRAFRECHT UND RISIKO

UNTERSUCHUNGEN ZUR KRISE VON
STRAFRECHT UND KRIMINALPOLITIK
IN DER RISIKOGESELLSCHAFT

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT
Professur für Strafrecht und Strafprozess
Kriminologie und Rechtsphilosophie
Professor Dr. jur. Cornelius Prittwitz
Tel. 069 / 798-34348 - Fax 069 / 798-34525
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
60629 Frankfurt am Main



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds
Wissenschaft der VG Wort

Inv.-Nr. 4117

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Prittwitz, Cornelius: Strafrecht und Risiko:
Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der
Risikogesellschaft / Cornelius Prittwitz. – Frankfurt am Main:
Klostermann, 1993 (Juristische Abhandlungen; Bd. 22)
ISBN 3-465-02587-3
NE: GT

© Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main 1993
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in
einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter
Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen
und zu verbreiten.

Satz: Peter & Partner, Höchberg bei Würzburg
Druck: Weihert-Druck GmbH, Darmstadt
Printed in Germany

VORWORT

Die Arbeit wurde im Oktober 1991 abgeschlossen und lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main im Wintersemester 1991/92 als Habilitationsschrift vor. Für den Druck konnte ich nur geringfügige Änderungen vornehmen. Seitdem erschienene Beiträge habe ich vereinzelt noch in die Fußnoten eingearbeitet. Besonders hinweisen möchte ich insoweit auf *Urs Kindhäusers* wichtigen Aufsatz „Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft.“ (Universitas 1992, S. 227 ff.), sowie *Eric Hilgendorfs* demnächst erscheinende Tübinger Dissertation zur strafrechtlichen Produkthaftung in der „Risikogesellschaft“.

All denen, die das Entstehen dieser Arbeit mit kritischem Interesse begleitet und auf vielfältige Weise unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle sehr herzlich danken: *Klaus Lüderssen*, seit vielen Jahr mehr als mein Lehrer, hat sich von dem Thema spontan begeistern lassen und die Arbeit im besten Sinn des Wortes »betreut«. *Wolfgang Naucke* war der zweite Berichterstatter im Habilitationsverfahren und hat die Arbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe aufgenommen; dafür gebührt ihm Dank, mehr noch jedoch für wichtige Gespräche und Ermutigungen, die ich von ihm ebenso wie von *Herbert Jäger* im richtigen Moment erfahren habe. *Tilman Ickes*, *Cornelius Nestler-Tremel* und *Frank Scholderer* haben sich die Mühe gemacht, einige Kapitel des Entwurfes zu lesen. *Lorenz Schulz* schließlich ist den Gesamttext nochmals minutiös durchgegangen. *Anke Jahns* hat mehrere Fassungen der Arbeit korrekturgelesen. Ihrer aller konstruktive Kritik war von unschätzbarem Wert.

Dankend erwähnen möchte ich schließlich diejenigen, die mir in den verschiedenen Stadien des Projekts bei der allmählichen Vervielfältigung der Gedanken halfen: den Teilnehmerinnen und Teilnehmern an dem im Sommersemester 1989 angebotenen Seminar „Kriminalpolitische und strafrechtliche Bewertung riskanten Verhaltens“, an *Winfried Hassemers* Doktorandenseminar im Winter-

semester 1989/90, sowie an der von *Felix Herzog* und mir geleiteten Arbeitsgruppe „Strafrecht (in) der Risikogesellschaft“ im Rahmen einer im Herbst 1990 von der Studienstiftung des deutschen Volkes veranstalteten Ferienakademie. Den Kolleginnen und Kollegen des „Dienstags-Seminars“ der Frankfurter Strafrechtler danke ich für letzte wichtige Anregungen bei einer Diskussion des Projekts im Februar 1991, vor allem aber für die ebenso freundschaftliche wie ertragreiche Zusammenarbeit in den vergangenen Jahren.

Schließlich ist dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT, dessen großzügiger Druckkostenzuschuß das schnelle Erscheinen der Arbeit ermöglicht hat, ebenso zu danken, wie dem Verlag Vittorio Klostermann für die ebenso freundliche wie kompetente verlegerische Betreuung. *Michael Klostermann* war im Frühjahr 1992 mein Gesprächspartner im Verlag und hat großes Interesse an Buch und Autor gezeigt. Mit ihm hat ein junger Verleger alten Stils das Erscheinen des Buches nicht erlebt.

Frankfurt am Main, 10. Oktober 1992

C.P.

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	27
Erster Teil: Die Grundlagen	
1. Kapitel Die Diskussion über die Risikogesellschaft	49
2. Kapitel Risikodiskussionen in der Risikogesellschaft Die ‚nichtjuristischen Risikowissenschaften‘ und ihre Relevanz für das Strafrecht	81
3. Kapitel Die Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft – Anknüpfungspunkte im Schrifttum –	114
Zweiter Teil: Die Untersuchung	
Vorbemerkungen	167
4. Kapitel ‚Kriminalität‘ und ‚Kriminalisierung‘ in der Risikogesellschaft	172
5. Kapitel Straftheorien in der Risikogesellschaft	199
6. Kapitel Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.	236
7. Kapitel Der Einzug des Risikogedankens in das Strafrecht	261
8. Kapitel Die Risikodogmatik	320
Zusammenfassende Kritik am ‚Risikostrafrecht‘ und Vorüberlegungen zum ‚Gegenentwurf‘	364

INHALT

EINLEITUNG

A. Die Entstehungsgeschichte	27
B. Ziel und These der Untersuchung	28
I. Risikoorientierungen	29
1. Die Karriere des strafrechtlichen Risikobegriffs	29
a) Risiko – ein vertrauter Begriff aus dem „Grundwortschatz“ des Strafrechts	29
b) Risiko – ein neuerdings zentraler Strafrechtsbegriff	30
2. Der nichtstrafrechtliche Risikobegriff	33
a) Risiko – ein vertrauter Begriff der Kauf- und Seeleute und ihrer Versicherer	33
b) Risiko – ein neuerdings zentraler gesellschaftlicher Begriff	34
3. Reiz und Risiko der Analyse des Strafrechts als „Strafrecht der Risikogesellschaft“	36
II. Strafrecht und Kriminalpolitik in der Krise?	38
1. Die gängige Interpretation von status quo und Entwicklung des Strafrechts	38
2. Chronische und akute Strafrechtskrisen und ihre Bedeutung für die Untersuchung – aus einer Perspektive, die weder das Strafrecht überhaupt noch das Zweckstrafrecht abschaffen will und die Fortschritte der Strafrechtsentwicklung nicht leugnet	43
C. Der Aufbau der Untersuchung	45

ERSTER TEIL

Die Grundlagen

1. Kapitel

Die Diskussion über die Risikogesellschaft

A. Überblick	49
B. Ulrich Becks Risikogesellschaft: eine Gefahrgesellschaft?	50
I. Der „großangelegte Theorieentwurf“	50
II. Horror und Utopie: die klassenlose und grenzenlose Welt(risiko)gesellschaft	51
III. Die politischen Konturen der Risikogesellschaft	52
IV. Die Bedeutung der Nebenfolgen in Becks Konzept	54
V. Der Risikobegriff in Becks Risikogesellschaft	55
VI. Ist Becks Risikogesellschaft angemessener als Gefahrgesellschaft zu bezeichnen?	56
VII. Die organisationssoziologische Seite von Becks Risikogesellschaft: Charles Perrows Gesellschaft der „normalen Katastrophen“	57
VIII. Zusammenfassende Stellungnahme	60
C. Adalbert Evers und Helga Nowotnys Risikogesellschaft: eine Sicherheitsgesellschaft	62
I. Der Vergleich von Sicherheitsdiskursen: vom Armutsrisiko zum Technologierisiko	62
II. Die Konturen der Risikogesellschaft bei Evers/Nowotny	63
1. Die Risikogesellschaft als risikobeherrschende Gesellschaft	63
2. Die Risikogesellschaft als Gesellschaft, in der die Risiken mit den Entscheidungsmöglichkeiten wachsen	64
D. Die Risikogesellschaft – eine verunsicherte Gesellschaft? (Das Gesellschaftsbild der Risikoforscher)	65
I. Die Einstellung der Risikoforscher zum Risiko	65
1. Risiko: Element unseres Lebens	66
2. Risiko: Motor des Fortschritts	66
3. Rechtfertigt dieses Verständnis von Risiko als „Element des Lebens und Motor des Fortschritts“ die Bezeichnung unserer Gesellschaft als Risikogesellschaft?	67
II. Die Einstellung der Risikoforscher zu gesellschaftlicher Risikowahrnehmung und gesellschaftlichem Risikoverhalten	68

1. Der von Risikoentscheidungen überforderte Mensch	70
2. Das wachsende Wissen um Risiken und die Verzerrung dieses Wissens durch die Medien als Hindernis für rationale Risikoentscheidungen	71
3. Die allgemeine Verunsicherung	72
4. Die Risikogesellschaft – in den Augen der Risikoforscher eine Gesellschaft kollektiv irrationaler Risikowahrnehmung und entsprechenden Risikoverhaltens	75

E. Der Risikogesellschaftsbegriff dieser Untersuchung	75
I. Widersprüchliches und scheinbar Widersprüchliches	75
1. Die Kompatibilität des Modells von Evers/Nowotny mit den anderen Modellen	77
2. Die überraschend weitgehende Kompatibilität der risikoskeptischen und risikofreundlichen Modelle	77
II. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Verwendung eines vagen – und zum Teil widersprüchlichen – Begriffs von Risikogesellschaft in dieser Untersuchung	78

2. Kapitel

Risikodiskussionen in der Risikogesellschaft Die nichtjuristischen Risikowissenschaften und ihre Relevanz für das Strafrecht

A. Rückblick – Ausblick	81
B. Die Anschlußstellen zwischen der Rechtswissenschaft und den nichtjuristischen Risikowissenschaften	82
I. Die Entscheidungen des Strafgesetzgebers	83
II. Die Entscheidungen des Normadressaten	84
1. Die Entscheidung für das Strafbarkeitsrisiko	84
2. Die für fremde Rechtsgüter riskante Entscheidung	85
III. Die Entscheidungen der Strafjustiz	86
C. Einführung in ausgewählte Aspekte von Entscheidungstheorie und Risikoforschung	88
I. Übersicht über Entwicklung, Gegenstand und Begriffe der nichtjuristischen Risikowissenschaften	88
1. Die Grundproblematik menschlichen Entscheidens	88
2. Entscheidungstheorie	90
3. Risikoforschung	92
II. Ausgewählte Aspekte der normativen Entscheidungstheorie	95

1. Die Unterscheidung zwischen Entscheidungen unter Sicherheit, unter Risiko und unter Ungewißheit	95
a) Vorbemerkungen	95
b) Entscheidungen unter Sicherheit	96
c) Entscheidungen unter Risiko	97
d) Entscheidungen unter Ungewißheit	99
2. Entscheidungen bei bewußt handelnden Gegenspielern	101
3. Entscheidungen durch Entscheidungsgremien	101
III. Ausgewählte Aspekte der deskriptiven Entscheidungstheorie und der Risikoforschung	103
1. Ergebnisse der deskriptiven Entscheidungstheorie: Wie entscheiden Menschen in riskanten Situationen?	103
a) Individuelle (persönlichkeitsbedingte) Unterschiede	103
b) Situative Unterschiede	105
aa) Bekanntheit des Risikos	105
bb) Freiwilligkeit des Risikos	106
cc) Die Beeinflußbarkeit des Risikos	106
dd) Der Eintrittszeitpunkt drohender Folgen und der von ihnen betroffene Personenkreis	107
2. Sozialpsychologische Erkenntnisse über die nachträgliche ex ante Zuschreibung von Verantwortung für (riskante) Entscheidungen	107
a) Die ‚Severity-Responsability-Relation‘	108
b) Das Phänomen des ‚Creeping Determinism‘	109
c) Die ‚Actor-Observor‘ Differenz	110
d) Risikoeinschätzungen als ‚Stimmungssache‘	111
e) Zusammenfassung attributionstheoretisch orientierter Ansätze, die Tendenz des Risikostrafrechts, aus ‚Unglücken‘ Unrecht zu machen, zu verstehen	112
 <i>3. Kapitel</i> <i>Die Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft: Anknüpfungspunkte im Schrifttum</i>	
A. Rückblick – Ausblick	114
B. Die Sicht der Soziologie	115
I. Das Recht in Ulrich Becks Konzept der Risikogesellschaft	115
1. Das Recht als Hoffnungsträger	115
2. Das Recht als Hauptschuldiger ‚organisierter Unverantwortlichkeit‘	116

3. Stellungnahme zu Becks Ansichten zum Recht (in) der Risikogesellschaft	119
II. Die Rolle des Rechts in Niklas Luhmanns „Soziologie des Risikos“	120
1. Das Prinzip der Folgenorientierung als Zumutung an das Recht, Risiken auf sich zu nehmen	121
2. Gefährdungshaftung als Spezialfall normativer Überforderung des Rechts	124
3. Schon Gegenwart – oder erst Zukunft des Rechts in der Risikogesellschaft: Luhmanns Skizze eines Risikorechts	124
4. Wirklichkeit in Japan und den USA – hier (noch) Utopie: Das Rechtssystem als der schwerfälligen Bürokratie überlegene Instanz von Risikopolitik	125
5. Zusammenfassung und Stellungnahme zu Luhmanns Skizze vom Recht in der Risikogesellschaft	126
C. Die rechtspolitische Perspektive: Kommentare zum Recht in der explizit so genannten Risikogesellschaft	127
I. Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft (Rainer Wolf)	127
1. Renaissance des Modells polizeilich garantierter Sicherheit oder Ende der Epoche der Staatlichkeit?	127
2. Zur Diskrepanz zwischen (herrschender) Theorie und (nachweisbarer) Wirklichkeit – Die Herrschaft kraft Wissen (Max Weber)	129
3. Der bedrohte Primat des Rechts	130
4. Wolfs Skizze eines der Risikogesellschaft angemessenen Risikorechts	130
5. Stellungnahme zu Wolfs Analyse der gegenwärtigen und künftigen Rolle des Rechts in der Risikogesellschaft	132
II. Vorüberlegungen zur rechtspolitischen Bewältigung der Risikogesellschaft (Michael Bock)	132
1. Die Einordnung der von Beck benannten Probleme in schon bestehende Diskussionen	132
2. Der Widerstand des Gesetzes im ‚Verfassungsstaat‘ gegen das ‚Notstands-Risikorecht‘	133
a) Die Notwendigkeit berechenbarer Gesetze	133
b) Die Notwendigkeit der Akzeptanz von Gesetzen	134
D. Staats- und verfassungsrechtliche Paralleldiskussionen: Sicherheit als Grund- und Menschenrecht im „Präventionsstaat“	135
I. Anknüpfungspunkte	135

II.	Die unheilige Allianz: Zur gemeinsamen Beschwörung eines Rechts auf Sicherheit der ‚konservativen‘ staatsrechtlichen Position einerseits, der ‚fortschrittlichen‘, radikal-ökologischen Position andererseits	136
III.	Sicherheit als Menschenrecht (Gerhard Robbers).	136
IV.	Die Verwechslung von innerer und äußerer Sicherheit, das Verkennen von Sicherheitsbedrohungen – und die Kritik daran	137
V.	Die von der Kritik am Sicherheitsstaat zu unterscheidende Kritik am Präventionsstaat	138
	1. Die Rationalitätsgrenzen des Konzepts: Sicherheit durch regulatorisches Recht? (Gunther Teubner)	139
	a) Schleichwege: Fremdregulierung durch Selbstregulierung	140
	aa) „Wechselseitige Beobachtung“ und indirekte Steuerung	141
	bb) „Kommunikation über Organisation“	142
	cc) Der „Anschluß über Interferenz“	143
	b) Probleme der „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“	144
	c) Kosten der „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“	145
	d) Zusammenfassung	146
	2. Die normativen Grenzen	147
	a) Der Verlust an Rechtsstaatlichkeit im Risikorecht des Präventionsstaates (Erhard Denninger)	147
	b) Die Risikoidee als Indikator und ‚Agent‘ der Ablösung der individuellen durch die soziale Gerechtigkeit (Rudolf Wiethölter)	147
VI.	Die Vernebelung der Probleme durch die Verwendung eines weiten Rechtsstaatsbegriffs – eine Kritik, die den Sicherheits- und den Präventionsstaat trifft (Detlef Krauß, Hans Albrecht Hesse)	149
E.	Die Konturen des ‚Strafrechts der Risikogesellschaft‘ in ersten Stellungnahmen aus dem strafrechtlich-kriminalpolitischen Schrifttum	149
	I. Risikostrafrecht als Teil einer Entwicklung vom Strafrecht der Lebenswelt zum Strafrecht sozialer Systeme (Kai-D. Bussmann)	150
	1. Das Abrücken vom Monopol der herrschaftstheoretischen Perspektive	150
	2. Die Effizienz-Defizite des Strafrechts sozialer Systeme	150
	3. Das Strafrecht sozialer Systeme als ‚modernes‘ Strafrecht: Die ‚postmoderne‘ Kritik	151

II.	‚Modernes‘ Strafrecht: Antwort auf die Probleme der Risikogesellschaft und Bedrohung der überkommenen Prinzipien des materiellen Strafrechts (Winfried Hassemer)	152
	1. Die Problemanalyse	152
	2. Die Bewertung	153
III.	Gefährdungsdelikte als Prototypen des Risikostrafrechts	153
	1. Gefährdung als Straftat (Urs Kindhäuser)	154
	2. Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge (Felix Herzog)	156
F.	Zusammenfassung des Kapitels und Überleitung zum zweiten Teil der Untersuchung	160

ZWEITER TEIL

Die Untersuchung

Vorbemerkungen

A.	Anknüpfen an den Befund ‚Risikogesellschaft‘	167
B.	Zu einigen grundsätzlichen und offensichtlichen Fragen und Einwänden	168
	I. Der Einwand, jedes Strafrecht sei ‚Risikostrafrecht‘ – und sei es immer schon gewesen	168
	II. Der Einwand, spätestens das moderne Zweckstrafrecht Franz von Liszts sei schon Risikostrafrecht gewesen	170
C.	Ausblick auf die Kapitel des zweiten Teils	171

4. Kapitel Kriminalität und Kriminalisierung in der Risikogesellschaft

A.	Kriminologische Vorüberlegungen zum Verhältnis von Kriminalität, Strafrecht und Kriminalpolitik	172
B.	Kriminalität unter den Bedingungen der Risikogesellschaft	174
	I. Neue Taten, neue Täter aufgrund neuer Kriminalisierungen in der Risikogesellschaft	174
	1. Vergleich des strafrechtlichen Normenbestandes 1871 und 1991	174

2. Tatspezifische Besonderheiten	176
3. Täterspezifische Besonderheiten	178
II. Neues Täterverhalten in der Risikogesellschaft: Die Straftat als riskante Entscheidung	181
1. „Kriminalität als Modernisierungsrisiko“ (Baldo Blinkert)	181
a) Die Theorie der Kriminalität als Modernisierungs- risiko	182
aa) Kriminalität als rationales Verhalten	182
bb) Die geringe soziale Verankerung der Identität, und daher hohe Individualisierung von Straftätern	183
cc) Kriminalitäts- und Wirtschaftswachstum: ein antizyklisches Verhältnis	183
dd) Kriminalitätswachstum – ein autokatalytischer Prozeß	184
b) Der empirische Nachweis gewachsener Kriminalitäts- belastung	186
aa) Die Polizeiliche Kriminalstatistik als Beleg für die wachsende Kriminalitätsbelastung	186
bb) Zweifel an der Aussagekraft der Polizeilichen Kriminalstatistik bezüglich der Kriminalitäts- entwicklung	187
aaa) Urbanisierung und Anzeigeverhalten	189
bbb) Anzeigeverhalten in der ‚Versicherungs- gesellschaft‘	190
cc) Stellungnahme zur These gewachsener Kriminalitätsbelastung	191
2. Stellungnahme zur Kriminalität als Modernisierungs- risiko	192
a) Kriminologische Einwände	192
b) Der Reiz dieser Thesen für eine Kriminologie der Risikogesellschaft	193
C. Forschungsfragen zur Kriminalität (in) der Risikogesellschaft	194
I. Erste Antworten: Die Kriminalität der Risikogesellschaft: Zwischen Mikro- und Makrokriminalität	194
1. Die notwendige Erweiterung des kriminologischen Gesichtsfeldes	194
2. Das Spezifikum: Die Konformität und ‚Banalität‘ der Kriminalität der Risikogesellschaft	195
II. Offengebliebene Fragen	198

5. Kapitel
Straftheorien in der Risikogesellschaft

A. Strafretheoretisch relevante Aspekte der Risiko(gesellschaft)- Diskussion	199
I. Die Infragestellung des Zwangs, Strafe dem Betroffenen gegenüber zu legitimieren	199
II. Die Fragwürdigkeit der Folgenorientierung in der Risikogesellschaft als ‚Nebenfolgendengesellschaft‘	200
B. Die Strafretheoriediskussion in der Risikogesellschaft	200
I. Das Grundübel der Strafzweckdiskussion	201
1. Die Beschreibung des Grundübels	201
2. Die Behandlung des straftheoretischen Dilemmas (Grundübels) durch die einzelnen Straftheorien	202
a) Die absolute Straftheorie	202
b) Die Theorien der Spezial- und der negativen Generalprävention	204
c) Die Theorie positiver Generalprävention	206
d) Zusammenfassung und Überleitung	209
II. Die Effektivitätskrise des spezialpräventiv und des negativ-generalpräventiv begründeten Strafrechts	209
1. Die Theorie der Spezialprävention	209
a) Wegsperrern – Incapacitation	210
b) Spezielle Abschreckung	210
c) Resozialisierung	211
2. Negative Generalprävention (Abschreckung)	212
III. Positive Generalprävention	213
1. Mosaiksteine positiver Generalprävention	213
a) Der Begriff positiver Generalprävention	213
aa) Formulierungen der Rechtsprechung	214
bb) Formulierungen im Schrifttum	215
b) Die Kritik an der positiven Generalprävention	217
aa) Die Kritik aus der Perspektive der absoluten Straftheorie	217
bb) Die Kritik aus der Perspektive der ‚klassischen‘ präventiven Straftheorie	218
c) Zusammenfassung der Mosaiksteine	218
2. Rekonstruktion der positiven Generalprävention	220
a) Das absolute Element der Theorie positiver Generalprävention	220
b) Die relativen Elemente der Theorie positiver Generalprävention	222
3. Zusammenfassung und Bewertung der Lehren von der positiven Generalprävention	226

a) Das Modell Jakobs'	226
b) Das Modell Hassemers	228
4. Die Nachweisbarkeit und der Nachweis positiv general-präventiver Zwecke	229
a) Das Modell Jakobs'	230
b) Das Modell Hassemers	232
IV. Zusammenfassung	234

6. Kapitel

Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft

A. Kriminalpolitisch relevante Aspekte des Risiko- und Risikogesellschaftsdiskurses	236
B. Zum Verhältnis von präventivem und symbolischem Strafrecht	237
1. Zu den Begriffen des präventiven und des symbolischen Strafrechts	237
2. Der Zusammenhang zwischen präventivem und symbolischem Strafrecht	239
3. Kein Einwand, sondern eine Erinnerung: Die Einstellung der Mehrheit der Wissenschaftler, der Rechtsprechung, der Politiker, der Medien und der Öffentlichkeit zum Risikostrafrecht	240
C. Das Strafrecht der Risikogesellschaft I: Vom Strafrecht der Prävention zum Strafrecht der Großsteuerung	242
I. Anknüpfungspunkte zum Strafrecht der Prävention	242
II. Vom Präventionsstrafrecht der Industriegesellschaft zum Großsteuerungsstrafrecht der Risikogesellschaft	245
III. Die Genese des Strafrechts der Großsteuerung	246
1. Der Problemdruck der Risikogesellschaft	246
2. Die strukturelle Anfälligkeit des modernen Strafrechts	246
IV. Die Kritik am Strafrecht der Großsteuerung	247
1. Die Kontraproduktivität der strafrechtlichen Großsteuerungsversuche	247
2. Das destruktive Potential des Strafrechts (der Großsteuerung) für das (rechtsstaatlich-liberale) Strafrecht	248
3. Die mittel- und langfristige Nebenfolge dieser Nebenfolgen	250
V. Ursachen für das Scheitern der Großsteuerung	250
1. Modelle der Verantwortlichkeit	250

a) Staatsversagen	251
b) Versagen des Rechtssystems	251
c) Versagen des rechtsstaatlich-liberalen Strafrechts	252
d) Versagen des Rechtsstabs	252
e) Versagen der Normadressaten	252
2. Der Anachronismus des präventiven Strafrechts in der Risikogesellschaft	253

D. Das Strafrecht der Risikogesellschaft II: Das symbolische

Strafrecht	253
I. Anknüpfungspunkte zum symbolischen Strafrecht	253
II. Die verschiedenen Aspekte des symbolischen Strafrechts	255
1. Das immanente Symbolische am modernen Strafrecht	255
2. Die offene und erwünschte (täuschungsfreie) Symbolsetzung durch Strafrecht	256
3. Die Effektivität bloß vortäuschende und in diesem Sinn symbolische Strafrecht	257
4. Das symbolische Strafrecht als Vermittler und Garant von Daseinsgewißheit	257
5. Die Stabilisierung ‚nur noch‘ symbolischer Werte durch Strafrecht	259
III. Zur Bewertung der verschiedenen Aspekte symbolischen Strafrechts – Ist das symbolische Strafrecht Hilfe zur Selbstsicherheit oder Rückversicherung?	259
E. Zusammenfassung	260

7. Kapitel

Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft I: Der Einzug des Risikogedankens in das Strafrecht

A. Rückblick – Ausblick	261
B. Selbstverständliches und Außergewöhnliches der Risikodogmatik – Die Einbettung des Strafrechts in gesellschaftliche Entwicklungen in Zeiten zunehmender Risikoorientierung	262
1. Das wertkonservative und das wertprogressive Gesicht des Strafrechts	262
2. Der zunehmend wertprogressive Charakter des Strafrechts	263
3. Der Faktor Verrechtlichung	264
4. Der Faktor Beschleunigung der kulturellen Evolution	264
5. Die Konsequenzen der hier angedeuteten Faktoren für die Entwicklung des Strafrechts	265

6. Die spezifische Situation zunehmender Risiko-orientierung	265
C. Das ‚erlaubte Risiko‘	267
I. Einführung und Übersicht	267
1. Das ‚erlaubte Risiko‘: Die Geburtsstunde der Risiko-dogmatik	267
2. Das ‚erlaubte Risiko‘ – eine Rechtsfigur der Industrie- und Risikogesellschaft oder ein zeitloser Rechtsgedanke?	267
a) Die Wettkämpfe im Alten Rom	268
b) „Navigare necesse est, vivere non necesse!“	269
3. Das ‚erlaubte Risiko‘ in Lehre und Rechtsprechung	270
4. Die für diese Untersuchung zentralen Aspekte des ‚erlaubten Risikos‘	271
II. ‚Erlaubtes Risiko‘: Die Perspektive der Strafrechtsdogmatik	272
1. Die Fälle	272
a) Die unverändert aktuellen ‚klassischen‘ Fälle	272
b) Die Erweiterung des Anwendungsbereichs: Vom lebensnotwendigen Interesse der Allgemeinheit zum sozial gebilligten Partikularinteresse	273
c) Sonstige Anwendungsfälle des ‚erlaubten Risikos‘	274
d) Stellungnahme zu den Fallkonstellationen des ‚erlaubten Risikos‘	274
2. Die verbrechenssystematische Einordnung des ‚erlaubten Risikos‘ im Spiegel der Dogmengeschichte	275
3. Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtsdogmatik	277
a) Die Kritik Kienapfels	278
b) Die Reaktionen im Schrifttum	278
aa) Das erlaubte Risiko – ein Begriff, der auf ein Problem, auf dringenden Problemlösungsbedarf und auf außerjuristische Lösungsversuche verweist	279
bb) Das erlaubte Risiko – ein Formalbegriff	280
4. Erste Zwischenbilanz: Der Ertrag der strafrechts-dogmatischen Beiträge zum ‚erlaubten Risiko‘	280
III. Die Schnittstelle zwischen juristischen und nicht-juristischen Risikowissenschaften: Zur Begründung und zu den Kriterien ‚erlaubter Risiken‘ im juristischen Schrifttum	281

1. Ursachen für die oft fehlende Begründung ‚erlaubter Risiken‘	282
a) Das selbstverständlich erlaubte Risiko	282
b) Die fehlende Notwendigkeit und Möglichkeit einer Begründung des ‚erlaubten Risikos‘ als Formalbegriff	283
2. Begründungen für das Erlaubtsein ‚erlaubter Risiken‘	283
a) Ausdrücklich gestattete riskante Handlungen	283
aa) Zur Reichweite der Risikoerlaubnis	284
bb) Zur Frage, wer Risiken erlauben darf	286
b) Unvermeidliche – und deswegen – erlaubte Risiken	288
c) Die Notwendigkeit bestimmter – und deswegen erlaubter – Risiken	290
d) Die Üblichkeit und Normalität bestimmter – und deswegen erlaubter – Risiken	291
aa) Zum Verhältnis zwischen der Rechtsfigur des erlaubten Risikos und der Lehre von der Sozialadäquanz	291
bb) Zu den Gründen, warum sozialadäquates Verhalten erlaubt sein soll	293
3. Die Kriterien für ‚erlaubte Risiken‘	297
IV. Die gesellschaftliche und ideengeschichtliche Perspektive – Das ‚erlaubte Risiko‘ in Industrie- und Risikogesellschaft	301
1. Der spezifische Zusammenhang zwischen ‚erlaubtem Risiko‘ und dem Industrialisierungsprozeß – erläutert am Beispiel gefährlicher Postkutschenfahrten	301
a) Die Perspektive des riskant Handelnden und damit die des Strafrechts, das seine Handlungen bewertet	302
b) Die gesamtgesellschaftliche Perspektive – und damit die der (Kriminal-) Politik	303
2. Zwischenbilanz: Die Risiken der Industriegesellschaft und warum sie erlaubt waren	304
a) Zum Auftreten und zur Bewertung kumulativer Risiken in der Industriegesellschaft	305
b) Zur Risiko- und (daraus resultierenden) Reichumsverteilung in der Industriegesellschaft	307
3. ‚Erlaubte Risiken‘ in der Risikogesellschaft	308
a) ‚Erlaubte Risiken‘ – ‚Normale Katastrophen‘	308
b) Ein denkbarer Wahlspruch der Risikogesellschaft: Vivere necesse est!	310
c) Risiken – in der Industrie- und in der Risiko-gesellschaft	311
aa) Risikowissen und Risikowahrnehmung	312
aaa) Das Risikowissen der Experten	312
bbb) Die Demokratisierung des Risikowissens	313

bb) Die Risiken	313
aaa) Die Abnahme von Risiken und Gefahren	314
bbb) Die Zunahme von Risiken als Zunahme von Handlungsmöglichkeiten und Handlungszwängen	315
ccc) Die Zunahme von Risiken als Zunahme des Katastrophenpotentials altbekannter Risiken	316
ddd) Die Zunahme neuartiger Risiken und Gefahren	317
V. Zusammenfassung	318

*8. Kapitel
Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft II:
Die Risikodogmatik*

A. Zum Gegenstand der Risikodogmatik	320
I. Potentielle Felder der Risikodogmatik	320
II. Zur Beschränkung dieser Untersuchung auf die Bereiche erlaubtes Risiko, Risikoerhöhungslehre und Risikovorsatz	322
B. Risikodogmatik I: Die Risikoerhöhungslehre (im engeren Sinn)	323
I. Einführung und Überblick	323
II. Die Risikoerhöhungslehre im engeren Sinn	324
1. Die Risikoerhöhung als zusätzlich notwendige Bedingung der Strafbarkeit bei Vorhandensein von „Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten“ (Claus Roxin)	324
2. Die Risikoerhöhung als Merkmal objektiver Zurechnung bei den unechten Unterlassungsdelikten	326
3. Die Diskussion über die Risikoerhöhungslehre (im engeren Sinn): Worum geht es in der Kontroverse und wie ist dazu Stellung zu nehmen?	327
a) Der Gegenstand der Kontroversen	327
b) Die Kontroverse um die Kriminalisierungstendenzen der Risikoerhöhungslehre	330
aa) Die behauptete Verwandlung von Verletzungsin Gefährdungsdelikte	330
bb) Das Argument, die Risikoerhöhungslehre verstoße gegen den in dubio pro reo-Satz	332
4. Zusammenfassung der fragmentarischen Diskussion einiger Aspekte der Risikoerhöhungslehre (im engeren Sinn)	335

C. Risikodogmatik II: Risikoschaffung und Risikoerhöhung als allgemeine Kriterien objektiver Zurechnung	335
I. Jürgen Wolter: „Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem“ (1981)	336
1. Skizzierung der Untersuchung und der Ergebnisse	336
2. Charakteristika der Risikodogmatik Wolters	338
II. Wolfgang Frisch: „Vorsatz und Risiko“ (1983) und: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges“ (1986)	341
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der risikodogmatischen Entwürfe Frischs und Wolters	341
2. Skizzierung der Untersuchung und der Ergebnisse	342
3. Charakteristika der Risikodogmatik Frischs	344
III. Dietrich Kratzsch: „Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht“ (1985)	347
IV. Zusammenfassung zur Risikoerhöhungstheorie als allgemeines Merkmal der Zurechnung	350
1. Die strafbarkeitsausweitende Tendenz der Risikoerhöhungslehre	350
2. Der für sich einnehmende Ausgangspunkt der Risikoerhöhungslehre	350
D. Risikodogmatik III: Der ‚Risikovorsatz‘	352
I. Rückblick – Ausblick – Überblick	352
II. Vorsatzdogmatik – ein aktuelles und relevantes Thema?	353
III. Der Gegenstand der Auseinandersetzung	355
1. Puppes Aufsatz „Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis“ als Anknüpfungspunkt für die Risikovorsatzdiskussion	355
2. Kritik an Puppes Vorschlägen als Ausgangspunkt für eine Stellungnahme zum Risikovorsatz	357
3. Der Risikovorsatz – ein treffender Ausgangspunkt der Vorsatzdogmatik	359
IV. Probleme der Durchführung subjektiver Zurechnung – Attributionstheoretische Ansätze	360
1. Die Vergleichbarkeit alltäglicher und strafrechtlicher Verantwortungszuschreibungen	360
2. Der zentrale Befund der Attributionsfehlerforschung	361
3. Zusammenfassung dieser Befunde vor der Folie von Entscheidungstheorie und Risikoforschung	362

*Zusammenfassende Kritik am Risikostrafrecht und Vorüberlegungen
zum Gegenentwurf*

A. Rückblick – Ausblick	364
B. Der Ausgangspunkt des Gegenentwurfes: Zusammenfassende Würdigung und Kritik des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts	364
I. Das Risikostrafrecht als Teil der Risikogesellschaft	364
II. Das Risikostrafrecht in der Tradition des Strafrechts	366
1. Charakterisierung des Risikostrafrechts	366
2. Die Entwicklung hin zum Risikostrafrecht	369
3. Bilanz des Risikostrafrechts	369
4. Kritik am ‚heimlichen‘ Risikostrafrecht	370
a) Die Kritik aus der Perspektive eines konsequenten Risikostrafrechts	370
b) Die gleichzeitige Kritik der rechtsstaatlich-liberalen Strafrechtswissenschaft	371
5. Konsequenzen	372
C. Vorüberlegungen zum Gegenentwurf	374
I. Die Grundlagen	374
1. Ablösung des ‚heimlichen‘ durch ein konsequentes Risikostrafrecht	374
2. Ablösung des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts durch ein mit dem Risikostrafrecht auch gleich das Zweck- strafrecht abschaffendes, absolut begründetes Strafrechtsmodell	375
3. Kritik des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts aus der Perspektive eines Zweckstrafrechts, das für den Begriff und das Konzept ‚Risiko‘ keinen Platz hat	377
a) Zu den Gründen, warum in der Risikogesellschaft tendenziell aus ‚Unglücken‘ Unrecht wird	378
aa) Die zunehmende Ununterscheidbarkeit von ‚Unglück‘ und ‚Unrecht‘	378
bb) Bedürfnisse und Tendenzen, ‚Unglück‘ als ‚Unrecht‘ zu interpretieren	381
cc) Zusammenfassung attributionstheoretischer Ansätze, die Tendenzen des Risikostrafrechts, aus Unglücken Unrecht zu machen, zu verstehen	381
b) Zur Frage, warum die Antworten der Risiko- gesellschaft nicht lauten: Gefährdungshaftung und Versicherungssysteme	382
4. Zur Rolle des Risikos im Strafrecht	383

II. Die Konsequenzen	384
1. Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft	384
2. Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft	385
Literaturverzeichnis	387
Personenindex	413
Sachindex	419

EINLEITUNG

A. Die Entstehungsgeschichte¹

Der Gedanke, mich mit dem Thema ‚Strafrecht und Risiko‘ zu befassen, entstand bei Vorarbeiten zu einem Aufsatz über strafrechtliche Probleme von Aids². Im Mittelpunkt dieser Diskussion, die glücklicherweise³ mit dem (paradoxe[r]weise zu Unrecht⁴) abklingenden öffentlichen Interesse an *praktischer* Relevanz zu verlieren scheint⁵, steht die Frage, ob sich ein HIV-Infizierter wegen ungeschützter sexueller Kontakte mit einem über die Infektion nicht informierten Intimpartner strafbar macht; de lege lata⁶ ist da-

¹ Die Mitteilungen über die Entstehungsgeschichte eines Projekts sind in einer wissenschaftlichen Arbeit weder selbstverständlich, noch nach den (formellen oder informellen) Regeln der ‚Zunft‘ geboten. Mir erscheinen sie so sinnvoll, daß sie eigentlich obligatorisch sein müßten: Denn warum ein bestimmtes Thema zu einem bestimmten Zeitpunkt für einen bestimmten Menschen zum Gegenstand einer Untersuchung wird, dürfte auf deren Gang und Ergebnis entscheidende Auswirkungen haben. Richtig ist: Der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit fordert, daß eine Untersuchung auch ohne solche Mitteilungen ein brauchbares Ganzes darstellt. Und unbestreitbar ist, daß sich der Wert der Arbeit für die wissenschaftliche *community* daran wird messen lassen müssen, daß sie Antworten jenseits der konkreten Gemengelage, die ihr Entstehen begleitet haben, gibt. All das ist aber kein vernünftiges Argument gegen die kurze Thematisierung der Entstehungsgeschichte. Ihr Verschweigen würde nichts an ihrer Existenz ändern, aber ein bestmögliches Verstehen des Textes ebenso erschweren wie die notwendige kritische Überprüfung, ob nicht der konkrete Auslöser und damit verbundene Vorverständnisse die Aussagefähigkeit der Untersuchung relativieren.

² JA 1988, S. 427 ff. und S. 486 ff.

³ Glücklicherweise, weil die Probleme dieser Krankheit und der gesellschaftlichen Reaktion darauf im Strafrecht m.E. besonders schlecht aufgehoben sind.

⁴ Die Zahlen der Aidskranken und der HIV-Infizierten sind seitdem unentwegt gestiegen, und auch die damit verbundenen gesundheitspolitischen Herausforderungen sind gewachsen.

⁵ Inzwischen hat sich das strafjuristische Interesse in gleichem Maße der Frage, unter welchen Bedingungen das Verhalten gegenüber HIV-Infizierten (z.B. im Zusammenhang mit dem HIV-Test oder mit der ärztlichen Schweigepflicht) strafbar ist, zugewandt.

⁶ Dies, weil die sachlich naheliegenden Gefährdungstatbestände des § 6 Geschlechtskrankengesetz und des § 63 Bundesseuchengesetz mangels Aufnahme der HIV-Infektion in den Katalog des § 1 GschlKG, bzw. des § 37 BSeuchG außer

für ausschlaggebend, ob und unter welchen Voraussetzungen man ihm ‚Ansteckungsvorsatz‘⁷ nachweisen kann.

Die spezifische Mischung aus kollektiver Panik vor dem Risiko Aids⁸ und fragwürdiger individueller Zuschreibung von Risikowissen⁹ hat meine Aufmerksamkeit auf mögliche Zusammenhänge zwischen juristischen und nicht-juristischen Risikodiskursen gelenkt. Mit dem sich schnell verstärkenden Eindruck, daß von letzteren in der strafrechtlichen Diskussion bisher wenig Notiz genommen wurde¹⁰, obwohl sich zwanglos zahlreiche Bezüge zu kriminalpolitischen und strafrechtsdogmatischen Fragestellungen herstellen lassen, war das Interesse am Projekt ‚Strafrecht und Risiko‘ geweckt. Gleichzeitig erschien mir die Diskussion um „Aids (als) Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts“¹¹ paradigmatisch für die Krise eines überforderten und sich selbst überfordern- den, funktionalisierten und sich funktionalisieren lassenden, und dadurch letzten Endes kontraproduktiven Strafrechts¹².

B. Ziel und These der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist eine kritische Rekonstruktion von Strafrecht und Kriminalpolitik in einer Gesellschaft, in der ‚Risiko‘ zum „universellen Problem“¹³ geworden ist. Die – im folgenden kurz zu erläuternden – Arbeitshypothesen lauten: „Risikoorientierun-

Betracht zu bleiben hatten. Zudem kennt das deutsche Strafrecht keinen allgemeinen Tatbestand der Gesundheits- und Lebensgefährdung. Schließlich schien eine Ahndung des Verhaltens als fahrlässige Körperverletzung nach allgemeiner Ansicht (vgl. aber jetzt BGHSt 36, 262 ff. [264 f.]) deswegen ausgeschlossen, weil der Nachweis der (vollendeten) Ansteckung kaum möglich schien.

⁷ Zu diesem Begriff Prittwitz, JA 1988, S. 486, dort in Fn. 2.

⁸ Vgl. Sigusch (Hrsg.), Aids als Risiko, 1987. Auch in dem 1988 von Burkel herausgegebenen Buch „Der Aids-Komplex“ taucht der Begriff Risiko in den Titeln von vier Beiträgen auf, darunter: Hondrich, Risikosteuerung durch Nichtwissen, S. 121 ff.; Atteslander/Bender, Aids und das Risiko der Intimität, S. 144 ff.; Zimmermann, Aids als Versicherungsrisiko, S. 277 ff.

⁹ Ausführlicher dazu: Prittwitz, JA 1988, S. 486 ff. [499].

¹⁰ Vgl. aber jetzt: F. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991.

¹¹ So der Titel eines Beitrages von Herzberg, JZ 1989, S. 470 ff.

¹² Vgl. Prittwitz, KJ 1988, S. 304 ff.

¹³ Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 3.

gen“¹⁴ sind in das Recht eingedrungen (dazu: I.), und Strafrecht und Kriminalpolitik sind in dieser ‚Risikogesellschaft‘ in eine Krise geraten (dazu: II.).

I. Risikoorientierungen

Was verbirgt sich hinter dieser – Luhmanns jüngst erschienener „Soziologie des Risikos“ entlehnten – Formulierung? Es sind erstaunliche Karrieren des Risikobegriffes innerhalb (1.) und außerhalb (2.) des Strafrechts, die Karrieren auch eines Risikokonzeptes vermuten lassen.

1. Die Karriere des strafrechtlichen Risikobegriffs

a) Risiko – ein vertrauter Begriff aus dem ‚Grundwortschatz‘ des Strafrechts

Im Strafrecht gehört der Begriff Risiko seit langem zum vertrauten Vokabular. Ein „maßvolles Risiko“, heißt es 1919 schon bei Binding, müsse man eingehen dürfen, weil nämlich kaum eine Handlung ausgeführt werden könne, ohne daß damit „Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten, vielleicht Gewißheiten unbeabsichtigter Rechtsgefährdungen oder Rechtsverletzungen“¹⁵ verbunden seien. Spätestens seitdem wird die Rechtsfigur des erlaubten Risikos an unterschiedlichen Stellen im Verbrechensaufbau kontinuierlich diskutiert. Einige Jahrzehnte darauf, 1962, formuliert Claus Roxin die Risikoerhöhungslehre: Neben der Kausalität¹⁶ komme es im Rahmen der objektiven Zurechnung entscheidend darauf an, ob der Handelnde durch seine Handlung für ein fremdes Rechtsgut unerlaubte Risiken schaffe oder schon vorhandene Risiken erhöhe¹⁷. Konsequenterwei-

¹⁴ Luhmann, a.a.O., S. 69.

¹⁵ Binding, Die Normen IV, 1919, S. 432 f.

¹⁶ Andere wollen das Risikoerhöhungsprinzip bei Erfolgsdelikten sogar an die Stelle des Kausalitätsgrundsatzes setzen, vgl.: Otto, NJW 1980, S. 417; vgl. aber jetzt ders., Jura 1992, S. 90 ff. [90, Fn. 2]

¹⁷ Roxin, ZStW 74 (1962), S. 425 ff. und ders., Honig-Fs., 1970, S. 133 ff.

se wird auch die Risikoverringerung¹⁸, sowie der bestehende oder fehlende Risikozusammenhang¹⁹ zwischen Handlung und Erfolg für strafrechtlich relevant gehalten. Damit nicht genug soll es auch im Rahmen der subjektiven Zurechnung, nämlich bei der Abgrenzung der bewußten Fahrlässigkeit vom bedingten Vorsatz²⁰, darauf ankommen, ob jemand „der Vornahme (einer) Handlung den Vorzug gibt vor dem Verzicht auf sie, obwohl er das Risiko²¹ der Tatbestandsverwirklichung nicht psychisch verdrängt, sondern innerlich akzeptiert hat.“²²

Schon diese erste Bestandsaufnahme reizt zu einer ausführlichen Beschäftigung mit dem strafrechtlichen Risikobegriff, zumal er in einem auffallenden Spannungsverhältnis zum Risikobegriff in anderen – vor allem auf die Risiken der Technik bezogenen – Rechtsgebieten steht. Dort soll ‚Risiko‘ angeblich den „Bereich benennen, der vom Bürger als zumutbar zu tragen, also rechtmäßig ist“.^{22a} Man wüßte gerne, wann, unter welchen Umständen und warum die Strafrjuristen angefangen haben, von Risiken zu sprechen, und vor allem, ob mit dem neuen Wort auch ein neues Konzept Eingang in die Strafrechtsdogmatik gefunden hat. Diese Fragen gewinnen vor dem Hintergrund einiger neuerer Arbeiten an Gewicht.

b) Risiko – ein neuerdings zentraler Strafrechtsbegriff

Dabei ist zunächst²³ an die 1981 erschienene Monographie *Jürgen Wolters*²⁴ zu denken. Er hat den von anderen Autoren schnell aufge-

¹⁸ Vgl. *Schönke-Schröder-Lenckner*, StGB²⁴, 1991, vor § 13, Rn. 94 m. w. N.

¹⁹ Vgl. *Schönke-Schröder-Lenckner*, StGB²⁴, 1991, vor § 13, Rn. 95 m. w. N.

²⁰ Nach Ansicht von *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. VII ist, „was herkömmlich als Vorsatzsonderform ‚dolus eventualis‘ neben den sogenannten Vorsatzformen ‚Absicht‘ und ‚sicheres Wissen‘ geführt wird ... in Wahrheit der Vorsatz;“

²¹ Hervorhebung, C.P.

²² *Lackner*, StGB¹⁹, 1991, § 15 Rn. 24 (II.3.b.aa.) unter Bezug auf *Roxin*, JuS 1964, S. 53.

^{22a} *R. Scholz*, in: 125 Jahre Juristische Gesellschaft zu Berlin-FS., 1984, S. 691 ff. [693] unter Verweis auf BVerfGE 49, 89 [142 f.].

²³ Vgl. schon *Philipps*, ZStW 85 (1973), S. 27 ff., der frühzeitig den dolus eventualis als Problem einer Entscheidung unter Risiko untersucht und dabei auf Erkenntnisse der Entscheidungstheorie (a. a. O., S. 35) rekurriert hat.

²⁴ *Wolter*, Objektive Zurechnung, 1981.

griffenen²⁵ Begriff des „Risikostrafrechts“ erfunden²⁶, eine Etikettierung, die jedenfalls für sein Modell einer vom Risikoerhöhungsprinzip ausgehenden, umfassenden, „alle Stufen des Straftatsystems einbeziehende(n) Zurechnungslehre“²⁷ zweifellos gerechtfertigt erscheint.

Zentral ist der Risikobegriff, wie die Inhaltsverzeichnisse nachdrücklich belegen, auch in zwei Monographien *Wolfgang Frisch*: Schon der Titel der 1983 erschienenen Untersuchung über „Vorsatz und Risiko“ verkündet unmißverständlich, daß es *Frisch* um die Frage der „Bezogenheit des Vorsatzes auf ein über Risiken definiertes Verhalten“²⁸ geht. Drei Jahre darauf folgt dann der versprochene²⁹ monographische Nachweis, warum Verhalten über Risiken zu definieren sei, und welche subtilen Differenzierungen das nach sich ziehe.

Mit in diese Reihe paßt auch *Dietrich Kratzschs* Schrift über „Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht“ aus dem Jahr 1985³⁰. Sein erklärtes – und erstaunliches – Ziel ist es, „durch Beherrschung des Zufalls einen optimalen Rechtsgüterschutz sicherzustellen“³¹. Während *Kratzschs* Konzept als „paradigmatisch“ für ein Risikostrafrecht gelten kann, das sich von einem Instrument der Verbrechenskontrolle zu einem globalen Steuerungssystem entwickelt hat³², hat sich *Urs Kindhäuser* in seiner 1989 erschienenen Freiburger Habilitationsschrift „Gefährdung als Straftat“ das nicht minder ehrgeizige Ziel gesetzt, die Legitimationsprobleme der Ge-

²⁵ Vgl. *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, 1985, S. 269 (zustimmend), *F. Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 40 (kritisch); in einem anderen Zusammenhang und mit anderer Bedeutung ist der Begriff jetzt aufgetaucht bei *Bussmann*, Kriminologisches Bibliographische, Heft 65/1989, S. 5;

²⁶ *Wolter*, Objektive Zurechnung, 1981, S. 36; ausführlicher dazu im 8. Kapitel, S. 336 ff.

²⁷ *Lackner*, StGB¹⁹, 1991, vor § 13, Rn. 14. (III.1.c. ee).

²⁸ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 27.

²⁹ A. a. O., S. 505.

³⁰ *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, 1985.

³¹ A. a. O., S. 31 und S. 119 ff.

³² *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 275; vgl. auch die kritischen Anmerkungen *F. Herzogs*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 38 ff. und hier im 3. Kapitel, S. 156 ff.

fährungsdelikte auf der Ebene von Normzwecktheorie und Logik zu lösen³³.

Leugnen wird die strafrechtliche Karriere des Risikobegriffs also niemand. Weniger klar ist, ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen dies für das Strafrecht mit sich bringt. Signalisiert die plötzliche Bezeichnung eines altbekannten Phänomens als ‚erlaubtes Risiko‘ neue Problemlagen? Führt der Risikobegriff zu Rationalitätsgewinnen oder wenigstens zu sprachlichen Präzisierungen, wenn es z. B. um die althergebrachte – nach einem vielzitierten Diktum *Welzels*³⁴ zu den schwierigsten und wichtigsten Fragen des Strafrechts zählende – Problematik der Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit geht? Oder verwischt eine Theorie, die im bisher als *Vorsatzsonderform* bezeichneten *dolus eventualis den Vorsatz* schlechthin sehen will³⁵, und die zwischen Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz Unterschiede nicht erkennen kann³⁶, traditionell als kategorial erachtete Unterschiede?

Die Beantwortung dieser Fragen und die Bewertung gefundener Antworten kann bis zu einem bestimmten Punkt strafrechtsimmanent erfolgen³⁷. So gewonnene Analysen und Aussagen sind ohne Zweifel notwendig und ertragreich. Ich meine, letztlich bleiben sie – ungeachtet der erreichten eindrucksvollen Abstraktionshöhen und Systematisierungen – doch unbefriedigend: Ein Strafrecht, das Begriffe benutzt, die nicht genuin strafrechtlich sind, mag sich damit nicht zwangsläufig an die Inhalte von Alltags- oder fremder Fachsprache binden³⁸; daß Strafrecht und Strafrechtswissenschaft aber ihre Begriffe nicht völlig losgelöst von gesellschaftlichen Entwicklungen gewinnen und verwenden können, liegt gleichwohl auf der Hand. Das gilt auch für den Begriff des Risikos.

2. Der nichtstrafrechtliche Risikobegriff

Wendet man sich dem Risikobegriff außerhalb des strafrechtlichen Diskussionszusammenhanges zu, dann steht man vor einem noch überzeugenderen Siegeszug, der es vielleicht sogar erlaubt, in ihm das „Charakteristikum der modernen Gesellschaft“³⁹ zu sehen.

a) Risiko – ein vertrauter Begriff der Kauf- und Seeleute und ihrer Versicherer

Den Beginn dieses Siegeszuges kann man mit einiger Sicherheit auf das Spätmittelalter datieren⁴⁰. Parallel zu der sich damals entwickelnden Seehandelsschiffahrt bürgert sich in den westeuropäischen Staaten das italienische Wort ‚risco‘ ein, dessen Etymologie auf das Altgriechische⁴¹ und Arabische⁴² verweist, und das „Umschiffen einer Klippe“ bedeuten soll⁴³. Da schon damals nicht alle Klippen umschiffen werden können, ist die Geburtsstunde des Risikos gleichzeitig die der Versicherung, so daß man, um im Bild zu bleiben, ‚Risiko‘ und ‚Versicherung‘ fast als Zwillingsspaar bezeichnen kann⁴⁴.

Warum dieser Begriff gerade zu dieser Zeit entsteht, obwohl es schon vorher Risiken gegeben hat und sie wohl auch bewußt eingegangen worden sind⁴⁵, ist weniger klar. *Niklas Luhmann* spekuliert, „der Anlaß für das Entstehen eines besonderen Begriffs zur Unterscheidung vom allgemeinen Begriff der Gefahr könnte ... darin gelegen haben, daß man lernen mußte, Risiken nicht einfach nur negativ zu sehen wie Gefahren, sondern sie als Gegenstand einer absichtlichen Unternehmung betrachtet und sich für die

³⁹ So: *Blanke*, *Leviathan* 1990, S. 135.

⁴⁰ So übereinstimmend: *Blanke*, *Leviathan* 1990, S. 139 und *Bonß*, *Soziale Welt* 1991, S. 263 m. w. N. in Fn. 11.

⁴¹ So: *Blanke*, *Leviathan* 1990, S. 139.

⁴² So: *Blanke*, a. a. O. und *Bonß*, *Soziale Welt* 1991, S. 263 unter Verweis auf *Baecker*, *Information und Risiko*, 1988, S. 133 Fn. 2.

⁴³ So, ohne weiteren Nachweis: *Blanke*, *Leviathan* 1990, S. 139.

⁴⁴ Vgl. die Begriffsprägung „Versicherungsgesellschaft“ des französischen Soziologen *Francois Ewald*, *L'état providence*, 1986. Eine thesenartige Zusammenfassung findet sich in: *ders.* *KJ* 1989, S. 385 ff.

⁴⁵ Vgl. jetzt *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991, S. 16 f.

³³ *Kindhäuser*, *Gefährdung*, 1989; ausführlicher im 3. Kapitel, S. 154 ff.

³⁴ *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*¹¹, 1969, S. 69.

³⁵ *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. VII.

³⁶ *Wolter*, *Objektive Zurechnung*, 1981, S. 209 ff.; anders: *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 290 ff., insbesondere S. 299.

³⁷ So ganz überwiegend die Arbeiten von *Wolter* und *Frisch* (a. a. O.).

³⁸ So am Beispiel der Begriffe *Vorsatz* und *Schuld*: *Bockelmann*, in: *H. Jäger* (Hrsg.), *Kriminologie*, 1980, S. 11 ff. [12].

Absorption von Risiken bezahlen läßt.“⁴⁶ Das paßt zu dem oben erwähnten Kontext, in dem der Begriff Risiko auftaucht. Wenig plausibel aber ist *Luhmanns* Wertung, man habe diese positive Sichtweise von Risiko lernen *müssen*. Überzeugender ist die Erklärung *Bonß*’, der – im Anschluß an die Untersuchungen *Sombarts*⁴⁷ und *Webers*⁴⁸ zur okzidental Rationalisierung – in dem Entstehen des Risikobegriffs eine *Errungenschaft* sieht, die neuartige Natur- und Selbstverständnisse vorausgesetzt habe. Der Kaufmann, der etwas ‚riskiert‘, bzw. ‚gewagt‘ (ital. *risciare*=wagen) habe, habe sich nicht den Unsicherheiten unterworfen, sondern sie kalkulierbar herausgefordert. Er habe gewußt, daß er Sturm und Überfälle nicht verhindern konnte, sie aber nicht einfach als gottgewollte Schicksalsschläge angesehen, sondern als berechenbare Wagnisse, als Probleme, die nur dann bedrohlich wurden, wenn man falsch kalkulierte und keine Vorsichtsmaßnahmen traf⁴⁹.

Lange bleibt die Kalkulation von Ausmaß und Wahrscheinlichkeit möglicher Schäden, d. h. vor allem unbeabsichtigter Nebenfolgen ökonomisch motivierten Handelns, die Domäne der Kaufleute und Versicherer. Das ändert sich erst in unserem Jahrhundert, am dramatischsten und am sichtbarsten in den vergangenen zwei Jahrzehnten.

b) Risiko – ein neuerdings zentraler gesellschaftlicher Begriff

Ein erster signifikanter Karriereschritt ist das Aufkommen der Entscheidungstheorie⁵⁰. Sie verdankt sich ursprünglich dem Bedürfnis nach ‚rationaleren‘ ökonomischen Entscheidungen, aber die Brücke zu anderen als ökonomischen Entscheidungen wird schnell geschlagen.

Was die Entscheidungstheorie mit dem Modell der Kosten-Nutzen-Wahrscheinlichkeits-Analyse in der Sache begonnen hat, greift

⁴⁶ *Luhmann*, *Ökologische Kommunikation*³, 1990, S. 139, Fn. 21.

⁴⁷ *W. Sombart*, *Der moderne Kapitalismus*, 1916.

⁴⁸ *M. Weber*, *Wirtschaftsgeschichte*, 1923.

⁴⁹ *Bonß*, *Soziale Welt* 1991, S. 263.

⁵⁰ Das ist in diesem Zusammenhang gemeint als Zusammenfassung für Entscheidungstheorie i. e. S., Entscheidungsanalyse und Spieltheorie. Vgl. ausführlicher im 2. Kapitel.

dann – beginnend in den 70er Jahren – eine Disziplin auf, die am besten mit dem Begriff der Risikoforschung⁵¹ auf einen Nenner zu bringen ist. Gemeinsam ist den damit zusammengefaßten Ansätzen, daß – vor allem durch die technologische Entwicklung hervorgerufene – Risiken inzwischen nicht nur die wirtschaftlichen Akteure und ihre Versicherungen, sondern die Gesellschaft insgesamt interessieren. Dabei geht es zwar auch um die grundlegende Frage, ob die Risiken in der modernen Gesellschaft tatsächlich zugenommen haben⁵²; im Mittelpunkt des Interesses stehen aber die Bemühungen, „die Größe von Gefahren objektiv zu quantifizieren“⁵³, um die „schwierige Entscheidungsfindung über Gefahrensituationen, die immer durch unvollständige Information und Ungewißheit charakterisiert sind, zu analysieren und durch die Entwicklung formaler Entscheidungshilfen zu erleichtern.“⁵⁴ Immer häufiger befassen sich die Risikoforscher – ihrem Selbst- und Risikoverständnis getreu – auch mit „ambivalenten“, zum Teil von ihnen als „grotesk“ erlebten Reaktionen⁵⁵ der Gesellschaft auf Risiken. Von ‚außen‘ gesehen entsteht dagegen, wie der amerikanische Organisationssoziologe *Charles Perrow* eindrücklich beschreibt, der Eindruck, daß sich die Aufgabe der Risikoforscher immer weniger auf die Information und Beratung der Lenker der „Hoch-Risiko-Systeme“ beschränkt, sondern immer mehr die Beschwichtigung derjenigen umfaßt, denen die Risiken zugemutet werden⁵⁶.

In einer Zeit, in der Fortschrittsskepsis das Paradigma der Fortschrittsgläubigkeit erstmals ernsthaft bedroht, melden sich auch in der Risikoforschung Wissenschaftler zu Wort, die dem in dieser Diskussion verwendeten Rationalitätsbegriff widersprechen⁵⁷. Her-

⁵¹ Gemeint sind die Ansätze, die v. a. im amerikanischen Raum als „risk analysis“, „risk assessment“ und „risk management“ auftreten.

⁵² Vgl. dazu: *Douglas/Wildavsky*, *Risk and Culture*, 1982; *Wagner*, *Leviathan* 1988, S. 288 ff.; *Halfmann*, in: *Halfmann/Japp* (Hrsg.), *Risikante Entscheidungen*, 1990, S. 12 ff. [12 f.].

⁵³ *Fritzsche*, *Risikobeurteilung*, 1986, S. V.

⁵⁴ A. a. O., S. VI.

⁵⁵ A. a. O., S. V.

⁵⁶ *Perrow*, *Normale Katastrophen*, 1989, S. 358.

⁵⁷ Instrukтив die Vorstellung und Erläuterung von vier zur Risiko-Nutzen-Perspektive alternativen Rationalitätsmodellen: *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991, S. 31 ff. [36 ff.].

vorzuheben ist das – nicht zufällig nach dem Atom-Unglück in Harrisburg erschienene⁵⁸ – Buch „Normale Katastrophen“ von Perrow; im deutschsprachigen Raum erregt vor allem Ulrich Becks – 1986, zufällig kurz nach dem Unglück von Tschernobyl erscheinende – Analyse der „Risikogesellschaft“ Aufsehen und Aufmerksamkeit⁵⁹.

3. Reiz und Risiko der Analyse des Strafrechts als „Strafrecht der Risikogesellschaft“

Die Parallelität der skizzierten Entwicklungen ist frappant. Nichts spricht dafür, daß sie zufällig ist, viel dagegen dafür, daß eine Revision der strafrechtlichen Karriere des Risikobegriffs vor dem skizzierten gesellschaftlichen Hintergrund Gewinn abwirft, daß sich die strafrechtlichen, straftheoretischen und strafrechtsdogmatischen Entwicklungen, die um den Risikobegriff kreisen, besser verstehen lassen, wenn man das Strafrecht als ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ ansieht.

Dabei ist nicht zu übersehen, daß es sich um ein ebenso faszinierendes wie gefährliches Unterfangen handelt. Das ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ teilt das Schicksal des von Ulrich Beck in die Debatte geworfenen Begriffs⁶⁰, auf den es sich bezieht. Natürlich reizt der Versuch, gesellschaftliche (beziehungsweise strafrechtliche und kriminalpolitische) Entwicklungslinien auf den Punkt (und damit notwendig auf *einen* Punkt) zu bringen. Andererseits besteht, auch wenn man sich an der in solcher Bezeichnung deutlich werdenden Tendenz zur Soziologisierung des politischen Diskurses nicht stößt, die Gefahr, daß damit nur ein – wie es scheint

wachsendes – Bedürfnis befriedigt wird, Struktur in „neue Unübersichtlichkeit“⁶¹ zu bringen.

Valide Antworten auf diese Zweifel werden wohl erst zur Verfügung stehen, wenn sich herausgestellt hat, ob die „Risikogesellschaft“ tatsächlich – und gestützt von einem Konsens der beteiligten Sozial- und Geschichtswissenschaften – mit der gleichen Selbstverständlichkeit, mit der wir heute von der Agrar-, der Feudal- und der Industriegesellschaft sprechen, in unseren Wortschatz aufgenommen sein wird. Einstweilen muß man sich damit begnügen, die Plausibilität eines solchen Definitionsvorschlages zu diskutieren. Dabei stellt die aktuelle Resonanz, die mitteilt, ob und wie weit sich eine Gesellschaft in der vorgeschlagenen Neubezeichnung wiederfindet, ein wichtiges Indiz dar. Was das betrifft, steht fünf Jahre nach Erscheinen von Becks Buch außer Frage, daß die „Risikogesellschaft“ weit über die soziologische Fachöffentlichkeit hinaus Resonanz gefunden hat.⁶² Trotz dieser allgemeine Akzeptanz suggerierenden Aufnahme bleibt aber Skepsis angebracht, ob, was so offensichtlich eingeschlagen hat, mehr als ein Schlagwort ist⁶³, ob nur der Zeitgeist gesprochen hat oder tatsächlich ein kritischer Begriff gefunden ist⁶⁴. Denn trotz des Beifalls ist die ‚Risikogesellschaft‘ schillernd geblieben, ein Konsens über den Begriffsinhalt, an den eine rechtswissenschaftliche Untersuchung anknüpfen könnte, ist nicht in Sicht. Daher ist es ebenso reizvoll wie notwendig, den interdisziplinären Blick auf die – sich derzeit rasant entwickelnde – Soziologie der Risikogesellschaft zu richten.

Bevor diese Aufgabe im 1. Kapitel in Angriff genommen wird, soll auch die These der „Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft“ kurz erläutert werden.

⁵⁸ Habermas, Die neue Unübersichtlichkeit, 1985.

⁶² Vgl. z. B. die Besprechung durch Hondrich in: Der Spiegel, Nr. 21, 1987; die Tagung der Evangelischen Akademie Hofgeismar zum Thema „Organisierte Unverantwortlichkeit, Zur Rechts- und Institutionenkritik der Risikogesellschaft bei Ulrich Beck“ vom 17.-19. 11. 1989; und jetzt Beck, Politik, 1991

⁶³ Dazu und zu den daraus erwachsenden Gefahren: Lay, Kommune 1988/4, S. 69 (Sammelbuchbesprechung zum Thema Risiko und Risikogesellschaft). Kritisch auch: Bussmann, Kriminalsoziologische Bibliographie Heft 65/1989, S. 5.)

⁶⁴ Vgl. jetzt die – soziologische – Kritik Lubmanns, Soziologie des Risikos, 1991, S. 13.

⁵⁸ Perrow hat, wie Traube im Vorwort zur deutschsprachigen Ausgabe mitteilt (Perrow, Normale Katastrophen, 1989, S. XI), für die zur Untersuchung des Unglücks eingesetzte Kommission ein Organisationsgutachten erstellt.

⁵⁹ Beck, Risikogesellschaft, 1986. Vgl. aber zuvor schon: Lubmann, Ökologische Kommunikation¹, 1986, und die fast gleichzeitig mit der Risikogesellschaft erschienene Studie von Evers/Nowotny; Über den Umgang mit Unsicherheit, 1987. Vgl. zu allen ausführlicher, im 1. Kapitel.

⁶⁰ Beck, Risikogesellschaft, 1986.

II. Strafrecht und Kriminalpolitik in der Krise?

Der Krisenbefund ist nicht *Voraussetzung* der Untersuchung, sondern *Vorverständnis* des Untersuchenden, um dessen Bestätigung oder Widerlegung es in der Arbeit – unter anderem – geht. Wenn dieses Vorverständnis als solches in der Einleitung offengelegt wird, dann nicht nur aus den oben schon angeschnittenen methodologischen Erwägungen⁶⁵, sondern auch, weil von vornherein um Plausibilität für diese – der gängigen Interpretation von status quo und Entwicklung des Strafrechts widersprechenden – Perspektive geworben werden soll. In diesem Sinn soll zunächst skizziert werden, warum die Krise des Strafrechts (aus verständlichen Gründen) nicht in aller Munde ist (1.), warum hier gleichwohl von einer Krise die Rede ist (2.).

1. Die gängige Interpretation von status quo und Entwicklung des Strafrechts

Studiert man einführende oder zusammenfassende Texte zu Zustand und Entwicklung des Strafrechts, dann wird man vergebens nach warnenden Hinweisen auf eine bestehende oder auch nur bevorstehende Krise suchen. Wer nicht zu der kleinen Minderheit derjenigen gehört, die entweder das Strafrecht ganz und aus grundsätzlichen Gründen abschaffen wollen oder das ‚moderne‘ Zweckstrafrecht als Sündenfall der Strafrechtsgeschichte betrachten⁶⁶, neigt in aller Regel dazu, die Strafrechtsentwicklung als Fortschrittsentwicklung zu interpretieren⁶⁷, ein Paradigma, das den

⁶⁵ Vgl. oben S. 27 (Fn. 1).

⁶⁶ Wer eine dieser Positionen vertritt, wird eher dazu neigen, Krisenphänomene des Strafrechts wahrzunehmen, weil das Bestreiten der Legitimität (und zum Teil der Effektivität) des (Zweck-) Strafrechts Kern dieser Theorien ist.

⁶⁷ Die Neigung der Wissenschaft, den „jeweils erkannten Stand des Denkens und Erkennens“ für Abschluß und Höhepunkt der Entwicklung zu halten (Roxin, JA 1980, S. 221 ff. [226]) – eine oft schwer entwirrbare Mischung aus wissenschaftlich begründeten Thesen und subjektiven Einstellungen – ist natürlich nicht auf die Strafrechtswissenschaft beschränkt und dürfte ein wichtiger Grund dafür sein, daß Krisenbehauptungen öfter von außerhalb als von innerhalb eines Systems aufgestellt werden. Wer dieses Fortschrittsmodell nicht vertritt – zwei weitere häufig anzutreffende Einstellungen sind der ‚Glaube‘, früher sei alles besser gewesen, und die Ein-

Krisenbefund zwar – wie zu zeigen sein wird – keineswegs ausschließt, aber tendenziell verschleiert. Repräsentativ für diese ‚hM‘ über die Strafrechtsentwicklung ist Jescheck's Wertung des StGB 1975 als „modernes Werk von größter Tragweite“, das vom großen Ziel motiviert sei, „das Strafrecht so umzugestalten, daß es den gewaltigen Veränderungen der sozialen Verhältnisse im Zeitalter der pluralistischen Massengesellschaft, der Technik, des Verkehrs und der Gefährdung der menschlichen Existenz durch Schädigungen der Umwelt besser gerecht werden kann.“⁶⁸ Wer so oder ähnlich argumentiert, der kann auf kaum zu leugnende Fortschritte in der Strafrechtsentwicklung⁶⁹ verweisen, die hier kurz umrissen werden sollen.

- Die *Legitimität* des staatlichen Strafrechts erscheint im freiheitlichen, rechtsstaatlichen und demokratischen Staat unangreifbarer denn je. War in der Nachkriegszeit unter dem Eindruck der unrühmlichen Geschichte auch des Strafrechts im nationalsozialistischen Staat Skepsis gegenüber der Gefahr des Mißbrauchs von Strafrecht noch spürbar⁷⁰, so sieht sich eine solche Anfrage heute und hier, nach vierzig Jahren Rechtsstaat und Demokratie, dem Verdacht ausgesetzt, als Skepsis gegenüber dem Staat mißverstanden zu werden.
- Das *Strafen* – die Achillesferse des Strafrechts in einem Staat und einer Gesellschaft, die sich als aufgeklärt verstehen – gilt als humaner denn je; Vergeltung ist als *Strafziel* von der Resoziali-

stellung, eine bislang positiv verlaufende Entwicklung könne jetzt und in Zukunft so kaum weitergehen – wird dagegen dazu neigen, (bestehende, vielleicht aber auch nur befürchtete) Krisen wahrzunehmen. – Die Thematisierung solcher „Einstellungen“ kann hier nicht vertieft werden, verdient aber Erwähnung, weil es sich durchaus um wichtige „herstellende“ Gründe für wissenschaftliche Auffassungen handeln könnte. Wollte man der Thematik ernsthaft auf den Grund gehen, bedürfte es ganz neuartiger biographisch-psychologisierender Forschungen über Wissenschaftlerpersönlichkeiten und ihr „Werk“, für die man Vorbilder freilich in der Literaturwissenschaft vorfinden kann.

⁶⁸ Jescheck, in: StGB²⁵, 1990 (Beck-Textausgabe in dtv), S. XI.

⁶⁹ Zu den Schwierigkeiten, methodologisch anspruchsvoll solche Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung überhaupt zu finden und damit mehr als stets auch „bestreitbare Einfälle“ zu produzieren: Naucke, Tendenzen, 1975, S. 14 ff.

⁷⁰ Vgl. explizit Eb. Schmidt, Geschichte³, 1983, § 350, S. 432 ff.; Fritz von Hippel, Nationalsozialistische Herrschaftsordnung, 1946, und ders., Die Perversion von Rechtsordnungen, 1955; sowie Hellmuth Mayer, in: Materialien, 1954, S. 258 ff. und ders., Strafrechtsreform, 1962, S. 25 ff., S. 38 f.

sierung und positiver Generalprävention abgelöst. Leibesstrafen und Todesstrafe sind – wenn man nicht böswillig auf die von aktuellen Schwerverbrechen verunsicherte Volksmeinung⁷¹ hört – endgültig abgeschafft. Was die Freiheitsstrafen angeht, hat einerseits das Bundesverfassungsgericht sichergestellt⁷², daß auch zu lebenslanger Haft Verurteilte auf Haftentlassung zu Lebzeiten hoffen können⁷³, andererseits haben Rechtsprechung⁷⁴ und Gesetzgeber⁷⁵ erreicht, daß die Verhängung und vor allem Verbüßung kurzer Freiheitsstrafen seltener geworden ist⁷⁶, wenn auch das erklärte Ziel, sie zur Ausnahme zu machen, verfehlt wurde⁷⁷. Damit nicht genug, haben die Freiheitsstrafen im Verhältnis zu den Geldstrafen zumindest statistisch längst an Bedeutung verloren: Nur noch jede fünfte Verurteilung ergeht als Freiheitsstrafe⁷⁸.

– Auch im *Strafverfahrensrecht* lassen sich positiv zu bewertende Tendenzen ausmachen, die es weit hergeholt erscheinen lassen, von einer Krise zu sprechen: Die Folter⁷⁹, vereinzelt noch bis

⁷¹ Häufig ist unklar, ob es tatsächlich um ‚Volksmeinung‘ geht oder um ihre oft eher antizipierenden als darstellenden ‚Lautsprecher‘ (Medien und ‚Volks-Vertreter‘). Vgl. dazu, auch zur Rolle der Medien (im grundsätzlicheren Zusammenhang allerdings des „Strafbedürfnisses der Bevölkerung“), die Ausführungen *Steinerts* (in *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), AV IV, 1980, S. 302 ff. [343 ff.]). Nach *Steinert* ist die – aufgrund von Alltagserfahrungen so plausible – Annahme von Strafbedürfnissen (S. 323) eine Legitimationsfigur der Strafruristen (S. 307), ebenso wie die entsprechenden „Bedürfnisse der Leser“ Legitimationsfigur der Medien sind (S. 344). – Vgl. dazu, daß die Medien ihrerseits – von allen Seiten – zur Strafprozeßführung funktionalisiert werden: *Wagner*, Strafprozeßführung über Medien, 1987.

⁷² BVerfGE 45, 187.

⁷³ Vgl. §§ 57a und 57b StGB; dazu jetzt BVerfG NStZ 1992, 585.

⁷⁴ Vgl. BGH JR 1956, 426; BGHSt 22, 193 [199].

⁷⁵ Vgl. § 47 StGB (1969 als § 14 a.F. StGB eingefügt; Ansätze dazu schon in § 23 a.F. (Strafaussetzung zur Bewährung), der im 3. StAG (1953) eingeführt wurde.

⁷⁶ 1968 waren 87% aller Freiheitsstrafen (und damit 32% aller Verurteilungen) solche zu einer kurzen Freiheitsstrafe, 1980 dagegen ‚nur‘ 48% aller Freiheitsstrafen (und 8,4% aller Verurteilungen); vgl. *Heinz*, ZStW 94 (1982), S. 651 f. Seitdem hat sich wenig geändert: 1988 waren immer noch 45,8% aller Freiheitsstrafen kurze Freiheitsstrafen.

⁷⁷ So ausdrücklich: *Heinz*, ZStW 94 (1982), S. 651.

⁷⁸ Vgl. *Eser*, Maihofer-Fs. 1988, S. 122; zur Entwicklung vgl. auch *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 298.

⁷⁹ Ausführlich zur Folter – sowohl als Instrument des Strafrechts als auch als sein Gegenstand – jetzt aus kriminologischer und strafrechtsdogmatischer Sicht: *Spirakos*, Folter, 1990.

Ende des 18. Jahrhunderts im deutschen Strafverfahren *angewendet*, erst 1831 in Deutschland vollständig abgeschafft⁸⁰, und auch heute noch, wie die Organisation Amnesty International immer wieder belegt, ein beklemmend aktueller Begriff, ist, was das deutsche Strafverfahren angeht, unzweifelhaft Historie. Der Angeklagte hat seine Objektrolle zwar nicht verloren⁸¹, ist aber nach allgemeiner Ansicht auch und vor allem⁸² „Subjekt des Strafverfahrens“^{83/84} geworden, seine Stellung und die der Verteidigung haben sich im vergangenen Jahrhundert (fast) kontinuierlich verbessert⁸⁵. Das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren schließlich ist auf höchster – verfassungsrechtlicher – Ebene, nämlich durch das Rechtsstaatsprinzip, gewährleistet⁸⁶.

– Auch das *Strafgesetzbuch*, das gesetzliche Verzeichnis der Verbote, die das Kernstrafrecht ausmachen (sollen), kann für sich in Anspruch nehmen, rationaler denn je zu sein. Einerseits hat die Strafrechtsreform der 60er Jahre unter dem Einfluß des Prinzips des Rechtsgüterschutzes moralisierende Strafvorschriften (fast) vollständig beseitigt⁸⁷, andererseits hat sich der Gesetzgeber den Bedrohungen der Gegenwart gegenüber flexibel gezeigt und in den Katalog der durch das Strafgesetzbuch geschützten Rechtsgüter neue Interessen aufgenommen, um dem „Wandel der sozialen Verhältnisse ... und der Gefährdung der menschlichen Existenz durch die Umweltzerstörung besser gerecht werden zu können.“⁸⁸

⁸⁰ Zum Ganzen: *Eb. Schmidt*, Geschichte³, 1983, S. 269 ff. (Preußen) und S. 280 f. (zur Entwicklung in den anderen deutschen Ländern).

⁸¹ Vgl. nur *Roxin*, Strafverfahrensrecht²¹, 1989, S. 93 (§ 18.A.)

⁸² *Roxin*, a. a. O., S. 94.

⁸³ Vgl. zu dieser Entwicklung: *Rieß*, BJM-Fs, 1977, S. 373 ff.

⁸⁴ Dazu, daß diese Entwicklung, wenn man den Beschuldigten als ‚Objekt‘ braucht, brüchiger ist, als das inzwischen ‚ehrwürdige‘ Postulat seiner Subjektstellung vermuten läßt, *Prittowitz*, Der Mitbeschuldigte, 1984, S. 196 ff.; kritisch dazu: *Rogall*, SK-StPO, 1987, vor § 133, Rn. 123, 125 f.

⁸⁵ Vgl. zur Geschichte der Strafverteidigung: LR²⁴-*Lüderssen*, 1989, Vor § 137 Rn. 5 ff.

⁸⁶ Vgl. für alle: *Kleinknecht/Meyer*, StPO³⁹, 1989, Einl., Rn 19.

⁸⁷ Man muß sich vergegenwärtigen, daß bis 1969 Ehebruch, homosexuelle Handlungen zwischen erwachsenen Männern ebenso strafbar war wie Unzucht mit Tieren. Vgl. zur Reform: *Eser* (Maihofer-Fs., 1988, S. 119 f.), der die „früher sogenannten Sittlichkeitsdelikte“ als reformierten Teilbereich des Besonderen Teils des StGB bezeichnet; ausführlicher und positiv bewertend zur Reform, a. a. O., S. 126 f.

⁸⁸ *Jescheck*, AT⁴, 1988, S. 91.

– Schließlich können Strafgesetzgebung, Strafrechtsprechung und Strafrechtslehre darauf verweisen, daß die von ihnen konkretisierten und weiterentwickelten Normen strafrechtlicher *Zurechnung immer subtiler* geworden sind, das Strafrecht also dem Individuum gegenüber, dem eine Tat zugerechnet wird, immer gerechter geworden ist. Als Beispiele sei verwiesen auf die wachsende Anerkennung von beschränkter Schuldfähigkeit beziehungsweise Schuldunfähigkeit⁸⁹, auf die gesetzliche Anerkennung früher übergesetzlicher Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe⁹⁰, und die Postulierung darüber noch hinausgehender neuer übergesetzlicher Notstandslagen⁹¹. Schließlich wird von der Strafrechtswissenschaft mit großem Ernst und viel Aufwand an den wichtigen Fragen z. B. subjektiver Zurechnung im Hinblick auf eine immer größere Differenzierung gearbeitet⁹².

Fügt man diese Mosaiksteine zu einem Bild, dann entsteht durchaus der Eindruck fortschrittlicher Entwicklung: „Die Todesstrafe“, schreibt *Herbert Jäger* denn auch vorsichtig optimistisch, „wäre nicht abgeschafft, das Sexualstrafrecht nicht liberalisiert, das Straf- und Strafvollzugsrecht nicht individualpräventiv modifiziert worden ..., wenn die Rechtsordnung nicht in oft mühsamen Einzelschritten kollektive Affekte, Strafbedürfnisse und Zuschreibungstendenzen hinter sich gelassen hätte.“⁹³

⁸⁹ Vgl. das Material bei *Schreiber*, NStZ 1981, S. 46 ff. Am eindrucksvollsten ist wohl die Anwendung der §§ 20, 21 StGB (bzw. ihrer Vorläufer) im Bereich der Tötungsdelikte: Wurden 1965 noch 24,9% der wegen eines Tötungsdeliktes Ab- bzw. Verurteilten ex- bzw. dekulpiert, so stieg diese Zahl auf 45,2% (1970), 47,44% (1974), 53% (1976), 56,63% (1977) und 57,38% (1978). (*Schreiber*, NStZ 1981, S. 50). Dabei muß man freilich, worauf *Schreiber* zu Recht hinweist, berücksichtigen, daß die vergleichsweise seltenen Fälle der Exkulpation nach § 20 StGB ganz überwiegend davon abhängig gemacht werden, daß eine Maßregel der Unterbringung angeordnet wird, und daß § 21 StGB zu willkommenen – ohne § 21 angesichts der strikten Rechtsfolge des § 211 nicht begründbaren – Strafmilderungen führt.

⁹⁰ In §§ 34, 35 StGB.

⁹¹ Vgl. zusammenfassend *Lackner*, StGB¹⁹, 1991, Rn. 31 vor § 32 (IV.3.).

⁹² Vgl. etwa die kontinuierliche Arbeit an der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit; das Beispiel widerlegt sich freilich bis zu einem bestimmten Grade selbst, weil der Gewinn für die Rechtsadressaten nicht recht erkenntlich wird.

⁹³ *Jäger*, in: *ders.* (Hrsg.), *Kriminologie*, 1980, S. 194.

2. *Chronische und akute Strafrechtskrisen und ihre Bedeutung für die Untersuchung – aus einer Perspektive, die weder das Strafrecht überhaupt noch das Zweckstrafrecht abschaffen will und die Fortschritte der Strafrechtsentwicklung nicht leugnet*

Vieles an dieser positiven Skizze des Strafrechts soll nicht bestritten werden⁹⁴. Trotzdem ergibt die Gesamtbeschreibung ein irreführendes Bild vom Zustand des Strafrechts. Auffallend ist sofort, daß die behaupteten Fortschritte ausschließlich die Legitimität, Humanität und Fairneß des Strafrechtssystems betreffen. Das läßt Verdacht schöpfen. In einer Gesellschaft, die ebenso wie ihre Rechtskultur erklärtermaßen und ausgeprägt am Output orientiert ist, müßte doch – zumindest auch – die Effektivität des Strafrechts Maßstab sein. Dazu wird jedoch in aller Regel geschwiegen. Von positiven Effekten des Strafrechts wird kaum berichtet, von Dunkelziffern und Aufklärungs- oder Nichtaufklärungsraten ist selten die Rede⁹⁵. Daß Strafrecht und Strafe sein müssen, gehört offenbar genauso zu den tief verwurzelten Selbstverständnissen⁹⁶ wie die Überzeugung, was passieren würde, wenn „das Strafrecht Sicher-

⁹⁴ Das gilt trotz durchaus gewichtiger Gegenargumente, die sich bezüglich fast aller behaupteten Fortschrittsindizien finden lassen, und die hier nur angedeutet werden können: So ist der Umkehrschluß vom das Strafrecht diskreditierenden Unrechtsstaat auf die Legitimität des Strafrechts im demokratischen Rechtsstaat nur beschränkt zulässig: Nur solche Zweifel an der Legitimität des Strafrechts, die auf Zweifeln an der Legitimation von Herrschaft herrühren, entfallen in Rechtsstaat und Demokratie. Ansonsten dürfte die Meßlatte für ein legitimes Strafrecht im legitimen (demokratisch, rechts- und sozialstaatlich sich verstehenden) Staat sogar besonders hoch liegen. Auch er ist gegen den Mißbrauch seines Strafrechts nicht immun, in ihm ist die nach wie vor horrende Diskrepanz zwischen vielversprechenden Gesetzesprogrammen (z. B. § 2 Strafvollzugsgesetz) und der Vollzugswirklichkeit ebenso skandalös, wie die kaum noch bestrittene Existenz apokrypher U-Haft-Gründe. Und auch das in der Tat beeindruckend rechtsstaatliche Programm der StPO wird in der Verfahrenswirklichkeit konterkariert durch kaum kontrollierbare Grauzonen im Ermittlungsverfahren und die zunehmende Zahl nicht weniger bedenklicher Verfahrensbeendigungen durch zweifelhafte „deals“.

⁹⁵ Gemeint sind v. a. allgemeine Grundlagen, aber auch Lehr- und Studienbücher – ausgenommen natürlich kriminologische. Positiv auffallend anders die „Lehrhefte“ zum Besonderen Teil von *Gunther Arzt* und *Ulrich Weber*.

⁹⁶ Kritisch nachfragend: *Herbert Koch*, *Jenseits der Strafe*, 1988, S. 22; repräsentativ etwa *Easers* beiläufige Bemerkung: „Selbst wenn Strafe sein muß – und daran wird in dieser oder jener Form wohl auch künftig nicht zu zweifeln sein,“ (*Maihofer-Fs.*, 1988, S. 121).

heit und Ordnung nicht mehr garantieren kann“: Dann stünde „die Selbsthilfe der Bürger, ja der Krieg aller gegen alle vor der Tür, wie die neuere Erfahrung wieder vielfach gelehrt hat.“⁹⁷ Das Gegenteil soll hier nicht behauptet werden. Wohl aber muß im aufgeklärten und säkularisierten Staat nüchtern nachgefragt werden dürfen, „ob das Strafrecht unter den heutigen Bedingungen überhaupt eine Leistung erbringt, sei es für den Bestand der ‘Gesellschaft’, sei es für die Freiheit des Einzelnen.“⁹⁸

Wer von der Krise des Strafrechts spricht, muß also eine positive Entwicklung seiner Legitimität, Humanität, Fairneß und Gerechtigkeit nicht leugnen. Er behauptet weder notwendig, daß es früher besser war, noch, daß die Krise fahrlässig verursacht oder leicht zu beseitigen ist. Er besteht nur darauf, daß es deutliche Anzeichen sowohl für eine Effektivitätskrise als auch für eine – zum Teil in der Effektivitätskrise begründete – Legitimitätskrise des Strafrechts gibt.

Nun sind die Fragen, welche Aufgaben das Strafrecht erfüllen soll und welche Funktionen es tatsächlich hat, was Strafe und Strafrecht legitimiert, umstritten⁹⁹, seitdem es Strafrecht gibt, so daß man insoweit durchaus von einer *chronischen* Krise des Strafrechts sprechen kann. Auf diese Krise spielt jedoch die These nicht primär an. Angesprochen ist vielmehr das Phänomen, daß die Gesellschaft dem Strafrecht zunehmend neue Aufgaben zuweist. Das Strafrecht übernimmt diese Aufgaben und gerät so in eine *akute* Krise ganz anderer Qualität und Deutlichkeit. Denn im Streit darüber, ob Strafrecht Raub und Mord verhindern kann, und ob es darauf für die Legitimität des Strafrechts überhaupt ankommt, mögen kaum neue Argumente gefunden werden. Ein Strafrecht dagegen, das explizit als Steuerungsmittel der Umwelt-, der Waffenexport-, der Wirtschafts- und der Drogenpolitik eingesetzt wird und Erfolge nicht vorweisen kann, ein Strafrecht, daß sich zudem unübersehbare Sekundärschäden zurechnen lassen muß – im Bereich

⁹⁷ Jescheck, AT⁴, S. 2, ohne weitere Nachweise, welche neueren Erfahrungen im einzelnen gemeint sind.

⁹⁸ Scheerer, Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 67 (1989), S. 68.

⁹⁹ Sie werden zum Teil in der Kriminologie, zum Teil in der Kriminalpolitik diskutiert und im Zusammenhang mit der Legitimationsfrage vor allem im Rahmen der Straftheoriediskussion thematisiert.

des materiellen Rechts z.B. rechtsstaatlich bedenkliche neue Zurechnungsstrukturen¹⁰⁰ und Tatbestandstypen¹⁰¹, im Prozeßrecht ebenso fragwürdige Ermittlungsmethoden¹⁰² und Erledigungsarten¹⁰³ – gerät unweigerlich in eine Effektivitäts- und Legitimitätskrise.

C. Der Aufbau der Untersuchung

Die Untersuchung von ‚Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft‘, in der den Voraussetzungen und Konsequenzen dieser Arbeitshypothesen nachgegangen werden soll, besteht aus drei Teilen:

Im ersten Teil (S. 47 – S. 163) werden die Grundlagen vorgestellt: Das Projekt, strafrechtliche und kriminalpolitische Entwicklungen aus der Risikoperspektive neu wahrzunehmen und zu bewerten, setzt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den nicht-juristischen Grundlagen voraus. Zunächst – im 1. Kapitel – erfordert das Anknüpfen an den von *Ulrich Beck* geprägten Begriff eine Rekonstruktion der vorwiegend soziologischen Diskussion über die Risikogesellschaft. Erforderlich ist zudem – das wird im 2. Kapitel versucht – ein Sich-Einlassen auf die Risikodiskussionen in dieser Gesellschaft, die wesentlich von Erkenntnissen der Entscheidungstheorie und der Risikoforschung geprägt sind. Das 3. Kapitel stellt den Anschluß zu Vor-Arbeiten her, die nicht nur

¹⁰⁰ Vgl. dazu im Umweltstrafrecht: *Seelmann*, NJW 1990, S. 1257 ff.; im Drogenstrafrecht den Begriff des „Handeltreibens“, der traditionelle Zurechnungsstrukturen wie Täterschaft und Teilnahme, Versuch und Vollendung weitgehend obsolet macht.

¹⁰¹ Man denke an die scharfsinnige Analyse *Kuhlens* (GA 1986, S. 389 ff.), daß § 324 StGB (nur) als „Kumulationsdelikt“ zu verstehen sei (kritisch dazu: *Rogall*, Uni-Köln-Fs, 1988, S. 505 ff. [518 ff., 520]; oder an die noch nicht einmal abstrakt gefährlichen „Risikodelikte“, vgl. dazu jetzt: *Graul*, Gefährdungsdelikte, 1991, S. 128 ff.

¹⁰² Man denke an die zunehmenden Telefonüberwachungen (vgl. kritisch *Prittowitz*, StV 1984, S. 302 ff.) und Videoüberwachungen (vgl. BGH NJW 1991, 2651 und dazu *Wolter*, Jura 1992, S. 520 ff.) oder an die Verwendung von V-Leuten (vgl. *Lüderssen* (Hrsg.) V-Leute, 1985.).

¹⁰³ Hier ist – neben der das Legalitätsprinzip zum frommen Wunsch degradierenden Praxis der Verfahrenseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO – vor allem auf das Phänomen des „deals“ hinzuweisen.

die Bedeutung des Themas ‚Recht in der Risikogesellschaft‘ unterstreichen, sondern auch schon erste Interpretations- und Antwortangebote einführen.

Im zweiten Teil (S. 165 – S. 363) wird rekonstruiert, wie sich das Strafrecht – verstanden als Gegenstand der gesamten Strafrechtswissenschaft – in der Risikogesellschaft entwickelt hat. Im einzelnen sind der Kriminalität (4. Kapitel), den Straftheorien (5. Kapitel), der Kriminalpolitik (6. Kapitel) und schließlich der Strafrechtsdogmatik (7. und 8. Kapitel) in der Risikogesellschaft Abschnitte gewidmet.

Eine zusammenfassende Kritik dieses Risikostrafrechts und Vorüberlegungen zu einer auch normativ akzeptablen Antwort des Strafrechts auf die Probleme der Risikogesellschaft (S. 364 – S. 386) schließen die Untersuchung ab.

ERSTER TEIL DIE GRUNDLAGEN

1. KAPITEL

DIE DISKUSSION ÜBER DIE RISIKOGESELLSCHAFT

A. Überblick

Wer das ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ untersuchen will, muß klarstellen, wie er diesen ebenso plakativen wie vieldeutigen Begriff verwendet. Eine solche Festlegung wird dadurch nicht gerade erleichtert, daß die Soziologie, die das Thema ‚Gesellschaft und Risiko‘ erstaunlich lange der technisch-naturwissenschaftlich orientierten Risikoforschung überlassen hat, sich in jüngster Zeit mit immer neuen Beiträgen zu Wort meldet¹. Wenn meine ‚grenzüberschreitenden‘ Beobachtungen stimmen, konkurrieren im wesentlichen drei Modelle der Risikogesellschaft, die zunächst kurz skizziert und dann etwas ausführlicher vorgestellt werden sollen.

- Das von *Ulrich Beck* auf den Begriff „Risikogesellschaft“ gebrachte Modell² meint eine Gesellschaft, die sich mit qualitativ und quantitativ neuartigen und die Existenzbedingungen der Menschheit bedrohenden Gefahren konfrontiert sieht.
- In einem zweiten – am ausführlichsten wohl von *Helga Nowotny* und *Adalbert Evers* vorgestellten – Modell³ zeichnet es die Risikogesellschaft vor allem aus, daß sie aus unberechenbaren Gefahren handhabbare Risiken gemacht, mit anderen Worten, einen spezifischen „Umgang mit Unsicherheit“ entwickelt hat.
- Ein drittes, von naturwissenschaftlichen Risikoforschern seit längerem behauptetes⁴ und vom Soziologen *Franz Xaver Kaufmann*⁵ verfeinertes Modell der – von ihren Anhängern gerade nicht so genannten – Risikogesellschaft geht dagegen von einer

¹ Vgl. nur die in den beiden vergangenen Jahren publizierten Arbeiten von: *Blanke*, *Leviathan* 1990, S. 134 ff.; *Halfmann/Japp* (Hrsg.), *Risikante Entscheidungen*, 1990; *Bonß*, *Soziale Welt* 1991, S. 258 ff.; *Krüger/Ruß-Mohl*, (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991 und zuletzt: *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991.

² Vgl. *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986 und *ders.*, *Gegengifte*, 1988.

³ *Evers/Nowotny*, *Unsicherheit*, 1987.

⁴ Vgl. etwa *Heilmann/Urquhart*, *Risiko*, 1983; *Fritzsche*, *Risikobeurteilung*, 1986.

⁵ Prägnante Zusammenfassung bei *F.X. Kaufmann*, *Unsicherheit*, 1987, S. 37 ff.; ausführlicher, *ders.*, *Sicherheit*, 1973.

Gesellschaft aus, deren Mitglieder objektiv sicherer denn je leben, die sich aber paradoxerweise subjektiv zunehmend unsicherer fühlen.

B. Ulrich Becks Risikogesellschaft: eine Gefahrgesellschaft?⁶

I. Der „großangelegte Theorieentwurf“⁷

Die Entdeckung epochaler Strukturwandlungen meldet *Ulrich Beck* mit dem Begriff der Risikogesellschaft an:

Seiner Ansicht nach sind wir Augenzeugen eines Prozesses, in dem die Risikogesellschaft die traditionelle Industriegesellschaft ablöst⁸. Dabei stehe die Risikogesellschaft „nicht im Widerspruch zur Moderne ..., sondern (sei) Ausdruck ihrer konsequenten Weiterentwicklung“⁹. Der Modernisierungsprozeß stelle seine eigenen Grundlagen in Frage¹⁰, die Industriegesellschaft schaffe sich selber ab¹¹, weil und soweit die „industrielle Fortschrittsmaschinerie“ pauschal und systematisch „Risiken und Gefährdungen“ produziere, die global, „meist unsichtbar“, „oft irreversibel“¹² seien, und die – vor allem – das Potential „mögliche(r) Selbstvernichtung des Lebens auf der Erde“¹³ bergen würden.

Weil die Gesellschaft „zunächst verdeckt, dann immer offensichtlicher mit den Herausforderungen der selbstgeschaffenen

⁶ Für wertvolle Hinweise zu diesem Abschnitt danke ich *Gesine Brackert* und *Ursula Philipps*. Frau *Brackert* hat im Rahmen meines Seminars „Kriminalpolitische und strafrechtliche Bewertung riskanten Verhaltens“ an der Universität Frankfurt, Frau *Philipps* im Rahmen einer Ferienakademie der Studienstiftung des deutschen Volkes ein Referat über die Arbeiten *Ulrich Becks* vorgelegt. Von beiden Texten habe ich in vielfältiger Weise profitiert.

⁷ *Lay*, *Kommune* 4/1988, S. 69.

⁸ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 13.

⁹ A. a. O., S. 15.

¹⁰ *Lay*, *Kommune* 4/1988, S. 68.

¹¹ So der Titel von *Becks* Eröffnungsvortrags beim Soziologentag 1990 in Frankfurt am Main. Vgl. den leicht gekürzten Abdruck in der *FAZ* vom 19. 10. 90.

¹² Alle Zitate: *Beck*, *Risikogesellschaft*, S. 29.

¹³ A. a. O., S. 28.

Selbstvernichtungsmöglichkeiten“¹⁴ konfrontiert sei, überlagerten die „Probleme und Konflikte, die aus der Produktion, Definition und Verteilung wissenschaftlich-technisch produzierter Risiken entstehen“¹⁵, zunehmend die Problematik der „Reichtumsverteilung“¹⁶, die die traditionelle Industriegesellschaft als „Mangelgesellschaft“¹⁷ geprägt und so zur Entstehung der „hochentwickelten, reichen Wohlfahrtstaaten des Westens“¹⁸ geführt habe. In dem Maße, in dem die Logik von Risikoproduktion und -verteilung die althergebrachte Logik von Reichtumsproduktion und -verteilung dominiere, sei es sinnvoll, die Gesellschaft als Risikogesellschaft zu bezeichnen.

II. Horror und Utopie: die klassenlose und grenzenlose Welt(risiko)gesellschaft

Die neuartigen Risiken und Gefährdungen betreffen, so *Beck*, die Menschen über die traditionellen sozialen und politischen Grenzen hinweg. Die Nuklearkatastrophe von Tschernobyl, die den Autor wenige Wochen vor Erscheinen des Buches „aus gegebenem Anlaß“¹⁹ zu einem Vor-Vorwort bewogen hat, bestätigt ihn nachdrücklich in seiner These²⁰: „Not läßt sich ausgrenzen, die Gefahren des Atomzeitalters nicht mehr“²¹. *Beck* übersieht keineswegs, daß viele Risiken sich „wie die Reichtümer an das Klassenschema halten – nur umgekehrt: Reichtümer sammeln sich oben, Risiken unten“²², und daß dies auch im Verhältnis von reichen zu armen Ländern gilt: „Besonders riskante Risikoindustrien werden in die armen Länder der Peripherie ausgelagert.“²³ Trotz solcher „klas-

¹⁴ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 109.

¹⁵ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 25.

¹⁶ A. a. O., S. 17; ähnlich *Lau*, *Soziale Welt* 1989, S. 420.

¹⁷ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 25.

¹⁸ A. a. O., S. 27.

¹⁹ So der Titel des Vor-Vorwortes, *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 7.

²⁰ Interessanterweise gelingt es auch *Fritzsche* (*Risikobeurteilung*, 1986, S. VIII) mühelos, den Unfall in Tschernobyl in seine Sicht der (Risiko-) Dinge einzuordnen.

²¹ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 7.

²² A. a. O., S. 46.

²³ A. a. O., S. 56.

senspezifischer Risiken²⁴ und „neue(r) internationale(r) Ungleichheiten“²⁵ seien die neuen Risiken aber auf lange Sicht aufgrund eines „Bumerang-Effektes“²⁶ egalisierend: „Die Akteure der Modernisierung selbst geraten nachdrücklich und sehr konkret in die Strudel der Gefahren, die sie auslösen und von denen sie profitieren.“²⁷

III. Die politischen Konturen der Risikogesellschaft

Zunehmend gehe es nicht mehr nur um die Abwehr und Handhabung der neuen Risiken als Nebenfolgen der Modernisierung, sondern auch um die „sozialen, wirtschaftlichen und politischen Nebenfolgen dieser Nebenfolgen“. Die damit angesprochene Befassung mit dem „politischen Potential von Katastrophen“ mache auch eine „Reorganisation von Macht und Zuständigkeit“²⁸ wahrscheinlich.

Das klingt bedrohlich, wie insgesamt das von *Beck* gemalte Bild der Risikogesellschaft düster ausfällt²⁹:

Lebensbedrohenden Gefährdungslagen stehen Wissenschaften und Wissenschaftler gegenüber, die nicht „in der Lage sind, auf die Zivilisationsrisiken angemessen zu reagieren, da sie an deren Entstehen und Wachstum hervorragend beteiligt sind“³⁰; hinzu kommt ein politisches System, das sein „Potential der Gesellschaftsgestaltung“ an das „subpolitische System wissenschaftlich-technisch-ökonomischer Modernisierung“³¹ abgegeben hat³².

Beck zufolge besteht aber gerade aufgrund der klassen- und grenzenlosen Risikoverelendung die Hoffnung³³ auf eine Umkehr: Risikogesellschaften enthielten eine „basisdemokratische Entwicklungsdynamik“, die „die nationalstaatlichen Grenzen ebenso wie die Grenzen von Bündnissystemen und Wirtschaftsblöcken“ sprengte. Gerade „das im Modernisierungsprozeß entfaltete zivilisatorische Selbstgefährdungspotential läßt also auch die Utopie einer Weltgesellschaft ein Stück realer oder zumindest dringlicher werden.“³⁴

Während diese Utopie aber tatsächlich nur am Horizont zu ahnen ist, gewinnen die politischen Perspektiven der Risikogesellschaft auf nationaler Ebene klarere Konturen: *Beck* konstatiert ein „Verblässen des sozialstaatlichen Interventionismus“³⁵, und die „Wellen technologischer Großinnovationen mit bislang unbekanntem Zukunftsgefährdungen“³⁶ führen nach seiner Auffassung zu einer Entgrenzung dessen, was bisher als Politik galt. Traditionell unpolitische Bereiche bilden eine „neue politische Kultur“³⁷. In diesem Zusammenhang nennt *Beck* namentlich die Rechtsprechung³⁸, die Medienöffentlichkeit³⁹, sowie Bürgerinitiativen und neue soziale Bewegungen⁴⁰.

Auch die Wissenschaft kann sich nach Ansicht *Becks* der Dynamik des neuen politischen Motors nicht entziehen. Während sie sich im Zuge der bisherigen „einfachen Verwissenschaftlichung“ mit der vorgegebenen Welt von Natur, Mensch und Gesellschaft befaßt habe, werde Gegenstand der nun „reflexiven Verwissenschaftlichung“⁴¹ die von der Wissenschaft selbst produzierte Welt, oder sogar sie selbst „als Produkt und Produzent der Wirklichkeit

²⁴ A. a. O., S. 46.

²⁵ A. a. O., S. 54.

²⁶ A. a. O., S. 48.

²⁷ A. a. O., S. 49.

²⁸ Alle Zitate bei *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 31.

²⁹ Gegen diese Tendenz der *Beckschen* Untersuchungen auch: *Hondrich*, *Der Spiegel* Nr. 21/1987, S. 237 ff. Vgl. jetzt auch *Lubmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991, S. 13.

³⁰ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 78.

³¹ Beide Zitate *Beck*, a. a. O., S. 305.

³² Zu den Folgen für Strafrecht und Kriminalpolitik: *P.-A. Albrecht*, *KritV* 1988, S. 182 ff.

³³ Wichtig erscheint mir an dieser Stelle der Hinweis, daß *Beck* ausdrücklich von einer „Utopie“ (*Risikogesellschaft*, 1986, S. 61) spricht und mehrfach betont, „die politische Tragfähigkeit (der) neuartigen Gefährdungslagen“ (a. a. O., S. 62) sei völlig offen.

³⁴ Alle Zitate: *Beck*, a. a. O., S. 63.

³⁵ A. a. O., S. 302 und S. 304.

³⁶ A. a. O., S. 304.

³⁷ A. a. O., S. 317.

³⁸ A. a. O., S. 318 ff.

³⁹ A. a. O., S. 320 f.

⁴⁰ A. a. O., S. 322.

⁴¹ Alle Zitate: *Beck*, a. a. O., S. 254.

und Probleme.⁴² Eine solche Wissenschaft sei, gerade als Naturwissenschaft, stets *politische* Wissenschaft, was unter anderem bedeute: „Zentral wird in Zukunft für die Rolle aller Wissenschaften die Einsicht, daß man ein institutionell gestärktes und abgesichertes moralisch-politisches Rückgrat braucht, um überhaupt noch anständige Forschung zu betreiben.“⁴³

IV. Die Bedeutung der Nebenfolgen in Becks Konzept

Modernisierungsrisiken sind, das wird Beck nicht müde zu erwähnen, *Nebenfolgen* des technischen Fortschritts, sind oft nicht vorhergesehene, manchmal nicht vorhersehbare, stets ungewollte Folgen menschlichen Handelns, das ursprünglich auf positiv bewertete Zwecke gerichtet war. Damit ist die Risikogesellschaft im Modell Becks auch eine Gesellschaft, die langsam erkennt, daß Nebenfolgen oft von zentraler Bedeutung sind, daß der Begriff *Neben-Folge* – jenseits des in ihm liegenden zutreffenden Hinweises darauf, daß es um nicht Intendiertes geht – abwiegelnden Charakter hat, zumal es nicht nur um die unmittelbaren Auswirkungen „für das Leben der Pflanzen, Tiere und Menschen“ gehe, sondern um die „sozialen, ökonomischen und politischen Nebenfolgen dieser Nebenfolgen.“⁴⁴

Diesen Aspekt der Risikogesellschaft heben andere Autoren noch stärker als Beck hervor: Thomas Blanke etwa begreift Risiken als „spannungsreich-ungewissen Nebeneffekt von Handlungen“⁴⁵. Weil jede gezielte Verfolgung von Zwecken solche Risiken bringe, und die Kumulation der Risiken zu der Diagnose führe, der Fortbestand der Gesellschaft sei bedroht⁴⁶, sieht er in der Risikogesellschaft „eine spezifische Art und Weise, wie das Verhältnis von Zweckerreichung zu Nebenfolgen gesellschaftlich institutionalisiert“⁴⁷ sei. Noch zugespitzter formuliert Niklas Luhmann, irgend-

⁴² A. a. O., S. 255.

⁴³ A. a. O., S. 110.

⁴⁴ Alle Zitate: Beck, a. a. O., S. 103.

⁴⁵ Blanke, Leviathan 1990, S. 134 ff. (135).

⁴⁶ A. a. O., S. 134.

⁴⁷ A. a. O., S. 135.

wann in der jüngeren Vergangenheit hätten die Menschen die „fatale Differenz“ zwischen den beabsichtigten und den unbeabsichtigten Folgen des Handelns erkannt: Je weiter die Zukunftsperspektive reiche, desto mehr würden die unbeabsichtigten Folgen die Zustände bestimmen, und die Absichten hätten schließlich nur noch den Sinn, sicherzustellen, daß überhaupt gehandelt wird.⁴⁸

Auch wenn man Luhmanns – gleichermaßen als distanziert wie als zynisch interpretierbaren – These nicht folgt⁴⁹, bleibt die Erkenntnis, daß Nebenfolgen menschlichen Handelns eine immer wichtigere, vielleicht gar eine (gegenüber den Absichten) dominante Rolle spielen, eine Erkenntnis, die kaum ohne Auswirkungen auf ein Modell menschlichen Handelns bleiben dürfte, in dem der „Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit“⁵⁰ in einem falsch verstandenen Sinn mit der Gestaltbarkeit der Welt identifiziert wird.

V. Der Risikobegriff in Becks Risikogesellschaft

Für einen Autor, der vorschlägt, die bestehenden Gesellschaften als Risikogesellschaften zu kennzeichnen, müßte der Risikobegriff von überragender Bedeutung sein. Umso überraschender ist daher, daß Beck ihm vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit schenkt. Zumindest in der 1986 vorgelegten Studie verwendet er die Begriffe „Risiko“, „Gefahr“ und „Gefährdungen“ synonym^{51/52} und meint damit

⁴⁸ Zitate bei Luhmann, FAZ vom 2.1.1991, S. N 3.

⁴⁹ Auch Luhmann, a. a. O., geht allerdings davon aus, daß „künftige Gegenwarten“ auch davon abhängen, wie gegenwärtig entschieden wird. Da auch er nicht bestreiten wird, daß das Wissen über eine zunehmende Anzahl unbeabsichtigter Folgen menschlichen Handelns durch die Wissenschaftsentwicklung ständig wächst, ist seine These, die „Gestaltbarkeit künftiger Verhältnisse“ sei für die Jetztzeit entfallen, in dieser Zuspitzung wohl kaum haltbar.

⁵⁰ Kant, Was ist Aufklärung? 1784, in: Werke VIII, Akademie-Textausgabe, 1968, S. 35.

⁵¹ Kritisch dazu vor allem: Evers, Kommune Heft 6/1989, S. 33 ff. (34).

⁵² So verwendet Beck im Vorwort den Begriff „Gefahren des Atomzeitalters“ (Risikogesellschaft, 1986, S. 7), spricht im ersten Kapitel aber von der „Produktion von Risiken“ (a. a. O., S. 25), um sie gleich im Anschluß als vom Modernisierungsprozeß mitproduzierte „Risiken und Gefährdungslagen“ (a. a. O., S. 26) zu bezeichnen.

bestimmte industrielle Großgefahren, die sich von den bisher bekannten Gefahren durch Ausmaß, Irreversibilität und Unsichtbarkeit unterscheiden. Insbesondere der zuletzt genannte Faktor scheint für *Beck* zentral zu sein: In einem eigenen Kapitel „zur Wissensabhängigkeit von Modernisierungsrisiken“⁵³ stellt er die These auf, die „Existenz und Verteilung von Gefährdungen und Risiken (sein) prinzipiell argumentativ vermittelt“⁵⁴. Als weitere, gerade für das (Straf-) Recht potentiell bedeutsame Merkmale der neuen Gefährdungslagen führt *Beck* an, sie seien – anders als die inzwischen „traditionellen“ Risiken der primären Industriegesellschaft – weder eingrenzbar noch zurechenbar und auch nicht kompensierbar⁵⁵.

VI. Ist *Becks* Risikogesellschaft angemessener als Gefahrgesellschaft zu bezeichnen?

Vor allem *Adalbert Evers* hat mit überzeugender Argumentation nachgewiesen, daß *Becks* synonyme Verwendung der Begriffe Risiko und Gefahr, auch wenn sie einem Alltagssprachgebrauch entsprechen mag, nicht überzeugend ist. Mit ‚Risiko‘ solle statt dessen „eine bestimmte Form der Praxis des Umgangs mit Gefahren“ bezeichnet werden, „und zwar jene, die über Handlungstechniken, Methoden und Institutionen versucht, Gefahr abgrenzbar, berechenbar oder auch zurechenbar zu machen.“⁵⁶ *Becks* Gegenstand sei im Grunde gar nicht die – von ihm ‚erfundene‘ – Risikogesellschaft, sondern eine „Gesellschaft der Großgefahren“⁵⁷. *Beck* selber konzidiert dies – zumindest der Sache nach – wenn er in dem 1988 erschienenen Folgeband „Gegengifte“ Risiken definiert als „bestimmbare, kalkulierbare Unsicherheiten“⁵⁸, die die industrielle Moderne erzeuge. Dabei ist ihm sehr wohl bewußt, daß die Gefährdungslagen, die ihn 1986 zu der Begriffsprägung „Risikogesell-

⁵³ A. a. O., S. 35 ff.

⁵⁴ A. a. O., S. 35.

⁵⁵ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 120.

⁵⁶ *Evers*, *Kommune* 6/1989, S. 34.

⁵⁷ A. a. O., S. 33.

⁵⁸ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 120.

schaft“ veranlaßt haben, in diesem engeren Sinn gar keine Risiken sind. Wenn man, so *Beck*, im Sinne eines sich abzeichnenden Konsenses zwischen vorindustriellen Gefahren und industriellen Risiken unterscheidet, dann gehe es ihm weder um das eine, noch um das andere, sondern um die „nicht kalkulierbar(en) Unsicherheiten in Gestalt spätindustrieller Großgefahren“⁵⁹.

Zumindest die begriffliche Genauigkeit würde es daher nahelegen, die Risikogesellschaft, wie sie von *Beck* beschrieben wurde, in eine ‚Gefahrgesellschaft‘ umzubenennen. Dafür spricht in der Tat mehr als die wünschenswerte sprachlich-begriffliche Präzision. *Becks* „stillschweigende Wende“ führt nämlich, wie *Evers* nachweist, zu einem „Widerspruch zwischen der Analyse einer Gesellschaft der Großgefahren und ihrer Etikettierung als Risikogesellschaft“⁶⁰. Mit Blick auf die heutigen Großgefahren könne man den Begriff „Risikogesellschaft“ nur noch polemisch verwenden, „insoweit er das ideologische Selbstverständnis von Bürokratien und Technokratien bloßstellen will, die weiterhin vorgeben, alles als Risiko beherrschbar machen zu können.“⁶¹ Eine solche polemische Begriffsverwendung ist freilich weder von *Beck* intendiert, noch erscheint sie besonders sinnvoll.

VII. Die organisationssoziologische Seite von *Becks* Risikogesellschaft: *Charles Perrows* Gesellschaft der „normalen Katastrophen“

Viele Bezugspunkte zu *Becks* Risikogesellschaft findet man auch in dem 1984 erschienenen Buch von *Charles Perrow*⁶². Wie *Beck* gibt sich auch der Organisationssoziologe *Perrow* mit den traditionellen Fragestellungen der naturwissenschaftlich orientierten Risikoforscher nicht zufrieden⁶³. Und wie *Beck* behauptet *Perrow*, daß

⁵⁹ A. a. O., S. 121.

⁶⁰ *Evers*, *Kommune* 6/1989, S. 34.

⁶¹ A. a. O., S. 36.

⁶² *Perrow*, *Normal Accidents. Living with High-Risk Technologies*, 1984; hier zitiert nach der Taschenbuchausgabe der deutschen Übersetzung, 1989.

⁶³ Vgl. die Sammelrezension von *Lay* in *Kommune* 4/1988, S. 68 ff., der neben *Beck* und *Perrow* auch *Evers/ Nowotny* in diese Kategorie einordnet.

neuartige Risiken⁶⁴, die von den traditionellen Risikoanalytikern fehleingeschätzt werden⁶⁵, dringend nach politischen Antworten verlangen⁶⁶. Anders als *Beck* legt *Perrow* jedoch keinen großen Theorieentwurf vor, argumentiert auch nicht politisch, sondern begibt sich ganz konkret „auf das Terrain, das bisher Ingenieuren vorbehalten war“⁶⁷: Von den Kernkraftwerken über petrochemische Anlagen, den Schiffs- und Luftverkehr, Staudämme und Bergwerke bis hin zur Raumfahrt und zur Genforschung schreitet er die Bereiche ab, in denen riskante Großtechnologie stattfindet. Sein Fazit: „Die meisten Hochrisiko-Systeme weisen einige spezielle Eigenschaften auf, die unabhängig von ihren manifesten Gefahren (Giftigkeit, Explosivität etc.) Systemunfälle zu etwas Unausweichlichem, zu nachgerade ‚normalen‘ Unfällen machen.“⁶⁸ Die Besonderheit von *Perrows* Untersuchung liegt darin, daß er die Trennung zwischen „toter Technik“ und ihren lebendigen Operateuren⁶⁹, die die traditionelle Risikoforschung auszeichnet, nicht mitmacht. Ihn interessiert gerade die Organisation technischer Systeme und damit auch die Schnittstelle zwischen Mensch und Maschine⁷⁰.

Auf gänzlich anderem Weg als *Beck* also kommt *Perrow* zu einem Ergebnis, das mit dem *Beckschen* Modell der Risikogesellschaft durchaus kompatibel ist: Zwar seien viele der katastrophenträchtigen Systeme nicht neu, wie das Beispiel von Bergwerken und chemischen Fabriken zeige, aber „frühere Systeme haben heute ein höheres Katastrophenpotential, weil sie größer geworden sind und uns näher gerückt sind, und wir haben (darüberhinaus) neue Systeme, die von vornherein weit gefährlicher sind. Kernkraftwerke, Atomwaffen und möglicherweise auch die Gentechnologie sind gänzlich neuartige Systeme mit einem Katastrophenpo-

⁶⁴ *Perrow* unterscheidet (wie auch *Beck*, Risikogesellschaft, 1986) nicht zwischen ‚Risiken‘ und ‚Gefahren‘, wie schon in den ersten Zeilen seiner Einleitung (S. 15) deutlich wird.

⁶⁵ *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. 356.

⁶⁶ Vorschläge bei *Perrow*, a. a. O., S. 395 ff.

⁶⁷ *Lay*, Kommune 4/1988, S. 70.

⁶⁸ *Perrow*, a. a. O., S. 16.

⁶⁹ *Lay*, Kommune 4/1988, S. 70.

⁷⁰ A. a. O., S. 70.

tential auch für Opfer dritten und vierten Grades⁷¹ – unbeteiligte Umstehende und zukünftige Generationen. Die aus diesen Systemen rührenden Katastrophen lassen sich, so *Perrows* Fazit fast wortgleich *Becks* Sorgen wiederholend, „weder räumlich noch zeitlich in irgendeiner Weise begrenzen.“⁷²

Mit dieser – zentralen – Übereinstimmung sind die Gemeinsamkeiten der beiden Studien so gut wie erschöpft. In zwei wichtigen Punkten unterscheidet sich *Perrow* von *Beck*:

Was die politischen Konsequenzen angeht, argumentiert er auf einer anderen – niedriger angesiedelten – Ebene. Unternimmt *Beck* das Wagnis, politisch gesellschaftliche Megatrends, eine „Reorganisation von Macht und Zuständigkeit“⁷³ als Antwort auf die Befassung mit dem politischen Potential von Katastrophen, zu prognostizieren, in Anbetracht derer die konstruktive Diskussion über „technische und administrative Verfahren der Gefahrenverwaltung und -beherrschung“ nicht der Rede wert zu sein scheint⁷⁴, zieht *Perrow* es vor, „nüchtern-seriös“⁷⁵, immanente und gleichwohl radikale Empfehlungen auszusprechen.

Auf der Grundlage seiner Untersuchung schlägt er vor, die risikoreichen Systeme in drei Kategorien einzuteilen. Die der ersten Kategorie, zu der er Kernwaffen und Atomkraftwerke zählt, sei hoffnungslos und sollte aufgegeben werden, da ihre unvermeidlichen Risiken jeden sinnvollen Nutzen übersteigen. Bei einer zweiten Gruppe, in die er unter anderem die Genforschung einordnet, vermutet er, daß wir auf sie entweder nicht verzichten können (oder wegen ihres beträchtlichen Nutzens nicht verzichten wollen), so daß wir bestimmte Risiken, die allerdings mit einigem Aufwand minimiert werden können, in Kauf nehmen können und sollen. Zu einer letzten Gruppe zählt er Systeme, die bis zu einem gewissen Grad selbstkorrigierend wirken, und deren Sicherheit zudem ohne größeren Aufwand noch verbessert werden kann⁷⁶.

⁷¹ Vgl. näher zu dieser Kategorisierung der Opfer mit vielen Beispielen (*Perrow*, a. a. O., S. 100 ff.), und speziell zur Bedeutung der Opfer „vierten Grades“ (i. e. zukünftige Generationen): A. a. O., S. 104.

⁷² *Perrow*, a. a. O., 358.

⁷³ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 31.

⁷⁴ Ähnlich die Kritik *Evers*’, Kommune 6/1989, S. 36.

⁷⁵ So die Kennzeichnung *Lays*, Kommune 4/1988, S. 71.

⁷⁶ Vgl. zusammenfassend: *Perrow*, a. a. O., S. 355.

Wichtiger als der in diesen Empfehlungen mitklingende Optimismus, der in deutlichem Kontrast zu einer bei *Beck* anklingenden ‚Weltuntergangsstimmung‘ steht, ist der Hintergrund von *Perrows* Empfehlungen. In ihm liegt risikopolitisch wohl der Hauptgewinn des Buches. Es geht dabei um aus organisationssoziologischer Sicht spezifische Eigenschaften der genannten Systeme, die, weil es im hier diskutierten Zusammenhang auf sie nicht ankommt, nur angedeutet werden sollen.

Schlüsselbegriffe⁷⁷ der Analyse sind die Begriffe „Komplexität“⁷⁸, „Kopplung“⁷⁹ und „Katastrophenpotential“. Weder Komplexität noch enge Kopplung seien für sich genommen katastrophenträchtig. Zu einem inakzeptablen Hochrisikosystem werde ein System erst dadurch, daß bestimmte „Transformationsprozesse“⁸⁰, in denen explosive oder toxische Rohstoffe umgewandelt werden⁸¹, die die Eigenart haben, nicht ohne komplexe Interaktionen und enge Kopplung auszukommen, und zudem – aufgrund der verwandelten Rohstoffe – Katastrophenpotential aufweisen.

VIII. Zusammenfassende Stellungnahme

Man kann *Ulrich Beck*, wie sich gezeigt hat, manches vorwerfen: Das Bild, das er gezeichnet hat, mag „unpräzise gearbeitet“⁸² sein, die „konstruktive Beschäftigung“ mit der „Gefahrenverwaltung

⁷⁷ Vgl. dazu Kapitel 3 von *Perrows* Untersuchung, a. a. O., S. 95 ff.

⁷⁸ *Perrow* (a. a. O., S. 107 ff.) arbeitet mit dem Gegensatzpaar ‚komplexe‘ und ‚lineare Interaktionen‘. Komplexe Interaktionen unterscheiden sich von den linearen dadurch, daß es „Verzweigungen, Rückkopplungsschleifen und Sprünge von einer linearen Abfolge zu einer anderen geben kann, die durch die enge Nachbarschaft unabhängiger Subsysteme ... hervorgerufen werden“ (S. 111). Paradoxe Weise ist Komplexität einerseits eine – zu spät erkannte – Unfallursache (S. 108), andererseits laufen alle bisherigen Verbesserungsvorschläge auf zusätzliche Komplexität hinaus (S. 108 f.).

⁷⁹ Gemeint ist die Gegenüberstellung von ‚enger‘ und ‚loser Kopplung‘, wobei der von *Perrow* der Techniksprache entnommene Begriff der engen Kopplung bedeutet, „daß es zwischen zwei miteinander verbundenen Teilen kein Spiel, keine Pufferzone oder Elastizität gibt. Sämtliche Vorgänge des einen Teils wirken sich unmittelbar auf die Vorgänge des anderen Teils aus.“ (S. 131).

⁸⁰ Zu diesem Begriff: *Perrow*, a. a. O., S. 123 ff.

⁸¹ *Lay*, Kommune 4/1988, S. 71.

⁸² *Hondrich*, Der Spiegel Nr. 21/1987, S. 237.

und -beherrschung“⁸³ mag er nicht gefördert haben. Mit all diesen Einwänden, so scheint mir, ist *Becks* Modell der Sache nach keineswegs diskreditiert. Ob man die von ihm teils beschriebene, teils prognostizierte Entwicklung als zur „Risikogesellschaft“ oder als zur „Gefahrgesellschaft“ hinführend bezeichnet, ändert an der Eindringlichkeit seines Entwurfs nichts. Auch wenn man ihm nicht in allen Einzelheiten folgt, ist an zentralen Punkten des von ihm und anderen erarbeiteten Konzepts kaum vorbeizukommen. Das betrifft auf der empirisch-analytischen Ebene die Zunahme von schon bisher bekannten Gefahren und Risiken mit neuem Katastrophenpotential, es betrifft ganz neuartige Risiken, und es betrifft die – für sich genommen freilich nicht originelle – Feststellung des „selbsterzeugten Selbsterstörungspotentials“. Auch die Hervorhebung der Tatsache, daß die sogenannten Nebenfolgen zu den Hauptproblemen geführt haben, ist in der Diskussion bisher zu kurz gekommen. Für andere Thesen mag gelten, daß Gegenwartsdiagnosen ihre ganz spezifischen Risiken bergen⁸⁴; das betrifft die Vorhersage, daß die Logik der Risikoverteilung immer wichtiger werde und die Konfliktfigurationen der Industriegesellschaft überlagern könnte (oder schon überlagert habe⁸⁵) und auf der politisch-normativen Ebene das Postulat, ein neuer Umgang mit den Nebenfolgen menschlichen Handelns müsse gefunden werden, ein Postulat, das – wie zu vermuten ist – gerade auch für das Strafrecht von Bedeutung sein könnte.

Im Kern, das soll für den weiteren Verlauf festgehalten werden, zeichnet es dieses Modell der Risikogesellschaft aus, daß es in ihm weder um bloße Risikowahrnehmung, noch um einen spezifischen Risikoumgang geht, sondern um real gewachsene – unkalkulierbar riskante – Gefahren und – gefährlich kalkulierbare – Risiken.

⁸³ *Evers*, Kommune 6/1989, S. 36.

⁸⁴ *Joas*, Soziologische Revue Nr. 11, 1988, S. 1 ff..

⁸⁵ So auch: *Lau*, Soziale Welt, 1989, S. 420.

C. Adalbert Evers und Helga Nowotny Risikogesellschaft: eine Sicherheitsgesellschaft

I. Der Vergleich von Sicherheitsdiskursen: vom Armutsrisiko zum Technologierisiko

„Über den Umgang mit Unsicherheit“⁸⁶ titulieren *Adalbert Evers* und *Helga Nowotny* ihre Studie, die nur ein Jahr nach *Becks* „Risikogesellschaft“ erscheint. Schon im Titel deutet sich damit ein Unterschied zwischen den beiden Texten an, die ansonsten viel Gemeinsames haben⁸⁷. Während *Beck* die Erstmaligkeit (und damit auch die bisherige Einmaligkeit) der aktuellen Situation behauptet, nähern sich *Evers/Nowotny* dem – beiden Studien wiederum gemeinsamen – Ziel, die gegenwärtige Umbruchsituation „analytisch in den Griff zu bekommen“, mit dem Vorverständnis, der Umgang mit Unsicherheit sei eine „dauerhafte Grundproblematik menschlichen Daseins“⁸⁸.

Beck nutzt die historische Analogie, die Risikogesellschaft löse die Industriegesellschaft im gleichen Sinn ab, in dem diese die „ständisch verknöcherte Agrargesellschaft“⁸⁹ abgelöst habe, letztlich nur dazu, den epochalen Charakter des von ihm behaupteten Umbruchs hervorzuheben. Dagegen hat die historische Analogie bei *Evers/Nowotny* eine zentrale inhaltliche Funktion: Der gegenwärtige Diskurs über Sicherheit und Unsicherheit wird mit dem Sicherheitsdiskurs in der „großen Verunsicherungsphase des historischen Durchbruchs des Markt- und Industriesystems im vorigen Jahrhundert“⁹⁰ verglichen. So wie damals das Armutsrisiko „zunächst als Naturnotwendigkeit erschienen und erst nach und nach in Form der Sozialpolitik als gesellschaftlich zu gestaltendes Problem aufgegriffen“⁹¹ worden sei, so seien die technologischen Großgefahren – von einigen Teilnehmern des aktuellen Sicherheitsdiskurses – als Sachzwang akzeptiert worden, bevor auch in diesem

Zusammenhang die (Wieder-) „Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft“⁹² gelang.

II. Die Konturen der Risikogesellschaft bei Evers/Nowotny

Ausgangspunkt ihrer Stellungnahme zum Begriff der Risikogesellschaft⁹³ ist die schon erwähnte⁹⁴ differenziertere – und inzwischen auch von *Beck* übernommene Definition der Begriffe Gefahr und Risiko, wonach Risiken solche Gefahren sind, die „gesellschaftlich thematisiert, abgegrenzt und damit potentiell kalkulierbar werden.“⁹⁵ Aber auch jenseits der begrifflich-semanticen Kritik klingen *Evers/Nowotny* skeptisch, was *Becks* Diagnose der epochalen Umbruchsituation angeht. Zwar wollen die Autoren weder die von *Beck* beschriebenen Phänomene, noch ihre soziale Definition oder ihr politisches Potential anzweifeln, aber den Unfall von *Tschernobyl*, den *Beck* als dramatische Bestätigung seiner These begreift, sehen *Evers/Nowotny* nüchterner als „anthropologischen Schock“⁹⁶, hervorgerufen durch das drohende Kollabieren der „bisherigen technisch-institutionellen Sicherheitsvorkehrungen wie (der) vielfältigen kleinen, informellen Sicherheitsstrategien.“⁹⁷

Gleichwohl will auch *Evers* am Begriff Risikogesellschaft festhalten⁹⁸. Mit zwei Argumenten verteidigt er die Risikogesellschaft gegen ihren ‚Erfinder‘:

1. Die Risikogesellschaft als risikobeherrschende Gesellschaft

Der Begriff der Risikogesellschaft ist dort treffend, schreibt *Evers*, „wo er Gesellschaft unter dem Aspekt der Entwicklung von Regulationsmustern, Techniken und Verfahren zum Umgang mit Gefahren bezeichnet; hier ist sie in dem Maße Risikogesellschaft, wie

⁸⁶ *Evers/Nowotny*, Unsicherheit, 1987.

⁸⁷ So auch *Evers* selber in: *Kommune*, Heft 6/1989, S. 33.

⁸⁸ Zitate und Kommentar zu dieser Frage: *Lay*, *Leviathan*, 1988, S. 288.

⁸⁹ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 14.

⁹⁰ *Evers/Nowotny*, *Unsicherheit*, 1987, S. 13.

⁹¹ So die Zusammenfassung des Arguments bei *Lay*, *Kommune* 4/1988, S. 70.

⁹² So der Untertitel des Buches von *Evers/Nowotny*.

⁹³ Vgl. *Evers/Nowotny*, *Unsicherheit*, 1987, S. 32 ff.

⁹⁴ Vgl. oben S. 56 f.

⁹⁵ A. a. O., S. 32.

⁹⁶ A. a. O., S. 60.

⁹⁷ A. a. O., S. 61.

⁹⁸ *Evers*, *Kommune* 6/1989, S. 35 f.

es ihr gelungen ist, mit dem Industrialisierungs- und Modernisierungsprozeß verbundene Gefahren und Herausforderungen wohl- fahrtstaatlich zu regeln, zu kompensieren und zu normalisieren.“⁹⁹

Angewendet auf die aktuell bestehende Gefahrenlage karikiert jedoch dieser Begriff von Risikogesellschaft *Becks* Anliegen gera- dezuz: Bei *Beck* kennzeichnet die aus der *Unbeherrschbarkeit* der Gefahren resultierende Bedrohlichkeit die Risikogesellschaft, nach dem von *Evers* vorgeschlagenen Sprachgebrauch dagegen wäre ge- rade die aus der *Beherrschbarkeit* folgende ‚objektive‘ und subjek- tive) Sicherheit das Wesensmerkmal der Risikogesellschaft. Eine solche Sichtweise entspricht mehr oder weniger der der traditionel- len Risikoforscher; *Evers/ Nowotny* freilich teilen sie nicht. Das wird schon daran deutlich, daß *Evers* auf die aktuelle Lage bezo- gen die polemische Verwendung des Begriffs vorschlägt, um das „ideologische Selbstverständnis von Bürokratien und Technokrati- en bloßzustellen ...“, die angesichts der heutigen Großgefahren wei- terhin vorgeben, alles als Risiko beherrschbar ... machen zu kön- nen.“¹⁰⁰

2. Die Risikogesellschaft als Gesellschaft, in der die Risiken mit den Entscheidungsmöglichkeiten wachsen

Noch deutlicher wird die ablehnende Haltung von *Evers/Nowotny* gegenüber der Deutung der Risikogesellschaft als Risikobeherr- schungsgesellschaft, wenn *Evers* bezugnehmend auf die gemeinsam mit *Nowotny* erarbeitete Studie meint, in der von ihnen seinerzeit vorgeschlagenen Sichtweise wäre Gesellschaft deshalb und ins- weit Risikogesellschaft, „als sich in ihr im Kontext der Entdeckung von Gestaltbarkeit, Machbarkeit und Gemachtheit ... Handlungs- zwänge und -möglichkeiten auf individueller wie kollektiver Ebene vervielfacht haben und mit ihnen auch der Bereich instrum- enteller Verfahren, Institutionen und Methoden der Berechnung, Zurechnung und Abgeltung von Gefahren. Das vermehrt Risiken“, so *Evers* weiter, „und schafft in diesem Sinne ‚Risikogesellschaft‘ –

⁹⁹ *Evers*, *Kommune* 6/1989, S. 35.

¹⁰⁰ *Evers*, *Kommune* 6/1989, S. 36.

unabhängig von der Streitfrage, ob wir heute gefährlicher leben als zu anderen Zeiten.“¹⁰¹

D. Die Risikogesellschaft – eine verunsicherte Gesell- schaft? (Das Gesellschaftsbild der Risikoforscher)

Das dritte Modell der Risikogesellschaft kann nicht ohne eine einleitende Bemerkung vorgestellt werden. Denn diejenigen, die diesem Modell nahe- stehen, die hier bisweilen so genannten traditionellen Risikoforscher¹⁰², verwenden in aller Regel den Begriff Risikogesellschaft überhaupt nicht. In ihren Augen ist er ein Kampf-, zumindest aber ein ideologisch belaste- ter, technikeindlicher Begriff, der die normativen Konsequenzen, die z. B. *Ulrich Beck* aus seiner Analyse zieht, schon impliziert. Ein solcher Sprach- gebrauch darf zwar nicht verschwiegen werden, er kann aber eine Unter- suchung wie die hier angelegte nicht binden. Wenn daher im folgenden versucht wird, die Konturen eines dritten Modells von Risikogesellschaft zu skizzieren, dann gilt das Interesse zunächst nur der Frage, ob auch in dieser Sichtweise und Analyse der Gesellschaft der Begriff des Risikos eine so prominente Rolle spielt, daß sich die Bezeichnung Risikogesellschaft rechtfertigen läßt.

I. Die Einstellung der Risikoforscher zum Risiko

„Risiko: Element unseres Lebens und Motor des Fortschritts“, die- ser Untertitel eines 1983 erschienenen Buches¹⁰³ faßt die Einstel- lung der traditionellen Risikoforscher treffend zusammen, weil prä- zise die beiden dafür konstitutiven Merkmale angesprochen sind.

¹⁰¹ A. a. O., S. 34.

¹⁰² Diese ‚Etikettierung‘ ist zugegebenermaßen wenig präzise. Gemeint sind die- jenigen, die sich, vorwiegend aus den Bereichen der Naturwissenschaften und der Technik kommend, schon seit längerem mit dem Phänomen Risiko befassen, sich offensichtlich mit ihm ‚arrangiert‘ haben und deshalb von der gesellschaftlichen Reaktion auf Risiken überrascht und befremdet sind.

¹⁰³ *Heilmann/Urquhart*, *Risiko*, 1983.

1. Risiko: Element unseres Lebens

Als Element unseres Lebens sind Risiken in dieser Sicht denkwürdig ubiquitär: „Das Leben ist lebensgefährlich!“ (Erich Kästner). Gemeint ist, daß jedes Individuum und Kollektiv bei jedem Verhalten (Tun oder Unterlassen) bewußt oder unbewußt Risiken eingeht. Aus diesem – der Sache nach kaum zu bestreitenden – Phänomen ergibt sich mit einer gewissen Folgerichtigkeit, daß man vor Risiken nicht grundsätzlich Angst haben sollte. Denn da jede Handlung Risiken birgt, würde die Angst vor den ständig und überall eingegangenen Risiken die Menschen lähmen, ihr Leben unmöglich oder jedenfalls höchst unangenehm machen¹⁰⁴. Aber die Unausweichlichkeit riskanter Handlungen gibt noch keine Handlungsanweisung zum Umgang mit Risiken. Insbesondere folgt aus der Ubiquität von Risiken keineswegs, daß unbesehen und undifferenziert alle Risiken hingenommen werden müßten. Gerade die Risikoforscher mahnen den rationalen Umgang mit Entscheidungen für und gegen Risiken an. Für die Rationalität des Umgangs mit Risiken wichtiger ist daher das zweite Merkmal, das das Risiko in den Augen der Risikoforscher auszeichnet.

2. Risiko: Motor des Fortschritts

Vordergründig drückt sich die Rationalität des Umgangs mit Risiken in der inzwischen fast zum Allgemeingut gewordenen Risikoformel aus, nach der sich das Risiko einer Handlung berechnen läßt als das – mathematisch gesprochen – Produkt zweier Faktoren: der *Gewichtigkeit* eines möglicherweise eintretenden Schadens und der *Wahrscheinlichkeit* dieses Schadenseintritts. Die weitgehende, aber keineswegs unumstrittene¹⁰⁵ Akzeptanz setzt jedoch unausgesprochen einen weiteren Bewertungsschritt voraus, erklärt sich eben aus

¹⁰⁴ Fast jeder kennt aus seiner Alltagserfahrung Menschen, deren – uns pathologisch vorkommende – Angst vor den Gefahren dieser Welt sie wesentlich behindert.

¹⁰⁵ Vgl. neuerdings zur Kritik am beanspruchten Rationalitätsmonopol dieser Formel, Hans-Peter Peters, in: Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 34 ff. Eine überzeugende kritische Auseinandersetzung mit dieser Formel findet sich auch schon bei Perrowe, a. a. O., S. 357 ff. [360ff.]

der Ansicht, daß Risiken nicht nur unausweichlich, sondern – als „Motor des Fortschritts“ – erwünscht seien. Dabei handelt es sich weniger um eine auf theoretischen Überlegungen beruhende Erkenntnis als um ein auf einem bestimmten Verständnis der Menschheits- und Fortschrittsgeschichte basierendes Postulat¹⁰⁶. Die Plausibilität des Postulats, die derzeit ins Wanken gerät, war lange unumstritten. Ein Beispiel aus der Medizingeschichte, das auch unter dem Gesichtspunkt der strafrechtlichen Haftung für riskantes Verhalten interessant ist, kann das gut illustrieren:

In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts hatte der Bostoner Arzt *Boylston* von Berichten gehört, denen zufolge Menschen der Eiter aus Pockenwunden verabreicht werden kann, um eine milde Form der Krankheit hervorzurufen und damit eine lebenslange Immunität zu garantieren. *Boylston*, der selbst eine Epidemie überlebt hatte, also immun war, impfte zunächst seinen eigenen Sohn und zwei andere Kinder (erfolgreich) und setzte daraufhin sein Experiment mit insgesamt 247 Personen fort. Sechs davon starben an der Impfung. Dies rief einen Sturm der Entrüstung hervor. Kurz darauf kam eine neue Pockenepidemie, an der von 5759 Pockenkranken 804 (etwa einer von sieben) starben. Von den von *Boylston* geimpften Personen starb niemand, so daß es bezüglich dieser Gruppe bei den sechs Opfern der Impfung (etwa einer von einundvierzig) blieb.¹⁰⁷

3. Rechtfertigt dieses Verständnis von Risiko als „Element des Lebens und Motor des Fortschritts“ die Bezeichnung unserer Gesellschaft als Risikogesellschaft?

Den naheliegenden gesundheitspolitischen, ethischen und rechtlichen Fragen, die dieser Sachverhalt aufwirft, soll nicht weiter nachgegangen werden. Er sollte nur illustrieren (und auch plausibel machen), vor welchem Hintergrund die positive, risikofreudige

¹⁰⁶ Überraschende Parallelen bei *Hondrich*, Der Spiegel, Nr. 21/1987, S. 242: „Wir sind zur Risikobereitschaft verdammt“ und: „Die Tretmühle der Risikogesellschaft läßt sich nur in eine Richtung bewegen: nach vorn.“

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Heilmann/Urquhart*, Risiko, 1983, S. 36. Strafrechtlich interessant erscheint mir die Begebenheit, weil nach den mitgeteilten Informationen keineswegs klar ist, ob *Boylston* 6 Menschen getötet oder 30 Menschen (die vermutlich gestorben wären, wenn sie nicht geimpft worden wären) gerettet hat. Ging er ein erlaubtes Risiko ein, durfte er das, obwohl er die Möglichkeit von Todesopfern zweifelsfrei erkannt hatte?

Grundeinstellung der traditionellen Risikoforscher zu sehen ist. Von Interesse ist insoweit, ob die angedeutete Sichtweise des Risikos von seiten der Risikoforscher es nahelegt, von der heutigen Gesellschaft als Risikogesellschaft zu reden. Diese Frage ist schnell negativ beantwortet. Entscheidender Aspekt beider Merkmale dieses Risikobegriffs ist ja gerade die Nichtgebundenheit des Phänomens an unsere Zeit. Risiko ist nach der Überzeugung dieser Forscher immer schon ubiquitär, unausweichlich und tendenziell fortschrittlich gewesen.

II. Die Einstellung der Risikoforscher zu gesellschaftlicher Risikowahrnehmung und gesellschaftlichem Risikoverhalten

Gleichwohl könnte man auch aus der Perspektive der Risikoforscher sinnvoll von einer Risikogesellschaft sprechen. Jedenfalls gibt es ein drittes Modell von Risikogesellschaft, das wesentlich von den sehr dezidierten Vorstellungen der Risikoforscher über die (mangelnde) Rationalität gesellschaftlicher Risikowahrnehmung und des daraus resultierenden Verhaltens geprägt ist.

Nachdem die Risikoforscher nämlich der Einsicht zum Durchbruch verholfen hatten, daß Risiken durch menschliche Entscheidungen beeinflussbar sind, beobachteten sie zunächst staunend, dann mit Ärger und Reue die Nebenfolgen ihrer Erkenntnisse: Ganz entgegen ihrer nach ihrem eigenen Selbstverständnis rationalen Betrachtungsweise gerieten manche Risiken – prominentestes Beispiel ist die Kernenergie – in Akzeptanzkrisen, während andere – wie der Straßenverkehr – auch weiterhin akzeptiert wurden. Es zeigte sich, daß „das Risiko, das Menschen umbringt, und das Risiko, das sie ängstigt, völlig verschiedene Sachverhalte sind.“¹⁰⁸

Die Risikoforscher zeigen wenig Verständnis für diese vermeintlich irrationalen Einstellungen und pochen auf ihre Sicht der Dinge. So betonen *Heilmann/Urquhart*, „daß die menschliche Rasse, obwohl sie ein ziemlich konstantes Verhaltensmuster bezüglich der Reduzierung nutzloser Anstrengungen und ökonomischer Mittel zeigt, sich hinsichtlich der Praktizierung von Risi-

kovermeidung weder logisch noch konsequent verhält.“¹⁰⁹ Noch härter fällt das Urteil des Wissenschaftsjournalisten *Thomas von Randow* aus, der eine eindrucksvolle Kaskade von Widersprüchlichkeiten vorführt:

„Wir alle haben schon einmal gehört oder gelesen, daß in der alten Bundesrepublik Jahr für Jahr 75000 Menschen an den Folgen des Zigarettenrauchens sterben. Das ist einer von 813 Mitbürgern, achtmal mehr als dem Straßenverkehr zum Opfer fallen. Aber es bewegt uns nicht sonderlich. Hingegen treibt viele Mitmenschen die Angst vor Aids um, wiewohl die Wahrscheinlichkeit, sich damit zu infizieren, fünfhundertfach geringer ist, nicht einmal so groß wie das Risiko, vom Blitz getroffen zu werden. Daß uns der Blitz trifft, ist wiederum viermal wahrscheinlicher, als sechs Richtige im Lotto zu tippen – trotzdem beteiligen sich am Zahlenlotto jede Woche viele Millionen Bundesbürger, die dafür im Jahr immerhin sechs Milliarden Mark ausgeben. Warum“, schließt *v. Randow* sein Lamento, „sind wir so unvernünftig?“¹¹⁰

Und ein weiterer Risikoforscher bekennt schon im Vorwort seines Buches, die Tatsache, daß „unsere Gesellschaft zufolge einer einseitig subjektiven Wahrnehmung von Gefahren immer häufiger zu ambivalenten, ja gelegentlich zu geradezu grotesken Reaktionen verleitet (werde)“¹¹¹, sei für ihn der entscheidende Anstoß zum Verfassen des Buches gewesen.

Prüft man den Kern des Vorwurfes kollektiver Irrationalität, dann kristallisieren sich drei Hauptargumente heraus: Erstens wird behauptet, der Mensch sei mit rationalen Risikoentscheidungen überfordert, zweitens wird das Ausmaß neu wahrgenommener Risiken – seinerseits nochmals dramatisch verstärkt und verzerrt durch die Darstellung in den Medien – für unsere irrationale Haltung verantwortlich gemacht, und drittens wird vorgetragen, unser Verhalten stehe im Zusammenhang mit einer kollektiven Unsicherheitserfahrung. Diese drei Argumentationslinien sollen kurz dargestellt werden:

¹⁰⁹ *Heilmann/Urquhart*, Risiko, 1983, S. 40.

¹¹⁰ *v. Randow*, Die Zeit Nr. 1/1991 vom 28. 12. 1990, S. 58.

¹¹¹ *Fritzsche*, Risikobeurteilung, 1986, S. V.

¹⁰⁸ *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mobl* (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 11.

1. Der von Risikoentscheidungen überforderte Mensch

Mit Risiken könnten wir nicht umgehen, argumentieren etwa *Heilmann/Urquhart*, weil sie „mit den Maßstäben des Statistikers gemessen (werden), und diese seien für den alltäglichen Gebrauch zu abstrakt.“¹¹² *Fritzsche* zitiert eine – immer wieder zu hörende – Laienfeststellung, die seiner Meinung nach das „gewisse, aber doch sehr beschränkte statistische Verständnis“ illustriert: „Wenn auch die Wahrscheinlichkeit dieses Ereignisses (z. B. eines schweren Unfalls) sehr klein sein mag, so kann es doch schon morgen eintreten.“¹¹³ Wie verbreitet diese Sicht der Dinge auch unter Juristen ist, kann man an einer aktuellen höchstrichterlichen Entscheidung zeigen. Im Zusammenhang mit der Frage, ob man dem HIV-infizierten Angeklagten glauben könne, daß er darauf gehofft und gebaut habe, den Sexualpartner nicht anzustecken, meint der Bundesgerichtshof in seinem ersten „Aids-Urteil“:

„Als Umstand, der für die Annahme des bedingten Vorsatzes spricht, kann aber auch ins Gewicht fallen, daß selbst bei statistisch gering zu veranschlagendem Infektionsrisiko *jeder* ungeschützte Sexualkontakt derjenige von vielen sein kann, der eine Virusübertragung zur Folge hat, daß also jeder einzelne für sich in Wirklichkeit das volle Risiko einer Ansteckung in sich trägt.“¹¹⁴

Überfordert sei der Mensch bei Risikoentscheidungen, so läßt sich das Argument zusammenfassen, weil er kein Verständnis für – vor allem kleine – Wahrscheinlichkeiten habe. Dieses Defizit werde in aller Regel noch dadurch verstärkt, daß andere Faktoren die Risikowahrnehmung und damit die Risikoentscheidung prägten, die allesamt einer „rationalen“ Entscheidung im Wege stünden. Genannt werden in diesem Zusammenhang die Bekanntheit einer Gefahr, der Grad der Freiwilligkeit des eingegangenen Risikos, der Grad seiner Beeinflussbarkeit, die Frage nach Zeitpunkt, Art und Ausmaß der Folgen sowie kognitivpsychologische und tiefenpsychologische Faktoren, die sowohl auf Individuen als auch auf Kollektive wirken.

¹¹² *Heilmann/Urquhart*, Risiko, 1983, S. 40.

¹¹³ *Fritzsche*, Risikobeurteilung, S. 28.

¹¹⁴ BGHSt 36, 1 ff. [11 f.].

2. Das wachsende Wissen um Risiken und die Verzerrung dieses Wissens durch die Medien als Hindernis für rationale Risikoentscheidungen

„Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß!“, weiß der Volksmund. Und mancher Risikoforscher mag insgeheim hoffen, die Menschen wüßten weniger von den unendlich vielen – ihrer Meinung nach bedeutungslosen – Risiken. Daß und wie Risikowissen sich kontraproduktiv auswirken kann, ist durchaus plausibel belegbar:

„Vor zwei Jahren“, berichtet *von Randow*, „mochten in der Bundesrepublik viele Leute plötzlich kein Mineralwasser mehr trinken, weil eine Zeitschrift „enthüllt“ hatte, einige dieser Getränke enthielten übermäßig viel Natrium. Tatsächlich befand sich selbst im „schlimmsten“ der zitierten Fälle in einem ganzen Liter des Getränks weniger Natrium als in einer Prise Salz.“¹¹⁵

Der Wissenschaftsjournalist gibt den Journalisten selber die Hauptschuld an diesem Phänomen¹¹⁶ und zieht daraus die Konsequenz, die zumeist äußerst geringen Eintrittswahrscheinlichkeiten der schrecklichen Ereignisse müßten zukünftig in einem der „Richter-Skala“ – der inzwischen weltweit anerkannten Skala zur Beurteilung der Schwere von Erdbeben – nachempfundenen Risiko-Index mitgeteilt werden.

Ob diese Medienschelte jenseits überzeugender Einzelbeispiele zutreffend ist, muß ebenso bezweifelt werden¹¹⁷ wie die Eignung des „Risiko-Index“, dem Phänomen abzuweichen. Denn das Problem ist grundsätzlicher als es die von ihrer Risikosicht und ihren festgelegten Rationalitätsvorstellungen geprägten Risikoforscher¹¹⁸ wahrhaben wollen.

¹¹⁵ *v. Randow*, Die Zeit Nr 1/1991 vom 28. 12. 90, S. 58.

¹¹⁶ Einerseits deswegen, weil sie zu ‚schlampig‘ die wissenschaftlichen Berichte und dort insbesondere das ‚Kleingedruckte‘ lesen, andererseits und wohl vor allem, weil fast alle Medien der Versuchung erliegen, ‚verkaufsförderndes Gruseln‘ zu produzieren.

¹¹⁷ Vgl. dazu ausführlich *Ruhrmann*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 145 ff.

¹¹⁸ Dazu ausführlich und kritisch: *Perrow*, a. a. O., S. 368, der das Rationalitätsmonopol der Experten mit einem Modell konfrontiert, in dem neben der ‚absoluten‘ Rationalität eine ‚beschränkte‘ und vor allem eine ‚soziale und kulturelle‘ Rationalität Platz haben.

Im wesentlichen geht es um die Risiken *neuer Techniken* und um die durch *neue Erkenntnisse und Methoden* jetzt erst mögliche Einschätzung schon früher bestehender Risiken. Bezüglich der Analyse der neuen Risiken stellt *Fritzsche* leicht resignativ fest, die Erwartung, „durch die vorausschauende Gefahranalyse (werde) in der Öffentlichkeit mehr Vertrauen in den Umgang mit neuen Gefahrenquellen (geweckt)“, habe sich nicht erfüllt:

„Durch die Analyse zahlreicher ausdenkbarer und folgerichtig auch postulierter Störfallszenarien wird der Außenstehende überhaupt erst auf diese aufmerksam gemacht, und wegen (der) Unfähigkeit, kleine Wahrscheinlichkeiten wirklichkeitsgetreu zu erfassen, gelingt es ihm nicht, die vielen extrem unwahrscheinlichen und daher unmaßgebenden unter diesen Szenarien aus seinem Bewußtsein wieder auszulöschen. In dieser Beziehung scheint die Risikoanalyse eine ‚Büchse der Pandora‘ geöffnet zu haben.“¹¹⁹

Das Zitat belegt, daß die unter Risikoforschern lange verbreitete Vorstellung, das Problem der Technikakzeptanz sei im Kern ein Informationsproblem¹²⁰, (zu Recht)¹²¹ aufgegeben wurde.

Aufbauend auf der Unfähigkeit, mit kleinen Wahrscheinlichkeiten vernünftig umzugehen, so läßt sich dieses Argument zusammenfassen, erweist es sich nach Meinung der Risikoforscher als fatal, daß wir so viel – und durch den naturwissenschaftlichen Fortschritt immer mehr – über kleine Risiken wissen, daß wir aufgrund der demokratischen Struktur unserer Gesellschaft dieses Wissen allgemein zugänglich machen müssen, und daß die Medien Risiken zudem verzerrt darstellen.

3. Die allgemeine Verunsicherung

Parallel zu den skizzierten Versuchen, die Verunsicherung der Gesellschaft mit dem Bekanntwerden neuer Risiken und ihrer ver-

¹¹⁹ *Fritzsche*, Risikobeurteilung, 1986, S. 135.

¹²⁰ Vgl. *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 13; paradigmatisch: *Clark*, in: *Schwing/Albers*, (Hrsg.) Societal Risk Assessment, 1980, S. 287 ff.: „Die Einstellung der Gesellschaft zu Risiken wie Krebs oder Reaktorunfällen unterscheidet sich auf den ersten Blick in nichts von ihren früheren Ängsten vor dem bösen Blick.“ (S. 305).

¹²¹ Dazu: *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 14 ff.

zerrten Wahrnehmung zu erklären, hat der Soziologe *Franz Xaver Kaufmann*¹²² – anspruchsvoller und von der Jurisprudenz vergleichsweise schnell rezipiert¹²³ – zu begründen versucht, warum die Menschen in der modernen Gesellschaft verunsichert sind.

„Angst und Unsicherheit (sind) zum Thema des 20. Jahrhunderts geworden“¹²⁴, diagnostiziert *Kaufmann*, obwohl er den Ausgangspunkt der Risikoforscher, die Menschen hätten „noch nie so gut und so sicher gelebt ... wie heute“¹²⁵, teilt. Nicht die „Zunahme der Gefahren für Ansehen, Wohlstand, Leib und Leben“ sei der Grund für die wachsende Unsicherheit, auch nicht die von den Risikoforschern unterstellte subjektiv wahrgenommene Zunahme von Gefahren. Die Verunsicherung sei vielmehr eine *Orientierungsunsicherheit*, die sowohl „kulturell“ als auch „situativ“ bedingt sei. Was damit gemeint ist und wie es nach Ansicht *Kaufmanns* zu dieser Orientierungsunsicherheit gekommen ist, soll kurz dargestellt werden:

Normen und Institutionen haben *Kaufmann* zufolge, wenn man auf einer „soziologischen Einsicht in die Verfassung unserer Gesellschaft“¹²⁶ aufbaut, die Funktion, die Menschen von Unsicherheit zu entlasten¹²⁷. Vor diesem Hintergrund habe sich die Tendenz einer „fortschreitende(n) Komplexitätssteigerung“¹²⁸, die zu immer spezialisierteren und differenzierteren institutionellen Bereichen geführt habe, fatal ausgewirkt. Als Ergebnis dieser Entwicklung seien die verschiedenen Funktionen menschlichen Zusammenlebens nunmehr in „voneinander weitgehend unabhängigen Ordnungen institutionalisiert“¹²⁹, denen jeweils eigenständige „formale Organisationen“ entsprechen. Aus der Sicht des einzelnen Mitglieds der Gesellschaft sei nunmehr entscheidend, daß diese „formalen Organisationen ... den Menschen nicht mehr in allen, sondern nur noch in sehr spezifischen Lebensbezügen als Organisationsmitglied (integrieren)“¹³⁰.

¹²² *F.X. Kaufmann*, Unsicherheit, 1987, S. 37 ff.; zum Ganzen jetzt *ders.*, Verantwortung, 1992.

¹²³ Vgl. vor allem *Kindhäuser*, Gefährdung, 1989, S. 278 ff.; *Felix Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 52 ff.

¹²⁴ *F.X. Kaufmann*, Unsicherheit, 1987, S. 46.

¹²⁵ A. a. O., S. 38.

¹²⁶ A. a. O., S. 40.

¹²⁷ A. a. O., S. 42.

¹²⁸ A. a. O., S. 45.

¹²⁹ A. a. O.

¹³⁰ A. a. O.

Dieser Hintergrund bewirke die *kulturell* bedingte Verunsicherung, weil die Menschen mit der gesellschaftlichen Entwicklung nicht Schritt halten könnten, sich vielmehr immer noch auf der Suche nach der verlorenen Ganzheit befänden. Gleichzeitig seien dieselben Faktoren verantwortlich für die schon erwähnte *situativ* bedingte Unsicherheitserfahrung, die der einzelne fast zwangsläufig mache, wenn er die Schwellen der eigenen vertrauten Organisationen verlasse.

Damit ist für *Kaufmann* aus dem Paradoxon – wachsende subjektive Unsicherheit trotz steigender objektiver Sicherheit – ein erklärbares Dilemma geworden: „So generieren unsere Bemühungen um mehr Schutz und Sicherheit mit einer gewissen Zwangsläufigkeit gleichzeitig mehr Komplexität, größere Orientierungsschwierigkeiten und damit neue Verunsicherung.“¹³¹ In dieser Lage helfe es jedoch nicht weiter, den Menschen zu empfehlen, sie müßten lernen, mit dem Risiko zu leben. Das sei eine „schulterzuckende Immunisierung des Problems“, die nur solange helfe, als die Orientierungsschwierigkeiten bloß individuelles Unbehagen, aber keine weiteren sozialen Kosten verursachten¹³².

Was statt dessen weiterhelfen könnte, erfährt man bei *Kaufmann* leider nicht. Aufschlußreich sind jedoch, gerade für eine rechtspolitisch und -soziologisch interessierte Untersuchung, einige obiter dicta zu den Verrechtlichungstendenzen in unseren Gesellschaften. *Kaufmann* meint nämlich, die mit ihnen einhergehenden ständigen Veränderungen der Gesetze bewirkten ein Absinken des Rechtsbewußtseins und des Vertrauens in die Verbindlichkeit der Gesetze, und damit auch einen Verlust an Effektivität und Zuverlässigkeit der Rechtsordnung selber¹³³. Somit sei durchaus denkbar, daß auch die „objektive Zuverlässigkeit unserer Institutionen wieder (abnehme)“¹³⁴.

¹³¹ A. a. O., S. 46.

¹³² A. a. O., S. 47.

¹³³ A. a. O.

¹³⁴ A. a. O.

4. Die Risikogesellschaft – in den Augen der Risikoforscher eine Gesellschaft kollektiv irrationaler Risikowahrnehmung und entsprechendes Risikoverhaltens

Die Einstellung der Risikoforscher selber zum Risiko, das war eindeutig, rechtfertigt es nicht, von einer Risikogesellschaft zu sprechen. Betrachtet man aber ihre Einstellung zu gesellschaftlicher Risikowahrnehmung und dem daraus resultierenden Risikoverhalten, dann wird auch aus ihrer Sicht die Bezeichnung Risikogesellschaft sinnvoll. Ganz gleichgültig, ob die von den Risikoforschern konstatierten Defizite anthropologisch oder soziologisch begründet werden, gleichgültig auch, ob man dabei der Wissenschaft und den Medien ein Mehr oder Minder an Mitschuld gibt, das gemeinsame Credo der Risikoforscher ist: Angst und Unsicherheit sind – paradoxerweise – die Themen des 20. Jahrhunderts.

E. Der Risikogesellschaftsbegriff dieser Untersuchung

Wozu drängt der Befund, daß unter Risikogesellschaft vieles verstanden wird und verstanden werden kann, daß sich unter Umständen sogar widersprüchliche Konzepte dahinter verbergen? Zeigt sich darin nur der vermutete schillernde Charakter des Begriffs oder ist damit gar seine Unbrauchbarkeit als ‚kritischer Begriff‘ erwiesen? Eine solche Abkehr wäre verfrüht. Zunächst muß untersucht werden, ob tatsächlich nicht vereinbare Widersprüche die Redeweise von *der* Risikogesellschaft begleiten (dazu: I). Zum anderen stünde, selbst wenn nicht alle Widersprüche ausgeräumt werden können, noch nicht fest, daß man deswegen auf den Begriff der Risikogesellschaft und ihres Strafrechts verzichten müßte (dazu: II).

I. Widersprüchliches und scheinbar Widersprüchliches

Auf den ersten Blick will es in der Tat scheinen, als ob das Verständnis von Risikogesellschaft, das die normativ-soziologischen Ansätze prägt, für die *Beck* paradigmatisch steht, mit demjenigen der traditionellen Risikoforschung unvereinbar ist: Der technik-

skeptischen Konzeption *Becks*, der nicht zufällig bescheinigt wurde, sich mit dem „Elend der traditionellen Risikoforschung“ nicht zufrieden zu geben¹³⁵, steht die technikgläubige, zumindest optimistische Sichtweise der eher naturwissenschaftlich orientierten Risikoforscher gegenüber, der die psychologische Forschung eine Tendenz zur „overconfidence“ nachsagt¹³⁶. Sie wollen *ihr* Projekt der Moderne vollenden und – polemisch formuliert – vor dem ‚Sicherheitsrisiko Mensch‘ schützen. Sie werten die gesellschaftlichen Reaktion auf Risiken als kollektive Irrationalismen. Dagegen haben *Beck* und andere „die Modernisierung moderner Gesellschaften“¹³⁷ im Sinn und setzen gerade auf den Menschen als letzte Bastion gegen das ‚Sicherheitsrisiko Technik‘. Ihnen erscheint folgerichtig dieselbe gesellschaftliche Reaktion auf die Risiken der Hochtechnologie als Rettung der Vernunft in letzter Minute. Der so entstehende Eindruck von Unvereinbarkeit, ja Unversöhnlichkeit¹³⁸ der Positionen betrifft jedoch bei genauerem Hinsehen die ideologischen Hintergründe sehr viel stärker als die die Modelle konstituierenden Merkmale. Die „Risikokommunikation“ ist weniger von echten Kontroversen als von Mißverständnissen, von bewußter und unbewußter Vermengung geprägt¹³⁹. So ist es wohl kaum ein Widerspruch, sondern Abbildung von – vielleicht nicht theoriegerecht sich entwickelnder – Wirklichkeit, daß wir in einer Gesellschaft leben (könnten), die durch einen spezifischen Umgang mit Unsicherheit (Modell *Evers/Nowotny*) einen status quo erreicht hat, in dem die Menschheit gleichzeitig, bezogen auf traditionelle Gefahren, *sicherer* (Modell der Risikoforscher), und, bezogen auf spezifische neue Gefahren, *unsicherer* (Modell *Beck*), lebt. Das bedarf näherer Erläuterung.

¹³⁵ *Lay*, Kommune 4/1988, S. 68.

¹³⁶ *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991, S. 24 m. w. N.) berichtet, dieses Überschätzen des eigenen Wissens um Zusammenhänge beruhe häufig auf einer Vernachlässigung von Einflüssen außerhalb des Gebiets der Expertise.

¹³⁷ So das Motto des 25. Deutschen Soziologentages; vgl. dazu das Eröffnungsreferat *Becks*, teilweise abgedruckt in der FAZ vom 19. 10. 1990, S. 35.

¹³⁸ Dieser Eindruck entsteht auch bei Lektüre der jeweiligen Texte, vor allem aber bei kontroversen Diskussionen.

¹³⁹ Vgl. dazu überzeugend: *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991, S. 42 ff.; zu Vorschlägen der Verbesserung der Risikokommunikation, a. a. O., S. 52 ff.

1. Die Kompatibilität des Modells von *Evers/Nowotny* mit den anderen Modellen

Keine Schwierigkeiten bereitet es, das Modell, das *Evers/Nowotny* vorgestellt haben, mit den beiden anderen Konzeptionen von Risikogesellschaft zu vereinbaren. Denn für sich genommen sagt die Behauptung eines spezifischen Umgangs mit Unsicherheit nichts darüber aus, ob wir heute sicherer oder unsicherer denn je leben. Und plausibel ist auch, daß gerade dieser Umgang die Entwicklung des status quo – wie auch immer man ihn bewerten will – erst ermöglicht hat. Dieses Modell von Risikogesellschaft ist gleichzeitig als Theorie bescheidener und als Schlagwort unattraktiver, weil es auf eine politische Utopie zu verzichten scheint und sich auf das Ziel des angemessenen Verstehens konzentriert.

2. Die überraschend weitgehende Kompatibilität der risikoskeptischen und risikofreundlichen Modelle

Überraschender ist, wie weitgehend die scheinbar so weit auseinanderliegenden anderen Modelle kompatibel sind. So wird eine der zentralen Befundtatsachen *Becks*, daß nämlich die Menschheit neuartige Gefahren mit Selbstzerstörungspotential entwickelt hat, kaum je ausdrücklich bestritten. Es zeigt nur, wie mißlungen die Risikokommunikation ist, wenn dagegen eingewandt wird, die Menschen würden heute durchschnittlich länger und gesünder leben als vor hundert oder zweihundert Jahren, was für sich genommen seinerseits schwer bestreitbar ist. Und auch das vermeintliche Gegenargument, die statistische Chance jedes Einzelnen, durch Rauchen, Autofahren oder ähnlich gefährliche Unternehmungen zu Tode zu kommen, sei höher als die, Opfer eines Atomunfalls zu werden, geht streng genommen am Argument vorbei. Umgekehrt gilt freilich auch, daß diesen Behauptungen, wir lebten heute in gewisser Weise sicherer denn je, nicht sehr aussagekräftig mit dem Hinweis auf das Selbstzerstörungspotential widersprochen werden kann. Hier stehen sich nicht widersprüchliche Aussagen gegenüber, sondern unterschiedliche Verständnisse von Sicherheit – beide aussagekräftig und durchaus kompatibel. Im Modell

von *Evers/Nowotny* lassen sich diese beiden Begriffe von (Un-)Sicherheit bis zu einem bestimmten Punkt sogar verknüpfen. Denn gerade der spezifische Umgang mit Unsicherheit – unser Wissen um Gefahren und die daraus resultierende Tendenz zur Berechenbarkeit und Handhabbarkeit, sei es durch Versicherung oder, wo es geht, durch Verhinderung von Schäden – hat die technologische Entwicklung ermöglicht, die ein Maximum an Sicherheit im einen, an Unsicherheit im anderen Sinn produziert.

Freilich soll die Harmonisierung nicht zu weit getrieben werden. Es bleiben jenseits aller Mißverständnisse tatsächlich kontroverse Fragen: Was sagen etwa die entscheidungstheoretisch orientierten Modelle zu der Möglichkeit globaler Selbsterstörung? Müßte nicht in der Logik der Formel ‚Risiko = Schaden x Wahrscheinlichkeit seines Eintritts‘ ein unendlich großer Schaden auch bei tatsächlich minimaler Eintrittswahrscheinlichkeit inakzeptabel sein? Und auf der Ebene der subjektiven Risikowahrnehmung und des daraus resultierenden Verhaltens ist nicht gleichgültig, ob die allseits konstatierte Verunsicherung als rationale Reaktion auf das bestehende Selbsterstörungspotential oder als irrationale Panik gewertet wird, oder ob sie drittens auf ganz anderen Mechanismen, wie etwa den von *F.X. Kaufmann* beschriebenen, beruht. Diese Fragen können in einer juristisch-kriminalpolitischen Untersuchung nicht beantwortet werden. In ihr lautet die allein interessierende Fragestellung, ob in Anbetracht des hier vorgestellten Befundes überhaupt sinnvoll an den Begriff der Risikogesellschaft angeknüpft werden kann.

II. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Verwendung eines vagen – und zum Teil widersprüchlichen – Begriffs von Risikogesellschaft in dieser Untersuchung

Der vorangegangene Abschnitt hat zwar gezeigt, daß die verschiedenen Modelle von Risikogesellschaft sich nicht so unversöhnlich gegenüberstehen, wie es die soziologische, die naturwissenschaftliche und die sich überlappende politische Diskussion¹⁴⁰ nahelegten.

¹⁴⁰ Der forschungs- und sicherheitspolitische Hintergrund der Diskussion macht verständlich, warum sie über weite Strecken so strategisch geführt wird, Mißver-

Gleichwohl ist angesichts der verbleibenden sachlichen Kontroversen und Widersprüchlichkeiten zu konstatieren, daß die ursprüngliche Prägnanz des Begriffs Schaden genommen hat. Nach den diversen Einschränkungen und Harmonisierungen ist noch undeutlicher geworden, was mit dem Begriff Risikogesellschaft eigentlich gemeint ist. Es ist nach dem Gesagten nicht mehr möglich, Analyse und Programm so in einem Wort zu fokussieren, wie es *Beck* getan hat, und wie es unter Bezug auf ihn auch im strafrechtlich-kriminalpolitischen Schrifttum möglich schien¹⁴¹. Dieser vermeintliche Nachteil könnte sich jedoch letztlich durchaus als Vorteil erweisen. Ein ideologisch weniger festgelegter Begriff von Risikogesellschaft wird mit Sicherheit ein weniger kühner Theorieentwurf sein, er könnte aber – wie schon das Modell von *Evers/Nowotny* gezeigt hat – bezogen auf seinen bescheideneren Gegenstand, genauer erklären. Das gilt, wenn eine solche Bemerkung dem ‚Grenzüberschreiter‘ erlaubt ist, sogar für die außerjuristische Diskussion, mit Sicherheit aber für die juristische.

Denn keines der gesellschaftspolitisch engagierten Modelle kann die *Kontroverse* über Risiko und Risikogesellschaft selbst adäquat integrieren. Die doppelte Funktion des Begriffs Risikogesellschaft bei *Beck* als Theorie und als politische Utopie verhindert das ebenso wie die impliziten politischen Annahmen der Risikoforscher, die die Fortschrittlichkeit des Risikos stets schon voraussetzen: Im Konkurrenzkampf um die Position der ‚wahren‘ Moderne wird die jeweilige Gegenposition als veraltet dargestellt.¹⁴² Wer dagegen den Risikodiskurs der Gesellschaft und ihres Subsystems Strafrecht verstehen will, der *muß* geradezu berücksichtigen, daß *konkurrierende* Modelle von Risikogesellschaft vertreten werden, weil durch sie alle der gesellschaftliche – und auch der strafrechtliche – Umgang mit Risiken geprägt wird. Konkret heißt das: In den vergangenen Jahr-

stände z.B. durchaus bewußt in Kauf genommen werden, vgl. etwa *H.-P.Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 52.

¹⁴¹ Vgl. *Bussmann*, Kriminalsoziologische Bibliographie Heft 65/1989, S. 5, aber auch *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 276, und *ders.* in *NSZ* 89, S. 557.

¹⁴² In einer pluralistischen Gesellschaft versteht es sich, daß solche konkurrierenden Modelle, auch wenn sie mit Richtigkeits- oder Alleingültigkeitsanspruch auftreten, diesen nicht einlösen können. Die Definitionsmacht der Theorien reicht eben nicht über ihren Gegenstand hinaus, die Wechselwirkungen zwischen Theorie und der gesellschaftlichen Auswirkungen entziehen sich ihr.

zehnten – und bis zum heutigen Tag – sind die politischen, administrativen und ökonomischen Entscheidungen wesentlich vom Fortschrittsparadigma der traditionellen, naturwissenschaftlich orientierten Risikoforscher geprägt worden. Gleichzeitig hat – seit etwa zwanzig Jahren sichtbar¹⁴³ – eine Gegenbewegung an Einfluß gewonnen, die über Wissenschaft, Bürgerinitiativen und zunehmend auch politische Parteien längst die Gesamtheit der politisch-administrativen und ökonomischen Entscheidungen erreicht hat. Benötigt wird also, wie mir scheint, eine Risikosoziologie, die sich *nicht* in erster Linie die Aufgabe stellt, „eine Antwort auf die Frage zu finden, ob in modernen Gesellschaften die Risiken tatsächlich signifikant zugenommen haben.“¹⁴⁴ Die Untersuchung der zunehmenden Relevanz des Risikobegriffs und der zunehmenden Unsicherheit erscheinen vordringlich. Erste wichtige Bausteine dazu haben *Luhmann* 1986¹⁴⁵ und *Evers/Nowotny* 1987¹⁴⁶ vorgelegt, auf die in der Zwischenzeit weiter aufgebaut wurde¹⁴⁷, so daß man wohl kaum noch von der „soziologischen Blindheit der Risikoforschung“¹⁴⁸ sprechen kann.

¹⁴³ Paradigmatisch die Aufmerksamkeit, die 1972 dem Bericht des *Club of Rome* zuteil wurde.

¹⁴⁴ So aber ausdrücklich *Halfmann*, in: *Halfmann/Japp* (Hrsg.), *Risikante Entscheidungen*, 1990, S. 12.

¹⁴⁵ *Luhmann*, *Ökologische Kommunikation*, 1986.

¹⁴⁶ *Evers/Nowotny*, *Unsicherheit*, 1987.

¹⁴⁷ Vgl. etwa die Aufsätze von *Lau*, *Soziale Welt* 1989, S. 418 ff.; *Bonß*, *Soziale Welt* 1991, S. 258 ff.; sowie die Beiträge in den Sammelbänden: *Halfmann/Japp* (Hrsg.), *Risikante Entscheidungen*, 1990; *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991 und zuletzt *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991.

¹⁴⁸ *Kretschmer*, *Soziale Konstruktion*, 1989, S. 7.

2. KAPITEL

RISIKODISKUSSIONEN IN DER RISIKOGESELLSCHAFT

DIE NICHTJURISTISCHEN RISIKOWISSENSCHAFTEN UND IHRE RELEVANZ FÜR DAS STRAFRECHT

A. Rückblick – Ausblick

Wer sich zum Strafrecht der Risikogesellschaft äußern will, muß seinen Versuch, die nichtjuristische Diskussion über die Risikogesellschaft zu erfassen und zusammenzufassen, nicht ausführlich begründen. Als Ergebnis dieses im 1. Kapitel der Untersuchung unternommenen Versuchs kann festgehalten werden, daß weder die (wirklich oder vermeintlich) irrationale Inkaufnahme von den Planeten bedrohenden Risiken (wie *Beck* und andere es sehen), noch die (wirklich oder vermeintlich) irrationale Risikowahrnehmung der Bewohner dieses Planeten (wie die Mehrzahl der sogenannten Risikoforscher es behauptet) die Gesellschaft zur Risikogesellschaft macht. An der Bezeichnung Risikogesellschaft festzuhalten und nach dem Strafrecht der Risikogesellschaft zu fragen, lohnt sich vielmehr, weil – was beide Risikoansichten und -ideologien verbindet – die Definition von Risiken zum zentralen gesellschaftlichen Konfliktgegenstand geworden ist¹.

Der Erläuterung bedarf es dagegen, wenn im Anschluß daran eine Einführung auch in Risikoforschung und Entscheidungstheorie angekündigt wird.

Die Risikoforschung, so der erste Eindruck², befaßt sich z. B. mit der (Un-) Wahrscheinlichkeit eines Reaktorunglücks und der Angst der Bevölkerung vor einem solchen Unfall³. Und die Ent-

¹ *Lau*, *Soziale Welt* 1989, S. 419.

² Vgl. etwa *Fritzsche*, *Risikobeurteilung*, 1986.

³ Kennzeichnend für das Vorverständnis *Fritzsches* (dessen Buch im übrigen über alle relevanten Fragen der normativen und empirischen Risikoforschung umfassend und mit vielen Nachweisen – v. a. auch zur erheblich umfangreicheren US-amerika-

scheidungstheorie scheint – vor allem auf der Grundlage für den Laien schwer verständlicher Formeln – Modelle ökonomisch rationalen Verhaltens anzubieten⁴.

Das sind Gegenstandsbereiche, in denen Techniker und Naturwissenschaftler einerseits, Ökonomen andererseits, sowie Mathematiker und Statistiker beiderseits das Sagen haben. Unter welchem denkbaren Gesichtspunkt sie für eine rechtswissenschaftliche Arbeit relevant sein sollen, leuchtet nicht unmittelbar ein. Das nahezu⁵ vollständige Ausbleiben einer Rezeption⁶ der Erkenntnisse dieser nichtjuristischen Risikowissenschaften scheint den Eindruck der Irrelevanz zu bestätigen.

Daher ist zunächst (B.) darzulegen, wo die Anschlußstellen zwischen Rechtswissenschaft und nichtjuristischen Risikowissenschaften liegen, die es vielversprechend erscheinen lassen, sich mit diesen Disziplinen auseinanderzusetzen. Mit dieser bewußt jurizentrischen Relevanzstruktur im Sinn soll dann (C.) eine Übersicht über die Erkenntnisse der Entscheidungstheorie und der Risikoforschung gegeben werden.

B. Die Anschlußstellen zwischen der Rechtswissenschaft und den nichtjuristischen Risikowissenschaften

Der erste Eindruck der Irrelevanz dieser neueren Forschungsrichtungen für das Recht trägt, die Anschlußstellen zwischen Rechtswissenschaft und nichtjuristischen Risikowissenschaften sind zahl-

nischen Risiko-Literatur informiert) ist der erste Satz des Vorwortes: „Der Anstoß zum vorliegenden Buch kam aus der Beschäftigung mit Sicherheitsfragen im Bereich der Kernenergie-technik. Von seiner Ausbildung als Ingenieur und einer vielseitigen Tätigkeit auf mehreren Gebieten der modernen Technik gewohnt, auch Fragen von Gefährdung und Sicherheit sachbezogen und emotionslos zu beurteilen, hat es den Autor zunehmend beschäftigt, daß unsere Gesellschaft zufolge einer einseitig subjektiven Wahrnehmung von Gefahren immer häufiger zu ambivalenten, ja gelegentlich zu geradezu grotesken Reaktionen verleitet wird.“ (A. a. O., S. V.)

⁴ Vgl. z. B. Bamberg/Coenenberg, *Entscheidungslehre*⁶, 1991, S. 6.

⁵ Vgl. für vereinzelte Versuche, die Entscheidungstheorie strafrechtsdogmatisch nutzbar zu machen: Philipps, *ZStW* 85 (1973), S. 27 ff.; ders., *Handlungsspielraum*, 1974, S. 9 und S. 83 (zur möglichen Nutzung der Entscheidungstheorie für die Problematik des ‚erlaubten Risikos‘).

⁶ So auch Luhmann, *Ökologische Kommunikation*³, 1990, S. 137 f.

reich: Die gesamte Strafrechtswissenschaft befaßt sich ständig mit Entscheidungen, jedenfalls weit häufiger als ihr bewußt ist. Das soll anhand eines chronologischen Modells strafrechtsrelevanter Entscheidungen verdeutlicht werden, in dem die ‚Entscheidungen‘ des Strafgesetzgebers, der Normadressaten und der Strafgerichte vorgestellt werden, ohne daß auf die einschlägigen juristischen Diskussionen an dieser Stelle bereits eingegangen werden soll⁷.

I. Die Entscheidungen des Strafgesetzgebers

In diesem chronologischen Modell strafjuristischer Entscheidungen finden sich auf einer ersten Stufe die Entscheidungen des Strafgesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten zu pönalisieren oder zu entpönalisieren⁸.

Im aufgeklärten Staat wird an den Gesetzgeber der Anspruch rationalen Handelns gestellt. Der Rechtsstaat verdeutlicht das durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das alle staatliche Gewalt daran bindet, nur geeignete Maßnahmen und von ihnen wiederum die mildesten zu treffen. Der Gesetzgeber muß also seine Entscheidungen mit Argumenten begründen, die sich auf ihre Wirksamkeit, Effizienz und Rationalität beziehen. Das heißt nicht, daß der an den Gesetzgeber anzulegende Maßstab ausschließlich derjenige der Zweckrationalität ist⁹; ausgeschlossen sind damit aber nicht-rationale, metaphysische Gesetzesbegründungen. Alles das gilt selbstverständlich auch für den Strafgesetzgeber¹⁰. Steht damit fest, daß der Gesetzgeber den Anspruch hat (oder haben muß), in den anstehenden gesellschaftspolitischen Fragen, in denen er sich zum Tätigwerden entschließt – im Bereich des Strafrechts also zu Pönalisierungen und Entpönalisierungen¹¹ – rational und folgenorien-

⁷ Dazu – zur Nutzanwendung der hier ausgebreiteten Grundlagen – im zweiten Teil, S. 167 ff.

⁸ Näher dazu im 6. Kapitel, S. 236 ff.

⁹ Gegen eine solches zu enges Wirksamkeitsverständnis: Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, S. 3, S. 18 ff. und passim.

¹⁰ Ausführlicher zu den Problemen der Kriminalpolitik (auch durch den Gesetzgeber) in der Risikogesellschaft im 6. Kapitel, S. 236 ff.

¹¹ Damit soll hier nicht nur das Einführen oder Abschaffen von Straftatbeständen angesprochen werden, sondern auch graduelle (Ent-) Pönalisierungen durch

tiert zu entscheiden, dann liegt es nahe, die Lehre, die sich in anderen Zusammenhängen mit Entscheidungsmodellen, die eben diese Rationalität sichern sollen, auf einen möglichen Ertrag für die Gesetzgebung zu untersuchen.

II. Die Entscheidungen des Normadressaten

Hat sich der Strafgesetzgeber einmal für die Pönalisierung eines Verhaltens entschieden, dann trifft chronologisch gesehen der Normadressat¹² die nächste Entscheidung, die nämlich, eine Straftat zu begehen, genauer, sich auf eine bestimmte Weise zu verhalten. Dabei kann man unter dem Gesichtspunkt der mit der Entscheidung verbundenen Risiken¹³ zwei Aspekte unterscheiden: Zum einen riskiert der Straftäter eine Rechtsgutseinbuße anderer Bürger oder der Allgemeinheit, zum anderen geht er auch für sich selber ein Risiko ein, nämlich, wegen seines Verhaltens bestraft zu werden. Die Rechtswissenschaft befaßt sich intensiv und an verschiedenen Stellen mit diesen Entscheidungen des Normadressaten.

1. Die Entscheidung für das Strafbarkeitsrisiko

Zunächst behaupten die spezial¹⁴- wie generalpräventiven Straftheorien einen Einfluß des Strafrechts auf zukünftige Entscheidungen des Bestraften und weiterer potentieller Straftäter^{14a}. Dieser Aspekt

Strafschärfungen und Strafmilderungen, aber auch faktische (Ent-) Pönalisierungen durch Beeinflussung der Rahmenbedingungen (z. B. im Strafverfahrensrecht o. ä.).

¹² Gemeint ist damit der Bürger als Adressat des primären Normteils (des an jedermann ergehenden Verbots). Vgl. etwa: *Baumann-Weber*, AT⁹, 1985, S. 26. Anders *Schmidhäuser*, Strafgesetze, 1988, der meint, die Strafgesetze seien ausschließlich an die Strafverfolgungsorgane gerichtet; vgl. dazu die Kontroverse zwischen *Hoerster*, JZ 1989, S. 10 ff. und *Schmidhäuser*, JZ 1989, S. 419 ff.

¹³ Der Begriff ‚Risiken‘ (und im folgenden des ‚Riskierens‘) wird alltagsprachlich verwendet, übernimmt also die entscheidungstheoretische (vgl. S. 95 ff.) und auch von der Risikosoziologie übernommene (vgl. oben S. 55 ff. und 63 ff.) Unterscheidung zwischen Risiko und Ungewißheit, bzw. Risiko und Gefahr, nicht.

¹⁴ Etwas anderes gilt nur für die Prävention von Straftaten durch Wegsperrern.

^{14a} Vgl. dazu jetzt *Kube*, Göppinger-Fs., 1990, S. 561 ff. und die Regensburger Dissertation *Vilsmeiers*, 1988.

der Entscheidung des Straftäters legt es nahe, an die empirische Entscheidungstheorie und die Risikoforschung, die beide die tatsächlichen Bedingungen menschlicher Entscheidungen erforschen, die Frage zu stellen, wie realistisch diese Erwartungen der Straftheorien sind.

2. Die für fremde Rechtsgüter riskante Entscheidung

Aber auch die Entscheidung des Straftäters, Verletzungen der Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit zu riskieren, bietet Anlaß für Rückfragen an die nichtjuristischen Risikowissenschaften: Gesetzgeber, Justiz und Strafrechtswissenschaft operieren mit Begriffen wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, und die Bejahung einer dieser Formen subjektiver Zurechnung ist Voraussetzung der Strafbarkeit. Denkt man sich das psychische Substrat von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Entscheidung, dann wird auch hier die Anschlußstelle zu den nichtjuristischen Risikowissenschaften deutlich: Denn Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbegriff und die dazugehörige Dogmatik kann dann angesehen werden als ein bestimmtes normatives Entscheidungsmodell, dessen erklärtes Ziel es ist, Regeln rechtmäßigen (vom Recht gebilligten) und rechtswidrigen (vom Recht mißbilligten) Entscheidungsverhaltens aufzustellen. Da in einer umfassend auf Rationalität bauenden Welt viel dafür spricht, daß *rationale* Entscheidungen auch *rechtmäßige* Entscheidungen sind, stellt sich als erste Frage an die (normative) Entscheidungstheorie, ob die expliziten und impliziten Entscheidungsmodelle der Strafrechtsdogmatik den allgemeinen Modellen rationaler Entscheidung entsprechen. Darüberhinaus fragt sich, ob nicht die Existenz entscheidungstheoretischer Modelle, ihr allgemeiner Einfluß auf das Denken und ‚Entscheiden‘ der Menschen in den vergangenen Jahrzehnten, die Vorstellungen auch des Rechts, welche Entscheidungen dem Normadressaten abverlangt werden können, beeinflusst haben.

Über diese Fragen an die normative Entscheidungstheorie hinaus werfen die Problemkreise von Vorsatz und Fahrlässigkeit auch Fragen an die Risikoforschung, beziehungsweise an die deskriptive Entscheidungstheorie auf. Denn Entscheidungsmodelle setzen im-

mer – wiederum explizit oder implizit – Vorstellungen darüber voraus, wie sich Menschen tatsächlich entscheiden. Solche Vorstellungen sind natürlich auch in den Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbegriff eingegangen: Diese Begriffe dürfen – sowohl unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wie auch aus Praktikabilitätsabwägungen – die Anforderungen an ‚nicht vorwerfbare Entscheidungen‘ nicht so hoch schrauben, daß kaum eine reale Entscheidung darunter fällt, sondern müssen das tatsächliche Entscheidungsverhalten, die Möglichkeiten und Grenzen rechtmäßigen Verhaltens integrieren. Damit aber sind die Forschungsrichtungen, die sich mit dem realen Entscheidungsverhalten von Menschen befassen, relevant. Sie können Auskunft darüber geben, wie sich Menschen tatsächlich verhalten und damit auch klären, ob die Annahmen der Strafrechtsdogmatik realistisch sind.

III. Die Entscheidungen der Strafjustiz

Auf einer dritten Ebene, dann nämlich, wenn ein Normadressat in Verdacht gerät, gegen die Norm verstoßen zu haben, *entscheidet* (nach *Vorentscheidungen* von Polizei¹⁵ und Staatsanwaltschaft¹⁶) das Gericht darüber, ob ihm ein Normverstoß zugerechnet werden kann.

In diesem Zusammenhang ist der Begriff der Entscheidung auch dem Juristen vertraut; als Oberbegriff für Sach- und Prozeßentscheidungen ist er sogar im Gesetz, in den §§ 33 ff. StPO, erwähnt. Wenn man gleichwohl spontan zögert, diese Entscheidung in eine Reihe mit den zuvor genannten (und auch den weiter zu erwähnenden nach §§ 56, 57 StGB) zu stellen, dann deswegen, weil sie – anders als die Entscheidungen des Strafgesetzgebers, des Straftäters und der Gerichte in den Fällen der Strafaussetzung – nicht zukunfts-, sondern vergangenheitsorientiert sind und von daher strukturelle Unterschiede aufweisen. Diese Unterschiede relativieren sich aber bei näherem Hinsehen: Auch die Entscheidungen des Gerichts betreffen keineswegs nur Vergangenes, wie es einem – nicht zufällig weiterver-

¹⁵ Entgegen § 163 Abs. 2 StPO führt die Polizei in der Praxis oft die Ermittlungen selbstständig durch und übersendet die Akten der Staatsanwaltschaft erst nach der Entscheidung über den Abschluß der Ermittlungen. Kritisch dazu: *Roxin*, Strafverfahrensrecht²¹, 1989, S. 54 (§ 10 B.1.3.).

¹⁶ § 170 Abs. 1 StPO; vgl. jetzt *Bohnert*, Abschlußentscheidung, 1992.

breiteten, weil vom Druck der persönlichen Folgenverantwortung entlastenden – Verständnis entspricht. Vielmehr entscheidet das Gericht nicht nur über das Vorliegen einer Straftat¹⁷, sondern auch über die Rechtsfolgen.

Verglichen mit dem Entscheidungsprozeß des Strafgesetzgebers ist das Entscheidungsverfahren vor den Strafgerichten vergleichsweise gut und strukturiert. Gesetzlich festgelegt ist, welche Tatsachen entscheidungsrelevant sind¹⁸; wie sie bewiesen werden dürfen¹⁹, und unter welchen Bedingungen eine für den Angeklagten ungünstige Entscheidung gefällt werden darf²⁰. Bei aller Zustimmung zu diesem gesetzlich fixierten Entscheidungsmodell darf nicht übersehen werden, daß an zentralen Stellen – vielleicht notwendig – vage Formulierungen den Entscheidungsspielraum des Gerichts doch wieder erweitern: Die Vorschrift des § 244 Abs. 2 StPO, in der geregelt ist, welche Tatsachen erforscht werden dürfen und müssen, nennt schlicht „alle Tatsachen ... die für die Entscheidung von Bedeutung sind“, und die Regelung des § 261 StPO, die Auskunft darüber gibt, unter welchen Bedingungen *verurteilt* werden darf, verweist auf die „Überzeugung“ des Richters und damit auf den großen Spielraum lassenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Am wichtigsten – gleichzeitig höchst problematisch und wahrscheinlich unverzichtbar – ist eben dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Rahmen der ‚Feststellung‘ innerer Tatsachen, also dem Bereich der subjektiven Zurechnung²¹. An dieser Stelle sind die begrifflichen Voraussetzungen des Vorsatzes und die beweismäßige Feststellung ihres Vorliegens untrennbar miteinander verbunden²²: Die Frage, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit ‚festge-

¹⁷ Auch diese vergangenheitsorientierte Entscheidung birgt Risiken, vor allem das Risiko von Fehlurteilen. Vgl. *Freund*, Tatsachenfeststellung, 1987, der im Untertitel eine „Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale“ ankündigt.

¹⁸ § 244 Abs. 2 StPO.

¹⁹ Vgl. etwa § 136a StPO und die Lehre von den Beweisverboten.

²⁰ § 261 StPO, insbesondere der Grundsatz in dubio pro reo.

²¹ Vgl. *K. Peters*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, 1963, S. 39; *Lüderssen*, ZStW 85 (1973), 287 ff. [300 ff.]; *Philipps*, ZStW 85 (1973), S. 27 ff.; *Hruschka*, Kleinknecht-Fs., 1985, S. 191 ff.; *Hillenkamp*, Wassermann-Fs., 1985, S. 861 ff. [867 f.]; *Kleb-Braun*, JA 1986, 310 ff.; *Prittowitz*, JA 1988, 486 ff. [487 ff., 496 f.]; *Hassemer*, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 289 ff. [300 ff.].

²² Ähnlich: *Hassemer*, Armin-Kaufmann-GS, 1989, S. 304.

stellt' werden können, ist offensichtlich eng mit der Frage verbunden, wie man diese – von vornherein nur über Indizien erschließbaren – inneren Tatsachen begrifflich gefaßt hat.

Hier versprechen die sozialpsychologischen Erkenntnisse der nichtjuristischen Risikowissenschaften Hilfe: Denn die Vorstellungen darüber, wie eine Entscheidung für die Straftat tatsächlich fällt, prägen nicht nur – wie schon erwähnt – die Begriffe von Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern steuern auch den Vorgang der notwendigerweise ex post erfolgenden Zuschreibung der inneren Tatsachen.

„Man sieht nur, was man weiß!“ Diese Erkenntnis Goethes gilt auch vor Gericht: Nur wer realistische Vorstellungen darüber hat, wie sich Menschen entscheiden, kann Entscheidungen realitätsgerecht rekonstruieren. Zudem kann das Wissen darüber, wie eine Entscheidungssituation aus der Perspektive des handelnden Menschen aussieht, helfen, bestimmte systematische Zuschreibungsfehler zu vermeiden.

Damit hat die Behauptung²³, der Risikobegriff dieser Disziplinen habe den allgemeinen und auch den strafrechtlichen Risikodiskurs geprägt, so viele Konturen gewonnen, daß eine Einführung in die nichtjuristischen Risikowissenschaften auf Verständnis und Interesse hoffen darf.

C. Einführung in ausgewählte Aspekte von Entscheidungstheorie und Risikoforschung

1. Übersicht über Entwicklung, Gegenstand und Begriffe der nichtjuristischen Risikowissenschaften

1. Die Grundproblematik menschlichen Entscheidens

Entscheidungstheorie und Risikoforschung befassen sich – das ist der beide Disziplinen verbindende und gleichzeitig ihr hier relevanter Aspekt – mit riskanten Entscheidungen. Deren Grundproblematik sei, wegen ihrer Bedeutung für alle – also auch für alle

²³ Vgl. oben S. 36 und S. 82.

strafrechtsrelevanten – Entscheidungen²⁴ mit einem Zitat verdeutlicht:

„Ein Vergleich zwischen mehreren Alternativen und der anschließende Entscheid für eine von ihnen stellt bei genauerem Hinsehen erhebliche intellektuelle Anforderungen. Handelt es sich nicht lediglich um altvertraute, elementare Alternativen, dann wird die begrenzte Kapazität des Kurzzeitgedächtnisses schon durch die Vorstellung einer einzigen Alternative mit ihren verschiedenen Konsequenzen stark in Anspruch genommen. Die Aufgabe verlangt aber, daß alle maßgebenden Entscheidungselemente aller Alternativen gleichzeitig präsent sind. Sogar wenn man diese Elemente alle vor sich hinlegen und so überblicken könnte, gibt es im Fall komplexer Zusammenhänge keinen eindeutigen Weg, um den Vergleich vorzunehmen. In fast allen Entscheidungssituationen bestehen nun aber zudem Ungewißheiten, die einkalkuliert werden müssen. Oft sind die beim Entscheid zu berücksichtigenden Informationen selbst ungenau. Es können aber auch mit verschiedenen Wahrscheinlichkeiten mehrere Ausgänge möglich sein, wobei diese Wahrscheinlichkeiten zusätzlich vom autonomen Verhalten anderer Personen abhängen können. Kein Wunder also, daß dem Menschen seine Entscheide vielfach schwer fallen, daß er gelegentlich hin und her schwankt und zögert, und daß er hinterher von Zweifeln geplagt werden kann. Mit solchen Situationen wird der Mensch auf eine Weise fertig, die erfahrungsgemäß in den meisten Fällen ‚für den täglichen Gebrauch‘ einigermassen taugliche Ergebnisse liefert; diese sind jedoch oft alles andere als optimal.“²⁵

Praktische Bedürfnisse, sich mit der Orientierung an solchen bewährten Verhaltensmustern²⁶ nicht zufrieden zu geben, sondern Entscheidungen zu optimieren, haben die zwei – vor allem wissenschaftsgeschichtlich zu unterscheidenden – Forschungstraditionen begründet, die mit den Begriffen Entscheidungstheorie und Risikoforschung zusammengefaßt, und hier in aller Kürze vorgestellt werden sollen.

²⁴ Ähnlich jetzt: Freund, GA 1991, S. 387 f.

²⁵ Fritzsche, Risikobeurteilung, 1986, S. 446 f.

²⁶ Diese bewährten Verhaltensmuster haben in der Konzeption Freunds (GA 1991, S. 387 ff.) große, m. E. eine zu große Bedeutung; Freund berücksichtigt nicht ausreichend, in welchem Ausmaß uns bewährte Verhaltensmuster im Stich lassen, wenn es um kumulative oder interdependente Effekte geht, oder um Entscheidungen, die durch die minimale Wahrscheinlichkeit maximaler Schäden gekennzeichnet sind. Zum Ganzen Dörner, Mißlingen, 1989.

2. Entscheidungstheorie

Entscheidungstheorie, die ältere Forschungstradition, ist die „interdisziplinäre Lehre von den Entscheidungsinhalten (und) Entscheidungsprozessen bei Individual- und Kollektiventscheidungen, die in allen Sozialwissenschaften Anwendung findet,“²⁷ oder, nach einer anderen Definition, die Summe der „logischen und empirischen Analysen des rationalen oder intendiert rationalen Entscheidungsverhaltens“²⁸.

Diesen Definitionen erkennt man nicht mehr an, in welchen Zusammenhängen der Wunsch nach Optimierung von Entscheidungsinhalten und -prozessen auftrat. Der Titel einer als Klassiker bezeichneten²⁹ Arbeit aus dem Jahr 1944 verrät mehr: „Theories of Games and Economic Behaviour“³⁰. Praktische Bedeutung hatte also, was inzwischen in allen Sozialwissenschaften Anwendung findet, zunächst im Bereich ökonomischer, daneben auch militärstrategischer, Entscheidungen³¹. Ihre methodische Voraussetzung hatte die Entscheidungstheorie freilich schon im „Weltmodell der Wahrscheinlichkeit, das vor der Renaissance unbekannt war (und) seinen Aufschwung bereits im 17./18. Jahrhundert erfuhr.“³²

Erklärtes Ziel der Entscheidungstheorie ist es, Entscheidungen zu verbessern. Dementsprechend verstand sich die Entscheidungstheorie zunächst als ausschließlich normative Theorie. Untersucht wurde, „wie bei gegebenen faktischen und wertenden Entscheidungsprämissen unter der Voraussetzung rationalen Handelns zu entscheiden ist.“³³ Zu ihr hat sich erst später – allerdings ständig an Bedeutung gewinnend³⁴ – die empirische Entscheidungstheorie gesellt, die sich mit der Frage befaßt, wie Entscheidungen in der

Wirklichkeit getroffen werden³⁵. Aus heutiger Sicht erscheint das ursprüngliche Desinteresse der Entscheidungstheorie an den tatsächlichen Bedingungen menschlichen Entscheidens kaum verständlich. Daß sie von einer anwendungsorientierten Theorie berücksichtigt werden müssen, leuchtet unmittelbar ein. Aus der Hoffnung, menschliches Entscheidungsverhalten durch die Erarbeitung von Modellen rationaler Entscheidung unmittelbar zu beeinflussen, ist inzwischen die vorsichtige Spekulation geworden, ob aufgrund der Existenz und Verbreitung „präskriptive(r) Rationalmodelle ... tiefgreifende Veränderungen des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens zu erwarten (seien).“³⁶

Überwiegend³⁷ wird in der Entscheidungstheorie differenziert zwischen Entscheidungen bei Sicherheit³⁸, bei Risiko³⁹ und bei Ungewißheit⁴⁰.

Ausgangspunkt der entscheidungstheoretischen Modelle, die eine Optimierung von Entscheidungen in Risiko- und Ungewißheitssituationen versprechen, ist ein – für unser heutiges Denken – einfacher und in dieser trivialisierten Form fast Allgemeinwissen gewordener Gedanke: Danach ist von mehreren Entscheidungsalternativen diejenige vorzugswürdig, die bei einer Kosten-Nutzen-Wahrscheinlichkeitsanalyse am besten „abschneidet“; diese Alternative hat, entscheidungstheoretisch gesprochen, den höchsten Erwartungswert.

Das dürfte auch für alle anderen Anwendungen normativer Entscheidungstheorie gelten.

²⁷ Brockhaus Enzyklopädie¹⁹, 1988, Stichwort: Entscheidungstheorie.

²⁸ Bamberg/Coenenberg, Entscheidungslehre⁶, 1991, S. 1.

²⁹ Raiffa, Decision Analysis², 1970, S. 289, Fn. *.

³⁰ v. Neumann/Morgenstern, Theory of Games and Economic Behaviour, 1944.

³¹ Raiffa, Decision Analysis², 1970, S. 295.

³² Bonß, Soziale Welt 1991, S. 267.

³³ Bamberg/Coenenberg, Entscheidungslehre⁶, 1991, S. 2.

³⁴ Bamberg/Coenenberg (a. a. O., S. 10), meinen, das Endziel betriebswirtschaftlicher Entscheidungslehre bestehe in der „Entwicklung normativer Entscheidungsmodelle“; dieser Gestaltungsaufgabe sei aber eine Erklärungsaufgabe vorgelagert, denn „ohne deskriptive Entscheidungsmodelle fehlt es an den für praktisch-normative Entscheidungsmodelle notwendigen erfahrungswissenschaftlichen Aussagen ...“

³⁵ Bamberg/Coenenberg, a. a. O., S. 4.

³⁶ So für die Wirtschaftspraxis: Bamberg/Coenenberg, a. a. O., S. 6. Für den Bereich des strafrechtswidrigen Verhaltens bejaht das *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 339 ff. Ausführlicher dazu im 4. Kapitel.

³⁷ Zum Teil wird die Ansicht vertreten, alle Entscheidungen seien solche ‚unter Risiko‘, weil der Fall vollkommener Information ebenso undenkbar ist wie der Fall völligen Fehlens von Information: Vgl. H. Teichmann, Der Stand der Entscheidungstheorie, in: Die Unternehmung 25 (1971), S. 127 ff. [135].

³⁸ Damit ist der – in der Wirklichkeit nur selten anzutreffende – Zustand gemeint, in dem dem Entscheider alle Faktoren, die in der Entscheidungssituation relevant sind, bekannt sind. Vgl. Bamberg/Coenenberg, a. a. O., S. 17 und S. 39 ff.

³⁹ Damit ist der Zustand gemeint, in dem die relevanten Faktoren zwar nicht bekannt sind, aber für ihr Eintreten (subjektive oder objektive) Wahrscheinlichkeiten bekannt sind; vgl. Bamberg/Coenenberg, a. a. O., S. 17 und S. 66 ff.

⁴⁰ Damit ist der – in der Wirklichkeit ständig gegebene – Zustand gemeint, in dem weder die relevanten Faktoren noch deren Eintrittswahrscheinlichkeit bekannt sind; vgl. Bamberg/Coenenberg, a. a. O., S. 17 und S. 104 ff.

Dieser Wert ergibt sich aus der Multiplikation zweier Faktoren, der (quantitativen) Angabe von Kosten und Nutzen einer Verhaltensalternative, und der Angaben über die Wahrscheinlichkeit, mit der das Eintreten von Kosten und Nutzen zu erwarten ist. Die eigentlichen Probleme liegen in der Quantifizierbarkeit nicht monetärer Kosten- und Nutzenaspekte und in der wirklichkeitstgetreuen Erfassung der gegebenen Wahrscheinlichkeiten.

Dieser Grundgedanke ist gleichzeitig der Kern des sicherheitstechnischen Risikobegriffs⁴¹ und damit die Brücke zur sogenannten Risikoforschung.

3. Risikoforschung

Risikoforschung ist ein Begriff, der erst in den beiden vergangenen Jahrzehnten aufgekommen ist⁴². Er verdankt sich der zunehmenden Zahl neu existierender oder neu wahrgenommener technischer Risiken.

In einer ersten Phase ging es dabei nur um die Möglichkeit, diese Risiken zu bestimmen und zu berechnen.

Schwierigkeiten bereitete in diesem Zusammenhang sowohl die Quantifizierung von Verlusten an menschlichem Leben⁴³, ein Unter-

⁴¹ Kuhlmann, Sicherheitswissenschaft, 1981, S. 10 ff.

⁴² Lay (Kommune 4/1988, S. 68, spricht von „Risikoforschung – auch risk assessment genannt“, Ergebnis der im „letzten Jahrzehnt“ durch das Niveau technischer Risiken herausgeforderten Wissenschaft und Technik. Bonß, Soziale Welt 1991, S. 258, weist m. w. N. zum amerikanischen Schrifttum nach, daß dieser Zweig der Risikoforschung schon Ende der 60er Jahre entstanden ist. Ähnlich auch Perrow, (Normale Katastrophen, 1989, S. 357), der vom „völlig neuen Forschungsfeld (der) Risiko-Nutzenanalyse oder einfach Risikoanalyse“ spricht, zu dem die Sozialwissenschaften durch die Existenz katastrophenträchtiger Systeme inspiriert worden seien.

⁴³ Genannt werden überwiegend Zahlen zwischen 200.000 (Fritzsche, Risikobeurteilung, 1986, S. 474 f.) und 300.000 US Dollar (Perrow, a. a. O., S. 360). Besonders wichtig sind die Zahlen, die tatsächlich Anwendung finden, z. B. im Rahmen von – beschränkt – vorhandenen Mitteln zur Verbesserung der Sicherheit im Straßenverkehr. Das US Department of Transportation hat danach einen Verkehrstoten mit 100.000 US Dollar veranschlagt (Fritzsche, Risikobeurteilung, 1986, S. 478 m. w. N. Zum Ganzen ausführlich und auch mit Nachweisen zu den verschiedenen Methoden zur Bestimmung des „Todesfalläquivalents“) Fritzsche, Risikobeurteilung, 1986, S. 470 ff, der meint, die verständliche, ja „instinktive Abscheu“ vor der Formulierung des „Geldwertes eines menschlichen Lebens“ (a. a. O., S. 470) führe

fangen, dessen schon im Ansatz vorhandene moralische Fragwürdigkeit⁴⁴ wesentlich zur Diskreditierung dieser Art Risikoforschung beigetragen haben dürfte⁴⁵, als auch die Bestimmung von Wahrscheinlichkeiten bestimmter Ereignisse, für die nicht auf Beobachtungen im Versuch oder in der (historischen) Realität zurückgegriffen werden kann⁴⁶. Auch wenn die Bestimmung solcher Wahrscheinlichkeiten vielfach auf statistische Daten zurückgreift⁴⁷, sprechen Untersuchungen eindeutig dafür, daß die verbleibenden subjektiven Einschätzungen der Experten von „overconfidence“ geprägt sind⁴⁸.

Mit dem sich verbreitenden Wissen über die Existenz dieser Risiken und verstärkt durch Unfälle, die – in einer für die Öffentlichkeit beunruhigenden Art und Weise – belegten, daß es bei diesen Risiken keineswegs um bloß theoretische ging, befaßte sich die Risikoforschung in einer zweiten Phase zunehmend auch mit der Wahrnehmung und Reaktion der Bevölkerung auf Risiken.

Im Vordergrund dieses Zweiges der Risikoforschung stehen empirische (vorwiegend: psychologische) Untersuchungen zu Risikoeinstellungen und Risikoverhalten der Bevölkerung. Ihr Ergebnis ist, daß die Wahrnehmung von Risiken von einer ganzen Reihe von Faktoren beeinflusst ist, die sich der – oben skizzierten – technisch-rationalistischen Risikoforschung entziehen. Eine Rolle spielen u. a.

konsequent zu einer sowohl unerreichbaren als auch unerwünschten Strategie des Nullrisikos (ausführlicher, a. a. O., S. 62 ff.). Sprachlich etwas ‚feinfühlicher‘ wird inzwischen zunehmend von den „Grenzkosten zur Rettung eines statistischen Lebens“ (a. a. O., S. 470, Hervorhebung, C.P.) gesprochen.

⁴⁴ Zur grundsätzlichen Fragwürdigkeit kommt hinzu, daß bei allen solchen Versuchen zwischen dem Geldwert verschiedener Menschen (alt/jung; produktiv/unproduktiv) unterschieden wird (Fritzsche, a. a. O., S. 474), und daß innerhalb dieses Ansatzes kein Unterschied zwischen 50.000 Verkehrstoten im Jahr und einer Großkatastrophe mit 50.000 Todesopfern gemacht werden kann (dazu: Perrow, Normale Katastrophen, 1989, S. 360).

⁴⁵ Dazu: Perrow, a. a. O., S. 360 ff.

⁴⁶ Solche Wahrscheinlichkeiten werden als „subjektive“ ausgewiesen (Fritzsche, a. a. O., S. 15), darauf beruhende Risikoberechnungen betreffen nicht das tatsächliche Risiko (das sich erst ex post herausstellt), auch nicht das statistisch-aktuarische (das auf Beobachtung beruht), sondern ein „prognostisches Risiko“ (zu allen drei Begriffen, Fritzsche, a. a. O., S. 18 f.

⁴⁷ A. a. O. S. 351 ff.

⁴⁸ Peters, in: Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 24 m. w. N.

die Bekanntheit oder Unbekanntheit einer Gefahr⁴⁹, die bestehende oder nicht bestehende Freiwilligkeit des Risikos⁵⁰, die Frage, ob es sich um „normale Unfälle“ oder Katastrophen handelt⁵¹, das (sofortige oder verzögerte) Eintreten der Folgen eines drohenden Schadens⁵². Hinzu kommen persönlichkeitsbedingte Unterschiede in der Risikobereitschaft⁵³, vor allem „kognitivpsychologische⁵⁴ und tiefenpsychologische⁵⁵ Hintergründe“, die die Einstellung zu Risiken beeinflussen.

Spätestens mit dem Aufkommen von Gegenexperten⁵⁶, die Risikoforschung nicht mehr aus einer betont technik- und risikofreundlichen Perspektive betreiben, ist eine dritte Phase der Risikoforschung zu notieren, in der die Grenzen zwischen Risikoforschung und der politisch-soziologischen Diskussion um die Risikogesellschaft, die im 1. Kapitel schon ausführlich vorgestellt wurde, verschwimmen.

Hier geht es zunehmend auch um die Analyse der Risikoanalytiker, um eine Kritik der subjektiven⁵⁷ und professionell/monetären⁵⁸ Faktoren, die ihre Analysen beeinflussen, aber auch um eine Infragestellung der mit dem Modell der Risiko-Nutzen-Analyse implizit eingeführten Wertentscheidungen⁵⁹ und Rationalitätsbegriffe⁶⁰.

⁴⁹ Fritzsche, a. a. O., S. 129 ff. m. w. N.

⁵⁰ A. a. O., S. 137 ff. m. w. N.

⁵¹ A. a. O., S. 150 ff. m. w. N.

⁵² A. a. O., S. 168 ff. m. w. N.

⁵³ A. a. O., S. 183 ff. m. w. N.

⁵⁴ A. a. O., S. 289 ff. m. w. N.

⁵⁵ A. a. O., S. 324 ff. m. w. N.

⁵⁶ Vgl. Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 318 ff.; sowie ausführlicher: Klein/Legrand/Leif, Gegenexperten, 1990; zusammenfassend unter dem Aspekt der Risikokommunikation: Peters, in: Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 24 ff.

⁵⁷ Etwas das oben schon erwähnte Phänomen der „overconfidence“.

⁵⁸ Andeutungen dazu bei Perrow, a. a. O., S. 2 ff. und S. 357.

⁵⁹ Vgl. Peters, in: Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 37 m. w. N.

⁶⁰ So schon Luhmann, in: Die politische Meinung, Heft 229, 1986, S. 18 ff. [19]; vgl. auch: Peters, in: Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation, 1991, S. 37 ff. m. w. N., sowie ausführlich: Perrow, a. a. O., S. 368 ff., der zwischen „absoluter“, „beschränkter oder begrenzter“ und „sozialer und kultureller“ Rationalität unterscheidet.

Endgültig aufgehoben sind die Grenzen zwischen den Disziplinen jetzt durch die Metadisziplinen der Risikosoziologie⁶¹ und der Risikokommunikation⁶², in denen thematisiert wird, wie eine Gesellschaft zu begreifen ist, die „aus dem Risiko ... ein universelles Problem“⁶³ gemacht hat.

II. Ausgewählte Aspekte der normativen Entscheidungstheorie

1. Die Unterscheidung zwischen Entscheidungen unter Sicherheit, unter Risiko und unter Ungewißheit

a) Vorbemerkungen

Einen ersten Rationalitätsgewinn verspricht die normative Entscheidungstheorie, indem sie, je nachdem, ob es sich um Entscheidungen unter Sicherheit, unter Risiko oder unter Ungewißheit handelt, unterschiedliche Entscheidungsmodelle anbietet. Um zu verstehen, wann und mit welchen Konsequenzen eine Entscheidungssituation in eine der drei Kategorien eingeordnet wird, bedarf es der Einführung einiger Grundbegriffe der Entscheidungstheorie, die eng an den allgemeinen Sprachgebrauch angelehnt sind.

Zu nennen ist hier zum einen der Begriff der *Aktionen*, der die Handlungsalternativen des Entscheidungsträgers bezeichnet⁶⁴, sodann der Begriff des *Zustands*, der die in einer Situation relevanten Umweltfaktoren kennzeichnet⁶⁵, und schließlich der – keiner weiteren Erklärung bedürftige – Begriff der *Handlungskonsequenzen*⁶⁶. Weiterhin mag noch der Grundbegriff *Information* Erwähnung finden, weil der Informationsstand bezüglich des Zustandes und der Handlungskonsequenzen über die Einordnung in eine der drei Kategorien entscheidet, und weil darüber hinaus In-

⁶¹ Bonß, Soziale Welt 1991, S. 258 ff. mit „Argumente(n) für eine soziologische Risikoforschung“ (so der Untertitel des Beitrags); Halfmann, in: Halfmann/Japp (Hrsg.), Riskante Entscheidungen, 1990, S. 12, und zuletzt: Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991.

⁶² Krüger/Ruß-Mohl (Hrsg.), Risikokommunikation; vgl. dort vor allem den mehrfach zitierten, informativen Beitrag von Peters, (a. a. O., S. 11 ff.).

⁶³ Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 3.

⁶⁴ Vgl. Bamberg/Coenenberg, Entscheidungslehre⁶, 1991, S. 14 ff.

⁶⁵ A. a. O., S. 16 f.

⁶⁶ A. a. O., S. 21 f.

formationsgewinnung die Voraussetzung dafür ist, von einer (unterlegenen) Entscheidungssituation in eine andere, bessere zu gelangen.

Aufgrund dieser begrifflichen Festlegungen kann man in einem Schaubild⁶⁷ zeigen, wann von einer Entscheidung unter Sicherheit, unter Risiko oder aber unter Ungewißheit die Rede ist:

Informations- stand bzgl. Konse- quenzen	Zustände	Sicher- heit	Risiko	Ungewiß- heit
	Sicherheit	Sicher- heit	Risiko	Ungewiß- heit
Risiko	Risiko	Risiko	Risiko	Ungewiß- heit
Ungewißheit	Ungewiß- heit	Ungewiß- heit	Ungewiß- heit	Ungewiß- heit

b) Entscheidungen unter Sicherheit

Unter den Bedingungen von Sicherheit entscheidet also ein Entscheidungsträger, wenn er sowohl bezüglich des Zustands, als auch bezüglich der Konsequenzen seines Handelns über perfekte Information verfügt. Schon diese Formulierungen legen nahe, daß es diesen Zustand in der Praxis kaum je geben wird⁶⁸. Für die gleichwohl große praktische Bedeutung dieser Entscheidungssituation machen *Bamberg/Coenenberg* die „in der Praxis oft gegebene Notwendig-

⁶⁷ Nach: *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 23.

⁶⁸ *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 39. Dies gilt sogar, wenn man einen – nicht anspruchsvollen – pragmatischen Begriff von Sicherheit verwendet, eine ‚soziale Fiktion‘ von Sicherheit; vgl. dazu *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 28.

keit zu stark vereinfachter Modellbildung⁶⁹ verantwortlich. Obwohl solche Vereinfachungen entscheidungstheoretisch unbefriedigend seien, seien sie nicht grundsätzlich zu kritisieren, denn: „Ein Modell ist ... bereits dann von Nutzen, wenn sein Einsatz zu besseren Lösungen führt, als sie ohne eine Modellanalyse erarbeitet werden können.“⁷⁰ Ob man diesen Ansatz eines „Im Zweifel für die Modellanalyse“ bei betriebswirtschaftlichen Entscheidungen, erst recht aber bei komplexeren, noch weniger leicht quantifizierbaren Entscheidungssituationen übernehmen soll, erscheint allerdings fragwürdig.

Das normative Entscheidungsmodell in solchen Entscheidungssituationen ist denkbar einfach, vor allem, wenn es nur um das Erreichen *eines* Zieles geht. Dann bedarf es lediglich einer weiteren Information, nämlich der über Präferenzvorstellungen des Entscheidungsträgers bezüglich der Ergebnishöhe, um dem Entscheidungsträger die Entscheidung zu erleichtern. Da alle Konsequenzen der verschiedenen möglichen Aktionen bekannt sind, hat eine der Aktionen den höchsten Erwartungswert und ist deshalb vorzugswürdig.

Etwas komplizierter, etwas realistischer und etwas weniger trivial wird das Entscheidungsproblem, wenn nicht nur ein Ziel, sondern mehrere erreicht werden sollen. Hier ist nach der Präferenzabhängigkeit oder -unabhängigkeit der verschiedenen Ziele zu fragen⁷¹ und gegebenenfalls eine Zielanalyse⁷² vorzunehmen.

c) Entscheidungen unter Risiko

Dieser Typ von Entscheidungen, die immer dann zu treffen sind, wenn bezüglich der Zustände (Voraussetzungen) oder der Konsequenzen der verschiedenen Entscheidungsalternativen (Aktionen) weder Sicherheit (perfekte Information) noch Ungewißheit (fehlende Information) besteht, hat die größte praktische Relevanz⁷³.

⁶⁹ *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 39.

⁷⁰ A. a. O., S. 40.

⁷¹ A. a. O., S. 44 ff.

⁷² A. a. O., S. 46 ff.

⁷³ A. a. O., S. 68 m. w. N.

Auch und gerade wenn man erwägt, die hierfür gefundenen Entscheidungsmodelle auf andere als betriebswirtschaftliche Entscheidungen anzuwenden⁷⁴, sollte darauf hingewiesen werden, daß von Risiko – inzwischen⁷⁵ – nicht nur dann gesprochen wird, wenn objektive Anhaltspunkte zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit vorliegen, sondern auch dann, wenn der Entscheider nur einen subjektiven Überzeugungsgrad⁷⁶ angeben kann⁷⁷.

Hat man alle diese Informationen, kann man sich nunmehr dem Entscheidungsmodell zuwenden. Der interessanteste Aspekt der – verschiedenen, hier nicht näher zu erläuternden⁷⁸ – Modelle ist, daß das oben schon erwähnte Grundprinzip rationaler Entscheidung, wonach das Produkt aus Erwartungswert und Wahrscheinlichkeit einer Entscheidungskonsequenz über die Vorzugswürdigkeit entscheidet, durchgängig relativiert wird: Offensichtlich tritt, wie schon *Bernoulli* durch Beobachtung beim St. Petersburger Spiel im 18. Jahrhundert festgestellt hat⁷⁹, zu dem objektiven Erwartungswert eine subjektive Nutzenerwartung, die die Entscheidung beeinflußt.

Für die hier verfolgten Zwecke reicht die Mitteilung aus, daß nach diesem – von *von Neumann* und *Morgenstern* axiomatisch begründeten⁸⁰ und in der entscheidungstheoretischen Literatur als rationales Prinzip für Risikosituationen angesehenen⁸¹ – *Bernoulli*-Prinzip jeder Entscheidungsträger eine individuelle – und feststell-

⁷⁴ Aufschlußreich im Zusammenhang einer strafrechtlichen Untersuchung, daß im betriebswirtschaftlichen Lehrbuch als alltägliche Entscheidung unter Risiko die Situation geschildert wird, ob man im Parkhaus parken soll, was mit einem Fußweg und einer kleinen Gebühr verbuden ist, oder ab man das Parken im Parkverbot „riskieren“ soll (vgl. *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 66.).

⁷⁵ Anders noch in der für die Entscheidungstheorie grundlegenden Arbeit von *Frank Knight* (*Risk, Uncertainty and Profit*, 1921), der von einer Risikosituation nur dann ausging, wenn objektive Wahrscheinlichkeiten über die betreffenden Umweltzustände vorliegen.

⁷⁶ Vgl. zu diesem Fall, der in der Praxis von großer Bedeutung ist, und zur Verbesserung der Ermittlung dieser „subjektiven Wahrscheinlichkeit“ *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 69 f.

⁷⁷ *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 66.

⁷⁸ A. a. O., S. 70 ff.

⁷⁹ A. a. O., S. 73.

⁸⁰ A. a. O., S. 74.

⁸¹ A. a. O., S. 95.

bare – Nutzenfunktion hat, die zusätzlich zu dem Erwartungswert der Alternativen seine Entscheidung in allen Situationen leitet⁸².

Von Bedeutung für die Diskussion um die Anwendbarkeit des Prinzips in anderen als ökonomischen Entscheidungen könnte auch die Kontroverse darüber sein, ob nicht nur der Begriff der Sicherheit, sondern auch der des Risikos letztlich eine Fiktion ist. Behauptet wird das, weil die Kenntnis der Wahrscheinlichkeit aller möglichen Umweltzustände und aller Konsequenzen aller Aktionen kaum je gegeben ist. Auch dieser Einwand wird als theoretisch zutreffend bezeichnet, dann aber mit einem anwendungsorientierten Argument gekontert: Der Vorteil des Modells bestehe gerade darin, daß der Entscheidungsträger gezwungen sei, „gründlich über die Menge A der in Betracht zu ziehenden Situationen, über die Menge Z der relevanten Umweltzustände und über die (damit) verknüpften Konsequenzen nachzudenken.“⁸³ Im Vergleich mit dem in der Praxis beobachtbaren bevorzugten Vorgehen, in dem eine – aus oft unklaren Gründen – favorisierte Aktion gründlich analysiert wird und bezüglich anderer Alternativen ausschließlich nach negativen Konsequenzen gesucht wird, sei daher das – theoretisch unvollkommene – Modell vorzugswürdig⁸⁴. Wenn eine solche Feststellung sogar bezogen auf betriebswirtschaftliche Entscheidungen realistisch ist, bei der die Rationalität der Entscheidung im ureigensten Interesse des Entscheiders liegt, kann man sich leicht ausmalen, welche Bedeutung das beschriebene Modell in anderen Bereichen hat, in denen die Entscheider die Kosten der Entscheidung nicht im gleichen Maß zu tragen haben.

d) Entscheidungen unter Ungewißheit

Eine Ungewißheitssituation liegt vor, wenn dem Entscheider die Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten der relevanten Umweltzustände unbekannt sind⁸⁵, und dieser Informationsstand nicht (oder

⁸² A. a. O., S. 84 ff. mit Ausführungen zur Begründung dieses Prinzips als „deskriptives“ (a. a. O., S. 84 f.) und als normatives Prinzip (a. a. O., S. 85 ff.)

⁸³ A. a. O., S. 97.

⁸⁴ Das soll jedenfalls dann gelten, wenn sich die „Planungskosten“ lohnen (a. a. O.).

⁸⁵ A. a. O., S. 104.

nicht in angemessener Zeit) so verbessert werden kann, daß daraus eine Risikosituation wird.

Kann man sich in dieser – in der Praxis häufig vorkommenden – Situation rational verhalten, oder kann man genauso gut auswürfeln, für welche Aktion man sich entschließt?

Die Entscheidungstheorie hält auch hier Modelle und Regeln parat, behauptet also, daß auch solche Entscheidungen rational getroffen werden können. Am leichtesten – und praktisch am wenigsten relevant – sind die Fälle, in denen eine Aktion unter allen Umständen die günstigste ist. Dann ist die Summe aller Ungewißheiten völlig irrelevant⁸⁶. Ähnlich trivial ist auch die Ausscheidung solcher Entscheidungsalternativen, die unter allen Umständen am ungünstigsten sind.

In allen anderen Fällen lautet das Prinzip, daß die Reduktion von Rationalitätsansprüchen immer noch besser ist als ihre vollständige Aufgabe. Daher kann der Entscheider – nach seinen bis zu einem bestimmten Grad willkürlichen Präferenzen – spezielle Entscheidungsregeln nutzen, für die hier nur zwei Beispiele angeführt werden sollen.

Der Entscheidungsträger kann sich z. B. an der ungünstigsten Konsequenz orientieren⁸⁷ und die Aktion als optimal ansehen, bei der die ungünstigste Konsequenz noch vergleichsweise am günstigsten ausfällt⁸⁸.

Oder er kann sich an der günstigsten Konsequenz orientieren⁸⁹, und die Aktion als optimal bezeichnen, bei der die günstigste Konsequenz am günstigsten ausfällt.

Daneben gibt es einige dazwischen liegende Kompromißregeln, auf deren Darstellung hier verzichtet werden kann⁹⁰.

⁸⁶ A. a. O., S. 106.

⁸⁷ Was dieser Entscheidungsregel den Vorwurf des pathologischen Pessimismus eingehandelt hat.

⁸⁸ Zu dieser – je nachdem, ob man Nutzen oder Schaden bewertet – sogenannte Maximin- oder Minimax-Regel: a. a. O., S. 107.

⁸⁹ Eine Regel also, die der ‚pathologische‘ Optimist wählen wird. In zahlreichen Fällen wird man die Pathologie gar nicht bemühen müssen, sondern den Optimismus oder Pessimismus als seinerseits rationale Entscheidungsprämisse ansehen: Wer spielt oder spekuliert, ist vernünftigerweise nicht pessimistisch, sonst sollte er nicht spielen; umgekehrt gilt für denjenigen, der statt dessen spart.

⁹⁰ Vgl. die Darstellung a. a. O., S. 108 ff.

2. Entscheidungen bei bewußt handelnden Gegenspielern

Die Risiken oder Ungewißheiten, die sich aus der Perspektive eines Entscheidungsträgers ergeben, bestehen in der Wirklichkeit sehr oft daraus, daß dieser Entscheidungsträger nicht der einzige ist. Seine Entscheidung hängt vielmehr davon ab, wozu sich andere entschließen. Zu recht betonen *Bamberg/Coenberg*, daß solche Entscheidungen typisch sind für fast alle bedeutsamen Konfliktsituationen im ökonomischen, politischen und militärischen Bereich. Entscheidungstheoretische Antworten gibt die vor allem von *von Neumann* und *Morgenstern* konzipierte sogenannte Spieltheorie.

Auf die Einzelheiten der entscheidungstheoretisch empfohlenen Strategien kommt es im hier besprochenen Zusammenhang nicht an. Wichtig ist die Frage, ob nur zwei oder mehrere Personen an der Konfliktsituation beteiligt sind, ob es sich um Situationen handelt, in denen die Beteiligten unabhängig voneinander nur eine Entscheidung treffen müssen („Spiele in Normalform“) oder ob mehrere Entscheidungen in Kenntnis der Entscheidungen auch der anderen Entscheidungsträger anstehen („Spiele in extensiver Form“)⁹¹. Schließlich ist zentral, ob es sich von der Struktur des Konfliktes um ein sogenanntes „Nullsummenspiel“ handelt, bei dem der Gewinn des einen Spielers der Verlust des anderen ist⁹², oder ob es sich um Entscheidungen handelt, die kooperativ gelöst werden können, in denen also der Gewinn des einen auch der Gewinn des anderen Spielers sein kann⁹³.

3. Entscheidungen durch Entscheidungsgremien

Fast alles bisher Gesagte gilt unabhängig davon, ob der Entscheider eine einzelne Person oder ein Gremium ist. In diesem letzteren Fall, der durch die Demokratisierung aller Bereiche immer mehr an Bedeutung gewinnt, tritt freilich ein Zusatzproblem auf, das entscheidungstheoretisch zwar formulierbar, aber kaum lösbar ist. Ist

⁹¹ Vgl. a. a. O., S. 148.

⁹² Vgl. a. a. O., S. 154.

⁹³ Vgl. a. a. O., S. 176 ff.

nämlich der ausschlaggebende Parameter bei Entscheidungen unter Risiko und unter Ungewißheit die Präferenzordnung des Entscheiders, dann taucht bei Gremienentscheidungen schnell die Frage auf, wie die Präferenzen der einzelnen Mitglieder des Gremiums „gerecht“⁹⁴ zu einer einzigen, ausschlaggebenden Präferenzordnung aggregiert werden können.

Die Entscheidungstheorie hat sich auch diesem Problem intensiv zugewandt, allerdings mit dem Ergebnis, daß die „negativen Resultate“ überwiegen⁹⁵, so daß im Anschluß an Forschungen von *K.J. Arrow* sogar von der entscheidungstheoretischen Unmöglichkeit der Demokratie gesprochen wurde⁹⁶. Von Interesse ist insbesondere, daß das Mehrheitsprinzip bei mehr als zwei Entscheidungsalternativen zu entscheidungstheoretisch und auch demokratiethoretisch unbefriedigenden Ergebnissen kommen kann, was an einem Beispiel *Zeckhausers* gut demonstriert werden kann.

„Die 101 Mitglieder eines Clubs müssen sich auf ein gemeinsames Unterhaltungsprogramm einigen. Die drei Alternativen Fußball, Musical und Ballett stehen zur Debatte. Jeweils 50 Mitglieder sind Fußball-, bzw. Ballett-Anhänger, nur einer bevorzugt das Musical. Der Musical-Freund ist zwischen Fußball und Ballett indifferent; er wird sich bei einer Wahl zwischen Fußball und Ballett der Stimme enthalten. Den Fußball- und Ballettanhängern ist das Musical ein Greuel; für die Fußball- (bzw. Ballett-) Anhänger ist das Musical aber noch etwas attraktiver als Ballett (bzw. Fußball). Der Club will sich für diejenige Alternative entscheiden, die gegen jede andere Alternative die Mehrheit erhält.

Bei der Abstimmung Fußball-Ballett ergibt sich (bei einer Stimmenthaltung) ein Stimmenverhältnis von 50:50, bei der Paarung Fußball-Musical ergibt sich 50:51 und bei Ballett-Musical ebenfalls 50:51. Die Entscheidung fällt zugunsten des Musicals, zugunsten einer Alternative also, die für 100 der 101 Mitglieder ein Greuel ist.“⁹⁷

⁹⁴ So die Formulierung bei *Bamberg/Coenenberg*, a. a. O., S. 198. Das Gerechtigkeitspostulat ist freilich keine entscheidungstheoretische, sondern eine politische, ‚ideologische‘ Prämisse.

⁹⁵ A. a. O., S. 199.

⁹⁶ A. a. O., S. 202 ff.

⁹⁷ A. a. O. S. 211 f. unter Verweis auf *Zeckhauser*, in: *Quarterly Journal of Economics*, 83 (1969), S. 696 ff.

III. Ausgewählte Aspekte der deskriptiven Entscheidungstheorie und der Risikoforschung

Ausgangspunkt sowohl der deskriptiven Entscheidungstheorie als auch der Risikoforschung war die Erkenntnis, daß Menschen, die sich in Risikosituationen für die eine oder andere Verhaltensalternative entscheiden müssen, ungeachtet aller Rationalität der von der (normativen) Entscheidungstheorie aufgestellten Modelle, sich anders als erwartet verhalten.

1. Ergebnisse der deskriptiven Entscheidungstheorie:

Wie entscheiden Menschen in riskanten Situationen?

Keiner sozialwissenschaftlichen Risikoforschung bedarf es, um sich vorzustellen, daß sich Modell und Wirklichkeit unter anderem durch den nur in der Wirklichkeit gegebenen Zeitdruck und die ebenso häufige Tatsache unvollständiger Information unterscheiden.

Darüberhinaus hat sich aber herausgestellt, daß Faktoren wie die Risikowahrnehmung und Risikoeinstellung des Entscheiders die wirklichen Entscheidungen stark prägen. Hier hat die Risikoforschung (beziehungsweise die deskriptive Entscheidungstheorie) zu Erkenntnissen geführt, die die Künstlichkeit des Modellentscheiders deutlich zeigen und damit, je nach Perspektive, die Irrationalität der sich entscheidenden Menschen, oder die Unbrauchbarkeit der Entscheidungs- und Rationalitätsmodelle der normativen Entscheidungstheorie.

Bezüglich der Risikowahrnehmung und Risikoeinstellung lassen sich persönlichkeitsbedingte Aspekte (dazu: a) und situative Aspekte (dazu: b) unterscheiden.

a) Individuelle (persönlichkeitsbedingte) Unterschiede

In ganz erheblichem Ausmaß differiert das Risikoverhalten und die Risikobereitschaft unterschiedlicher Menschen. Psychologen sprechen, dabei eher Extrempunkte als zwei unterscheidbare Kategorien aufzeigend, von *gesundem* und *neurotischem Risikoverhalten*.

Dabei sollen bewußtes Überlegen und Abwägen von Kosten und Nutzen (in einem nicht-nur-ökonomischen Sinn), angemessene Vorbereitung, „positive Absichten“, und die Bereitschaft für die Folgen der Handlung einzustehen, die *gesunde Risikobereitschaft* kennzeichnen⁹⁸. Dagegen zeichne sich das *ungesunde, neurotische Risikoverhalten* dadurch aus, „daß das Risiko offensichtlicher, der Nutzen hingegen, jedenfalls für Außenstehende, weniger gut, wenn überhaupt, erkennbar (sei) und der Ausgang weitgehend dem Zufall überlassen (werde). Ein solches Verhalten (sei) typischerweise impulsiv, ja es (folge) gelegentlich einem nahezu unwiderstehlichen inneren Trieb und nicht einem kühlen rationalen Entscheid. Der Betreffende (verhalte) sich oft schablonenhaft, er (sei) inflexibel und rückfällig, und ... durch Vernunftsargumente nicht beeinflussbar.“⁹⁹

Jenseits dieser individuellen Unterschiede wird auch von unterschiedlichem Risikoverhalten unterscheidbarer Gruppen berichtet. So sollen z.B. Frauen zu einer risikoaversiveren Einstellung neigen, wobei neuere Forschungen zeigen, daß solche Verallgemeinerungen jedenfalls dann wenig aussagekräftig sind, wenn nicht mitgeteilt wird, um welche Risiken es geht¹⁰⁰. Ähnlich vorsichtig müssen wohl auch Untersuchungen bewertet werden, die – alltags-theoretisch plausibel – eine Abnahme der Risikobereitschaft im Alter festgestellt zu haben meinen¹⁰¹.

Gerade auch für strafrechtlich bedeutsame Risikoeinstellungen aufschlußreich könnten Untersuchungen über mögliche Korrelationen zwischen sozialer Schichtenzugehörigkeit und Risikobereitschaft sein. Erste Ergebnisse lassen vermuten, daß bei unteren und oberen Gesellschaftsschichten¹⁰² die Risikobereitschaft stärker ausgeprägt ist als in mittleren Schichten¹⁰³.

⁹⁸ *Fritzsche*, Risikobeurteilung, 1986, S. 183 m.w.N.

⁹⁹ A.a.O., S. 184.

¹⁰⁰ A.a.O., S. 186.

¹⁰¹ A.a.O., S. 186 f.

¹⁰² In der einschlägigen Untersuchung von *Renn* (bei: *Fritzsche*, a.a.O., S. 187) wurde Schicht als Funktion von Einkommen, Berufsprestige und Bildungsniveau interpretiert.

¹⁰³ *Fritzsche*, a.a.O., S. 187.

b) Situative Unterschiede

Von noch größerem Interesse dürften die situativen Aspekte der Risikowahrnehmung und -einstellung sein. Darunter fallen so unterschiedliche Faktoren wie die Bekanntheit des Risikos, die Freiwilligkeit seines Eingehens, seine (vermutete oder wirkliche) Beeinflussbarkeit, der Eintrittszeitpunkt und die Art drohender Folgen sowie der von den Folgen betroffene Personenkreis.

aa) Bekanntheit des Risikos

Einer der wichtigsten Einflußfaktoren bei der Einschätzung von Gefahren ist deren Bekanntheitsgrad oder Vertrautheit¹⁰⁴. Dabei ist nicht eindeutig, in welche Richtung dieser Faktor wirkt. Es kommt sowohl – und insgesamt wohl überwiegend – zu Risikogewöhnungen und Risikounterschätzungen, und damit im Vergleich zur rationalen Risikoentscheidung zu einer zu großen Risikobereitschaft. Andererseits kann aber auch das persönliche Erlebnis bestimmter – oft gerade statistisch seltener – Gefahren eine irrationale Risikoüberschätzung bewirken.

Diese Mitteilungen betreffen bekannte Gefahren, über die statistische Daten existieren ebenso wie im Einzelfall – vielleicht – persönliche Erfahrungen. Feststellungen lassen sich aber auch über solche Gefahren und Risiken treffen, die unbekannt oder nur beschränkt bekannt sind. Während die naturwissenschaftlich-technische Risikoforschung das Fehlen historischer Erfahrung durch eine Risikoabschätzung ersetzt, in der an die Stelle eines nicht a posteriori bestimmbar, statistisch aktuarischen Risikos ein a priori bestimmendes prognostisches Risiko gesetzt wird, kann der Laie mit dieser notwendigen¹⁰⁵ Art der Risikobewältigung kaum umgehen. Für ihn sind Störfallszenarien Bekanntmachungen über Risiken, von denen er vorher noch nichts gewußt hat. Insbesondere wegen seiner Unfähigkeit, mit kleinen Wahrscheinlichkeiten wirk-

¹⁰⁴ A.a.O., S. 129.

¹⁰⁵ Die Alternativen zu solcher Risikoabschätzung wären die Inkaufnahme von Schäden, um daraus „klug zu werden“, oder die totale Risikovermeidung, die (inzwischen) kaum noch praktikabel ist.

lichkeitsgetreu umzugehen¹⁰⁶, gelingt es ihm schlecht, diese Szenarien wieder aus seinem Bewußtsein auszulöschen. Aufgrund einer tiefsitzenden Angst vor Ungewissem und Unverstandenem neigen die meisten Menschen dazu, bei Kenntnisnahme nicht erwarteter neuer Gefahren besonders emotional und stark risikoaversiv zu reagieren.

bb) Freiwilligkeit des Risikos

Eine unterschiedliche Risikobereitschaft bei Risiken, die man freiwillig eingeht, und bei Risiken, denen man unfreiwillig ausgesetzt ist, ist auch alltagstheoretisch plausibel. Überraschend ist aber, in welchem Ausmaß sich dieser Faktor bemerkbar macht: Eine Untersuchung von Starr hat ergeben, daß wir freiwillige Risiken hinnehmen, die etwa 1000mal höher sind als unfreiwillige Risiken¹⁰⁷.

cc) Die Beeinflußbarkeit des Risikos

Auch ein Risiko, das man (wirklich oder vermeintlich) beeinflussen (kontrollieren) kann, nehmen wir weniger stark wahr und also eher in Kauf, als eines, auf das wir (wieder wirklich oder vermeintlich) keinen Einfluß haben¹⁰⁸. Die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten, Risiken zu kontrollieren, ist im Straßenverkehr, aber auch bei riskanten Sportarten gut zu beobachten. Dagegen ist z.B. die kollektive Panik, die das Bekanntwerden der neuen Krankheit Aids produzierte, ein überzeugendes Beispiel für eine Risikoüberschätzung (jedenfalls aus der Sicht des einzelnen).

Besonders hinzuweisen ist noch auf die Kumulation der hier skizzierten Faktoren. Bei freiwilligen Tätigkeiten hat der Mensch meist eine ausgeprägte Tendenz, „sowohl den Grad seiner möglichen Einflußnahme als auch deren Wirksamkeit zu überschätzen, was ihn zu einer Bagatellisierung verleitet.“¹⁰⁹

¹⁰⁶ Fritzsche, a. a. O., S. 135 und S. 152 ff.

¹⁰⁷ Starr, in: Science, Band 165 (1969), S. 1232 ff.; vgl. Fritzsche, a. a. O., S. 137 und S. 140 ff., der sowohl die Untersuchung Starrs als auch die Einwände seiner Kritiker ausführlich mitteilt.

¹⁰⁸ Dazu Fritzsche, a. a. O., S. 145 ff.

¹⁰⁹ A. a. O., S. 148.

dd) Der Eintrittszeitpunkt drohender Folgen und der von ihnen betroffene Personenkreis

Gefahren werden im allgemeinen als umso weniger bedrohlich empfunden, in je fernerer Zukunft die Folgen erwartet werden müssen¹¹⁰. Desgleichen werden Folgen dann als sehr viel dramatischer eingeordnet, wenn das oder die Opfer identifizierbar sind¹¹¹. Unabhängig davon ist zu beobachten, daß die emotionale Nähe oder Distanz zu tatsächlichen oder potentiellen Opfern die Risikowahrnehmung und -bewertung ebenfalls beeinflusst¹¹².

2. Sozialpsychologische Erkenntnisse über die nachträgliche ex ante Zuschreibung von Verantwortung für (riskante) Entscheidungen

Mit der riskanten Entscheidung, so beschreibt Luhmann das Spezifikum des Risikobegriffs, binde man Zeit, „obwohl man die Zukunft nicht hinreichend kennen kann und zwar nicht einmal die Zukunft, die man durch die eigenen Entscheidungen erzeugt.“¹¹³ Die Einsicht in diese (notwendige) Eigenschaft von Entscheidungen und die letztlich in die Entscheidungstheorie mündende Wahrscheinlichkeitskalkulation „scheinen garantieren zu können, daß man es auch dann, wenn es schief geht, richtig gemacht hat.“¹¹⁴ Ob man mit Luhmann¹¹⁵ darin eine Paradoxie sehen will oder nicht; jedenfalls neigt man in aller Regel dazu, die Dinge ex post anders zu bewerten:

„Je nach dem, ob ein Schaden eingetreten oder ob es gut gegangen ist, wird man das Risiko nachträglich anders einschätzen. Man versteht nachträglich nicht mehr, wieso man in einer vergangenen Gegenwart derart vorsichtig oder derart riskant entschieden hatte.“¹¹⁶

Anknüpfend an diese Alltagserfahrung mit eigenen Entscheidungen, ahnt man, daß der Effekt um ein Vielfaches verstärkt auftritt,

¹¹⁰ A. a. O., S. 175.

¹¹¹ A. a. O., S. 181.

¹¹² A. a. O., S. 182.

¹¹³ Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 21.

¹¹⁴ Luhmann, a. a. O., S. 21.

¹¹⁵ A. a. O., S. 33 und dort Fn. 52.

¹¹⁶ A. a. O., S. 51.

wenn es – wie im Strafrecht – darum geht, riskante Entscheidungen *anderer* nachträglich zu bewerten. Erkenntnisse der Sozialpsychologie, die im folgenden kurz vorgestellt werden sollen, bestätigen das im Großen und Ganzen eindrucksvoll¹¹⁷.

a) Die ‚Severity-Responsability-Relation‘

Die jedem geläufige Alltagserfahrung, daß, wenn etwas schiefgegangen ist, die Suche nach dem Schuldigen beginnt und oft zu Unrecht erfolgreich endet, ist von der Sozialpsychologie¹¹⁸ bestätigt¹¹⁹ worden: Es besteht die Gefahr einer unzulässigen erfolgsorientierten Verantwortlichkeitszuschreibung, die von der amerikanischen Sozialpsychologin *Elaine Walster* schon 1966 als „severity-responsability-relation“ beschrieben, benannt und auch erklärt wurde¹²⁰. Danach gibt es eine Tendenz, unangenehme Ereignisse so zu deuten, daß die Deutung der Realität zumindest erträglich bleibt¹²¹, und erstaunlicherweise scheinen gravierende negative Ereignisse (jedenfalls von den nicht unmittelbar betroffenen ‚Beobachtern‘¹²²) leichter hinnehmbar zu sein, wenn einem Dritten dafür die Verantwortlichkeit zugeschrieben werden kann¹²³. Erklärt wird das damit, nur

¹¹⁷ Das gilt, obwohl *Luhmann* (a. a. O., S. 77) zu Recht darauf hinweist, daß es sich als schwierig erweist, sozialpsychologische Gesetzmäßigkeiten über verschiedene Situationstypen hinweg zu generalisieren.

¹¹⁸ Den Hinweis auf diese Untersuchungen und den Zugang zur einschlägigen sozialpsychologischen Literatur verdanke ich *Lothar Kublen*, ex ante, S. 341 ff.

¹¹⁹ Allerdings gilt die These in der Sozialpsychologie nach einer zusammenfassenden Untersuchung *Burgers* (*Psychological Bulletin* 1981, S. 496 ff.) als nur schwach bestätigt.

¹²⁰ Diese Erkenntnisse sind von der Rechtswissenschaft nicht nur – wie hier – zur Erklärung einer generellen Tendenz, sondern auch und vor allem bei der konkreten Verantwortlichkeitszuschreibung zu berücksichtigen. Vgl. dazu im 8. Kapitel.

¹²¹ *Walster* (in: *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, S. 73 ff.) hat diese Tendenz als „defensive-attribution“-These bezeichnet, also als eine eigene Bedürfnisse des (Be-)Urteilenden befriedigende Verantwortlichkeitszuschreibung.

¹²² Als Anschlußfrage drängt sich auf, ob dieser Mechanismus auch für die unmittelbar betroffenen Opfer gilt, ob also z. B. der Tod eines nahen Menschen leichter zu ertragen ist, wenn er als Unglücksfall verbucht werden kann, oder ob die Verantwortlichkeitszuschreibung an einen Dritten auch das Opfer entlastet – eine Frage, die auch für das Strafrecht, jedenfalls aber für ein Opferinteressen auch ernstnehmendes Strafrecht, von Bedeutung ist.

¹²³ So die – von anderen Sozialpsychologen angebotene – „just world“-Hypothese, die von einem Bedürfnis ausgeht, mit dem Bild einer gerechten Welt zu leben, in

diese Deutung des Ereignisses verhindere die schwer erträgliche Einsicht, daß auch der Beobachter „schwersten Interessenverletzungen zufällig und damit schutzlos ausgesetzt ist.“¹²⁴

b) Das Phänomen des ‚Creeping Determinism‘

Zusätzliche Plausibilität erhält die These, daß auch solche Ereignisse, die nach unseren Kriterien gerechter Verantwortlichkeitszuschreibung nicht zurechenbares Unrecht, sondern ‚Unglück‘ sind, gleichwohl als Unrecht behandelt werden (und das heißt, daß einem Dritten ungerechterweise Verantwortung dafür zugeschrieben wird), durch eine weitere attributionstheoretische Erkenntnis: Wir neigen dazu, so die anschaulich benannte These des ‚creeping determinism‘¹²⁵, zu glauben, daß Ereignisse, die sich tatsächlich abgespielt haben, als von vornherein wahrscheinlich anzusehen, während die Wahrscheinlichkeit alternativer Entwicklungsmöglichkeiten, die sich nicht realisiert haben, ex post systematisch unterschätzt wird.

Auch für diesen – alltagstheoretisch außerordentlich plausiblen und für die konkreten Verantwortlichkeitszuschreibungen im Strafverfahren höchst relevanten – Mechanismus haben die Sozialpsychologen Erklärungen parat.

Zum einen gilt auch hier, daß solche Verantwortlichkeitszuschreibungen dem Bedürfnis nach einer „überraschungsfreien Weltdeutung“¹²⁶ entgegenkommen, das soeben schon zur Erklärung der ‚severity-responsability-relation‘ vorgestellt wurde.

der gravierende Schäden mit einem entsprechenden Fehlverhalten korrespondieren. Vgl. dazu: *Kublen*, ex ante, S. 341 ff. [360 f. und näher dort in Fn. 108 f.]. Für das Strafrecht wäre wiederum besonders interessant, ob zu diesem Bild einer ‚gerechten Welt‘ auch die korrespondierende Sanktion gehört, oder ob z. B. auch die bloße Feststellung von Verantwortlichkeit das Bild einer ‚gerechten Welt‘ stabilisiert.

¹²⁴ *Kublen*, (a. a. O., S. 360) unter Verweis auf *Walster* (*Journal of Personality and Social Psychology* 1966, S. 73 ff.)

¹²⁵ Vgl. vor allem die Arbeiten des amerikanischen Sozialpsychologen *Fischhoff*: *Journal of Experimental Psychology* 1975, S. 288 ff.; und *ders./Ruth Beyth*: *Organizational Behavior and Human Performance* 1975, S. 1 ff. (mit dem vielsagenden Titel: „I knew it would happen“. Remembered Probabilities of Once-Future Things.)

¹²⁶ So auch *Kublen* (a. a. O., S. 359 in Fn. 97 m. w. N.)

Zum anderen scheinen kognitive Prozesse diese Bedürfnisse zu unterstützen: In einem kognitiv-psychologischen Modell¹²⁷ stellt sich die – z.B. im Strafverfahren außerordentlich bedeutsame – Frage nach der Vorhersehbarkeit eines Ablaufs als Informationsproblem dar. Welche Informationen tatsächlich zur Lösung des Informationsproblems herangezogen werden, entscheidet sich nach ihrer Zugänglichkeit. Leicht zugängliche Informationen bilden den natürlichen Ausgangspunkt bei der Lösung des Problems. Ergebnis: Schon für den Handelnden selber, der seine Handlung rekonstruiert, um ein Vielfaches mehr aber für den Dritten, der aus der Beobachterperspektive die Handlung beurteilt, sind die Informationen über den *tatsächlich realisierten* Ablauf besonders zugänglich – und damit prädestiniert, als Ausgangspunkt für die Lösung des Informationsproblems zu fungieren, während Informationen über nicht realisierte Alternativen entweder gar nicht vorhanden oder schwer zugänglich sind. Das führt zu einer systematisch verzerrten Beurteilung der Vorhersehbarkeit des tatsächlich eingetretenen Ablaufs.

c) Die ‚Actor-Observer‘ Differenz

Als weiteres, die beiden beschriebenen Mechanismen verstärkendes Phänomen tritt die empirisch recht gut abgesicherte¹²⁸ attributions-theoretische These einer generellen ‚actor-observer‘ Differenz¹²⁹ bei der Frage auf, ob jemand für ein Verhalten verantwortlich gemacht werden kann. Brisant und für die hier erörterte Frage einschlägig wird die Feststellung, daß Akteur und Beobachter sich in ihren Verantwortungszuschreibungen systematisch unterscheiden

¹²⁷ Vgl. grundlegend *Amos Tversky/Daniel Kahnemann*, in: *Cognitive Psychology*, 1973, S. 207 ff. Eine zusammenfassende Würdigung dieser und weiterer das menschliche Rationalitätsparadigma erschütternder Arbeiten dieser Autoren findet man bei: *Gardner*, *Kognitionswissenschaft*, 1989, S. 387 ff.

¹²⁸ So die Einschätzung *Kublen*s (a. a. O., S. 356 f.), die allerdings durch die Feststellung (a. a. O., S. 361), der gesamte Forschungszeitraum leide darunter, daß als Testpersonen fast ausschließlich College-Studenten fungieren, relativiert wird.

¹²⁹ Vgl. *Kublen*, (a. a. O., S. 355 ff.), der auf die grundlegende Forschungsarbeit von *Jones/Nisbett*, in: *E. Jones u. a. (Hrsg.)*, *Attribution*, 1971, S. 79 ff. verweist.

dadurch, daß auch hier wieder die Zuschreibungsfehler ungerecht zulasten des Akteurs ausfallen¹³⁰.

Als Erklärung für dieses Phänomen weisen die Sozialpsychologen zum einen auf den – nicht zuletzt durch die berühmt gewordenen *Milgram-Experimente*¹³¹ bewiesenen – starken sozialen Druck hin, der aus der Beobachterperspektive ganz unrealistisch unterschätzt wird¹³², zum anderen wiederum auf die unterschiedlichen kognitiven Prozesse, die sich bei der Rekonstruktion einer Handlung einerseits beim Handelnden, andererseits bei einem Dritten abspielen: Während der Handelnde prinzipiell Zugang zu den Informationen über die Bedingungen hat, die seine Handlungssituation gekennzeichnet haben¹³³, hat der Beobachter, begünstigt durch räumliche und zeitliche Distanz, die ‚bessere‘ Informationsverarbeitung. Er wüßte, wie man sich in dieser Situation zu verhalten hätte¹³⁴ – aber eben nur in seiner Beobachterrolle und gerade deswegen wird er dem Handelnden, wenn es um die der subjektiv erlebten Realität angemessene Verantwortungszuschreibung geht, nicht gerecht.

d) Risikoeinschätzungen als ‚Stimmungssache‘

Schließlich ist auf einen weiteren Mechanismus einzugehen, der erklären kann, warum ‚Unglücke‘ in Gefahr sind, als Unrecht interpretiert zu werden. Die Sozialpsychologen *E.J. Johnson und Amos Tversky* haben experimentell nachgewiesen, daß Risikoeinschät-

¹³⁰ Für eine ausführlichere Darstellung (und auch Problematisierung) vgl. *Kublen*, (a. a. O., S. 355 ff.)

¹³¹ Vgl. *Milgram*, *Gehorsamsbereitschaft*, 1974.

¹³² Während zwischen 30 und 65 % der Testpersonen dem sozialen Druck durch die wissenschaftliche Autoritätsperson tatsächlich nachgaben (*Milgram*, a. a. O., S. 51), meinten die zum möglichen Ausgang des Experiments Befragten, nur eine pathologische Randgruppe von 1-2% würden dem Druck nachgeben (a. a. O., S. 46).

¹³³ Das betrifft „innere“ Tatsachen (wie z.B. seine Gefühle, Intentionen, Einschätzungen, persönliche Vorgeschichte und einschlägige Erfahrungen) und „äußere“ Tatsachen.

¹³⁴ Vor Gericht ist ein Standardvorhalt (der allenfalls als Standardfrage Berechtigung hätte): „Da hätten Sie doch ... (das und das erkennen müssen, so oder so handeln müssen etc.)“.

zungen wesentlich auch von Stimmungen, in denen sich der Urteilende gerade befindet, abhängen¹³⁵. Besonders relevant sind in diesem Zusammenhang ‚Stimmungen‘, die mit dem Gegenstand der Risikoeinschätzung sachlich zusammenhängen. Dadurch, daß die Forscher ihren Testpersonen einschlägige Geschichten mit gutem oder schlechtem Ausgang vortrugen, konnten sie die nachfolgenden Risikobeurteilungen ohne größere Probleme manipulieren, was wiederum die Neigung, Unglücke als zurechenbares (weil für vorhersehbar gehaltenes) Unrecht anzusehen, fördert.

- e) Zusammenfassung attributionstheoretisch orientierter Ansätze, die Tendenz des Risikostrafrechts, aus ‚Unglücken‘ Unrecht zu machen, zu verstehen

Diese sozialpsychologischen Befunde eröffnen eine faszinierende Möglichkeit, die Entstehung des Risikostrafrechts in der Risikogesellschaft zu verstehen, sie zu kritisieren und gleichzeitig die Rolle zu umreißen, die das Risiko im Strafrecht spielen kann.

- Wenn immer leichtere Sorgfaltsverstöße in der Risikogesellschaft zu immer gewichtigeren Schäden führen können, dann wird auf der Grundlage der attributionstheoretischen These von der ‚severity-responsability-relation‘ sehr plausibel, daß sich die Justiz kollektiven Bedürfnissen nach Verantwortungszuschreibung gegenüberstellt – und ihnen im übrigen auch selber ausgesetzt ist.
- Wenn *ein* Aspekt der Risikogesellschaft darin besteht, daß unser Wissen über kausale Zusammenhänge – vor allem auch bezüglich nichtintendierter Nebenfolgen – ständig zunimmt, dann erklärt der Effekt des ‚creeping determinism‘ die Anzahl systematisch verzerrter Verantwortungszuschreibungen bei der Beurteilung der Nebenfolgen menschlichen Verhaltens.
- Die ‚actor-observer‘ Differenz schließlich erklärt zwanglos, zumal wenn man das steigende Risikobewußtsein in der Risikoge-

¹³⁵ Johnson/Tversky, in: Journal of Personality and Social Psychology 1983, S. 20 ff.

sellschaft hinzudenkt – daß die Kategorie des Unglücks den Menschen in der Risikogesellschaft nicht mehr angemessen erscheint¹³⁶.

¹³⁶ Hier schließt sich der Kreis: Dieses Unangemessen-Erscheinen der Kategorie „Unglück“ korrespondiert mit der realen Entzauberung von Unglücken. Das ist trefflich zu beobachten, bei den klassischen Beispielen für „Unglücke“, nämlich Naturkatastrophen: Überschwemmungen und Dürren werden zunehmend zu Unrecht, für das „die Menschheit“, die „industrialisierten Länder“ etc. – wer wollte sagen, zu Unrecht – verantwortlich gemacht werden. Gleichwohl erscheint eine Strafanzeige vorsätzlicher oder auch nur fahrlässiger Tötung gegen einen Landesminister, der bestimmte als nützlich und menschenlebenrettend erkannte Maßnahmen nicht ergriffen hat, in den Medien in der Rubrik „Buntes und Vermischtes“, weil (den meisten von uns) der persönliche Vorwurf absurd erscheint.

3. KAPITEL

DIE KRISE DES STRAFRECHTS IN DER RISIKOGESELLSCHAFT: ANKNÜPFUNGSPUNKTE IM SCHRIFTTUM

A. Rückblick – Ausblick

Erstaunliche und parallele Karrieren des strafrechtlichen und des nichtjuristischen Risikobegriffes einerseits, Krisenphänomene eines neue Aufgaben übernehmenden Strafrechts andererseits, ermutigen, so das Fazit der Einleitung zu einer detaillierteren Untersuchung von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Die dafür erforderliche Vergewisserung über den nicht-juristischen Risikodiskurs war Gegenstand des 1. und 2. Kapitels: Die Zusammenfassung der risikosoziologischen Diskussion (im 1. Kapitel) bestätigt den Befund einer Risikogesellschaft in einem allerdings vieldeutigeren und weniger programmatisch-kämpferischen Sinn als sie ihrem Erfinder vorgeschwebt hat. Risiken spielen eine zentrale Rolle, die Gesellschaft denkt in Risikokategorien, sie nimmt Risiken wahr und ängstigt sich vor ihnen. Damit geraten der Begriff und das Konzept von Risiko in den Mittelpunkt des Interesses. Deren Geschichte und Entwicklung von einer ökonomisch orientierten Entscheidungstheorie über eine technisch-naturwissenschaftlich interessierte Risikoforschung hin zu einer sich langsam gegenentwickelnden sozialen, kulturellen, ‚menschengerechten‘ Risikorationalität wurde im 2. Kapitel skizziert.

Bevor (im zweiten Teil) mit der kritischen Rekonstruktion des Strafrechts der Risikogesellschaft begonnen werden kann, ist die Frage geboten, ob die These von der Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft an Befunde im Schrifttum anknüpfen kann. Dabei sollte der Blick nicht vorzeitig auf die eigene Disziplin eingengt werden: Welche Rolle schreibt die sich entwickelnde *Risikosoziologie* dem Recht in der Risikogesellschaft zu (B.)? Gibt es (schon) explizite *rechtspolitische* Konzepte für das Recht (in) der Risikogesellschaft (C.)? Müßten sich nicht, angesichts der Tatsache,

daß es letztlich um die Rolle des Staates in der Risikogesellschaft geht, parallele Diskussionen im *Verfassungs- und Staatsrecht* finden lassen (D.)? Das sind Fragen, denen im folgenden nachgegangen sei, bevor auch das *strafrechtlich-kriminalpolitische* Schrifttum im Hinblick auf Anschlußstellen für eine Diskussion des ‚Strafrechts der Risikogesellschaft‘ gesichtet wird. (E.).

B. Die Sicht der Soziologie

1. *Das Recht in Ulrich Becks Konzept der Risikogesellschaft*

Es liegt nahe, zunächst genauer¹ nachzufragen, welche Rolle das Recht in *Becks* Konzeption der Risikogesellschaft spielt². Fündig wird man an zahlreichen Stellen, das Ergebnis jedoch ist zwiespältig. Offensichtlich hat *Beck* in den zwei Jahren, die zwischen dem Erscheinen seiner beiden Bücher³ liegen, bezogen auf das Recht (und die Justiz) einen Lernprozeß durchgemacht. Das Ergebnis ist wenig schmeichelhaft für das Recht. War es 1986 noch einer der wenigen Hoffnungsträger⁴, ist 1988 ein Hauptschuldiger aus ihm geworden.

1. *Das Recht als Hoffnungsträger*

Konzeptioneller Hintergrund der zunächst eingenommenen Position *Becks* ist die These vom „Verblässen des sozialstaatlichen Interventionismus“⁵ und vom Entstehen einer „neuen politischen Kultur“⁶, mit deren Hilfe die Gesellschaft auf die Zukunftsgefährdungen bisher unbekanntes Ausmaßes reagiere.

¹ Vgl. schon oben, S. 53.

² Allgemein zu *Becks* Konzept von Risikogesellschaft im 1. Kapitel, S. 50 ff.

³ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986; *ders.* Gegengifte, 1988. Inzwischen (1991) hat *Beck* einen weiteren Band mit Essays von ihm und anderen zur „Politik in der Risikogesellschaft“ herausgegeben.

⁴ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 318 ff.

⁵ A. a. O., S. 304. Vgl. dazu schon oben, S. 53 f.

⁶ A. a. O., S. 317.

Im Rahmen der Entgrenzung der Politik taucht bei *Beck* auch die Rechtsprechung auf, der er 1986 noch Erstaunliches zutraut: „Teilautonome Entscheidungsspielräume“ der Richter seien sichtbar geworden und würden, „wie eine überraschte Richterschaft und Öffentlichkeit mit Erstaunen wahrnimmt, auch kontrovers genutzt“.⁷ Möglich sei dies zwar nur aufgrund der – wie er nicht verkennt – „schon lange bestehenden, gesetzlichen Konstruktion ‚richterlicher Unabhängigkeit‘“⁸; daß diese Möglichkeiten jetzt auch genutzt würden, führt er auf „Generationswechsel und Verwissenschaftlichungsprozesse“⁹ zurück. Zudem hätten viele Themen, die als Konfliktfälle vor Gericht getragen werden, ihre „soziale Eindeutigkeit“¹⁰ verloren: Experten und Gegenexperten¹¹, die sich in unversöhnlichem Meinungsstreit gegenüberstünden, eröffneten dem „unabhängigen“ Richter Entscheidungsräume, (wodurch die Urteilsfindung) pluralisiert und politisiert¹² werde.

2. Das Recht als Hauptschuldiger ‚organisierter Unverantwortlichkeit‘

Wesentlich skeptischere Töne schlägt *Beck* nur zwei Jahre später an. Schon auf den ersten Seiten der Einleitung, wenn er eines seiner Lieblingsbilder, die „Verwechslung der Jahrhunderte“¹³, an der Justiz illustriert, die sich „wie zu Dorfrichter Adams Zeiten“¹⁴ aufführe, wird die Enttäuschung darüber, daß sich seine Erwartungen an die Justiz nicht erfüllt haben, spürbar. Urplötzlich ist bei ihm aus einem ‚Agenten‘ neuer politischer Kultur ein ‚Topagent‘ „organisierter Unverantwortlichkeit“¹⁵ geworden.

Im Zentrum seiner Kritik, die beginnende Risikogesellschaft – gekennzeichnet von der drohenden Selbstvernichtung – lebe weiter

⁷ A. a. O., S. 318.

⁸ A. a. O.

⁹ A. a. O.

¹⁰ A. a. O., S. 319.

¹¹ Vgl. dazu: *Klein/Legrand/Leif, Gegenexperten*, 1990.

¹² *Beck, Risikogesellschaft*, 1986, S. 319.

¹³ *Beck, Gegengifte*, 1988, S. 12.

¹⁴ A. a. O., S. 10.

¹⁵ So der Untertitel von *Beck, Gegengifte*, 1988.

in den rechtlichen Kategorien der Industriegesellschaft¹⁶, steht das Prinzip individualisierender Zurechnung. Die Justiz greife erst ein, so *Beck* blumig, wenn „im chemischen Universum das traditionelle Relikt eines ‚Einzeltäters‘ dingfest gemacht (sei), eine Spezies, die in der legalisierten Internationale des Schad- und Giftstoffverkehrs allerdings ... ausgestorben (sei)“¹⁷.

Wer konkret geschädigt sei, so malt *Beck* das Bild der anachronistischen Justiz weiter aus, müsse „erstens die Schädigung a nachweisen; zweitens den Nachweis führen, daß tatsächlich der Stoff x die Schädigung a herbeigeführt hat; drittens beweisen, daß der Stoff aus der Firma y stammt; und viertens ... schließlich noch die Unmöglichkeit möglich machen, gegen alle Informationsschwerkraft eine Person z dafür rechtlich zur Verantwortung zu ziehen.“¹⁸

Dabei geht es, wie *Beck* meint, nicht (nur) um die Überwindung einzelner Widerstände, sondern um die einer „verheimlichten Jahrhundertkluft“¹⁹: „Weltweite Gefährdungslagen stehen gegen Einzelnachweis, Internationalität der Schadstoffproduktion gegen Einzelbetrieb- und Einzeltäternachweis; Individualstrafrecht widerspricht Kollektivgefährdung; ‚Ursachen‘ im altväterlich industriellen Sinne sind mit der Globalität der Gefährdung abgeschafft worden.“²⁰

Damit steht das Urteil über das Recht und die von Rechts wegen Urteilenden fest: „Das individuell ausgelegte Verursacherprinzip ... schützt die Verursacher, die es zur Verantwortung ziehen soll.“²¹ Und die Justiz verwandle „mit ihren hochgestochenen bürokratischen Rechtsansprüchen nahezu perfekt Alltäterschaft in Freispruch.“²²

Verantwortlich dafür seien zwar auch fehlende Gesetze und das Vollzugsdefizit. Der tiefere Grund aber liege in der im „Zeitalter

¹⁶ Der Vorwurf trifft gleichermaßen die wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Kategorien, die an dieser Stelle nicht im Mittelpunkt stehen.

¹⁷ *Beck, Gegengifte*, 1988, S. 10 f.

¹⁸ A. a. O., S. 214.

¹⁹ A. a. O.

²⁰ A. a. O.

²¹ A. a. O., S. 11.

²² A. a. O.

des individualistischen Schuldprinzips“ entstandenen „Stabilität der Definitionsverhältnisse“, die heute, im Zeitalter des „weltweiten Gift- und Schadstoffverkehrs das Rechtssystem in die Komplizenschaft einer individuell prinzipiell unbeweisbaren Allvergiftung einbindet.“²³ Damit stelle sich die Frage, welchen Sinn ein Rechtssystem beanspruchen könne, das „im vollen Glanz seiner demokratischen Pracht und richterlicher Unabhängigkeit von seinen *Entscheidungsprinzipien*²⁴ her zum Leerlauf einer symbolischen Entgiftung verurteilt ist.“²⁵

Mit dem Stichwort der ‚symbolischen Entgiftung‘ formuliert Beck den zusätzlichen Vorwurf an Recht und Justiz, sie spielten eine wichtige Rolle in der „kafkaesken Erfahrung des Protestes“²⁶: Die wachsende Zahl der Fragenden, Kritisierenden und Protestbereiten sehe sich zu einer „Politik der Ratlosigkeit“²⁷ verurteilt, weil die Kontroversen auf „Spielplätzen (stattfinden), auf denen, allein durch die Entfernung zum Zentrum, Tumulte, die sowieso kaum entstehen, folgenlos bleiben“. Einer der Spielplätze seien die Gerichte „ – ein zu Paragraphen und Instanzen undurchschaubar verdichtetes Ja zu allem, was an Neuem aus Wissenschaft, Wirtschaft und Technologie hervorkommt. Beschneidungen im Nebensächlichen legitimieren die Hauptentwicklung. Eine bessere Form der symbolischen Entgiftung einer gerade deswegen unveränderlichen Gefährdungswirklichkeit gibt es nicht.“²⁸

Die unschöne Rolle, die Recht und Gerichte spielen, ihr Versagen angesichts der Herausforderungen der Risikogesellschaft, der zusätzliche Schaden, den sie durch ‚symbolische Entgiftung‘ anrichten – mit einem Wort die Rolle des Rechts als Mitorganisator der Unverantwortlichkeit sieht Beck jedoch nicht als zwangsläufig an. Er verweist vielmehr auf neue Umweltgesetze Kaliforniens²⁹ und Entwicklungen in Japan³⁰ und folgert daraus, in den Risikoge-

²³ A. a. O., S. 218.

²⁴ Hervorhebung im Original.

²⁵ A. a. O., S. 220.

²⁶ A. a. O., S. 99.

²⁷ A. a. O., S. 97.

²⁸ A. a. O., S. 98.

²⁹ Vgl. allgemeiner zu „Umweltstrafrecht und Umweltkriminalität in den USA“ die gleichnamige Monographie von Johannes Meinel, 1988.

³⁰ Vgl. Beck, Gegengifte, 1988, S. 220 ff.

sellschaften müßten und könnten „andere Regeln andere Zurechnungen ... ermöglichen und in Gang setzen“.³¹ Konkret sei an die Veränderung von Beweislasten, das Aufwerfen und Reformieren von Haftungsfragen und die Reformulierung des Verursacherprinzips zu denken³². Da Kausalität schon aus wissenschaftstheoretischen Gründen immer mehrdeutig bleibe³³, müsse das Zurechnungsproblem erneut³⁴ durch Vereinbarungen, gesellschaftliche Verträge und Rechtsnormen geregelt werden³⁵.

Das Strafrecht *in der* Risikogesellschaft, so könnte man Beck's Stellungnahme zusammenfassen, hat sich auf die Risikogesellschaft noch nicht eingestellt, sondern ist noch ganz das (Straf-) Recht der Industriegesellschaft und versagt angesichts der aktuellen Anforderungen. Ausschlaggebend seien dafür die auf übersichtlichere Zeiten zugeschnittenen Prinzipien der Zurechnung, Haftung und Beweislast. Diese Prinzipien müßten reformuliert werden, um aus dem Strafrecht *in der* Risikogesellschaft das ‚Strafrecht *der* Risikogesellschaft‘ zu machen; andernfalls sei es nicht nur nutzlos, sondern schädlich, weil es die unveränderte Gefährdungswirklichkeit stabilisiere.

3. Stellungnahme zu Beck's Ansichten zum Recht (in) der Risikogesellschaft

Das sind (fast zu) glänzend formulierte Vorwürfe, die eine an Folgen interessierte Rechtswissenschaft herausfordern und bei der Analyse und Bewertung des Strafrechts der Risikogesellschaft be-

³¹ Beck, Politik, 1991, S. 15.

³² A. a. O.

³³ Vgl. dazu den ebenso scharfsinnigen wie amüsanten Versuch Puppes, über Kausalität kriminalistisch zu denken, in: ZStR 1990, S. 141 ff.

³⁴ Wie schon im 19. Jahrhundert, vgl. Beck, Politik, S. 16, und jetzt in Der Spiegel, Nr. 33/1991, S. 51: „Auch beim Betriebs- und Berufsunfall im 19. Jahrhundert gab es keine eindeutige Antwort auf die Kausalitätsfrage. Hat der Arbeiter selbst den Unfall verursacht, weil er den nun abgetrennten Arm falsch in die Maschine gehalten hat? Liegt die Ursache beim Ingenieur, der den Maschinenpark entwarf?“ Beck unterschlägt hier die – offensichtlich immer noch brisante – weitere Frage, ob die Ursache beim Unternehmer/Manager liegt, der aus ökonomischen Gründen die vielleicht riskantere Maschine ausgewählt hat.

³⁵ Beck, Politik, 1991, S. 17.

rücksichtigt werden müssen³⁶. Kritisch erwähnt werden sollen hier jedoch Differenzierungsdefizite, die aus juristischer Perspektive sofort ins Auge fallen. Sie betreffen zentrale Kategorien: *Beck* unterscheidet weder verschiedene Rechtsgebiete, noch verschiedene Rechtsfunktionen. Er wirft das allgemeine und das besondere Verwaltungsrecht (einschließlich des hier natürlich besonders einschlägigen Umweltrechts), das Zivil- und Strafrecht ebenso durcheinander wie die Funktionen der Gefahrenabwehr, der Kompensation für erlittene Schäden und der ‚Bestrafung‘. Dadurch verliert die Kritik erheblich an Profil und Gewicht; sie kommt kaum über die Konturen einer letztlich nebulösen Rechts- und Justizkritik hinaus, die einerseits, wenn von „bürokratisch hochgestochenen Rechtsansprüchen“³⁷ die Rede ist, durchaus an eine schlechte Tradition (rechts-) populistischer Positionen anknüpft, andererseits, wenn von der Verwandlung der „Alltäterschaft in Freispruch“³⁸ gesprochen wird, die nicht weniger (links-) populistische These vom Recht auf der ‚falschen Seite‘ iteriert. Diese Kritik am Stil der Kritik, die nichts daran ändert, daß *Becks* Hinweis auf die unbefriedigende Rolle von Recht und Justiz nachdenklich machen muß, akzentuiert die Sorge, daß *Beck* eine durchaus verbreitete Stimmung ausdrückt, wenn er bei der „Suche nach Antworten auf die ökologische Frage“ zwar bei der „Suche nach mehr Moderne, mehr Freiheit, mehr Demokratie“ fündig wird, der Rechtsstaat in diesem Paket aufklärerischer Positionen jedoch unerwähnt bleibt³⁹.

II. Die Rolle des Rechts in Niklas Luhmanns „Soziologie des Risikos“

Bisher zum Thema erschienenen soziologischen Arbeiten immerhin bescheinigend, sie seien „auf das Problem des Risikos aufmerksam geworden“ oder hätten – da wird das Bescheinigen zum Vor-

³⁶ Vgl. im 6. Kapitel, S. 242 ff. und S. 253 ff.

³⁷ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 11.

³⁸ A. a. O.

³⁹ Vgl. (im Zusammenhang mit der Frage, ob sich informales staatliches Handeln mit dem Rechtsstaatsprinzip verträgt) zur besonderen Rolle des Rechtsstaatsprinzips in Deutschland (v. a. seit 1945), *Püttner*, *KritV* 1991, S. 63 ff.

wurf – „zumindest das Wort Risiko für sich in Anspruch genommen“⁴⁰ hat jüngst *Niklas Luhmann* eine „Soziologie des Risikos“ vorgelegt.

Auch *Luhmann* geht von einer Risikogesellschaft⁴¹ aus, einer Gesellschaft nämlich, die aus dem Risiko, das einst nur Seefahrer, Pilzsammler und sonstige sich selbst einem Wagnis aussetzende Gruppen betraf, ein universelles Problem gemacht hat⁴². Ohne auf die systemtheoretischen Grundlagen einzugehen⁴³, soll, so schwierig und unbefriedigend eine solchermaßen isolierte Darstellung ist, die Aufmerksamkeit unmittelbar darauf gelenkt werden, wie *Luhmann* zufolge „das Funktionssystem Recht“ auf das zunehmende „Eindringen von Risikoorientierungen“⁴⁴ reagiert.

1. Das Prinzip der Folgenorientierung als Zumutung an das Recht, Risiken auf sich zu nehmen

Einen ersten Schwerpunkt setzt *Luhmann* durch die Verknüpfung des Prinzips der Folgenorientierung mit dem Risikodiskurs: Eine folgenorientierte Rechtspraxis laufe logisch auf eine paradoxe Begründung des Rechts hinaus⁴⁵ und sei „soziologisch gesehen ein Symptom dafür, daß dem Recht die Übernahme und Verarbeitung von Risiken zugemutet wird, die die Form der Normativität sprengen.“⁴⁶

Der erste Teil dieser These (die Kritik an der Legitimation rechtlicher Entscheidungen durch Folgenorientierung) findet sich schon

⁴⁰ *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991, S. 13.

⁴¹ Er macht sich den Begriff an dieser Stelle jedoch nicht zu eigen (a. a. O., S. 13).

⁴² A. a. O., S. 3.

⁴³ Ausgangspunkt ist für *Luhmann*, daß der Begriff Risiko eine „Form des Problematisierens von Zukunft bezeichnet“, also eine Form des „Umgangs mit Zeit“ ist (a. a. O., S. 59). Die „Entscheidungsabhängigkeit der Gesellschaft (habe) zugenommen“ (a. a. O., S. 6), „Vieles, was früher im Laufe des Lebens sich mehr oder weniger von selbst ergab, (werde) jetzt als Entscheidung verlangt – und dies vor einem größeren Hintergrund von Auswahlmöglichkeiten und deshalb mit höheren Informationswerten.“ (a. a. O., S. 52).

⁴⁴ A. a. O., S. 69.

⁴⁵ A. a. O., S. 67 ff.

⁴⁶ A. a. O., S. 68 f.

in früheren Arbeiten *Luhmanns*⁴⁷: Ein Symbol wie „Rechtsgeltung“ müsse „verbindlich“ eingesetzt werden, also ohne Rücksicht darauf, ob die Zukunft eine Entscheidung als richtig oder falsch erweisen wird. Das gerade sei das Anliegen normativer Orientierung, jetzt schon wissen zu können, welche Erwartungen man auch in Zukunft durchhalten kann. Dieses „Indifferenzgebot“ werde verletzt, wenn die Entscheidung selbst an ihren voraussichtlichen Folgen gerechtfertigt werde⁴⁸. Das ist durchaus einleuchtend, soweit postuliert wird, die verbindliche Vergabe des Prädikates Recht oder Unrecht dürfe nicht von einer unsicheren Prognose abhängen. Zu dieser Kritik am Prinzip der Folgenorientierung gelangt *Luhmann* aber m. E. nur durch ein Miß-Verständnis des Prinzips: Nicht die *Folgen*, sondern die *Folgenorientierung* ist das rechtfertigende Element⁴⁹. Insofern entspricht zwar die Redewendung von der Entscheidung, „die sich als richtig oder falsch erweisen wird“⁵⁰ einem Alltagssprachgebrauch⁵¹, ist aber unpräzise: Die Richtigkeit einer Entscheidung kann sinnvollerweise nur ex-ante, beziehungsweise aus einer Rekonstruktion der ex-ante Perspektive entschieden werden⁵². Das als „Temporalisierung der Paradoxie“ zu bezeichnen und in die Nähe des Satzes „Was damals Recht war, kann heute nicht Unrecht sein“ zu rücken, wird dem Prinzip nicht gerecht. Sich z. B. für die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung zu entscheiden, weil die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Straffälligkeit als ausreichend gering eingeschätzt wird, kann nicht (allein)

⁴⁷ Vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 31 ff; oder *dens.*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1984, S. 28 ff. (mit ausführlichen Nachweisen zur neueren Diskussion).

⁴⁸ *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 67.

⁴⁹ Das ist freilich *Luhmann* nicht speziell vorwerfbar, weil es allgemein nicht immer klar genug erkannt (oder benannt) wird. *Hassemer* (Grundlagen⁶, 1990, S. 22) etwa faßt das Prinzip mit den Worten zusammen, Gesetzgebung und Rechtsprechung rechtfertigten ihr Handeln dadurch, „daß es erwünschte Folgen produziert und unerwünschte vermeidet“ und läßt nur ahnen, daß es vielleicht darauf ankommt, „daß sie wenigstens das Ziel verfolgen“ (a. a. O.), positive Folgen zu erreichen.

⁵⁰ A. a. O., S. 67.

⁵¹ Vgl. mit Beispielen aus der politischen Berichterstattung: *Kublen*, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, S. 341 ff. [343 f.]

⁵² Das ändert nichts daran, daß man sich oder anderen wünschen kann, anders entschieden zu haben, weil die Entscheidung nicht zu dem angestrebten Erfolg geführt hat.

dadurch⁵³ eine falsche Entscheidung werden, daß der Verurteilte doch wieder eine Straftat begeht.

Neu dagegen ist die Verknüpfung des Topos Folgenorientierung mit dem Risikodiskurs: Risikoprobleme könnten, so *Luhmann*, gar nicht in geeigneten Rechtsformen gelöst werden, weil sie Probleme der Zeitbindung seien: „Im Falle von Risiken handelt es sich gerade nicht um eine Zukunft, bei der man gegenwärtig schon festlegen kann, wie andere sich in künftigen Situationen Verhalten sollen. Gegen Risiken kann man nicht verstoßen.“⁵⁴

Das ist trivial und gleichzeitig irreführend, weil niemand es je behauptet hat. Wichtig an der Verknüpfung von Folgenorientierung und Risikokonzept ist, daß man gegen *Risikomaximen* verstoßen kann. Grundsätzlich besteht durchaus die Möglichkeit, bestimmte *Risikomaximen* nach dem Recht/Unrecht-Code zu bewerten; in der Risikogesellschaft, in der ständig wachsendes Risikowissen und neue Risikoprobleme *flexible* *Risikomaximen* fordern, kann das jedoch schwer oder unmöglich werden⁵⁵.

Das Potential des Rechts, durch einen „klargeschnittene(n) Code von Recht/Unrecht“⁵⁶ Erwartungen zu stabilisieren und damit Orientierung zu vermitteln, wird also (nach *Luhmanns* Ansicht) *grundsätzlich* durch das Prinzip der Folgenorientierung geschwächt; seine Erwägungen bieten aber auch dem, der ihm insoweit nicht zustimmt, Anlaß, neu über das (Erwartungen stabilisieren sollende und durch Folgenorientierung sich rechtfertigende) Recht in der Risikogesellschaft nachzudenken.

⁵³ Wohl aber kann die erneute Straffälligkeit Anlaß sein, die „Richtigkeit“ der Entscheidung in dem Sinn zu überprüfen, ob der Richter die ihm zur Verfügung stehenden Informationen besessen und angemessen ausgewertet hatte, ob er also aus der nachträglich eingenommenen ex-ante Perspektive Entscheidungsfehler begangen hat.

⁵⁴ A. a. O., S. 67.

⁵⁵ *Luhmann* selber meint das wohl nicht so. Er sieht nicht eine spezielle Problematik der Folgenorientierung in der Risikogesellschaft, sondern wertet das Prinzip der Folgenorientierung als Symptom der Risikogesellschaft.

⁵⁶ A. a. O., S. 69.

2. Gefährdungshaftung als Spezialfall normativer Überforderung des Rechts

Als Beispiel dafür, „daß das Recht durch die rechtsförmige Vergegenwärtigung von Zukunft überfordert wird, führt *Luhmann* die (zivilrechtliche) Gefährdungshaftung an, ein Prinzip, das „ein Handeln erlaubt ..., aber im Falle eines Schadens *trotzdem* zum Schadenersatz verpflichtet.“⁵⁵

3. Schon Gegenwart – oder erst Zukunft des Rechts in der Risikogesellschaft: *Luhmanns* Skizze eines Risikorechts

Wesentlich optimistischer klingt *Luhmann* – ohne daß wirklich klargeworden wäre, welche Folgen die drohende Aufweichung des klargeschnittenen Recht/Unrecht-Codes hat oder nicht hat⁵⁷ – in einem zweiten, die Rolle des Rechts tangierenden, Abschnitt seiner „Soziologie des Risikos“: Das politische System sei nicht in der Lage, die ihm aufgedrängte Risikolast zu tragen⁵⁸ und salviere sich dadurch, daß es die Weiterbehandlung von Risiken dem Rechtssystem zumute⁵⁹. Dieses könne sich, was z. B. die Rechtfertigung von Restrisiko-Regelungen angeht, auf die Entscheidung demokratisch legitimierter Staatsorgane berufen, und damit steht – für *Luhmann* – erst einmal fest: „Die Systemdifferenzierung löst das Problem.“⁶⁰

Brisant ist dagegen – nach *Luhmanns* Auffassung⁶¹ – eine andere Form der „politischen Benutzung“ des Rechtssystems, wenn nämlich Rechtsnormen nur noch so aussehen, *als ob* sie zur Anwendung bestimmt seien, „faktisch, und wohl zunehmend auch der Intention

⁵⁷ Nach früheren, in der „Soziologie des Risikos“ aber in dieser Wertung nicht eingeführten, Stellungnahmen wäre in seiner Sicht als Folge wohl eine zunehmende Entdifferenzierung der Teilsysteme bis hin zum Ende des Teilsystems Recht zu erwarten. Vgl. etwa *Luhmann*, „Ökologische Kommunikation“, 1990, S. 149, wo er prognostiziert, die „ökologische Kommunikation (werde) klassische Strukturen des Rechtssystems deformier(en)“.

⁵⁸ A. a. O., S. 176.

⁵⁹ A. a. O., S. 180.

⁶⁰ A. a. O., S. 178.

⁶¹ Weniger systemtheoretisch Orientierte dürften auch die angedeutete „Lösung“ der Restrisikoproblematik durch Systemdifferenzierung, die sich für die inhaltliche Problematik des Restrisikos so gut wie nicht interessiert, brisant finden.

nach ... jedoch der Erzeugung von Verhandlungsmacht derjenigen Stellen (dienen), die befugt sind, das Recht durchzusetzen“.⁶² Diese Nutzung bringe Irritationen im Rechtssystem mit sich, die – so *Luhmanns* Prognose –, „ungeachtet aller autopoietischen Autonomie“⁶³ wohl dazu führen würden, daß das Rechtssystem unter einen Deformationsdruck gerate: Weil Risikolagen nicht genuin normative Problemlagen seien, könne auf spezifisch juristische Entscheidungsschwierigkeiten keine Rücksicht mehr genommen werden. Gemeint sind: Probleme der Kausalität, des Verschuldens und der Beweislast⁶⁴.

4. Wirklichkeit in Japan und den USA – hier (noch) Utopie: Das Rechtssystem als der schwerfälligen Bürokratie überlegene Instanz von Risikopolitik

Bevor jedoch der Eindruck entstehen könnte, die Systeme lösten das Problem doch nicht (angemessen), behauptet *Luhmann* unter Verweis auf Beispiele aus Japan und den USA⁶⁵, das Rechtssystem könne sich, durch Inanspruchnahme der Gerichte unmittelbar mit Risikoproblemen konfrontiert⁶⁶, auch als eigene – und der schwerfälligen Bürokratie des staatlichen Gesetzgebungsapparates überlegene – Instanz der Risikopolitik etablieren. „New Legal Structure of Risk Control“⁶⁷ sei das Schlagwort dafür, daß im Rechtssystem „sehr viel drastischere, politisch nicht zu verantwortende ... Umstellungen auf neue Formen der Zukunftswahrnehmung ausgelöst (würden)“⁶⁸ als in der Politik. Ergebnis sei:

„Das auf Individuen bezogene Verschuldensprinzip tritt zurück, die Anforderungen an den Nachweis von Verantwortung für Schäden werden drastisch herabgesetzt und die Verantwortung wird dorthin gelegt, wo Alternativen kalkuliert (und bezahlt!) werden können. Die Sanktionierung von riskantem Verhalten läuft mehr über Haftungsrecht als über

⁶² A. a. O., S. 178.

⁶³ A. a. O., S. 179.

⁶⁴ A. a. O., S. 180 f.

⁶⁵ A. a. O., S. 181 f.

⁶⁶ A. a. O., S. 181.

⁶⁷ *Priest*, *Daedalus* 119/4 (1990), S. 207 ff.

⁶⁸ *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991, S. 182.

*Strafrecht, greift also nur, wenn tatsächlich ein Schaden eingetreten ist, löst aber gerade damit ein auf Risiken achtendes, vorsorgliches In-Rechnung-Stellen dieser Möglichkeit und ihrer unkontrollierbaren Ausmaße aus.*⁶⁹

5. Zusammenfassung und Stellungnahme zu Luhmanns Skizze vom Recht in der Risikogesellschaft

Je mehr Risikoorientierungen in das Recht eindringen, so kann man *Luhmanns* Position wohl zusammenfassen, desto deutlicher wird, daß die traditionelle Funktion von Normen, den Unterschied von Recht und Unrecht entscheidbar zu machen⁷⁰ und dadurch Erwartungen zu stabilisieren und Orientierung zu vermitteln, aufgegeben werden muß. Ein Recht, das Risikoprobleme lösen muß, ist normativ überfordert, gibt seine normativen Ansprüche auf⁷¹, läßt sich statt dessen zur Festigung von Verhandlungspositionen öffentlicher Instanzen benutzen⁷², bevor es dann – seine Zurechnungsprinzipien aufgebend und an die Stelle schwerfälliger Gesetzgebung tretend – drastische Formen der Zukunftsgestaltung, die politisch nicht verantwortbar wären, erfolgreich wahrnimmt⁷³.

Bei einer ersten Bewertung dieser zwischen Analyse und Prognose oszillierenden Betrachtungen fällt zunächst auf, daß *Luhmann* weder die rechts- noch die demokratietheoretischen Probleme einer solchen unkomplizierten und erfolgreichen Risikoinstanz anspricht, deren Legitimationsdefizite ebenso offensichtlich sind wie die Tatsache, daß solche Risikogerichte mit dem, was in unserer Rechtskultur mit Recht assoziiert wird, wenig zu tun haben. Überraschender ist, daß er dem angekündigten Verlust der erwartungsstabilisierenden Funktion von Rechtsnormen – immerhin eines Eckpfeilers seiner systemtheoretischen Rechtssoziologie⁷⁴ – kaum (wertende oder auch nur beschreibend-prognostizierende) Überlegungen widmet.

⁶⁹ A. a. O., S. 182.

⁷⁰ A. a. O., S. 61.

⁷¹ A. a. O., S. 70.

⁷² A. a. O., S. 178.

⁷³ A. a. O., S. 182.

⁷⁴ Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie 1, 1972, S. 27 ff.; ausführlicher in: *ders.*, Funktion des Rechts, 1981, S. 72 ff.; vgl. jetzt *ders.*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 62.

Insgesamt entsteht der Eindruck, daß *Luhmanns* Vorwurf an andere, „alten Wein in neue Schläuche zu füllen“⁷⁵ auch auf ihn ganz gut paßt: Wo manche – wie gewohnt, und jetzt risikobezogen – die Gesellschaft alarmieren, beruhigt *Luhmann* sie: Wie gewohnt⁷⁶, aber nunmehr risikobezogen.

C. Die rechtspolitische Perspektive: Kommentare zum Recht in der explizit so genannten Risikogesellschaft

Die durch *Becks* „Risikogesellschaft“ ausgelöste Diskussion über Risiken, Recht und Politik, führte zu einigen Beiträgen, die sich explizit der Frage zuwandten, welche Rolle das Recht in der Risikogesellschaft spielen kann.

I. Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft (Rainer Wolf)

1. Renaissance des Modells polizeilich garantierter Sicherheit oder Ende der Epoche der Staatlichkeit?

Gegen eine „Reaktivierung des Rechts“, wie sie *Beck* 1986 vorgeschlagen habe⁷⁷, spricht sich *Rainer Wolf* aus. Bewußt eine Anleihe bei *Günther Anders*' „Antiquiertheit des Menschen“⁷⁸ im Nuklearzeitalter nehmend, behauptet er die „Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft“⁷⁹. Dem Recht seien „Altersschwächen“⁸⁰ zu attestieren, und die konservative staatsrechtliche These vom Zuen-

⁷⁵ *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 13 – explizit bezogen auf *U. Beck*.

⁷⁶ Vgl. zu seiner diesbezüglichen „Funktion“ bei der Beruhigung an immunisierender Dogmatik festhaltender Juristen: *Lüderssen*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), AV I, 1975 S. 17.

⁷⁷ Vgl. *Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 379. *Wolf* dürfte wesentlich zur – unter (1.) beschriebenen Revision der *Beckschen* Position beigetragen haben, vgl. *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 28.

⁷⁸ *Günther Anders*, *Die Antiquiertheit des Menschen*, 1980.

⁷⁹ So der Titel seines Beitrags in: *Leviathan* 1987, S. 357 ff.

⁸⁰ *R. Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 357.

degehen der Epoche der Staatlichkeit im Zeitalter der Industriegesellschaft⁸¹ erweise sich als zutreffend.

Ihm ist dabei durchaus bewußt, daß dieses Verdikt dem Zeitgeist, der einen eher zunehmenden Bedarf an rechtlicher Regelung und Steuerung entdeckt, nicht entspricht.

Das Vertrauen, das sich in den Forderungen nach immer mehr schützender Gesetzgebung widerspiegeln, entspreche unserer Rechtskultur, in der mit dem Primat des Rechts betont werde, daß auch die „Schicksalsaufgaben des modernen Staates“ durch Recht und Gesetz geregelt würden⁸². Kein geringerer als das Bundesverfassungsgericht⁸³ habe schließlich die Legislative dazu aufgerufen, zur Abwehr technischer Risiken die objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates zu realisieren⁸⁴. In der Logik dieser „Renaissance des Modells der polizeilich garantierten Sicherheit und Ordnung“ von Seiten zum Beispiel der Umweltverbände⁸⁵ liege es, Regelungs- und Vollzugsdefizite zu beklagen, weitere Verrechtlichung und effektiveren Vollzug zu fordern und darauf zu hoffen, daß „als ultima ratio ... die Verschärfung des Umweltstrafrechts den altbewährten Zusammenhang von Norm und Sanktion restabilisieren“⁸⁶ helfe.

Dieses umweltrechtliche Programm wirke vertrauenerweckend, weil „dreifach sicher genährt“⁸⁷, indem es „bestmögliche Technik durch Verweis auf den ‚Stand der Technik‘, bestmögliche administrative Umsetzbarkeit durch Instrumente der Eingriffsverwaltung und schließlich bestmögliche(n) Rechtsschutz durch die größtmögliche richterliche Kontrolldichte“ verspreche⁸⁸.

Im krassen Widerspruch dazu stünden allerdings die Ergebnisse empirischer Verwaltungsforschung – für *Wolf* die ersten Indizien der von ihm behaupteten Antiquiertheit des Rechts. Denn „nicht die auf das Gewaltmonopol gestützte Exekution zwingenden

Rechts, sondern Bargaining-Strategien prägen die Vollzugswirklichkeit.“^{89/90} Das Umweltstrafrecht funktioniere nur als Mittel zur Sanktionierung von Bagatelverstößen privater Umweltsünder im Gewässerschutz und der Müllbeseitigung⁹¹.

2. Zur Diskrepanz zwischen (herrschender) Theorie und (nachweisbarer) Wirklichkeit – Die Herrschaft kraft Wissen (Max Weber)

Das „skurrile Mißverhältnis zwischen den polizeiförmig angelegten Eingriffsinstrumenten und den tatsächlich kooperativen Handlungsmustern“⁹¹ sei – so *Wolf* vor dem Hintergrund der These *Max Webers* von der Herrschaft kraft Wissen⁹² – Ergebnis der Revolution der Wissensentwicklung. Während nämlich im klassischen Polizeirecht die Beamten tatsächlich die Herrschaft kraft (dienstlichen Erfahrungs-) Wissen hatten, komme es jetzt zunehmend auf den „externen naturwissenschaftlichen Sachverstand ... z. B. des Instituts für Normung (DIN)“ an⁹³. Neben und außerhalb der politischen Ordnung und des positiven Rechts habe sich ein zweiter „Kosmos von Normen entfaltet, der im sozialen Leben Recht bei weitem übertrifft“.⁹⁴

Besonders aufschlußreich ist der von *Wolf* festgestellte Zusammenhang zwischen (vorhandener oder fehlender) Wahrnehmbarkeit von Gefahren und der Antiquiertheit des Rechts. In einer Welt technischer Surrogate, können auch die Gefahren nur noch über „Surrogate der menschlichen Wahrnehmung erkannt werden“.⁹⁵ „Alltagserfahrungen und Alltagswissen reichen längst nicht mehr aus, um alltägliche Risiken einschätzen zu können (und) alltagsweltliche Formen der Erklärung und Zuschreibung von Gefahren werden ebenfalls obsolet. Risikoanalysen gefährlicher Anlagen

⁸¹ A. a. O., S. 357 unter Verweis auf *Forsthoff* (Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 159 und S. 164) und *Carl Schmitt* (Der Begriff des Politischen, 1963, S. 10).

⁸² A. a. O., S. 358.

⁸³ Im ‚Kalkar-Beschluß‘, BVerfGE 49, 89 ff.

⁸⁴ *R. Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 359.

⁸⁵ A. a. O., S. 361.

⁸⁶ A. a. O., S. 361.

⁸⁷ A. a. O., S. 363 f.

⁸⁸ A. a. O., S. 364.

⁸⁹ A. a. O., S. 364.

⁹⁰ Das gilt auch für Umweltstrafverfahren; vgl. *Meinberg*, ZStW 100 (1988), S. 112 ff. [122 ff.]

⁹¹ A. a. O.

⁹² *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*⁵, 1976, S. 129.

⁹³ *R. Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 366.

⁹⁴ A. a. O., S. 367.

⁹⁵ A. a. O., S. 369.

haben sich durch Untersuchungen über die statistische Wahrscheinlichkeit ihres Versagens auszuweisen. (Fazit:) Technisches Versagen verdrängt persönliche Schuld.“⁹⁶

3. Der bedrohte Primat des Rechts

Nach Wolfs Ansicht bedeutet das nicht nur, daß „naturwissenschaftlich-technisches Fachwissen ... zu einer Erfolgsvoraussetzung für staatliche Steuerungs- und Interventionsversuche“⁹⁷ werde, sondern, daß *normative* Abwägungsspielräume durch *quantitative* Entscheidungsrichtlinien ausgefüllt würden. Damit sei die Entscheidungskompetenz staatlicher Institutionen grundsätzlich in Frage gestellt.⁹⁸ Bedroht sei aber auch die „Rechtswissenschaft als das seit mehr als 300 Jahren dominierende Paradigma der Norminterpretation“⁹⁹ und die Stellung der Gerichte als „letzverbindliche Instanz rechtlicher Konfliktaustragung, weil die prozessualen Rollen von Richtern und Sachverständigen kaum mehr in der verfahrensrechtlich vorgesehenen Weise erfüllt werden können.“ Insgesamt sei der „Primat des Rechts“ in Gefahr, und zwar durch Gremien, denen von Verfassung wegen keine maßgebliche politische Kompetenz zukomme.¹⁰⁰

4. Wolfs Skizze eines der Risikogesellschaft angemessenen Risikorechts

In einem abschließenden Abschnitt¹⁰¹ skizziert Wolf die Umriss eines der Risikogesellschaft angemessenen Risikorechts. Entgegen in der Umweltpolitik stark vertretenen – z.B. durch Hans Jonas’ „Prinzip Verantwortung“¹⁰² repräsentierten – Strömungen, die letztlich auf eine „Reethisierung“ hinauslaufen, schlägt Wolf eine radikale

⁹⁶ A. a. O., S. 370.

⁹⁷ A. a. O.

⁹⁸ A. a. O., S. 371.

⁹⁹ A. a. O., S. 372.

¹⁰⁰ A. a. O.

¹⁰¹ A. a. O., S. 384 ff.

¹⁰² Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979.

Abkehr von diesem Prinzip vor: „Der juristische Begriff der Verantwortung ist ... eine altväterliche Kategorie personaler Zurechnung geworden, die gerade für die Probleme der Risikogesellschaft unhandlich wird.“¹⁰³ Und weiter: „Die Garantie von Sicherheit, mit der der Begriff der Polizei im Obrigkeitsstaat unmittelbar verbunden war, (muß) entscheidend zurückgenommen werden.“¹⁰⁴ Realitätsnahe Konzepte eines Risikorechts müßten akzeptieren, daß es keine Sicherheit geben könne, die moderne Technik ohne schädliche Folgen einzusetzen.¹⁰⁵ Zudem müsse Risikorecht „ein Recht auf Zeit“¹⁰⁶ sein. Umweltpolitik müsse zwar langfristig angelegt sein, gerade eine vorsichtige und behutsame Umweltpolitik verlange aber eine „kurze Frequenz in der Zeitstruktur von Entscheidungen“, die auf „Reversibilität programmiert“ sein müßte. Solle das Risikorecht nicht unter den zyklischen Eruptionen der Entdeckung immer neuer Schadstoffe und Risikolagen zusammenbrechen, müsse es gerade diese Prozesse organisieren und kanalisieren. Das könne es nur, wenn es über Mechanismen zum ständigen Nachbessern verfüge¹⁰⁷. Schließlich müsse sich das Risikorecht (wie auch die Risikopolitik) vom Begriff der Gefahrenabwehr weg und hin zum Prinzip der Vorsorge entwickeln. Das bedeute, daß „auch die überkommenen Muster der Zuschreibung von persönlicher Verantwortung obsolet (werden). Die Risikogesellschaft entwertet nicht nur die Kategorie der Schuld, sondern auch die der Kausalität.“¹⁰⁸ Gefordert seien eine „Ablösung der Haftungsregeln der personalen Zurechnung durch verschuldensunabhängige Risikobalanceinstitute.“¹⁰⁹ „Risikorecht (sei, zusammengefaßt,) weitgehend entpersonalisiertes Recht. Seine Objekte (seien) gesellschaftliche Organisationen von Risikoproduzenten, Risikogruppen von Betroffenen, Klassen gefährdeter Arten und Ökosysteme.“¹¹⁰

¹⁰³ R. Wolf, Leviathan 1987, S. 384.

¹⁰⁴ A. a. O., S. 385.

¹⁰⁵ A. a. O., S. 386.

¹⁰⁶ A. a. O., S. 387.

¹⁰⁷ A. a. O.

¹⁰⁸ A. a. O., S. 388.

¹⁰⁹ A. a. O.

¹¹⁰ A. a. O., S. 390.

5. Stellungnahme zu Wolfs Analyse der gegenwärtigen und künftigen Rolle des Rechts in der Risikogesellschaft

Das Strafrecht streift Wolf nur am Rande: Durch seinen Einsatz könne der Zusammenhang von Norm und Sanktion restabliert werden. Diese zu kurze Befassung mit dem Strafrecht der Risikogesellschaft dürfte sich aus der Perspektive und den Interessen des Autors¹¹¹ erklären; zu bezweifeln ist, daß sie sachlich gerechtfertigt ist. Denn seine eigene Analyse des zum Scheitern verurteilten Umweltverwaltungsrechts erklärt, warum durch Einsatz des Strafrechts (wenigstens) „symbolisch entgiftet“ (Beck) wird.

Unabhängig davon verdient die behauptete Antiquiertheit der – das Umweltrecht wie das Strafrecht gleichermaßen beherrschenden – Prinzipien der Kausalität und personalen Zurechnung Beachtung. Vieles von dem, was er nicht auf Strafrecht münzt, ist sehr wohl darauf anwendbar. Eine Rechtswissenschaft, die sich nicht auf ein esoterisches Verständnis des Rechts zurückzieht, muß zu diesen – Becks Thesen substantiierenden – Vorwürfen der Antiquiertheit ihrer Zurechnungslehre Stellung beziehen.

II. Vorüberlegungen zur rechtspolitischen Bewältigung der Risikogesellschaft (Michael Bock)

1. Die Einordnung der von Beck benannten Probleme in schon bestehende Diskussionen

Im Vergleich zu der kritischen Diagnose des antiquierten Rechts und dem darauf aufbauenden weitreichenden Therapieversuch eines Risikorechts durch Wolf stellt Michael Bock – sehr viel vorsichtiger – bewußt so genannte „Vorüberlegungen“ zum Thema auf¹¹².

Dabei ordnet er zunächst die von Becks Studie ausgehenden gedanklichen Anstöße in schon bestehende Diskussionen ein: Staatsrechtslehre, Politikwissenschaft und Soziologie etwa befaßten sich auch schon vor Beck mit der Frage, ob nicht zu viele zu wichtige

¹¹¹ Vgl. vor allem R. Wolf: Technische Risiken, 1986.

¹¹² Michael Bock, in: ZfRSoz 10 (1989), S. 255 ff.

Entscheidungen jenseits der demokratisch vorgesehenen Gremien getroffen würden¹¹³; auch „organisierte Unverantwortlichkeit“ sei der Sache nach ebensowenig etwas Neues¹¹⁴ wie die Einsicht, daß Grenzwerte und Sicherheitsstandards nicht Sacheinsichten, sondern rechtlich fixierte Wertentscheidungen seien¹¹⁵.

Die Besonderheit von Becks Diagnose und Vision einer Risikogesellschaft, die Bock weitgehend teilt¹¹⁶, bestehe in dem Ausmaß der Gefahr. Wo es um Sein oder Nichtsein gehe, würden bekannte und beklagte strukturelle Probleme zum Skandal. Rechtspolitik, die immer schon (auch) Entscheidung zwischen mehreren Übeln gewesen sei, sehe sich plötzlich mit der erschreckenden Alternative zwischen „Weltuntergang“ und „Fellachisierung des Abendlandes“ konfrontiert¹¹⁷. In dieser Situation sei es zwar verständlich, wenn man unmittelbar von der rechtssoziologischen Diagnose zur rechtspolitischen Tat schreiten wolle¹¹⁸, da aber Rechtspolitik mehr als das von Beck Angesprochene umfasse und vor allem auch Teil der Politik bleibe, seien nüchterne Vorüberlegungen am Platz.

2. Der Widerstand des Gesetzes im ‚Verfassungsstaat‘ gegen das ‚Notstands-Risikorecht‘

Diese Vorüberlegungen betreffen zwei Aspekte des Gesetzes im Verfassungsstaat. Beide widerstreben dem beherzten Gebrauch der Rechtspolitik zur Rettung der Risikogesellschaft.

a) Die Notwendigkeit berechenbarer Gesetze

Ganz abgesehen von den eher empirisch argumentierenden Einwänden der Rechtssoziologie gegen die Steuerungsfähigkeit des

¹¹³ A. a. O., S. 255 f.

¹¹⁴ A. a. O., S. 256, unter Hinweis auf Rentenversicherung und Tarifautonomie, Bereiche, in denen man sich zum gemeinsamen Vorteil einigt, ohne zukünftige Belastungen zu verantworten.

¹¹⁵ A. a. O., S. 256 f.

¹¹⁶ A. a. O., S. 255.

¹¹⁷ A. a. O., S. 258.

¹¹⁸ A. a. O., S. 255.

Rechts¹¹⁹, sei der geplanten rechtspolitischen Initiative auch *normativ* entgegenzutreten: Im demokratischen Verfassungsstaat seien die Gesetze, ihre Entstehung, Anwendung und Überprüfung der Nerv der Freiheit, weil nur durch sie in Freiheitsrechte des Bürgers eingegriffen werden dürfe¹²⁰. Nicht berechenbare Regelungen seien daher mit der Funktion des Gesetzes im demokratischen Verfassungsstaat nicht vereinbar¹²¹.

b) Die Notwendigkeit der Akzeptanz von Gesetzen

Der zweite von *Bock* hervorgehobene Gesichtspunkt betrifft den spezifischen Geltungsgrund von Gesetzen im demokratischen Verfassungsstaat. Weil Recht in ihm eben nicht pures Zwangsmittel sei, sondern seine Geltung zumindest auch auf der freien Zustimmung der Bürger beruhe¹²², müsse der – z. B. ökologisch motivierte – Gesetzgeber im Auge behalten, daß die Bürger Gesetze gerecht finden und akzeptieren können müssen. Radikale Gesetze mit einschneidenden Folgen seien aber nur für den akzeptabel, der über das neue ökologische Bewußtsein verfüge und die entsprechende Ethik vertrete, in der letztlich „die Wucht der existentiellen Entscheidungssituation ein Abwägen von Mitteln, Kosten und Nebenkosten“ verbiete¹²³. Eine solche „konsequente Rationalisierung von Weltbild und Ethik auf ein einziges, letztes Ziel des Seins“ sei zwar bei einigen wenigen Intellektuellen auffindbar, aber die Rechtspolitik im demokratischen Staat müsse berücksichtigen, daß die „Normalethik“, in der auch ökologische Fragen mit hohem Stellenwert nicht Selbstzweck seien, sondern einem von vielen möglichen Zwecken dienen, eher dem „Maß des Menschen“ entspreche¹²⁴.

¹¹⁹ Dazu: *Görlitz/Voigt* (Hrsg.), *Grenzen des Rechts*, 1987.

¹²⁰ *M. Bock*, *ZfRSoz* 10 (1989), S. 259.

¹²¹ A. a. O., S. 260.

¹²² A. a. O.

¹²³ A. a. O., S. 262.

¹²⁴ A. a. O., S. 263.

D. Staats- und verfassungsrechtliche Paralleldiskussionen: Sicherheit als Grund- und Menschenrecht im „Präventionsstaat“

I. Anknüpfungspunkte

„Die Problematik, auf die hier aufmerksam gemacht werden soll“, schreibt *Erhard Denninger* in seiner Studie zu dem von ihm so genannten „Präventions-Staat“¹²⁵, „kommt in der Verbindung zweier Begriffe zum Ausdruck, die jeweils den Titel eines Buches bilden, das jeweils die eine Seite der unteilbaren Gesamthematik beleuchtet: Die ‚Risikogesellschaft‘ von *Ulrich Beck*, 1986, und ‚Der Sicherheitsstaat‘, 1980, von *Joachim Hirsch*.“¹²⁶

Wie läßt sich diese „Problematik“ umschreiben, was verbindet die Risikogesellschaft mit dem Sicherheitsstaat? Es gehe um eine Umverteilung und „Ausweitung staatlicher Aufgaben“, einen Übergang von der „traditionellen Gefahrenabwehr zur modernen staatlichen Präventionspolitik“¹²⁷, eine „Umverteilung von Freiheit auf Sicherheit“¹²⁸, das Entstehen einer Staatsidee ganz neuer Qualität und Güte, die man vorläufig – so jüngst *Hans Albrecht Hesse*¹²⁹ – mit dem Begriff „Schutz-Staat“ am besten umreißen könne. All das sei Ergebnis und staatliche Antwort auf Sicherheitsprobleme vor dem Hintergrund eines – zunächst von vorwiegend konservativer Seite eingeforderten – „Grundrechts auf Sicherheit“¹³⁰.

¹²⁵ *Denninger*, *KJ* 1988, S. 1 ff.

¹²⁶ A. a. O., S. 10.

¹²⁷ A. a. O., S. 1.

¹²⁸ *Krauß*, *StV* 1989, S. 315 ff. (317).

¹²⁹ *Hesse*, *JZ* 1991, S. 744.

¹³⁰ Vgl. vor allem: *Isensee*, *Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

II. Die unheilige Allianz: Zur gemeinsamen Beschwörung eines Rechts auf Sicherheit der ‚konservativen‘ staatsrechtlichen Position einerseits, der ‚fortschrittlichen‘, radikal-ökologischen Position andererseits

Auffallend ist die Konkordanz dieser konservativ getönten Forderung mit der sich dem fortschrittlichen Lager zurechnenden – deutlich wertkonservativen – ökologischen Position, die in Rainer Wolfs Bezugnahme auf die konservative Staatskritik Carl Schmitts und Ernst Forsthoffs offen eingestanden wird¹³¹.

Dieser Allianz gegenüber scheint mir Vorsicht geboten. Ob die Herausforderungen des Staates durch die Risikogesellschaft den Herausforderungen des Staates durch die Industriegesellschaft strukturell so gleichen, daß man tatsächlich Kontinuität reklamieren kann, ist höchst fraglich. Denn die Sicherheit, die von der Risikogesellschaft im Sinn von Becks Gefahrgesellschaft bedroht wird, hat eine grundsätzliche Diskussion des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit erforderlich gemacht.

III. Sicherheit als Menschenrecht (Gerhard Robbers)

Belege für eine Differenzierung fordernde Differenz zwischen altem und neuem Sicherheitsdiskurs liefert die verfassungsgeschichtliche Studie Gerhard Robbers' zur „Sicherheit als Menschenrecht“¹³²:

Folgt man dieser Untersuchung, dann kann man zwar durchaus von einem Grund- oder sogar Menschenrecht auf Sicherheit sprechen^{132a}, der materiale Gehalt dieses mit der Aufklärung stark werdenden Rechts aber hat mit den *aktuellen* Sicherheitsproblemen der Risikogesellschaft wenig zu tun. In der Tradition der Aufklärung bestehe das Recht auf Sicherheit vielmehr aus zwei Aspekten, wobei die Akzente in den von Robbers vertieft untersuchten französischen und deutschen Diskussionen interessanterweise ganz

¹³¹ R. Wolf, Leviathan 1987, S. 357.

¹³² Robbers, Sicherheit, 1987.

^{132a} Gegen ein Grundrecht auf Sicherheit jetzt Wolter, SK-StPO, Rn. 36 vor § 151.

unterschiedlich gesetzt sind: In der französischen Doktrin liege der Akzent eindeutig auf dem Schutz vor dem Staat und, bezeichnenderweise, gerade vor dem Strafrecht. Sicherheit sei „bezogen auf die Stellung des Einzelnen im Straf- und Strafverfahrensrecht: Sie sei ‚die Garantie gegen willkürliche Verhaftung, Gefangenschaft und Strafe“¹³³. Im deutschen Sprachraum, in dem „die Entwicklung und Überlieferung des Rechts auf Sicherheit ... besonders von Christian Wolff getragen wurde“¹³⁴, stehe dagegen nicht der Schutz vor dem Staat, sondern der Schutz durch den Staat (das ius defensionis und das ius puniendi) im Vordergrund:

„Das Recht, den Schutz des Staates zu fordern, fließt für Svarez unmittelbar aus dem Grundvertrag, auf dem die bürgerliche Gesellschaft beruht. Die Einzelnen haben sich darin der Ausübung ihrer Zwangsrechte begeben und (sie) dem Souverän übertragen. ... Es entsprechen diesen Rechten der Bürger Pflichten des Staates, wie insbesondere richterliche Hilfe zu gewähren, durch das Strafrecht ‚die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft gegen Beeinträchtigungen in ihrem Eigentum und Rechten zu schützen‘ ...“¹³⁵

IV. Die Verwechslung von innerer und äußerer Sicherheit, das Verkennen von Sicherheitsbedrohungen – und die Kritik daran

Der Protest gegen einen Scheinkonsens über die Bedeutung und Bedrohung von Sicherheit wird noch plausibler, wenn man den konservativen Sicherheitsdiskurs etwas näher betrachtet. Das „Grundrecht auf Sicherheit“ wird nicht angesichts der Umweltgefahren eingeklagt, sondern taucht als Topos z. B. im Kampf gegen Terroristen und andere Verbrecher auf. Die „Sicherheitsgesetze“ betreffen nicht die Sicherheit vor den Gefahren der Kernenergie, Chemie und anderer Hochrisikosysteme, sondern den Schutz vor sich vermummenden Demonstranten. Der von Joachim Hirsch skizzierte und kriti-

¹³³ A. a. O., S. 18, unter Hinweis auf: Burdeau, Les libertés publiques, 1972, S. 129.

¹³⁴ A. a. O., S. 83.

¹³⁵ A. a. O., S. 92, unter Verweis (in Fn. 74) auf Svarez, Vorträge über Recht und Staat. Dieser Aspekt des Rechts auf Sicherheit spielt allerdings auch in der französischen Diskussion eine Rolle, wie ein Zitat Montesquiens zeigt, der von der „Gewährleistung bürgerlicher Sicherheit (spricht, die) sowohl in Richtung auf den Schutz vor staatlicher Unterdrückung wie vor Angriffen anderer Bürger gedacht“ sei. (Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, XII, 4 S. 260).

sierte Sicherheitsstaat ist eben nicht der von *Denninger* beschriebene Präventionsstaat.

Das heißt nicht, daß diese beiden Schutz-Staaten nichts miteinander zu tun haben. Darauf weist *Detlef Krauß*' Kritik an der derzeitigen Rechtspolitik hin, die Gesetze zur inneren Sicherheit mache, ohne sich „auf die Ursachen der inneren Unsicherheit einzulassen.“

„Was schließlich zum Risiko für die innere Sicherheit wird, hat seine Ursache zu einem großen Teil in dem, was wir getrost die unbewältigte ‚äußere Sicherheit‘ nennen können. Es gibt sie ja tatsächlich, die unmittelbar drohenden Gefahren für den Bestand von Staat und Gesellschaft. Sie reichen von dem Katastrophenarsenal technischer Großbetriebe bis hin zu den sozialen Gefahren einer neuen Armut“¹³⁶

V. Die von der Kritik am Sicherheitsstaat zu unterscheidende Kritik am Präventionsstaat

Jenseits der Versuche des Sicherheitsstaates, durch Aktivitäten in einem Bereich, durch den (objektiv¹³⁷) die Sicherheit letztlich nicht bedroht ist, (subjektive) Sicherheit zu vermitteln, hat sich aber ohne Zweifel ein Präventionsstaat herausgebildet, der versucht, Antworten auf die Probleme der Risikogesellschaft zu finden. Die Kritik am falsche Lösungen anbietenden Präventionsstaat ist jedoch von der am die Probleme verkennenden Sicherheitsstaat zu unterscheiden. Dabei lassen sich zwei Linien erkennen, die auch für die Einschätzung und Bewertung des *Strafrechts* der Risikogesellschaft von Bedeutung sein dürften.

Mit der Frage, ob die traditionelle Aufgabe und Funktion der Institution ‚Recht‘, Sicherheit zu vermitteln, in der Risikogesellschaft und ihren Bedrohungslagen noch zu leisten ist, ist die erste der beiden angekündigten Diskussionslinien zusammenfaßt. Diskutiert werden die „Rationalitätsgrenzen (des) Konzepts: Sicherheit durch Recht“¹³⁸, und auf der Grundlage durchaus unterschied-

¹³⁶ *Krauß*, StV 1989, 325.

¹³⁷ Allerdings ist die Hypothese in Betracht zu ziehen, daß nicht nur der Sicherheitsstaat die Sicherheitsbedrohungen verkennt, sondern auch der verunsicherte Bürger, so daß ‚Sicherheitsgesetze‘ durchaus populär sein können.

¹³⁸ Ausführlich: *Ulrich K. Preuß*, KritV 1989, S. 3 ff.

licher Konzepte und Vorverständnisse werden sehr verschiedene Antworten darauf gegeben: Neben der apodiktischen Behauptung, das Recht sei zu solchen Steuerungsleistungen strukturell unfähig¹³⁹, stehen Vorschläge zu und Forderungen nach einem Recht, das auf die Probleme der Risikogesellschaft zugeschnitten ist¹⁴⁰, und natürlich Integrationsversuche, die ein „durch ökologische Rücksichten infiziertes Recht“¹⁴¹ für möglich halten oder gar die Dynamik der technischen Entwicklung in die konstitutionelle Struktur des Grundgesetzes integrieren wollen¹⁴². Von besonderem Interesse sind dabei – wegen des Einflusses systemtheoretischen Denkens auch auf die Strafrechtswissenschaft¹⁴³ – neuere Überlegungen *Gunther Teubners*, in denen sich ein Abrücken von der strikten These der Steuerungsunfähigkeit von Recht andeutet.

1. Die Rationalitätsgrenzen des Konzepts: Sicherheit durch regulatorisches Recht? (*Gunther Teubner*)

Die Steuerungsprobleme des Rechts sind unübersehbar. Das erklärt die Attraktivität einer Theorie, die diese Probleme nicht als Betriebsunfall behandelt, sondern als notwendige Folge einer generellen Steuerungsunfähigkeit des Rechts. Das aber ist das Hauptergebnis des systemtheoretisch inspirierten Nachdenkens über Recht als eines selbständigen Teilsystems, das andere Teilsysteme nur beobachten, nicht aber beeinflussen kann. In den Worten *Teubners*: „Die doppelte Autopoiese – die des Rechts und die der gesell-

¹³⁹ *Luhmann*, Ökologische Kommunikation³, 1990, S. 124-149; vgl. die weiteren Nachweise bei *Preuß*, KritV 1989, S. 25, Fn. 100.

¹⁴⁰ Vgl. zu den Vorschlägen *Rainer Wolfs*, S. 130 ff.; weitere Nachweise bei *Preuß*, KritV 1989, S. 25, Fn. 101, 102.

¹⁴¹ So *Winter*, DVBl 1988, S. 664.

¹⁴² Vgl. die Nachweise bei *Preuß*, KritV 1989, S. 25 Fn. 104.

¹⁴³ Dieser Einfluß ist nicht auf systemtheoretische Ansätze innerhalb der Strafrechtswissenschaft beschränkt (vgl. dafür etwa *Jakobs*, AT², 1991, 1/4), sondern ergibt sich auch aus der (heimlichen) Allianz der Systemtheoretiker mit Ansichten, die aus ganz anderen Gründen gegen Steuerung durch Strafrecht sind. Manchmal bleibt auch unklar, ob systemtheoretische Aussagen übernommen werden und welchen Stellenwert sie in der Argumentation haben. So bei *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 61 ff.

schaftlichen Teilsysteme – (bedingt die) Unmöglichkeit der direkten Rechtsintervention.“¹⁴⁴

Auf die Diskussion über Autopoiesis im allgemeinen und über das Recht als autopoietisches System im besonderen kann hier nicht eingegangen werden¹⁴⁵. Zu konstatieren ist aber, daß in die Debatte Bewegung gekommen ist, die dafür sorgen dürfte, daß die autopoietischen Stellungnahmen auch für diejenigen, die das erneute Aufrollen aller Diskussionen von den Einzellern her¹⁴⁷ nicht mitmachen wollen, wieder anschlussfähiger werden.

Denn ohne die oben zitierte Ausgangsthese von der Unmöglichkeit der direkten Rechtsintervention aufzugeben¹⁴⁸, finden sich Ansätze zu einer Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaftsteuerung¹⁴⁹ in *Teubners* Schrift über das „Recht als autopoietisches System“¹⁵⁰.

a) Schleichwege: Fremdregulierung durch Selbstregulierung

Die Hürden, die die ‚Autopoieten‘ dem Gesetzgeber in Form der behaupteten Autonomie der gesellschaftlichen Teilsysteme in den Weg gelegt hätten, heißt es bei *Teubner*, seien zwar nicht im Sprung zu nehmen, es gebe aber doch „Umgehungen, Schleichwege (und) Ausweichstrategien“, wenn man sich der Denkmittel des

¹⁴⁴ G. *Teubner*, *Autopoietisches System*, 1989, S. 117.

^{145/146} Vgl. kritisch: *Naucke*, *ZStW* 102 (1990), S. 85 ff.; *Lüderssen*, *Rechtshistorisches Journal* 5, 1986, S. 343 ff. Das „Hantieren mit Selbstreferentialität (gleiche) den aporetischen Denkspielen, mit denen die Geistesgeschichte immer zu tun gehabt und die sie mit Recht als fruchtlos beiseitegeschoben (habe).“ (S. 349). Damit mache es sich *Lüderssen* (zu) leicht, lautet *Teubners* Gegenkritik (*Autopoietisches System*, S. 11 f.), das „Insistieren auf „Real-Paradoxa“ (mache) die Beschäftigung mit Theorien der Selbstreferenz und Autopoiese so aussichtsreich.“ (S. 17).

¹⁴⁷ Vgl. die Arbeit von *Kargl*, *Handlung und Ordnung*, 1991, S. 17-73.

¹⁴⁸ *Teubner*, *Autopoietisches System*, 1989, S. 96 und S. 117.

¹⁴⁹ *Teubner* betont, das Problem der Unmöglichkeit von Fremdregulierung autonomer – also ex definitione selbstregulierender – Systeme wäre weniger gravierend, wenn das Recht nur die Funktion hätte, gesellschaftliche Konflikte zu entscheiden (a. a. O., S. 88). Schwierig werde es erst, „wenn dem Recht eine über den Einzelfall hinausgehende systematische Beeinflussung der Umwelt, also wirksame Regelung und Steuerung, abverlangt wird.“ (a. a. O., S. 89).

¹⁵⁰ Vgl. insbesondere das 5. Kapitel zu „Gesellschaftsteuerung durch reflexives Recht“, S. 81 ff.

reflexiven Rechts bediene. Stichworte seien die „wechselseitige Beobachtung“ der Teilsysteme (aa), die „Kommunikation über Organisation“ (bb) und der „Anschluß über Interferenz“ (cc)¹⁵¹.

aa) „Wechselseitige Beobachtung“ und indirekte Steuerung

Mit der behaupteten Möglichkeit „wechselseitiger Beobachtung“ erweitert *Teubner* die These des erkenntnistheoretischen Konstruktivismus¹⁵² – dessen Verfechter die Existenz der Umwelt nicht leugnen, nur die Möglichkeit des unmittelbaren Zugangs zu ihr verneinen, so daß ‚konstruieren‘ in diesem Sinn ‚beobachten‘ heißt und auch ein ‚Verstehen‘ nicht von vornherein ausschließt^{153/154} – dahingehend, daß nicht nur erkennende menschliche Subjekte, sondern auch Systeme konstruieren können. Schon dieses Bild vom wechselseitigen Beobachten und Verstehen macht deutlich, daß es sich bei der Entwicklung der verschiedenen Teilsysteme eben nicht – worauf *Teubner* nach wie vor insistiert – um „blinde“ Prozesse der Ko-Evolution von Recht und geregeltm Teilsystem¹⁵⁵ handelt. Wer beobachtet, ist gerade nicht blind! Durch das grundsätzliche Anerkennen der Möglichkeit von Beobachtung und Verstehen ist ein erster Schritt in Richtung Verbesserung der (indirekten) Steuerung durch Recht getan. „Ganz im Sinn der soziologischen Jurisprudenz und der ökonomischen Analyse des Rechts“¹⁵⁶ wird es sinnvoll, daß das Teilsystem Recht seine Kenntnisse von den Abläufen, Funktionen und Strukturen der anderen Teilsysteme, die beeinflußt werden sollen, verbessert¹⁵⁷.

¹⁵¹ A. a. O., S. 96.

¹⁵² Ausführliche Nachweise bei *Teubner*, a. a. O., S. 97.

¹⁵³ *Teubner*, a. a. O., S. 99.

¹⁵⁴ Im systemtheoretischen Vokabular können Systeme zwar nur systeminterne Konstrukte „beobachten“. Diese Sprachregelung kann aber nicht bindend sein, jedenfalls nicht, solange offen bleibt, was der Unterschied zwischen (systeminternen) „Beobachten“ und (systemexterner) „kognitiver Umweltoffenheit“, die zugestanden wird (*Teubner*, a. a. O., S. 104, m. w. N.) sein soll.

¹⁵⁵ *Teubner*, a. a. O., S. 100.

¹⁵⁶ A. a. O.

¹⁵⁷ Nach diesem Eingeständnis wenig überzeugend ist die axiomatische Behauptung *Teubners*, daß diese „Wissensstrategie“ die Grenzen des Rechtssystem nicht überschreiten könne, und der „Schleichweg“ des Beobachtens also doch wenig aus-

Für noch aussichtsreicher als die „Beeinflussung durch wechselseitige Beobachtung“ hält *Teubner* die durch Anknüpfen an die Interaktion selbst. Er knüpft dabei wieder an ein Modell an, das im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts populär ist: „Ein wirtschaftlich als nicht effizient empfundener Rechtszustand wird von den ökonomischen Akteuren aufgegriffen und in Form von Klagen vor die Justiz gebracht ..., bis sich ein Zustand eingependelt hat, der zu einem Pareto-Optimum der in den Entscheidungen formulierten Rechtsnormen geführt hat.“¹⁵⁸ *Teubner* hält dieses Modell zwar für zu voraussetzungsvoll, aber doch für hilfreich. Die Teilsysteme sind, um in seinem Bild zu bleiben, offensichtlich nicht nur nicht blind, sondern auch nicht taub: „Das Rechtssystem (wird) sozusagen durch die Unruhe draußen, durch den Lärm der Wirtschaftsakteure, gezwungen ..., seine interne Ordnung solange zu variieren, bis wieder relative Ruhe eingetreten ist.“¹⁵⁹ Dabei ist der für *Teubner* entscheidende Gesichtspunkt der, daß sich das Rechtssystem gezielt für solchen Außenlärm empfindlich machen kann. In diesen Zusammenhang gestellt seien die Erweiterung von Klagemöglichkeiten z.B. auf bestimmte kollektive Interessen als indirekte Regulierung, als „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“.¹⁶⁰

bb) „Kommunikation über Organisation“

Als zweiten Umweg, der das Paradoxon der „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“ vermeiden helfe, beschreibt *Teubner* die Einflußnahme durch Inter-System- oder Inter-Organisations-Kommunikation¹⁶¹: „Das Rechtssystem, ebenso wie (z.B.¹⁶²) das Wirt-

sichtreich ist (a. a. O., S. 100). Immanent gesprochen, vernachlässigt *Teubner* die von ihm selbst anerkannte Tatsache, daß die Grenzen des Rechts zwar nicht überschritten werden können, daß aber sehr wohl über die Grenzen gesehen werden kann.

¹⁵⁸ *Teubner*, a. a. O., S. 101 m. w. N.

¹⁵⁹ A. a. O., S. 101.

¹⁶⁰ A. a. O., S. 102. Nur am Rande sei hier nachgefragt, ob man angesichts weder blinder noch tauber, ja sogar interagierender Teilsysteme noch sinnvoll von Interaktion als „blinder“ Ko-Evolution der Teilsysteme (a. a. O., S. 100) sprechen kann.

¹⁶¹ A. a. O., S. 103 f. Vgl. dort aber seine eigenen Bedenken gegen die Möglichkeit solcher Kommunikation, v. a. der Inter-System-Kommunikation.

¹⁶² Anm. C.P.

schaftssystem bilden spezialisierte Grenzstellen aus, die miteinander kommunizieren können und auf diese Weise Recht und Wirtschaft einander kommunikativ zugänglich machen.“¹⁶³

cc) Der „Anschluß über Interferenz“

Der von *Teubner* eindeutig favorisierte Weg, das Recht als Steuerungsmittel zu retten, trägt die Wegbeschreibung „Interferenz“. Gemeint ist folgendes: Recht und Wirtschaft seien autonome Teilsysteme, die sich innerhalb eines umfassenderen – ebenfalls autopoietischen – Systems ausdifferenziert hätten. Bei Systemen, die solchermaßen verschachtelt seien, trete das Phänomen der Interferenz auf: „Jede Spezialkommunikation in einem beliebigen Teilsystem ... ist immer zugleich – buchstäblich *uno actu* – allgemeingesellschaftliche Kommunikation“¹⁶⁴. Interferenz bedeute keine Rücknahme der These operationaler Geschlossenheit, ein Informationstransport im Sinne von input/output-Beziehungen finde nicht statt, aber: „Information wird in jedem Sozialsystem neu generiert, jedoch im Fall der Interferenz mit der Besonderheit, daß die Information in dem betroffenen Teilsystem gleichzeitig und aufgrund des gleichen kommunikativen Ereignisses generiert wird.“¹⁶⁵ Das habe weitreichende Folgen: Recht und Gesellschaft blieben „miteinander verknüpfbar“¹⁶⁶, jede Rechtskommunikation sei zugleich auch „allgemeingesellschaftliche Kommunikation“, werde „anders verstanden, vielleicht mißverstanden“, und könne, vermittelt über die allgemeingesellschaftliche Kommunikation, auch an weiteren „Kommunikationskreisläufen“ teilnehmen¹⁶⁷.

¹⁶³ A. a. O., S. 103. Er steht diesem „Schleichweg“ skeptisch gegenüber, unter anderem, weil man das „Beobachtungsproblem“ nicht los sei, sondern es sogar vielfältige. Das erscheint insofern unstimmig, als *Teubner* die Beobachtungsfähigkeit nicht als *Problem*, sondern als *Lösung* eingeführt hatte. Schwer verständlich ist die Skepsis auch angesichts seiner abschließenden Feststellung, es bleibe die Frage, warum solche Verhandlungssysteme sich als relativ erfolgreiche Steuerungsmechanismen erwiesen hätten (a. a. O., S. 104).

¹⁶⁴ A. a. O., S. 107.

¹⁶⁵ A. a. O.

¹⁶⁶ A. a. O., S. 108.

¹⁶⁷ A. a. O., S. 109.

Der Sache nach ist mit dieser Erkenntnis, die Teilsysteme seien über kommunikative Ereignisse miteinander gekoppelt¹⁶⁸ – auch wenn *Teubner* vor dem theoretischen Ausgangspunkt den Gefßler-Hut zieht, indem er weiter darauf besteht, die Teilsysteme könnten an der „jeweilig anderen Autopoiese nicht teilnehmen“¹⁶⁹ – der Anschluß an die nicht systemtheoretisch orientierte und trotzdem steuerungskeptsche Position geschafft.

b) Probleme der „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“

Von umso größerem Interesse ist daher *Teubners* Warnung, für den „interventionistisch gesonnenen, aber konstruktivistisch desillusionierten Gesetzgeber“ bestehe kaum Anlaß zur Freude, weil die Steuerung durch Recht ihren Preis habe: Zur Erklärung dieser Kosten bezieht sich *Teubner* auf die allgemein geläufige und auch ohne Autopoiesis der Systeme erklärbare Differenz zwischen rechtlicher und sozialer Geltung von Rechtsnormen: „Im Rechtssystem gilt eine Norm entweder oder sie gilt nicht. ... Die soziale Geltung einer (Rechts-) Norm kann verschiedene Intensität besitzen.“¹⁷⁰ Die soziale Geltung müsse daher durch moralische Pressionen, Überzeugungen von der Wahrheit des Rechts und „natürlich vor allem mit Sanktionen, dem Einsatz von gewaltgestützter Macht“¹⁷¹ verstärkt werden. Noch erheblich stärker seien diese „Motivationsprobleme“ – für die mir der Begriff Geltungsprobleme angemessener erscheint – wenn es nicht um die Kolonialisierung der Lebenswelt gehe, sondern um Einflußnahmen auf andere funktionale Teilsysteme mit eigenen Gesetzen. Das Ergebnis sei bekannt: „Im direkten Konflikt mit dem Profitmotiv hat der Rechtsgehorsam ... wenig Chancen.“¹⁷²

Dieses Fazit – gleichzeitig eine weite Teile des Wirtschafts- und Umweltstrafrechts treffende Beschreibung – verlangt nach Reaktionen: Der flexible Umgang mit dem Gesetzbuch ist eine Möglichkeit, und, wie der Blick auf die Verfolgungswirklichkeit in die-

¹⁶⁸ A. a. O., S. 110.

¹⁶⁹ A. a. O.

¹⁷⁰ A. a. O., S. 112.

¹⁷¹ A. a. O.

¹⁷² A. a. O., S. 112 f.

sen Kriminalitätsbereichen zeigt, die derzeit praktizierte Antwort des Staates auf die Geltungsprobleme seiner Rechtsnormen. *Teubner* moniert – sicher zu Recht –, daß diese Vorgehensweise keine Struktureffekte aufweise, sondern nur am Einzelfall ansetze, und meint zudem, sie habe das Problem aller command-and-control Regulierungen, die Geltung mit Sanktionen, Überredung, Pressionen und Appellen zu erstreben.¹⁷³ Das trifft zwar ebenfalls zu, läßt aber einen gewichtigen Faktor außer acht. Gerade die flexible Handhabung des Gesetzes konterkariert offensichtlich die Bestrebungen, die Geltung der Normen durchzusetzen.

Gegenüber dieser – aus verschiedenen Gründen – abzulehnenden Vorgehensweise, schlägt *Teubner* vor, das Recht solle sich auf eine „Optionspolitik“ beschränken. Mit Blick auf die Rechtsinstitutionen des Vertrags¹⁷⁴ und der subjektiven Rechte¹⁷⁵ meint er, so die autonomen Systeme ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ strukturell verknüpfen zu können¹⁷⁶: Selbstbindung sei das Stichwort, der Staat stelle Optionen zur Verfügung, die man ausüben könne oder nicht, an deren Bedingungen man sich aber gegebenenfalls gebunden habe. „Eine Möglichkeit, den Begriff des reflexiven Rechts weiterzudenken,“ besteht also nach *Teubners* Ansicht darin, „rechtspolitisch verstärkt eine ‚Optionspolitik‘ einzusetzen, also das Recht darauf zurückzuschrauben, daß es auf einen umfassenden Regelungsanspruch verzichtet und nur noch Ordnungsleistungen entwirft, von denen die Beteiligten Gebrauch machen können oder nicht“¹⁷⁷.

c) Kosten der „Fremdregulierung durch Selbstregulierung“

Eine solche Wende in der Rechtspolitik hätte freilich Konsequenzen – unter Umständen dramatischer Art –, die *Teubner* nicht verkennet: Dadurch daß die Geltung von Rechtsnormen in das Belieben der Rechtsunterworfenen gestellt sei, werde die „autoritative

¹⁷³ A. a. O., S. 113.

¹⁷⁴ A. a. O., S. 113 f.

¹⁷⁵ A. a. O., S. 114 f.

¹⁷⁶ A. a. O., S. 114.

¹⁷⁷ A. a. O., S. 116.

Rechtsgeltung der Norm als solcher in Frage gestellt und die Funktion der Erwartungssicherheit des Rechts insoweit aufgehoben“. In dem Maße, in dem das Recht seiner Funktion der Verhaltenssteuerung gerecht werde, verliere es an „erwartungssichernder und konfliktregulierender Kraft“¹⁷⁸.

d) Zusammenfassung

Damit überwiegt bei *Teubner* letztlich die Skepsis: Die Steuerungsfähigkeit des Rechts könne man verbessern, indem man entweder die Gesetzesanwendung flexibilisiere, oder sich von vornherein auf das Anbieten von Optionen beschränke. Erkauft werde dieser – schwer zu prognostizierende – Gewinn mit Verlusten bezüglich der Funktionen des Rechts, Konflikte zu entscheiden und Erwartungssicherheit zu vermitteln, Verluste, über deren Ausmaß und Zeitpunkt zwar auch nur spekuliert werden könne, die aber traditionell zu den erklärten Aufgaben des Rechts gehörten.

Skepsis überwiegt auch beim Beobachter dieses Rettungsversuchs der Steuerungsfähigkeit des Rechts durch den Autopoieten *Teubner*: Genau die Attraktivität, die darin lag, die Steuerungsprobleme des Rechts mit seiner Steuerungsunfähigkeit zu erklären, ist in dem Augenblick verschwunden, in dem anerkannt wird, daß die Systeme sich nicht wie „wechselseitig indifferente Monaden“¹⁷⁹ gegenüberstehen, sondern sich beobachten, den „Lärm“ des jeweils anderen hören¹⁸⁰, und sogar interagieren. Daß die These „operationaler Geschlossenheit“ nicht zurückgenommen werde¹⁸¹, daß die Teilsysteme nicht an der jeweilig anderen Autopoiese teilnehmen¹⁸², das sind dann letztlich nur andere Redeweisen für die begrenzte regulative Kraft des Rechts, ein Zustand, über den weitgehend Konsens besteht.

¹⁷⁸ Alle Zitate: A. a. O., S. 116.

¹⁷⁹ R. Münch, ZfRSoz 6 (1985), S. 19 ff. [Z7].

¹⁸⁰ *Teubner*, a. a. O., S. 90 und S. 98.

¹⁸¹ A. a. O., S. 107.

¹⁸² A. a. O., S. 110.

2. Die normativen Grenzen

Bestehen also noch große Unsicherheiten bezüglich der *konstruktiven* Leistungsfähigkeit des Rechts, darüber, ob und wie der Präventionsstaat in der Risikogesellschaft für Sicherheit sorgen kann, so gibt es andererseits kaum Zweifel über das *destruktive* Potential des vom Präventionsstaat instrumentalisierten Rechts.

a) Der Verlust an Rechtsstaatlichkeit im Risikorecht des Präventionsstaates (Erhard Denninger)

Am deutlichsten hat *Denninger* die These ausgesprochen, im Präventionsstaat gebe es nicht nur einen Trend von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit, sondern damit sei zwangsläufig ein Trend zum Abbau von Rechtssicherheit verbunden:

„Wo besondere Gefährdungslagen auftreten, trifft der Gesetzgeber Regelungen mit unmittelbarer Intention auf Rechtsgüterschutz. Auch altbewährte, dem Einzelnen Rechtssicherheit qua Rechtsgewißheit verbürgende rechtsstaatliche Verfahrensgestaltungen werden dann der Prävention geopfert.“¹⁸³ Hinter dem „Grundrecht auf Sicherheit“ stehe der „alte Hobbes'sche Zusammenhang von Schutz und Gehorsam ...“, nur daß nicht deutlich gesagt wird, daß damit ein Recht des Staates auf (unbegrenzte) Produktion von „Sicherheit“ (bei entsprechenden Freiheitsbeschränkungen) gemeint ist“¹⁸⁴.

b) Die Risikoidee als Indikator und ‚Agent‘ der Ablösung der individuellen durch die soziale Gerechtigkeit (Rudolf Wiethölter)

Klare Worte zu den normativen Grenzen des Risikorechts finden sich auch, lange bevor vom Präventions- oder Sicherheitsstaat die Rede war, in einer Schrift *Rudolf Wiethölters*: In der Risikoidee erschließe sich, so *Wiethölter* bereits 1960 in aus heutiger Sicht erstaunlicher Antizipation der Entwicklungen – der bemerkenswer-

¹⁸³ *Denninger*, KJ 1988, S. 9.

¹⁸⁴ A. a. O., S. 13.

teste Aspekt der Rechtsentwicklung in unserer Zeit, nämlich „die Ablösung der individuellen Gerechtigkeit durch die soziale“¹⁸⁵.

Diese Aussage ist für ein Strafrecht, in dem das Risiko eine immer gewichtigere Rolle spielt¹⁸⁶, brisant. Denn *Wiethölter's* Resümee der parallelen Problemkreise im Zivilrecht lautet: Gefährdungs-, Fahrlässigkeits- und Vorsatzhaftung haben unterschiedliche Funktionen¹⁸⁷, aber nur die Vorsatzhaftung ist dem Prinzip individueller Gerechtigkeit verpflichtet, die „Fahrlässigkeitshaftung ist ... nichts anderes als das Übergewicht der sozialen Gerechtigkeit über die individuelle im Schadensrecht“¹⁸⁸. Weiter heißt es, nicht zufällig das Strafrecht in sein Bild mit einbeziehend: „Schaden zu ersetzen ist auch dann noch gerecht, wenn es nicht gerecht wäre, ins Gefängnis zu müssen.“¹⁸⁹ Und abschließend, auf Thesen *Essers*¹⁹⁰ aufbauend und auf das Deliktsrecht gemünzt, aber auf das Strafrecht vielleicht noch besser passend:

*„Das Deliktsrecht ist im Zuge der sozialpolitischen Entwicklung immer weiter auf Kosten seiner eigentlichen Funktion in Richtung auf Schadensverteilung ausgedehnt worden. Diese mißbräuchliche Belastung der Deliktshaftung mit Unglücksschäden hat zu fiktiver Schuld geführt und höhlt das Deliktsrecht innerlich aus.“*¹⁹¹

¹⁸⁵ *Wiethölter*, Verkehrsrichtiges Verhalten, 1960, S. 65.

¹⁸⁶ In dem Text, seinem Kölner Habilitationsvortrages, befaßt er sich (skeptisch) mit dem verkehrsrichtigen Verhalten als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht und nimmt grundsätzlich zu Fahrlässigkeitsunrecht und -schuld Stellung.

¹⁸⁷ *Wiethölter* differenziert auf der Unterscheidung *Essers* zwischen Unglück und Unrecht (Vgl. *Esser*, Gefährdungshaftung², 1969, S. IX) aufbauend zwischen der Gefährdungshaftung als Einstand für Unglücksschäden, der Fahrlässigkeitshaftung als Verantwortlichkeit für unwillentlich verursachten Unrechtsschaden, und der Vorsatzhaftung als Einstand für schuldhaft willentlich verursachte Schäden. (vgl. *Wiethölter*, a. a. O., S. 51.)

¹⁸⁸ *Wiethölter*, a. a. O., S. 51.

¹⁸⁹ A. a. O.

¹⁹⁰ *Esser*, a. a. O., S. 28; S. 42 ff.

¹⁹¹ *Wiethölter*, a. a. O., S. 47 f.

VI. Die Vernebelung der Probleme durch die Verwendung eines weiten Rechtsstaatsbegriffs – eine Kritik, die den Sicherheits- und den Präventionsstaat trifft (Detlef Krauß, Hans Albrecht Hesse)

Bei aller Unterschiedlichkeit von Sicherheits- und Präventionsstaat und der Kritik an ihnen¹⁹², gibt es doch ein gemeinsames Element. Sowohl der Sicherheitsstaat als auch der Präventionsstaat verbirgt seine Absichten hinter einer „manipulativen“¹⁹³ Auslegung und Veränderung des Rechtsstaatsbegriffs. Der Rechtsstaat, auf den sich beruft, wer den Sicherheitsstaat auf- und ausbauen will, hat mit dem liberalen Rechtsstaat wenig zu tun¹⁹⁴. *Hans Albrecht Hesse* beschreibt dieselbe Entwicklung (und weitere Manöver, die den Paradigmenwechsel übertünchen sollen), wenn er bezüglich des Präventionsstaates konstatiert, man könne den faktischen Gewichtsverlust der Rechtsstaats-Idee auch nicht mehr mit Hilfe des Bildes vom Spannungsverhältnis zwischen Rechts- und Sozialstaat beschreiben:

*„Die Rechtsstaats-Idee hat an Gewicht ständig abgenommen und dies nicht nur ... weil die Sozialstaatsidee auf ihre Kosten zugenommen habe. Was vielmehr ... an Gewicht noch zu gewinnen scheint, ist die Idee eines Staates neuer Güter und neuer Qualität, den man richtig vermutlich erst wird bezeichnen können, wenn sein Wachstum abgeschlossen ist. Vorläufig soll er als ‚Schutz-Staat‘ bezeichnet werden.“*¹⁹⁵

E. Die Konturen des ‚Strafrechts der Risikogesellschaft‘ in ersten Stellungnahmen aus dem strafrechtlich-kriminalpolitischen Schrifttum

Auch im strafrechtlich-kriminalpolitischen Schrifttum liegen erste Stellungnahmen zum ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ vor, an die hier angeknüpft werden kann.

¹⁹² Vgl. oben S. 137 f.

¹⁹³ In dieser Schärfe: *Krauß*, StV 1989, S. 317.

¹⁹⁴ *Krauß*, StV 1989, S. 317.

¹⁹⁵ *H. A. Hesse*, JZ 1991, S. 744.

I. Risikostrafrecht als Teil einer Entwicklung vom Strafrecht der Lebenswelt zum Strafrecht sozialer Systeme (Kai-D. Bussmann)¹⁹⁶

1. Das Abrücken vom Monopol der herrschaftstheoretischen Perspektive

Mit „Mut zum Malen mit dicken Pinselstrichen“ sieht *Bussmann* das Risikostrafrecht der Risikogesellschaft als Schritt in einer „allmähliche(n) Entwicklung von einem Strafrecht der Alltagswelt zu einem Strafrecht sozialer Systeme“¹⁹⁷. Wichtige Neukriminalisierungen z. B. im Bereich von Wirtschafts-, Computer- oder Umweltkriminalität der 70er und 80er Jahre¹⁹⁸ erzwingen seiner Meinung nach ein Abrücken von einer ausschließlich „herrschaftstheoretischen Perspektive“¹⁹⁹. Auch eine grundsätzlich strafrechtskritische Position dürfe sich nicht mehr mit dem Vorwurf begnügen, das Strafrecht sei „bereits aufgrund seiner Inhalte primär auf das Verhalten der unteren sozialen Schichten ausgerichtet“²⁰⁰, auch wenn trotz des erweiterten potentiellen Adressatenkreises die Praxis im Bereich der Wirtschafts- und Umweltkriminalität „wiederum überwiegend untere Täter-schichten selektiert und sanktioniert“, „statushohe Tätergruppen“ dagegen kaum erfasse²⁰¹.

2. Die Effizienz-Defizite des Strafrechts sozialer Systeme

Das Risikostrafrecht zeichnet sich nach Ansicht *Bussmanns* dadurch aus, daß mit dem Strafrecht auf spezifische und neue Bedrohungslagen reagiert werde, die nicht mehr einzelne Menschen, sondern größere „Kollektive“ bis hin zur Gesamtgesellschaft treffen. Die Risikogesellschaft versuche „einen Teil ihrer wirtschaftlichen und industriellen Steuerungsprobleme mit Hilfe des Strafrechts zu lösen“²⁰². Von seiner Struktur her – erwähnt wird das strafrechtli-

che Schuldprinzip und der in dubio pro reo-Satz – sei das auf die Kontrolle individuellen Handelns ausgelegte Strafrecht „wenig geeignet, das Handeln korporativer Akteure zu erfassen“. Trotz der Versuche, strafrechtliche Zurechnungsstrukturen auf diese Problematik einzustellen, habe sich aber das Strafrecht als relativ ungeeignet erwiesen, die angesprochenen gesellschaftlichen Probleme zu regulieren, so daß bei weitgehender Wirkungslosigkeit ein Abbau rechtsstaatlicher Garantien zu befürchten, ja sogar schon eingetreten sei²⁰³.

3. Das Strafrecht sozialer Systeme als ‚modernes‘ Strafrecht: Die ‚postmoderne‘ Kritik

Jenseits dieser spezifischen Kosten-Nutzen-Rechnung steht *Bussmann* dem Strafrecht der Lebenswelt – und damit auch dem Risikostrafrecht in der Risikogesellschaft – aus grundsätzlichen Erwägungen heraus kritisch gegenüber. Das Strafrecht sozialer Systeme, wie es sich derzeit herausbilde, sei modernes²⁰⁴ Strafrecht auch im Sinn der Diskussion um ‚Moderne‘ und ‚Postmoderne‘. Die Pluralität des Strafrechts sozialer Systeme (hinsichtlich neuer Adressatenkreise und hinsichtlich erweiterter Handlungsbereiche) sei ein „typisches Strukturmerkmal der ‚Moderne‘“²⁰⁵. Aus der Perspektive einer postmodernen Position, die im Verlust des „Einheitlichen und Ganzen im Sinne eines ‚indifferenten Einheitsbreis‘“ eine positive Entwicklung sieht, sei das universalistische Konzept eines Strafrechts sozialer Systeme abzulehnen, weil sich mit ihm „auf neue Weise eine universale punitive und repressive Ordnung der Gesellschaft (etabliere und legitimiere)“²⁰⁶, in der die Suche nach der Schuld Einzelner von „strukturellen, systemischen Ursachen ablenk(e)“²⁰⁷.

¹⁹⁶ *Bussmann*, Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 65, 1989, S. 1 ff.

¹⁹⁷ *Bussmann*, a. a. O., S. 4.

¹⁹⁸ A. a. O., S. 1.

¹⁹⁹ A. a. O., S. 5.

²⁰⁰ A. a. O., S. 2.

²⁰¹ A. a. O., S. 3.

²⁰² A. a. O., S. 5.

²⁰³ A. a. O., S. 5 m. w. N.

²⁰⁴ Ausführlicher zu den verschiedenen Konnotationen des Begriffs ‚modern‘: A. a. O., S. 15.

²⁰⁵ A. a. O., S. 15 unter Verweis auf *Welsch*, Postmoderne Moderne, 1988.

²⁰⁶ A. a. O., S. 16 unter Verweis auf *Scheerer*, KrimJ 1986, 1. Beiheft, S. 135 ff.

²⁰⁷ A. a. O., S. 16.

II. ‚Modernes‘ Strafrecht: Antwort auf die Probleme der Risikogesellschaft und Bedrohung der überkommenen Prinzipien des materiellen Strafrechts (Winfried Hassemer)

1. Die Problemanalyse

Winfried Hassemer, der in der 2. Auflage seiner Einführung in die Grundlagen des Strafrechts dem Strafrecht der Risikogesellschaft – der Sache nach – ein neu eingefügtes Kapitel widmet²⁰⁸, stellt die Bedrohung rechtsstaatlicher Garantien in den Vordergrund. Das „Interesse der ‚Risikogesellschaft‘ an Minimierung von Unsicherheit und an globaler Steuerung“, faßt er – an anderer Stelle – bündig zusammen, hat „nicht nur die Kriminalpolitik, sondern auch die Straftheorie und die Lehre vom Rechtsgut erreicht“²⁰⁹. Moderne Kriminalpolitik besetze die Felder, die in der öffentlichen Wahrnehmung heute Risikozentren sind: Umwelt, Wirtschaft, Steuern, Drogen, Terrorismus, automatische Datenverarbeitung²¹⁰. Dabei gehe es immer weniger um den Schutz der Interessen Einzelner, immer mehr um die Pflege der „Interessen der Allgemeinheit (und) des gesellschaftlichen Systems“²¹¹, um die Bekämpfung von „Großstörungen“²¹². Die Lehre vom Rechtsgut habe sich insofern darauf eingestellt, als moderner Rechtsgüterschutz „Schutz von Universalrechtsgütern in möglichst plakativer Umschreibung“²¹³ sei. Straftheoretisch nutze z. B. Jakobs die für die Risikogesellschaft typische Folie von gesellschaftlicher Komplexität und personaler Verunsicherung zur Begründung seiner Version von positiver Generalprävention²¹⁴, und strafrechtstheoretisch sei die Entwicklung des Strafrechts gekennzeichnet durch den Wandel von einem Instrument der Verbrechenskontrolle zu einem globalen Steue-

²⁰⁸ Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 274 ff.

²⁰⁹ Hassemer, NStZ 1989, S. 557.

²¹⁰ Hassemer, StV 1990, S. 330.

²¹¹ Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 275.

²¹² A. a. O., S. 274.

²¹³ A. a. O., S. 275.

²¹⁴ Hassemer, NStZ 1989, S. 557 f.

rungssystem²¹⁵, „von punktueller Repression konkreter Rechtsverletzungen (zu) großflächiger Prävention von Problemlagen“²¹⁶.

2. Die Bewertung

Bei der Bewertung der Phänomene bleibt Hassemer – im Widerspruch zu den durchaus (kritisch) wertenden Konnotationen ihrer Beschreibung – vorsichtig:

„Derzeit ist schwer zu sagen, was man von dieser Entwicklung halten soll. Begrüßenswert ist der Versuch, strafrechtstheoretisch Kontakt zu halten mit den modernen sozialwissenschaftlichen Deutungen der Entwicklung, die sich um uns und in uns vollzieht. Vorschnell aber wäre die Befriedigung über den Zuwachs an Aufgaben und Bedeutungen, der dem Strafrecht nunmehr aufgeladen wird. Gerade die Bindung an Normen und Prinzipien, welche das Strafrecht auszeichnet, verhindert seine Wandlung zu einem flexiblen und flächendeckend wirksamen Instrument gesellschaftlicher Globalsteuerung. Das Strafrecht muß auf die geschehene Rechtsgutsverletzung warten und darf nicht vorbeugend kriminalisieren (Grundsatz des ‚Tatstrafrechts‘); es muß, nach dem Prinzip der individuellen Zurechnung, ein konkretes Individuum als verantwortlichen Verursacher von ‚Störungen‘ vorweisen können, bevor es eingreift; es muß seine Interventionen nach den Kriterien der Verhältnismäßigkeit abmessen und sich (in dubio pro reo) im Zweifel aus dem Konfliktfall heraushalten. Man muß darauf achten, daß das Strafrechtssystem auch unter dem Modernisierungsdruck die klassischen Bindungen bewahren kann, ohne welche es mit seinen scharfen Instrumenten gerade für eine moderne Gesellschaft gefährlich werden könnte.“²¹⁷

III. Gefährungsdelikte als Prototypen des Risikostrafrechts

Wo „Risiko und Bedrohung zentrale Phänomene gesellschaftlicher Wahrnehmung (sind)“²¹⁸, kann nicht überraschen, daß Gefährungsdelikte eine prominente Rolle in Strafrecht und Kriminalpolitik spielen. Daher verwundert es ebenfalls nicht, daß sich die Dis-

²¹⁵ Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 275.

²¹⁶ Hassemer, NStZ 1989, S. 558.

²¹⁷ Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 276.

²¹⁸ Hassemer, StV 1990, S. 328.

kussion über Gefahr, Risiko und Risikogesellschaft auch im Schrifttum über die Gefährdungsdelikte niedergeschlagen hat. In jüngster Zeit haben *Kindhäuser* und *Herzog* grundlegende Arbeiten zu den dogmatischen und kriminalpolitischen Aspekten der Gefährdungsdelikte vorgelegt, die endgültig dafür sorgen werden, daß das von *Schünemann* 1975 schon zum Lieblingskind erkorene²¹⁹, von *Herzog* 1991 immer noch als „Stiefkind der Strafrechtsdogmatik“²²⁰ angesehenes Gebiet nunmehr in „geregelten Familienverhältnissen“ sich entwickeln wird.

1. Gefährdung als Straftat²²¹ (*Urs Kindhäuser*)

Der Aspekt der Arbeit *Kindhäusers*, der hier vordringlich interessiert, macht nur einen kleinen – allerdings wichtigen – Teil seiner Untersuchung aus²²²: Gemeint ist die Herausarbeitung spezifischer Legitimationsprobleme der Gefährdungsdelikte. *Kindhäuser* begründet sie normtheoretisch und im Vergleich mit der Legitimation von Verletzungsnormen: Zu unterscheiden sei die Normwidrigkeit eines Verhaltens von der Zweckwidrigkeit: „Formell ist die (Verhaltens-) Norm durch die Bedingungen ihrer Gültigkeit als Rechtssatz legitimiert. Die materielle Richtigkeit des Sollens ist nach heutigem Verständnis durch den Zweck begründet, Rechtsgüter zu schützen.“²²³ Daher seien materiell legitime Strafnormen stets „als Selbstzwecknormen auszugestalten“: Nur dann sei gewährleistet, daß das normwidrige Verhalten auch stets zweckwidrig, und die Bestrafung damit materiell legitimiert sei.²²⁴ Bei den Verletzungsdelikten sei das, wie am Beispiel des Tötungsverbotes gezeigt wird, durchgehend der Fall: Ein Verstoß gegen das Tötungsverbot verfehle notwendig auch den Zweck des Verbots, denn ein Verstoß beste-

²¹⁹ *Schünemann*, JA 1975, S. 435.

²²⁰ *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 2.

²²¹ So der Titel der Habilitationsschrift von *Kindhäuser*, 1989.

²²² Vgl. zu der von *Kindhäuser* entwickelten allgemeinen, normtheoretisch fundierten und die analytische Handlungs- und Sprachphilosophie allseits berücksichtigenden Straftatlehre, die präzise informierende Rezension von *Kuhlen*, GA 1990, S. 477 ff.

²²³ *Kindhäuser*, Gefährdung, 1989, S. 13.

²²⁴ A. a. O., S. 14.

he in einer Tötung, und diese zu vermeiden sei Zweck des Verbots.²²⁵ Anders sei das bei den Gefährdungsdelikten:

„Den Normen der Gefährdungsdelikte wird kein genuiner Zweck zuerkannt. Genauer: Weder die abstrakten noch die konkreten Gefährdungen werden als Verhaltensfolgen mit jeweils selbständigem Schadenscharakter angesehen, so daß deren Vermeidung auch nicht als hinreichende Legitimationsgrundlage der Verhaltensverbote in Betracht gezogen wird. Vielmehr wird die Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen für den Zweck aller strafrechtlichen Verhaltensnormen und nicht nur für den Zweck der Verletzungsverbote gehalten. Diese Perspektive bedingt das spezifische Legitimationsproblem, das die Normen der Gefährdungsdelikte im Strafrecht aufwerfen.“²²⁶

Die Lösung dieses Legitimationsproblems gibt *Kindhäuser* schon in der Einleitung bekannt: Die durch ein Gefährdungsverbot verbotene Gefährdung sei nicht als Vorstufe der Verletzung, sondern „als Verhaltensfolge mit spezifischer Schädlichkeit zu deuten“²²⁷. Daher müsse der Gedanke des Rechtsgüterschutzes neben der Gewährleistung der *Integrität* des Gutes auch die Gewährleistung der *sicheren Verfügungsmöglichkeit*²²⁸ über Güter umfassen.²²⁹ Damit will *Kindhäuser*, wie er eher beiläufig mitteilt, „zwanglos die dominante Rolle abstrakter Gefährdungsdelikte in der neueren Gesetzgebung (erklären): Der Schutz durch Normen gegen abstrakte Gefährdungen korrespondiert dem Sicherheitsstreben, das zu einer *idée directrice* aller Interaktionsbereiche geworden ist“²³⁰.

Ein Eingehen auf die Einzelheiten der Antwort *Kindhäusers* auf die Legitimationsprobleme der Gefährdungsdelikte würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; hinzuweisen ist jedoch darauf, daß seine – durchaus auf „modernen sozialwissenschaftlichen Deutungen“²³¹ gestützte – Lösung der Legitimationsprobleme wohl kaum *kritisches* Potential hat: Dem Risikostrafrecht wer-

²²⁵ So, verdeutlichend: *Kuhlen*, GA 1990, S. 477.

²²⁶ *Kindhäuser*, a. a. O., S. 14.

²²⁷ A. a. O., S. 20.

²²⁸ Hervorhebungen, C.P.

²²⁹ A. a. O., S. 19.

²³⁰ A. a. O., S. 20 unter Verweis auf *F. X. Kaufmann*, Sicherheit², 1973, S. 28 ff. und S. 49 ff.

²³¹ Vgl. nochmals *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 276.

den von *Kindhäuser* keine Grenzen gesetzt²³²; ganz im Gegenteil, es wird – und zwar unabhängig von seinen „Steuerungsleistungen“ – legitimiert²³³.

2. Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge²³⁴ (Felix Herzog)

Sieht man im Strafrecht der Gefährdungsdelikte ein wesentliches Element des Risikostrafrechts, dann kann man die Arbeiten *Kindhäuser* und *Herzogs* plakativ vergleichen: Stabilisiert jener – wenn auch eher beiläufig – das Risikostrafrecht durch neue Antworten auf die Legitimationsprobleme der Gefährdungsdelikte, dann geht es *Herzog* in seiner „Streitschrift wider das Gefährdungstraftrecht“²³⁵ gerade darum, die Legitimationsprobleme als Argument dazu zu nutzen, die Unvereinbarkeit des Gefährdungstraftrechts mit einem rechtsstaatlich-liberalen Strafrecht, ja die „Gefährdung des Strafrechts durch Gefährdungstraftrecht“²³⁶ zu zeigen.

Der Teil von *Herzogs* Arbeit, der an dieser Stelle im Mittelpunkt des Interesses steht, macht wiederum nur einen Ausschnitt der gesamten Untersuchung aus: Im zweiten von insgesamt vier Teilen²³⁷

²³² Vgl. auch die Kritik *Kuhlens*, „die von *Kindhäuser* genannten Rechtfertigungsbedingungen (seien) so schwach, daß sie eine kaum absehbare Vermehrung derartiger Normen erlauben.“ (GA 1990, S. 480); ähnlich *Herzog*: „Damit ist ... eine Begründung der materiellen Rechtswidrigkeit der abstrakten Gefährdungsdelikte geleistet, die inhaltliche Kriterien ihrer Begrenzung kaum mehr abwirft.“ (in: Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 44).

²³³ An vielen Stellen wird deutlich, daß es *Kindhäuser* keineswegs auf eine Ausweitung des Risikostrafrechts ankommt (vgl. den Hinweis auf die Geltung des ultima-ratio-Prinzips auch bei den Gefährdungsdelikten, a. a. O., S. 279; eindeutig jetzt *ders.*, Universitas, 1992, S. 227 ff.). Sein Anliegen ist die „logische“ Lösung des Legitimationsproblems der Gefährdungsdelikte (ausdrücklich: S. 15 und S. 171), was natürlich die Frage aufwirft, ob Legitimationsprobleme logischer Natur sein können und entsprechend logisch gelöst werden können.

²³⁴ So der Titel der Habilitationsschrift von *F. Herzog*.

²³⁵ *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. VIII.

²³⁶ A. a. O., S. 70.

²³⁷ A. a. O., S. 50-73. Die anderen drei Teile betreffen eine Rekonstruktion der Dogmatik des Gefährdungstraftrechts (S. 1-49), ein Blick in die Geburtsstunde des Gefährdungstraftrechts (S. 74-106) und eine kritische Durchsicht besonders deutlicher Beispiele modernen Gefährdungstraftrechts (S. 109-157).

analysiert er die sozialtheoretischen Grundlagen des Gefährdungstraftrechts.

Herzog beginnt mit einer anthropologischen Rekonstruktion des Gefährdungstraftrechts. Aus dieser Perspektive könne es als Antwort auf Sicherheitsbedürfnisse der Menschen verstanden werden. Ohne zu leugnen, daß Strafrecht so gedeutet werden kann, bricht er die Betrachtung des Gefährdungstraftrechts aus dieser Perspektive aus grundsätzlichen Erwägungen schnell ab: Wer wie er²³⁸ postuliere, daß „Recht als ‚Dasein der Freiheit‘ (Hegel) gerade die Souveränität gegenüber den Wirkungsmächten des anthropobiologischen Zusammenhangs bedeutet“²³⁹, müsse sich einer „funktionalistischen Betrachtungsweise des Strafrechts, die ... latente Funktionen des Strafrechts auf die normative Ebene umsetzt“²⁴⁰, widersetzen. Das überzeugt nicht: Gerade auf der Grundlage des beschriebenen Rechtsverständnisses ist der apodiktische Ausschluß von Sicherheitsbedürfnissen als mögliche sozialtheoretische Begründung des Gefährdungstraftrechts nicht zwingend: Souveränität gegenüber Wirkungsmächten kann wohl kaum grundsätzlich verbieten, sich die Freiheit zu nehmen, „latente Funktionen des Strafrechts“ auf eine normative Ebene umzusetzen.

Eine zweite, sozialtheoretische Perspektive, erweist sich für ihn als ertragreicher: Aufbauend auf den Untersuchungen *Franz Xaver Kaufmanns*²⁴¹, *Ulrich Beck's*²⁴² und *David Riesmans*²⁴³ stellt *Herzog* die These auf, „die Ausbreitung von Gefährdungstatbeständen (könne) zumindest teilweise als eine Reaktion auf gesellschaftliche Orientierungsunsicherheiten angesichts von Innovationen, Komplexitätszuwachsen, Strukturwandel, Umbrüchen, sei es im ökonomischen oder technologischen Bereich, in der kulturellen Ordnung oder im ethisch-moralischen und politischen Grundkonsens interpretiert werden“²⁴⁴. Wenn ich *Herzog* richtig verstehe²⁴⁵,

²³⁸ Vgl. dazu: *F. Herzog*, Prävention, 1987.

²³⁹ *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 51.

²⁴⁰ A. a. O., S. 50.

²⁴¹ *F.X. Kaufmann*, Unsicherheit, 1987. Siehe dazu oben S. 72 ff.

²⁴² *Beck*, Die Risikogesellschaft, 1986. Auch dazu, vgl. oben S. 50 ff.

²⁴³ *Riesman*, Masse, 1958.

²⁴⁴ *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 54.

²⁴⁵ So einleuchtend dieses Modell ist, so unklar bleibt (mir), warum der gegen die anthropologische Perspektive gewandte Einwand, sie würde latente Funktionen

beschränkt sich seine sozialtheoretisch fundierte Rekonstruktion der Funktion des Gefährdungsstrafrechts aber nicht darauf, symbolische Versicherung des verunsicherten Menschen zu sein. Strafrecht habe vielmehr wegen des sich wandelnden „Sozialcharakters“²⁴⁶ für den (im 20. Jahrhundert weniger innen- als außengeleiteten) Menschen zunehmend die Funktion eines Instruments der Außen-Leitung, wirke also negativ generalpräventiv²⁴⁷.

Aus einer dritten – staatstheoretischen – Perspektive assoziiert Herzog diese soziologisch-sozialpsychologischen Erkenntnisse mit Thesen der konservativen Staatsrechtslehre, namentlich Ernst Forsthoffs²⁴⁸ und Ernst Rudolf Hubers²⁴⁹: Danach bringe die Modernisierung des Lebens für die Menschen eine Schrumpfung des von ihnen beherrschten Lebensraums und damit für den Staat die wachsende Verpflichtung zur Daseinsvorsorge. Diese aber – so das liberal-konservative Hauptargument gegen den Sozialstaat – drohe zu einer Paralyse der bürgerlichen Freiheit zu führen, eine Argumentation, mit der Herzog aus seiner gefährdungsstrafrechtskritischen Grundposition sympathisieren muß, die er aber zunächst aus einer vierten – rechtstheoretischen – Perspektive untersucht.

Anknüpfungspunkt ist hier Gunther Teubners These vom Trilemma des regulatorischen Rechts²⁵⁰, des für die Entwicklung moderner Gesellschaften bezeichnenden Rechts: Das regulatorische Recht sei zugeschnitten auf (und legitimiere sich durch) die Zielvorgabe, soziales Verhalten direkt und ergebnisorientiert steuern zu wollen. Die Legitimation über Effizienz stürze das Recht bei jedem regulatorischen Mißerfolg in Legitimationskrisen, so daß schließlich das „regulatorische Trilemma“ entsteht, das Teubner definiert

des Strafrechts auf eine normative Ebene umsetzen (a. a. O., S. 50), hier nicht zutreffen soll.

²⁴⁶ A. a. O., S. 57 f. im Anschluß an die Thesen Riesmans.

²⁴⁷ A. a. O., S. 58.

²⁴⁸ A. a. O., S. 58 f. unter Verweis auf Forsthoff, in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 145 ff.

²⁴⁹ A. a. O., S. 60, unter Verweis auf E. R. Huber, in: E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 589 ff.

²⁵⁰ A. a. O., S. 61 f. unter Verweis auf G. Teubner, in: G. Brüggemeier/C. Joerges (Hrsg.), Postinterventionistisches Recht, 1984, S. 94 ff. und ders., in: F. Kübler, Verrechtlichung, 1984, S. 289 ff.

als „Problem der wechselseitigen Indifferenz der gesellschaftlichen Integration durch Recht und der rechtlichen Desintegration durch Gesellschaft“²⁵¹.

Teubners „regulatorisches Trilemma“ dient Herzog nun als Rahmen, innerhalb dessen sich die Erkenntnisse der Sozialtheorie F. X. Kaufmanns, der Sozialpsychologie Riesmans und der konservativen Staatsrechtslehre zu einer kritischen Analyse der Ausdehnung des Gefährdungsstrafrechts zusammenfassen lassen:

„Korrespondieren existierende Normen und kriminalpolitische Projekte des Gefährdungsstrafrechts mit Phänomenen gesellschaftlicher Aufgeregtheit über ‚Gefährdungen‘ und massiven ‚Sicherheitsbedürfnissen‘, die sich auf die Ebene der Politik transformieren, liegt der Verdacht nahe, daß die Rechtsform ihren Inhalt nicht auf einen Rechtsbegriff stützen kann, sondern aus politischem sozialregulatorischem Handlungsbedarf bezieht. Dieser Verdacht erhärtet sich, wenn Gesetzesbegründungen mit auszugleichenden Defiziten, zu erwartenden günstigen Folgen, Notwendigkeiten der Effektivierung und zu schließenden Strafbarkeitslücken – also funktional-regulatorisch – argumentieren.“²⁵²

Diesen Befund vergleicht Herzog abschließend mit Nauckes These von der „Innenpolitisation des Strafrechts“²⁵³, der er insoweit (und das heißt: weitgehend) zustimmt, als sie mit dem Verständnis des regulatorischen Rechts kompatibel ist²⁵⁴.

Herzogs Befund²⁵⁵ ist eindeutig: Das (regulatorische) Gefährdungsstrafrecht gefährde vor allem das Strafrecht. An die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit gebracht, werde seine „Kraft, fundamentale Normen der interpersonalen Anerkennung zu behaupten“, geschwächt.²⁵⁶

Mit dieser Einbettung des Gefährdungsstrafrechts (seines Charakters und seiner Entstehung) in verschiedene sozialwissenschaftliche Diskussionszusammenhänge ist es Herzog gelungen, die Logik und die Problematik des Gefährdungsstrafrechts ebenso wie die

²⁵¹ Teubner, in: Kübler, Verrechtlichung, 1984, S. 317.

²⁵² Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 63.

²⁵³ A. a. O., S. 65 ff. unter Verweis auf Naucke, in: W. Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 15 ff.

²⁵⁴ Ablehnend dagegen zu der alleinigen Verantwortungszuschreibung Nauckes an die Politik, a. a. O., S. 66 f.

²⁵⁵ A. a. O., S. 70 ff.

²⁵⁶ A. a. O., S. 73.

Tatsache seiner bisher weitgehend fehlenden Problematisierung verständlich zu machen. So eindrucksvoll die rechtsstaatlich-liberale Kritik *Herzogs* am Gefährdungsstrafrecht ausfällt, so ratlos läßt sie denjenigen, der wissen möchte, wie es wohl weitergeht (und weitergehen soll) mit dem Strafrecht der Risikogesellschaft. Zu überzeugend hat *Herzog* rekonstruiert, *warum* Gefährdungsstrafrecht entstanden ist, um glaubhaft die These zu vertreten, das Strafrecht könne sich unter Berufung auf den liberalen Rechtsstaat und ein „regulatorisches Trilemma“ erfolgreich zur Wehr setzen.

F. Zusammenfassung des Kapitels und Überleitung zum zweiten Teil der Untersuchung

Es hat sich gezeigt, daß die geplante Untersuchung des Strafrechts der Risikogesellschaft auf eine ganze Reihe von Arbeiten aufbauen kann.

Erstes und wichtigstes Ergebnis dieses Kapitels ist die Gewißheit, daß es – weit über das Strafrecht hinaus – ein Spannungsverhältnis zwischen ‚Recht‘ und ‚Risiko‘ gibt. Ungeachtet verschiedener Schwerpunkte und Auffassungen besteht in dem durchgesehenen Schrifttum Einigkeit darüber, daß das „Eindringen von Risikoorientierungen“ (*Luhmann*) das Recht vor erhebliche Effektivitäts- und Legitimitätsprobleme stellt. Allein dieser Befund rechtfertigt die weitere Untersuchung.

Der Beantwortung der Frage, warum das so ist, kann man sich freilich von verschiedenen Ausgangspunkten her annähern.

Materiell (und rechtspolitisch) wird man die Gründe dafür, daß es einen auf Probleme des Rechts hinweisenden Topos ‚Recht und Risiko‘ gibt, auf drei alternative oder kumulative Ursachen zurückführen können, die schon im 1. Kapitel als die drei für die ‚Risikogesellschaft‘ konstitutiven Aspekte aufgetaucht waren: Neue Risiken, neues Risikowissen und neue Risikowahrnehmung und, drittens, eine (zumindest unter anderem) dadurch verursachte Verunsicherung.

Rechtstheoretisch wird man in der Risikoidee einerseits den Grund für die Ablösung der individuellen durch die soziale Gerechtigkeit (*Wiethölter*) vermuten können, andererseits wird man

die auch dort schon angelegte Dichotomie zwischen vergangenheitsorientiertem Recht und zukunftsorientiertem Risiko (*Luhmann, Teubner*) betonend zu der grundsätzlichen Frage gelangen, ob das Recht menschliches Verhalten auch sub specie von Risikomaximen nach dem binären Recht/Unrecht-Code (*Luhmann*) beurteilen kann, wenn es gleichzeitig in einer die Risikomaximen ständig aktualisierenden Welt (*Wolf*) Steuerungsleistungen erbringen soll.

Auf der Suche nach weiteren Konsensen und Dissensen sind zunächst erstaunlicherweise zwei weitere wichtige Übereinstimmungen festzuhalten: Das Recht hat sich, erstens, unter dem Druck der eindringenden Risikoorientierungen verändert; und zweitens, die Antworten, die das Recht bisher gegeben hat, sind alles andere als überzeugend.

An dieser Stelle, genauer, bei der Frage, woran das bisherige Scheitern liegt, beginnt jedoch der Dissens. Derselbe Staat mit seiner Rechtsordnung wird von manchen (durchaus kritisch) als moderner, die Herausforderungen der Risikogesellschaft annehmender Präventionsstaat (*Denninger*), Sicherheitsstaat (*Hirsch*), kurz, als Schutz-Staat (*Hesse*) angesehen, dessen Strukturveränderungen – ungeachtet aller verbalen Beschwörungen des Rechtsstaatsprinzips (*Krauß, Hesse*) – vom Rechtsstaat nicht mehr viel übrig zu lassen drohen, und von anderen als dem vergangenen Jahrhundert verbundener Nachtwächterstaat, dessen altliberale und antiquierte (*Wolf*) Zurechnungsstrukturen die notwendigen Verurteilungen zu Freisprüchen werden läßt und damit nicht nur nicht nützen, sondern durch symbolische Entgiftung Schaden anrichten (*Beck*).

Aus diesen unterschiedlichen Einschätzungen, ob das gegenwärtige Recht *schon zuviel oder noch zuwenig Risikorecht* ist, folgen unterschiedliche Forderungen: Im Hinblick auf die drohenden Gefahren der Risikogesellschaft wird die konsequente Gestaltung eines Risikorechts gefordert, das auf die aktuellen Probleme zugeschnitten ist und regulativ in die Zukunft hinein wirkt, also Risikopolitik betreibt (*Beck, Luhmann*), Risiken und Schäden (sozial) gerecht verteilt (*Wolf*), Daseinsgewißheit – notfalls kontrafaktisch – vermittelt (*Kindhäuser*). Dagegen wird von anderen und im Hinblick auf schon eingetretene Schäden am Rechtsstaat eine konsequente Besinnung auf ein rechtsstaatlich-liberales, an individueller

Gerechtigkeit orientiertes Recht verlangt (*Denninger, Herzog*, tendenziell *Hassemer*).

Spürbar und bemerkenswert sind auch zahlreiche Ambivalenzen, die vom Topos ‚Recht und Risiko‘ offensichtlich provoziert werden. Wer wie *Krauß* die rechtsstaatliche Bedenklichkeit des Sicherheitsstaates anprangert, muß mit dem Präventionsstaat vielleicht verbundene Einbußen an Rechtsstaatlichkeit nicht gleichermaßen verneinen; wer wie *Luhmann*, die seiner Meinung nach zentrale Aufgabe des Rechts, Urteile nach dem binären Recht/Unrecht-Code zu verteilen, am Ende sieht, kann sich offensichtlich eine unbürokratische (undemokratische? nicht-rechtsstaatliche?) Risikopolitik des Rechts gut vorstellen. Wer wie *Bussmann* dem Risikorecht zugestehen muß, daß es ein Abrücken von der herrschaftstheoretischen (also kritischen) Perspektive notwendig macht, gleichzeitig aber Ineffizienz und rechtsstaatliche Bedenklichkeit dieses Risikorechts konstatiert, verteidigt plötzlich das zuvor so engagiert kritisierte Herrschafts-Strafrecht.

Schon diese Aufzählung belegt, daß noch nicht alle Fragen, die der Topos ‚Recht und Risiko‘ aufwirft, beantwortet sind. Das gilt insbesondere für das Strafrecht, das in der hier referierten bisherigen rechtspolitischen Argumentation keineswegs eine prominente Rolle spielt. Die Fragen nach dem Strafrecht der Risikogesellschaft sind aber aus drei Gründen von besonderer Dringlichkeit: Erstens spielt das Strafrecht in der öffentlichen (nicht rechtswissenschaftlichen) Diskussion über Recht nach wie vor eine ganz dominierende Rolle (zumal, wenn es um ernsthafte Bedrohungen geht), wie z. B. die von *Beck* gewählten Bilder („Alltäterschaft“ und „Freispruch“) belegen. Zweitens hat das Strafrecht im Unterschied zu allen anderen Rechtsgebieten eine von den eindringenden Risikoorientierungen überhaupt ganz unabhängige chronische Effektivitäts- und Legitimitätskrise, die durch die neuen Herausforderungen vermutlich potenziert wird. Und drittens unterscheidet sich das Strafrecht insofern fundamental von den anderen Rechtsgebieten, als es (zumindest nach dem Normprogramm) strikte Voraussetzungen (individuelle Zurechnung, Schuldprinzip) und einschneidende Rechtsfolgen (Strafe) aufweist.

Das Strafrecht, so könnte man sagen, ist gleichzeitig am schlechtesten vorbereitet auf das Eindringen von Risikoorientierungen

und am anfälligsten dafür. Das läßt vermuten, daß die Krise des Rechts in der Risikogesellschaft im Strafrecht am drängendsten und auch am deutlichsten abzulesen ist. Zu argwöhnen ist auch, daß weder die Stabilisierung des Gefährdungsstrafrechts (*Kindhäuser*), noch seine Skandalisierung (*Herzog*) schon Auswege aus der Krise sind, die im nun folgenden zweiten Teil der Untersuchung rekonstruiert werden soll.

ZWEITER TEIL
DIE UNTERSUCHUNG

VORBEMERKUNGEN

Risikoorientierungen haben sich in wichtigen gesellschaftlichen Bereichen festgesetzt, Prinzipien und Vergangenheit verlieren an Bedeutung, was zählt, ist die Zukunft, und die stellt sich immer mehr Menschen als gegenwärtige Entscheidung auf der Grundlage einer umfassenden Kosten-Nutzen-Abwägung dar. Das Strafrecht – das ist im ersten Teil der Arbeit schon verschiedentlich angeklungen – konnte von einem so grundlegenden Wandel nicht unbeeinflusst bleiben. Vor dem Versuch einer präziseren Rekonstruktion der ‚Beziehungen‘ zwischen Strafrecht und Risiko im nun folgenden zweiten Teil sei noch einmal an den hier verwendeten – gleichzeitig beschränkten wie erweiterten – Begriff der Risikogesellschaft erinnert (A.). Und vorab sollen auch einige ebenso grundsätzliche wie offensichtliche Einwände gegen die These vom ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ erörtert werden (B.).

A. Anknüpfen an den Befund ‚Risikogesellschaft‘

Wer den gesellschaftlichen Risikodiskurs verstehen will, der muß nicht nur unterscheiden zwischen der Diskussion *über* die Risikogesellschaft und der Risikodiskussion *in* der Risikogesellschaft. Er muß auch berücksichtigen, daß drei – zum Teil widersprüchliche, zum Teil nur ideologisch konträre, zu einem letzten Teil schließlich sich ergänzende – Modelle von Risikogesellschaft vertreten werden und damit den Risikodiskurs prägen:

- Im ersten Modell (Gefahrgesellschaft) kennzeichnet die Zunahme von (Groß-) Gefahren die Risikogesellschaft¹.
- Im Gegensatz dazu steht ein Modell, in dem die Risikogesellschaft vor allem eine von Risiken und Risikowahrnehmung verunsicherte Gesellschaft ist².

¹ Vgl. S. 56 f.

² Vgl. S. 65 ff.

– Schließlich existiert ein drittes Modell von Risikogesellschaft, in dem betont wird, daß die Gesellschaft unkontrollierbare und unvorhersehbare Gefahren zu *Risiken* transformiert hat³.

Auch wenn die Thesen von der ‚Gefahrgesellschaft‘ und von der verunsicherten Gesellschaft zu sehr vom Bemühen geprägt sind, alles auf einen Nenner zu bringen, weisen beide zutreffend auf wichtige Entwicklungen hin. Nicht aus Unentschiedenheit, sondern aus Kritik an den – im 1. Kapitel aufgezeigten – Simplifizierungen beider Modelle, wird hier einer prinzipiell fortschritts- und technikskeptischen Position ebenso die Gefolgschaft verweigert wie dem Dogma der prinzipiellen Fortschritts- und Technikgläubigkeit. Die Analyse der Risikogesellschaft legt vielmehr nahe, daß die Menschheit durch einen bestimmten Umgang mit Gefahren und Unsicherheit (Risikogesellschaft im engeren Sinn) gleichzeitig, bezogen auf traditionelle Gefahren, sicherer und, bezogen auf neue und selbstproduzierte Gefahren, unsicherer (Gefahrgesellschaft) geworden ist, was nicht überraschend zu einer – teils berechtigten, teils unberechtigten, jedenfalls aber nachvollziehbaren – Zunahme subjektiver Unsicherheit geführt hat (verunsicherte Gesellschaft).

So wie die unterschiedlichen und zum Teil widersprüchlichen Befunde den gesellschaftlichen Risikodiskurs geprägt haben, haben sie – das ist die zentrale These, der im zweiten Teil der Untersuchung nachgegangen werden soll – auch den strafrechtswissenschaftlichen Diskurs über Kriminalität und Kriminalpolitik, über Straftheorien und Strafrechtsdogmatik geprägt.

B. Zu einigen grundsätzlichen und offensichtlichen Fragen und Einwänden

I. Der Einwand, jedes Strafrecht sei ‚Risikostrafrecht‘ – und sei es immer schon gewesen

Zugespißt könnte man formulieren, Strafrecht habe sich doch immer schon mit Gefahren und Risiken, mit Sicherheit und Unsicherheit befaßt, so daß die derzeitige Konjunktur des Themas allen-

³ Vgl. S. 62 ff.

falls eine Zunahme von Gefahren und Risiken oder eine anders begründete Nachfrage nach Sicherheit belege.

Das ist offensichtlich richtig – jedenfalls für ein Strafrechtssystem, das spezial- und generalpräventive Zwecke behauptet und sich gerade durch sie legitimiert, also für das Strafrecht der relativen Straftheorien. Plausibel ist es aber auch für die Zeit davor und für ein absolut begründetes Strafrecht, wenn man die Frage, womit sich ein Strafrecht befaßt, nicht allein an den jeweils vorherrschenden Straftheorien mißt. Sie geben zwar Auskunft über die spezifischen Legitimationsanforderungen der Zeit und über den Rationalitätsbegriff einer Rechtskultur⁴, können aber über die faktische Wirkungsweise des Strafrechts wenig aussagen. Fragt man nach der Funktion des Strafrechts in einem sozialwissenschaftlichen Sinn, also nach seiner „objektiven Konsequenz“⁵, dann kann wenig Zweifel darüber bestehen, daß Strafrecht sich tatsächlich immer schon auf die objektive und die subjektiv erlebte Sicherheit und Unsicherheit ausgewirkt hat, sich also in der Tat nicht erst neuerdings mit den Ausschnitten des gesellschaftlichen Lebens befaßt, die in letzter Zeit eine so zentrale Rolle spielen⁶.

Mit diesem Hinweis auf immer schon vorhandene latente Funktionen des Strafrechts ist freilich alles und nichts gesagt, ein gewichtiger Einwand gegen die hier vorgetragene Hypothese jedenfalls nicht formuliert. Denn entscheidend ist gerade, daß diese Funktionen *jetzt* eine *zentrale* Rolle spielen, daß sie nicht mehr nur als latente Funktionen, sondern als das Strafrechtssystem legitimierende Zwecke diskutiert werden. Gefahr, Sicherheit und Unsicherheit haben das menschliche Leben ebenfalls von Anbeginn an begleitet, ohne daß man deswegen von einer stets schon bestehenden Risikogesellschaft spricht oder sprechen sollte. Ebenso wie erst ein spezifischer Umgang mit Risiken und Gefahren die Gesell-

⁴ Vgl. Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 284 f.

⁵ Gemeint ist der sozialwissenschaftliche Funktionsbegriff, der nicht nur die ‚manifesten‘, intendierte und expliziten Funktionen, sondern auch die ‚latenten‘, nicht gewollten, unbeabsichtigten Nebenfolgen von Handlungen, also die ‚objektive Konsequenz‘ von Handlungen erfaßt. Vgl. dazu und zur abweichenden Verwendung des Funktionsbegriffs in der Rechtswissenschaft, Sack, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), AV II, 1975, S. 360.

⁶ Vgl. für die präventiven Funktionen des absolut begründeten Strafrechts des 19. Jahrhunderts: Frommel, Präventionsmodelle, 1987.

schaft zur Risikogesellschaft macht, bewirkt erst ein durch den Risikodiskurs spezifisch geprägtes Strafrecht, daß das ‚Strafrecht der Risikogesellschaft‘ zum untersuchungswürdigen Gegenstand wird.

II. Der Einwand, spätestens das moderne Zweckstrafrecht Franz von Liszts sei schon Risikostrafrecht gewesen

Von größerem Gewicht ist die Nachfrage, ob nicht spätestens mit der ‚modernen Schule‘, also mit dem offenen Einzug des Zweckgedankens in das Strafrecht dieses strukturell Risikostrafrecht geworden sei. Das tragen vor allem die vor, die im Paradigmenwechsel von der absoluten zu den relativen Straftheorien nicht den Durchbruch zum fortschrittlichen Strafrecht, sondern den ‚Sündenfall‘ des rechtsstaatlich-liberalen Strafrechts sehen⁷.

Auch diesem Einwand soll nicht grundsätzlich widersprochen werden. Der Schritt zum modernen Zweckstrafrecht war in der Tat der erste nennenswerte hin zum Risikostrafrecht. Das gilt für die Verringerung der Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit des Strafrechts, zwischen Straftheorie und Funktion der Strafe, es gilt aber auch insofern, als es in die Logik einer Gesellschaft, die zunehmend aus unberechenbaren Gefahren handhabbare Risiken macht, paßt, daß auch das Strafrecht bewußt zur Risikominimierung eingesetzt wird.

Trotzdem zwingt der Einwand nicht dazu, das Projekt einer Rekonstruktion des Risikostrafrechts als Strafrecht der Risikogesellschaft abzubrechen. Denn es gibt, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, spezifische Merkmale des hier so genannten Risikostrafrechts, die im modernen Zweckstrafrecht noch nicht sichtbar waren. Um nur kurz anzudeuten, was gemeint ist: Geändert hat sich – gesamtgesellschaftlich und im Strafrechtsdiskurs⁸ – das Wissen und die Ein-

⁷ Vgl. etwa die Position *Nauckes*, zuletzt prägnant formuliert in: *KritV* 1990, S. 244 ff. [250 f.].

⁸ Vgl. etwa die naiven Modelle unvermittelter Strafzweckverfolgung des 19. Jahrhunderts mit einem Konzept des Strafrechts als Teilbereich sozialer Kontrolle z. B. bei *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 316 ff.

stellung zu Risiken, das Auftauchen neuer Gefährdungslagen⁹, aber auch das „postmodern“ genannte¹⁰ Wissen um Nichtwissen¹¹.

C. Ausblick auf die Kapitel des zweiten Teils

Wie der Risikodiskurs den Gegenstand der gesamten Strafrechtswissenschaft beeinflusst hat, soll im folgenden in fünf Kapitel erörtert werden, die der Kriminalität (4. Kapitel), den Straftheorien (5. Kapitel), der Kriminalpolitik (6. Kapitel) und der Strafrechtsdogmatik (7. und 8. Kapitel) in der Risikogesellschaft gewidmet sind.

⁹ Vgl. zu diesem Begriff, der die Dichotomie von ‚Gefahr‘ und ‚Risiko‘ durchbricht: *Denninger*, *Habermas-Fs.*, 1989, S. 629.

¹⁰ Vgl. *Lyotard*, *Das postmoderne Wissen*, 1986.

¹¹ Dazu ausführlicher und m. w. N.: *Denninger*, a. a. O., S. 633.

4. KAPITEL

KRIMINALITÄT UND KRIMINALISIERUNG IN DER RISIKOGESELLSCHAFT

Eine Untersuchung von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft wäre ohne einen Blick auf die Kriminalität in dieser Risikogesellschaft unvollständig. Das ergibt sich nicht nur zwanglos aus dem wieder zunehmenden Verständnis der Strafrechtswissenschaft als gesamte Strafrechtswissenschaft¹². Es ist vor allem sachlich geboten und dies unabhängig davon, ob man mit dem bis in die 60er Jahre dominierenden Kriminologieverständnis nur *Taten und Täter* oder mit den neueren kriminologischen Ansätzen (auch oder ausschließlich) die *Instanzen der Strafverfolgung* zum Gegenstand der Kriminologie deklariert¹³.

A. Kriminologische Vorüberlegungen zum Verhältnis von Kriminalität, Strafrecht und Kriminalpolitik

Der soeben erwähnte Blick auf die Kriminalität setzt voraus, daß es sie gibt, und zwar in dem Sinn, von dem Strafgesetzgeber, Strafrechtspraxis und der überwiegende Teil der Strafrechtswissenschaft seit langem mehr oder weniger reflektiert ausgehen. Das ist bekanntlich ebenso umstritten, wie die Anschlußfrage, was gegebenenfalls mit Kriminalität gemeint ist. Dabei sind zwei Problemkreise zu unterscheiden: Zum einen die Kontroverse zwischen natürlichem

¹² Vgl. die dieses Verständnis besonders deutlich demonstrierenden Frankfurter Arbeiten von *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990; *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), AV Band I-IV, 1975-1980; *Lüderssen*, *Kriminologie*, 1984; *Naucke*, *Strafrecht*⁵, 1987.

¹³ Im Bereich aktueller Neukriminalisierungen verliert diese kriminologieinterne Auseinandersetzung an Bedeutung: Der Widerstand der ätiologisch orientierten Kriminologen gegen die Kriminalisierungsansätze verpufft angesichts der offenkundigen Tatsache, daß das neukriminalisierte Verhalten erst durch die Kriminalisierung ‚kriminell‘ wird; andererseits relativiert sich angesichts der auf sehr spezifische Tätergruppen zugeschnittenen Tatbestände auch der (von seiten ‚kritischer‘ Kriminologen erhobene) Vorwurf selektiver Kriminalisierung an sich ubiquitären Verhaltens.

und legalistischem Verbrechens- oder Kriminalitätsbegriff¹⁴, zum anderen die – viel weitreichendere – Frage, ob Kriminalität überhaupt als Eigenschaft oder nur als Etikettierung eines Verhaltens vorstellbar ist, ob also gar nicht Kriminalität, sondern Kriminalisierung das Thema ist¹⁵.

Im Rahmen dieser Untersuchung ist es weder möglich noch notwendig, zu diesen Grundkontroversen der Kriminologie Stellung zu beziehen. Allenfalls mag auf die paradoxe Haltung vieler Strafrechtjuristen hingewiesen werden, die einem natürlichen Kriminalitätsbegriff, der sich nicht nur auf das durch Strafgesetz verbotene Verhalten bezieht, ebenso skeptisch gegenüberstehen wie der These, erst durch Kriminalisierung werde ein Verhalten zu Kriminalität. Erklärbar ist dieser intellektuelle Spagat wohl nur mit den Legitimationsbedürfnissen der Strafrechtjuristen: Denn die Behauptung der Existenz ‚kriminellen‘, aber nicht strafbaren Verhaltens bedroht die Legitimität des Strafrechts ebenso wie die These von der kriminalitätsproduzierenden Kriminalisierung¹⁶.

Diese defensive Reaktion auf neuere kriminalsoziologische Perspektiven ist jedoch ganz unnötig. Sie beruht zu einem wichtigen Teil auf Mißverständnissen. So besagt die kriminalsoziologische These und Erkenntnis, daß das vom Strafgesetz verbotene Verhalten nur *eine* von vielen Arten abweichenden Verhaltens ist, für sich genommen nichts über die bestehende oder fehlende *Legitimität* der im strafrechtlichen Verbot liegenden Kriminalisierung. Zum anderen stellt die von Zögerlichkeit und innerem Widerstand geprägte Reaktion auf die neuere Kriminalsoziologie eine für den Strafrechtler, zumindest für den *Strafrechtswissenschaftler*, ganz unangebrachte Identifikation mit dem Normprogramm des gerade geltenden Strafgesetzes und seiner konkretisierenden Anwendung durch die Strafverfolgungsorgane dar.

Im folgenden wird gleichwohl unter Kriminalität, entsprechend einer auch in der Kriminologie verbreiteten Ansicht¹⁷, derjenige

¹⁴ Vgl. *Lüderssen*, *Kriminologie*, 1984, S. 15 f. (Rn. 1-5).

¹⁵ Vgl. etwa *Pfeiffer/Scheerer*, *Kriminalsoziologie*, 1979, S. 44 ff.

¹⁶ Vgl. zur „Sprengkraft“ kriminologischer Thesen für die Legitimität des Strafrechts: *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 54.

¹⁷ Vgl. etwa *Lüderssen*, *Kriminologie*, 1984, S. 15 f. (Rn. 3 f.); *Pfeiffer/Scheerer*, *Kriminalsoziologie*, 1979, S. 13 ff. [16].

Ausschnitt abweichenden Verhaltens verstanden, der auch ‚kriminalrechtlich‘ verboten ist. Betont sei jedoch, daß mit dieser begrifflichen Festlegung weder eine Bewertung des kriminalrechtlich Verbotenen noch des vom Strafgesetzgeber gerade nicht erfaßten Verhaltens verbunden ist. Auch einer Limitierung des Gegenstandsbereichs der ‚Kriminologie‘ soll damit nicht das Wort geredet werden¹⁸.

Teilt man das Interesse der Kriminologie daran, „welche Verhaltensweisen in einer bestimmten Gesellschaft (kriminell sind oder¹⁹) als kriminell definiert werden“²⁰, dann liegt die Frage nahe, welche Verhaltensweisen die Risikogesellschaft als kriminell ansieht.

B. Kriminalität unter den Bedingungen der Risikogesellschaft

Man muß sich dem Thema von zwei Seiten nähern. Zum einen ist nach für die Risikogesellschaft typischen spezifischen Neukriminalisierungen zu forschen (I.), zum anderen ist Hinweisen nachzugehen, daß die Risikoorientiertheit der Menschen in der Risikogesellschaft sich ganz allgemein sich auf abweichendes Verhalten, seine Wahrnehmung und Bewertung ausgewirkt hat (II.).

I. Neue Taten, neue Täter aufgrund neuer Kriminalisierungen in der Risikogesellschaft

1. Vergleich des strafrechtlichen Normbestandes 1871 und 1991

Vergleicht man das Strafgesetzbuch von 1871 mit dem heutigen Normbestand dieses Gesetzes, dann überrascht zunächst das Ausmaß an Kontinuität. Wichtige Vorschriften, von Hausfriedensbruch,

¹⁸ Wobei anzumerken ist, daß aus den beim Begriff ‚Kriminalität‘ erwähnten Gründen die Bezeichnung „Soziologie des abweichenden Verhaltens“ gegenüber dem etymologisch auf das ‚crimen‘ verweisenden Begriff der Kriminologie vorzugswürdig erscheint.

¹⁹ Zusatz: C.P.

²⁰ Sack, Probleme der Kriminalsoziologie, in: R. König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung², 1978, S. 282.

Geldfälschung, den Aussagedelikten, über Vergewaltigung, Beleidigung, Mord²¹ und Körperverletzung, Nötigung²² bis hin zu Diebstahl und Raub, Betrug und Sachbeschädigung findet man an gleicher Stelle in meist unveränderter, manchmal unwesentlich geänderter Fassung.

Der zweite Blick lehrt freilich, daß doch nicht alles beim alten geblieben ist. Manche, eigentlich erstaunlich wenige Tatbestände haben *nicht* überlebt. Dazu gehören die Straftatbestände des Ehebruchs (§ 172 RStGB) und des verbotenen Zweikampfs (§ 201 RStGB)²³, und (heute!) anheimelnd anmutende Detailregelungen wie die des Verbots des „Fischens und Krebsens“ bei Nacht (§ 296 RStGB). Auffallender als die weggefallenen sind die neu hinzugekommenen Verbote. Sie betreffen vor allem drei Gegenstandsbereiche: Den Straßenverkehr, das Wirtschaftsleben und umweltrelevantes Verhalten. Unschwer sind darin genau die Lebensbereiche zu erkennen, in denen die „gewaltigen Veränderungen“²⁴ stattfinden, die das Strafrecht herausfordern (*Jescheck*) – und die es möglicherweise in eine Krise gestürzt haben²⁵.

²¹ Beim Mordtatbestand ist allerdings die folgenreiche Änderung der Typisierung zu beachten: Im RStGB machte die Ausführung „mit Überlegung“ den Totschlag zum Mord; diese psychologisierende Betrachtung wurde durch die Neufassung des § 211 durch das Gesetz vom 4.9.1941 – in Anlehnung an eine schon früher bestehende „deutsch-rechtliche Entwicklungslinie“ (*Schönke-Schröder-Eser*, StGB²⁴, 1991, Rn. 4 vor §§ 211 ff.) ersetzt durch die jetzige Verwerflichkeitskasuistik. Vgl. zur Geschichte des Mordparagraphen die knappe Zusammenfassung bei *Eser*, a. a. O. (m. w. N.); speziell zur Bedeutung der Tätypenlehre bei § 211: *Frommel*, JZ 1980, S. 559 ff.

²² Auch bei § 240 StGB sind wichtige Änderungen zu notieren. Durch Verordnung von 29.5.1943 (RGBl. I 1943, S. 339) wurde aus der „Drohung mit einem Verbrechen“ die „Drohung mit einem empfindlichen Übel“; als Korrektiv wurde die Rechtswidrigkeitsklausel (Zweck-Mittel-Relation) des § 240 Abs. 2 geschaffen, deren nationalsozialistische Formulierung „gesunden Volksempfindens“ nach 1945 durch den – kaum weniger bestimmten – Begriff der „Verwerflichkeit“ ersetzt wurde; vgl. *Calliess*, NJW 1985, S. 1506 ff.

²³ Kritisch zum tatsächlichen Ausmaß der Entkriminalisierung (allgemein, und an diesem Beispiel demonstrierend): *Naucke*, GA 1984, S. 199 ff. [202].

²⁴ *Jescheck*, in: Strafgesetzbuch²⁵ (Beck-Textausgabe), 1991, S. XI. Vgl. dazu in der Einleitung, S. 39.

²⁵ Dazu: oben in der Einleitung, S. 44 f.

2. Tatspezifische Besonderheiten

Das Verhalten, das in der Risikogesellschaft als kriminell definiert wird, unterscheidet sich signifikant von dem, was jeder mit ‚Kriminalität‘ assoziiert und was lange alleiniger Gegenstand der Kriminologie war. Etwas zugespitzt kann man sagen:

- Das neukriminalisierte Verhalten ist selten gewalttätig, aber seine Auswirkungen stehen denen gewalttätigen Verhaltens in nichts nach – man denke an den Abschluß von Kaufverträgen bei Waffengeschäften oder an Aufsichts- und Kontrollverhalten in einem Kernkraftwerk;
- es widerspricht, um ein von *Hans Jonas* geprägtes Begriffspaar zu verwenden, selten der (verhaltensrelevanten) Nächsten-Ethik, aber oft der (weniger verhaltensprägenden) Fernmoral:

*„Die moderne Technik hat Handlungen von so neuer Größenordnung, ... mit so neuartigen Folgen eingeführt, daß der Rahmen früherer Ethik sie nicht mehr fassen kann. ... Gewiß, die alten Vorschriften der ‚Nächsten-Ethik‘ ... gelten immer noch ... für die nächste, tägliche Sphäre menschlicher Wechselwirkung. Aber diese Sphäre ist überschattet von einem wachsenden Bereich kollektiven Tuns, in dem der Täter, Tat und Wirkung nicht mehr dieselben sind wie in der Nahsphäre, und der durch die Enormität seiner Kräfte der Ethik eine neue, nie zuvor erträumte Dimension der Verantwortung aufzwingt.“*²⁶

- Das neukriminalisierte Verhalten ist subjektiv eher als ‚sorglos‘ denn als ‚böse‘ zu kennzeichnen; dem entspricht im Objektiven die Vorverlagerung des Taterfolges von der Verletzung auf die Gefährdung, was oft bedeutet, daß der Nachweis der Kausalität im Einzelfall schwer ist, obwohl die statistisch-aktuarische oder prognostische Riskantheit²⁷ des Verhaltens feststehen kann.
- Gefährlich wird es zudem oft erst durch sein kumulatives Auftreten. Man lese noch einmal *Hans Jonas*, der die „anthropozentrische Ausrichtung aller klassischen Ethik“ mit der „räumliche(n) Ausbreitung und Zeitlänge der Kausalreihen konfrontiert, welche die technische Praxis ... in Gang setzt“²⁸:

²⁶ *Hans Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1984, S. 26.

²⁷ Zu diesen Begriffen: *Fritzsche*, Risikobeurteilung, 1986, S. 18 f.

²⁸ *Hans Jonas*, a.a.O., S. 27.

*„Dazu ihr kumulativer Charakter, so daß die Lage für späteres Handeln und Sein nicht mehr dieselbe ist wie für den anfänglich Handelnden, sondern ... immer mehr ein Ergebnis dessen ist, was schon getan wird. Alle herkömmliche Ethik rechnete nur mit nicht-kumulativem Verhalten.“*²⁹

- Im Zweifel betreffen die Neukriminalisierungen der Risikogesellschaft eher systemkonformes³⁰ als abweichendes Verhalten, was unter der Voraussetzung, daß man das Strafrecht als Teilbereich sozialer Kontrolle ansieht³¹, das komplexe Wechselspiel zwischen der formalisierten strafrechtlichen Sozialkontrolle und anderen Kontrollmechanismen empfindlich stört, wenn nicht gänzlich in Frage stellt³².
- Hinzu kommt, daß diese Verhaltensalternativen oft nur für diejenigen in Betracht kommen, die über bestimmte Machtpositionen bereits verfügen³³. So wie früher das Schlafen unter den Brücken Armen und Reichen gleichermaßen verboten war, trifft auch das Verbot der Bearbeitung, Aufbewahrung, Beförderung, Einfuhr oder Ausfuhr von Kernbrennstoffen (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB) alle gleichmäßig.

Faßt man all diese Faktoren zusammen, dann geht es nicht um Verhalten, das verboten wird, weil es sozial inadäquat ist, sondern um Verhalten, das verboten wird, damit es sozial inadäquat wird. Die Summe dieser Merkmale des in der Risikogesellschaft als kriminell definierten Verhaltens dürfte nicht unwesentlich für die ‚Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft‘ verantwortlich sein: Wo das Strafrecht sich *nur* auf die Vernunft, aber nicht zusätzlich auf Tabus (Tötungshemmung, Gewalttabu), Nächsten-Ethik und moralische

²⁹ *Hans Jonas*, a.a.O., S. 27.

³⁰ In diesem Sinn wäre die Kriminalität der Risikogesellschaft ‚Makrokriminalität‘, wie *Jäger* sie definiert (*Jäger*, Makrokriminalität, 1989, S. 12). Ausführlicher zum Verhältnis der ‚Kriminalität der Risikogesellschaft‘, die irgendwo zwischen der ‚Mikrokriminalität der Ohnmächtigen‘ und der ‚Makrokriminalität der Mächtigen‘, sogleich im Text, S. 194 ff.

³¹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 318 ff.

³² *Hassemer*, a.a.O., S. 319, meint zwar, auch das Strafrecht könne umgekehrt die Prozesse in anderen Bereichen sozialer Kontrolle beeinflussen, z. B. „durch Kriminalisierung von Umweltverschmutzung ... an einer Sensibilisierung öffentlicher Aufmerksamkeit gegenüber diesen Verletzungen (mitwirken)“, schränkt das aber mit dem Zusatz, hier komme wohl eine langfristige Beeinflussung in Betracht, ein. Diese Langfristigkeit deutet die Effektivitäts- und Legitimationsprobleme eines Strafrechts, das sich der „Volkserziehung“ widmet, an.

³³ Ähnlich: *Frehsee*, KrimJ 1991, S. 27.

Kategorien (wie ‚gut und böse‘) stützen kann, wo zudem eingespaltene Machtgefälle sich nicht für, sondern gegen die Kriminalpolitik auswirken³⁴, wo schließlich der genuin empirische Begriff des abweichenden Verhaltens durch die Lebenswirklichkeit unzweifelhaft und für alle gut sichtbar ad absurdum geführt wird, da gerät das Strafrecht schnell an die Grenzen seiner Definitionsmacht.

3. Täterspezifische Besonderheiten

Es fällt nicht schwer, die Neukriminalisierungen der Risikogesellschaft auch mit *Tätergruppen* zu assoziieren, die sich deutlich von dem inner- und außerhalb des Faches gehandelten Klischee des ‚Kriminellen‘ unterscheiden. Der Abschnitt über den „Täter und sein Sozialbereich“ in *Göppingers* klassischem³⁵ Lehrbuch der Kriminologie³⁶ zeigt, wie selektiv solche Überlegungen auf den ‚kleinen Dieb‘, den ‚gefährlichen Räuber oder Mörder‘, nicht aber auf den Umwelt- oder den Wirtschaftsstraftäter³⁷ gemünzt³⁸ sind: Da ist von „körperlichen Bedingungen“³⁹ und „psychischen Abnormitäten“⁴⁰ die Rede, ausführlich wird auf „strukturell unvollständige Fami-

³⁴ Man denke an die offensichtlich damit zusammenhängenden Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Umwelt- und Wirtschaftskriminalität.

³⁵ Anders aber *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, der die „straftäterbezogenen Zusammenhänge“ vergleichsweise kurz abhandelt (S. 772-821), und zudem den Verkehrs- und Wirtschaftsstraftätern ausführlichere eigene Abschnitte (S. 784 ff.) widmet. *Kaiser*, *Kriminologie*, 1980 bezieht ausdrücklich Stellung zur Legitimität der „Frage nach dem Verbrecher“ (S. 141) und faßt zusammen, trotz des Erkenntniswandels der Kriminologie stünden die Untersuchungen der Täterpersönlichkeit noch ungebrochen im Mittelpunkt. Auch die Grundannahme, daß sich Kriminelle und Nichtkriminelle nach Persönlichkeitsmerkmalen unterscheiden, hält *Kaiser* bisher nicht für gravierend erschüttert (a. a. O., S. 143).

³⁶ *Göppinger*, *Kriminologie*⁴, 1980, S. 166-436.

³⁷ Vgl. aber außerhalb dieses – dem Täter generell gewidmeten – Abschnitts, die Ausführungen zu Wirtschaftsstraftätern (*Göppinger*, a. a. O., S. 665 f.), Computerkriminellen (a. a. O., S. 671 f.) und zu „Persönlichkeitsmerkmalen von Fahrzeugführern“ (a. a. O., S. 680 f.).

³⁸ Dabei steht noch nicht einmal fest, ob wenigstens diese „Münzungen“ akkurat sind, oder ob sie nur den Typ des von der Strafverfolgung erfaßten „Verbrechers“ widerspiegeln.

³⁹ *Göppinger*, *Kriminologie*⁴, 1980, S. 169; in der Voraufgabe (1976) noch: „Aufälligkeiten“.

⁴⁰ A. a. O., S. 179.

lien“⁴¹ und sonstige „Störungen im familiären Bereich“⁴² eingegangen. Dagegen wird dem ersten Stichwort, dem man im Zusammenhang mit Straßenverkehrs-, Wirtschafts- und Umweltdelinquenz Relevanz zutraut, nämlich der „Kriminalität bei sonstiger sozialer Unauffälligkeit“ gerade einmal eine halbe Seite gewidmet⁴³.

Die Aufzählung ließe sich noch weiter fortsetzen und belegt eindrucksvoll, daß die Gleichsetzung von krimineller Abweichung mit der Abweichung vom allgemeinen Lebensstil keineswegs der „auf selektive Wahrnehmungen reduzierte(n) Laienöffentlichkeit“⁴⁴ vorbehalten ist. Die Vorstellung, Kriminalität sei eine an „niedrigen Sozialstatus, geringe Kompetenz, defizitäre Lebenssituation“⁴⁵ gebundene Erscheinung, erweist sich aber schon bei ersten energischen Versuchen der Aufhellung von Dunkelfeldern mehr als Vorurteil denn als wissenschaftliche These⁴⁶ – und zwar in nahezu allen Bereichen der ‚klassischen‘ Kriminalität. Handelt es sich insoweit aber nur um kriminologische Verzerrungen, so steht bei den Neukriminalisierungen der letzten Jahrzehnte von vornherein fest, daß diese psychologischen und soziologischen Vorverständnisse von Kriminalität am Problem vorbeigehen.

Bereits jetzt müßte einsichtig geworden sein, daß die Neukriminalisierungen, die für das aktuelle Strafrecht typisch sind, auch eine neue Kriminologie erfordern. Dabei steht noch keineswegs fest, daß nicht auch täterorientierte Forschungen aufschlußreiche Ergebnisse an den Tag bringen könnten: Angesichts eines Umwelt-, Steuer- und Wirtschaftsstrafrechts, das in „gesellschaftliche Spitzenetagen“⁴⁷ weist, könnte sich am Ende herausstellen, daß zwar die von *Göppinger* aufgeführten Eigenschaften und Defizite zu sozialer Inkompetenz führen, ihre Gegenstücke aber im Sinne des Risikostrafrechts *kriminogen* sind, oder zumindest mit der genannten Kriminalität statistisch relevant korrelieren. So besteht Anlaß

⁴¹ A. a. O., S. 258.

⁴² A. a. O., S. 268.

⁴³ A. a. O., S. 321.

⁴⁴ *Frehsee*, *KrimJ* 1991, S. 25.

⁴⁵ A. a. O.

⁴⁶ Nachvollziehbar ist diese eminente – und folgenreiche – Fehleinschätzung nur insofern, als in der Tat die Klientel der Strafjustiz überwiegend aus den beschriebenen Kreisen kommt; vgl. zum Ganzen *Frehsee*, *KrimJ* 1991, S. 25 ff.

⁴⁷ *Frehsee*, *KrimJ* 1991, S. 27.

zu der Vermutung, daß genau diese Tätergruppe stärker als jede andere bisher in Erscheinung getretene als rational handelnde beschrieben werden kann⁴⁸, weil es um Verhalten in Lebensbereichen geht, die in aller Regel planend gestaltet werden. Angesichts seit längerem bekannter⁴⁹ Abhängigkeiten zwischen Kriminologie auf der einen, Kriminalpolitik und Straftheorie auf der anderen Seite, könnte man formulieren: Bisher hat die Kriminologie wenig Anlaß zu der Vermutung gegeben, abweichendes Verhalten sei im Prinzip rational und daher relativ einfach durch einen Faktor wie Bestrafung zu beeinflussen. Gleichzeitig geben Straftheorien den Ton an, die diese Effekte nicht nur behaupten, sondern damit Strafe und Strafrecht zu legitimeren trachten. Umgekehrt herrscht in der aktuellen straftheoretischen Diskussion Skepsis bezüglich der präventiven Leistungsfähigkeit der Strafe, obwohl zunehmend Anlaß besteht, von der Beeinflussbarkeit der Akteure abweichenden Verhaltens (in bestimmten Bereichen) durch Strafe auszugehen. Hier zeigt sich einer der Gründe, warum die „modernen Moralunternehmer“⁵⁰ so viel Zuspruch erhalten, wenn sie trotz strikter Ablehnung des ‚alten‘ Strafrechts in den Bereichen Wirtschaft und Umwelt Neukriminalisierungen fordern⁵¹. Sie können nicht nur auf immense – im Bereich des umweltrelevanten Verhaltens teilweise irreversible⁵² – Schäden hinweisen, und darauf, daß es hier endlich einmal den ‚Großen‘, die man sonst laufen läßt, ‚an den Kragen gehen‘ soll⁵³, sondern auch darauf, daß präventive Effekte, die kontrafak-

⁴⁸ Das wird im Schrifttum oft als selbstverständlich unterstellt; vgl. die beiläufige Bemerkung Jakobs', die Falsifizierung der Theorie negativer Generalprävention betreffe nicht die „Deliktgruppen, bei denen die Täter in der Regel zweckrational vorgehen, etwa die Delikte im Bereich der Wirtschaftskriminalität.“ (AT², 1991, 1/29, S. 21.)

⁴⁹ Vgl. Naucke, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), AV IV, 1980, S. 68 ff.

⁵⁰ Scheerer, KrimJ, 1. Beiheft 1986, S. 133 ff.; vgl. auch dens., KJ 1985, S. 245 ff.

⁵¹ Zum ganzen: Lüderssen, StV 1987, S. 163 ff. [164 f.].

⁵² Der Einwand Lubmanns (Soziologie des Risikos, 1991, S. 101 f.), irreversible Schäden seien nichts Neues und Technikspezifisches, weil alles, was faktisch geschehe, irreversibel geschehe, trifft logisch zu, ist aber (im Sinn pragmatischer Begriffsverwendung, nichtssagend. Vernünftiger Sprachgebrauch legt es nahe, zwischen den ‚reversiblen‘ Schäden eines Diebstahls oder Betrugs und ‚irreversiblen‘ Schäden (sei es einer schweren Körperverletzung oder einer Umwelterstörung) zu unterscheiden.

⁵³ Daran, daß dieses Ziel erreicht worden ist, ist Zweifel erlaubt: Vgl. P.-A. Albrecht, KritV 1988, S. 182 ff. [191], m. w. N.

tisch immer schon zur Rechtfertigung von Strafrecht behauptet wurden, nunmehr erstmals realistisches Zweckprogramm des Strafgesetzgebers sein könnten^{54/55}.

II. Neues Täterverhalten in der Risikogesellschaft: Die Straftat als riskante Entscheidung⁵⁶

Warum diese Rechnung letzten Endes nicht aufgeht⁵⁷, hat sich schon bei der Beschreibung der ‚neuen‘ Taten und ihrer Abweichungen vom ‚abweichenden Verhalten‘ angedeutet. Verdeutlicht werden soll die Antwort anhand der Diskussion eines Aufsatzes, der mit überraschenden Thesen zur Kriminologie der Risikogesellschaft aufwartet.

1. „Kriminalität als Modernisierungsrisiko“⁵⁸ (Baldo Blinkert)

Anknüpfend an Forschungen und Theorien über Prozesse der Rationalisierung und Individualisierung⁵⁹ hat der Freiburger So-

⁵⁴ Ähnlich schon 1978: Tiedemann (Wirtschaftskriminalität, 1978, S. 26), der sogar meint, das Grunddilemma des heutigen Kriminalrechts bestehe darin, daß das staatliche Strafen im herkömmlichen Bereich (z. B. des Diebstahls und des Mordes) real gesehen wenig nutzt, andererseits in neueren Bereichen zwar erhebliche Effektivität entfalten könnte, aber nur zögernd eingesetzt werde.

⁵⁵ Dabei zeigt sich freilich, daß der Begriff der „modernen Moralunternehmer“ unscharf ist: Er erfaßt sowohl die umwelt- und wirtschaftsrechtlichen Neukriminalisierer als auch diejenigen, die wirklich nach dem ‚alten Strafrecht‘ rufen. Das gilt vor allem bezüglich der verschiedenen Aspekte der diskutierten Neukriminalisierungen im Sexualstrafrecht i. w. S. (Vergewaltigung, Pornographie; vgl. zuletzt eindrucksvoll: die Debatte über die Vorfeldkriminalisierung der Kinderpornographie. Entscheidend für diese hier vorgenommene Wertung ist wohlgemerkt nicht der Wunsch, hier durch Strafrecht „Unrechtsbewußtsein“ zu schaffen, sondern die – je nach Lebensbereich – vorhandene oder fehlende Plausibilität der Verhaltensbeeinflussung durch Strafrecht.

⁵⁶ Vgl. dazu schon im 2. Kapitel, S. 84 f.

⁵⁷ Treffende Einwände bereits bei Scheerer, KJ 1985, S. 245 ff. und KrimJ 1. Beiheft 1986, S. 133 ff.

⁵⁸ So der Titel seines Aufsatzes in: Soziale Welt 1988, S. 397 ff.

⁵⁹ Blinkert (Soziale Welt 1988, S. 397 dort Fn.3) verweist auf die Arbeiten von F. Hirsch, Die sozialen Grenzen des Wachstums, 1980; Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981; Dubiel, Autonomie oder Anomie, in: J. Berger (Hrsg.), Die Moderne, Soziale Welt, Sonderband 4, 1986, S. 263 ff. und Beck, Risikogesellschaft, 1986.

ziologe *Blinkert* die Auffassung vertreten, die steigende Kriminalität in den entwickelten Industriegesellschaften sei als Modernisierungsrisiko zu verstehen. Das eröffnet neue Perspektiven auf die Kriminalität in der Risikogesellschaft, und zwar nicht nur auf die für die Risikogesellschaft typischen Kriminalisierungen, sondern auf die Kriminalität in der Risikogesellschaft allgemein.

Blinkerts These basiert zum einen auf theoretischen Erwägungen (a), zum anderen auf der empirischen Feststellung dramatisch gewachsener Kriminalitätsbelastung⁶⁰ (b).

a) Die Theorie der Kriminalität als Modernisierungsrisiko

aa) Kriminalität als rationales Verhalten

Wer kriminologisch oder kriminalpolitisch den „rational choice approach“ vertritt, ist der Überzeugung, daß auch „gesetzwidriges Verhalten (sich) als rationale Entscheidung rekonstruieren läßt“⁶¹. Interessant wird dieser Ansatz, der im Kern allen negativ präventiven Straftheorien zugrundeliegt, wenn man die freie Entscheidung zur Straftat nicht als anthropologisches Datum voraussetzt.

Genau das ist *Blinkerts* zentrale Aussage: Erst die industriewirtschaftliche Modernisierung habe einen Trend zur Rationalisierung⁶² und zur Individualisierung⁶³ in Gang gesetzt⁶⁴, der den ‚rational choice approach‘ einsichtig mache: Immer mehr Menschen würden eine utilitaristisch-kalkulative Perspektive einnehmen⁶⁵ und sich für ‚kriminelles‘ Verhalten entscheiden. Gesetzwidriges Verhalten, das ist die Quintessenz des Aufsatzes, lasse sich also nicht nur als prinzipiell rationales darstellen, sondern, wie *Blinkert* an einem Beispiel plausibel vorführen kann⁶⁶, als vernünftige Alternative (crime pays) zu rechtmäßigem Verhalten.

⁶⁰ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 399 f. Zu dieser These sogleich ausführlicher im Text.

⁶¹ *Blinkert*, a. a. O., S. 398 m. w. N. zu diesem Ansatz in Fn. 4.

⁶² Gemeint ist die Zunahme zweckrational abwägenden und utilitaristischen Handelns, vgl. *Blinkert*, a. a. O., S. 402.

⁶³ Gemeint ist die zunehmende Lösung des Einzelnen aus den Bindungen von Traditionen und Institutionen, vgl. *Blinkert*, a. a. O., S. 402.

⁶⁴ *Blinkert*, a. a. O., S. 398.

⁶⁵ A. a. O., S. 397.

⁶⁶ A. a. O., S. 406 f.

bb) Die geringe soziale Verankerung der Identität, und daher hohe Individualisierung von Straftätern

Nicht jeder habe aber diesen Zugang zu Entscheidungen über strafbares Verhalten. Je stärker Menschen sozial verankert seien, desto ‚irrationaler‘ (tendenziell: gegen die Straftat) würden sie sich entscheiden, je individualisierter sie seien, desto rationaler (und tendenziell: für die Straftat) fiel die Entscheidung aus.

Untermuert wird dieses Modell durch Ergebnisse einer von *Blinkert* durchgeführten empirischen Studie zur sozialen Verankerung verschiedener Teilpopulationen⁶⁷: Danach sind Straftäter⁶⁸ insofern besonders stark individualisiert, als sie ihre Identität kaum (noch) in sozialen Bezügen verankern⁶⁹. Unabhängig davon, ob diese Disposition Ursache der Normverletzung oder Reaktion auf Etikettierungen sei⁷⁰, fördere sie und die darin zum Ausdruck kommende objektiv sehr viel schwächere soziale Integration der Straftäter eine „nutzenkalkulierende Einstellung gegenüber Normen“, die es ihrerseits ermögliche, ein „illegitimes Verhalten als eine rationale und effektive Konfliktlösung zu betrachten“⁷¹.

Allerdings sind nach Auffassung *Blinkerts* zwei weitere Faktoren für den Kriminalitätsanstieg verantwortlich:

cc) Kriminalitäts- und Wirtschaftswachstum: ein antizyklisches Verhältnis⁷²

Zum einen lasse sich ein antizyklisches Verhalten der Straftatenentwicklung nachweisen. Zwar sei grundsätzlich ein Wachstum der

⁶⁷ Ausführlich: *Blinkert*, Popitz-Fs., 1990, S. 313 ff. Die dort vorgestellte Studie diene nicht explizit der Erhellung kriminologischer Fragestellungen, sondern dem grundsätzlichen Interesse daran, welche Bedeutung es hat, wenn jemand seine Identität in (auffallend) starkem oder geringem Ausmaß in sozialen Kategorien verankert.

⁶⁸ Zu den mehr oder weniger zufällig sich ergebenden untersuchten Teilpopulationen, *Blinkert*, Popitz-Fs., 1990, S. 313, Fn. 2.

⁶⁹ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 403.

⁷⁰ Zu diesen beiden Hypothesen *Blinkert*, Popitz-Fs., 1990, S. 317 f.: Mit den Daten der Untersuchung ist *Blinkert* zufolge nicht entscheidbar, welche Hypothese zutreffend ist.

⁷¹ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 403.

⁷² Ausführlich zum Zusammenhang zwischen Kriminalitätsbelastung und der Entwicklung wirtschaftlicher Gegebenheiten: *Eisenberg*, Kriminologie², 1985, § 52 (S. 713 ff.)

wirtschaftlichen Entwicklung *und* der Kriminalität zu beobachten. Vergleiche man jedoch die jeweiligen Wachstumsraten⁷³, dann zeige sich, daß bei hoher Wachstumsrate des Bruttosozialproduktes (BSP), die Wachstumsrate der Kriminalität niedrig und umgekehrt bei geringer Wachstumsrate des BSP diejenige der Kriminalität hoch sei⁷⁴. Dieser Zusammenhang lasse sich nur auf der Grundlage der zunehmenden Rationalisierung von Orientierungen gegenüber Normen erklären, nämlich damit, daß die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage für eine größere Zahl von Individuen dazu führe, daß kriminelles Verhalten – v. a. Eigentumsdelikte – zu einer „attraktiven Alternative zu gesetzestreuem versorgungsrelevanten Aktivitäten werden.“⁷⁵

So interessant und „keineswegs trivial“⁷⁶ dieser Zusammenhang ist, von erheblich größerer strafrechtstheoretischer Relevanz ist die zweite These zum Kriminalitätswachstum.

dd) Kriminalitätswachstum – ein autokatalytischer Prozeß

Blinkert nimmt nämlich das – von ihm behauptete – exponentielle Wachstum der Kriminalität als Indiz für einen sich selbst verstärkenden, also autokatalytischen Prozeß⁷⁷. In Anlehnung an *Popitz*' berühmte Arbeit „Über die Präventivwirkung des Nichtwissens“⁷⁸ und an *Sutherland/Cresseys* Erkenntnisse über Lernmöglichkeiten

⁷³ Gemeint ist die prozentuale Veränderung zum Vorjahr, vgl. *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 407.

⁷⁴ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 407 f. Das verwendete Zahlenmaterial entnimmt *Blinkert* dem Statistischen Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland (für das Bruttosozialprodukt) und der Polizeilichen Kriminalstatistik.

⁷⁵ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 407.

⁷⁶ A. a. O., S. 407. Die Suche nach Zusammenhängen zwischen Wirtschafts- und Kriminalitätsentwicklung hat zwar eine lange Tradition (und markiert insbesondere den Beginn der marxistisch orientierten Kriminologie), aber bisher stand eher der Zusammenhang zwischen Armut, Arbeitslosigkeit etc. und Kriminalität im Vordergrund, nicht dagegen die von *Blinkert* hervorgehobenen Auswirkungen der ökonomischen Entwicklungen auf das Verhalten der Menschen.

⁷⁷ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 409. Vgl. zum systemtheoretischen Hintergrund die weiteren Nachweise dort, Fn. 13.

⁷⁸ *Popitz*, Nichtwissen, 1968. Vgl. dazu auch: *Lüderssen*, Strafrecht und Dunkelziffer, 1972.

kriminellen Verhaltens⁷⁹ schlägt er vor, das Sich-Selbst-Aufschaukeln des Kriminalitätswachstums in etwa so zu verstehen:

„Je mehr Straftaten bekannt werden, desto mehr verlieren die davon betroffenen Rechtsnormen an Gültigkeit ...

Je mehr Täter erlappt und sanktioniert werden, desto mehr verlieren Sanktionen ihre abschreckende Wirkung. Es wird gewissermaßen ‚normal‘, sanktioniert zu werden ...

Je mehr Straftaten sanktioniert werden, desto mehr Vorbestrafte mit schwacher sozialer Verantwortung gibt es, für die erneute Regelverletzungen dann zu einer plausiblen Strategie werden, um Bedürfnisse zu befriedigen ...

Je mehr Straftaten sanktioniert werden, desto mehr Personen gibt es, für die aufgrund eines hohen Deprivationsgrades illegitimes Verhalten zu einer attraktiven Alternative wird ...

(Und schließlich:) Je mehr Straftaten verübt werden und je intensiver darüber berichtet wird, desto günstiger werden auch die Lernmöglichkeiten für illegitimes Verhalten ...“⁸⁰

Über die dargestellten Prozesse – Abbau der Präventivwirkung des Nichtwissens, Abnutzung der Sanktionen, Zunahme deprivierter Personen mit schwacher sozialer Verantwortung und Verankerung und Zunahme der Lernmöglichkeiten für illegitimes Verhalten – verstärkte sich die Verbreitung zweckrationaler Orientierung gegenüber Normen. Gleichzeitig würden für einen immer größer werdenden Kreis von Normadressaten Bedingungen erzeugt, unter denen gesetzwidriges Verhalten zur attraktiven Alternative wird.

Diese theoretische Erklärung für wachsende Kriminalitätsbelastung geht insofern über *Popitz*' Erkenntnisse hinaus, als sich die ‚Wirkung des Wissens‘ erst in der – anonymen, individualisierten und risikoorientierten – Risikogesellschaft voll entfaltet: Wer sich – bestärkt durch Tabus, moralische und soziale Normen – unbewußt von vornherein gegen die Begehung von Straftaten entschieden hat, für den bedeutet der bekanntgewordene Normbruch etwas offensichtlich anderes als für das Mitglied der Risikogesellschaft, das sich – zugespitzt formuliert – für oder gegen den Normbruch nach in etwa den gleichen Kriterien entscheidet, die es bei jeder anderen Alltagsentscheidung anwendet.

⁷⁹ *Sutherland/Cressey*, Principles of Criminology, 1960.

⁸⁰ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 409, unter Verweis auf *Popitz* und *Sutherland/Cressey*, a. a. O.

b) Der empirische Nachweis gewachsener Kriminalitätsbelastung

Die Theorie der Kriminalität als Modernisierungsrisiko steht und fällt freilich mit der Behauptung, daß tatsächlich die Kriminalitätsbelastung gestiegen ist. Sie dürfte zwar einer weitverbreiteten Ansicht entsprechen, die sich zudem auf die in den Polizeilichen Kriminalstatistiken seit Jahrzehnten ausgewiesenen Kriminalitätszuwachsdaten stützen kann – die Kriminologen halten sich mit entsprechenden Beurteilungen jedoch auffallend zurück⁸¹.

aa) Die Polizeiliche Kriminalstatistik als Beleg für die wachsende Kriminalitätsbelastung

Fest steht, daß die Polizeiliche Kriminalstatistik, die seit 1953 vom Bundeskriminalamt herausgegeben wird, keine Angaben über den wirklichen Umfang der Kriminalität liefern kann^{82/83}. Das schließt jedoch nicht aus, daß sie Aussagen über das behauptete Wachstum der Kriminalitätsbelastung machen kann⁸⁴. Auf den ersten Blick wird man nicht zögern, das zu bejahen:

So kann man der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 1990 folgende Angaben über die Gesamtentwicklung der Kriminalität

seit 1963⁸⁵, ausgedrückt in der Gesamthäufigkeitszahl⁸⁶ (GHZ), entnehmen⁸⁷:

Jahr	GHZ	Jahr	GHZ	Jahr	GHZ
1963	2914	1973	4131	1983	7074
1964	2998	1974	4419	1984	6755
1965	3031	1975	4721	1985	6909
1966	3213	1976	4980	1986	7154
1967	3465	1977	5355	1987	7265
1968	3588	1978	5514	1988	7094
1969	3645	1979	5761	1989	7031
1970	3924	1980	6198	1990	7108
1971	3983	1981	6603		
1972	4171	1982	6963		

bb) Zweifel an der Aussagekraft der Polizeilichen Kriminalstatistik bezüglich der Kriminalitätsentwicklung

Trotz der scheinbar eindeutigen Aussage dieser Zahlenreihe sind Zweifel anzumelden, ob damit der Nachweis gesteigener Kriminalitätsbelastung als gelungen gelten kann oder ob man mit skeptischen Stimmen argwöhnen muß, die Polizeiliche Kriminalstatistik gebe *zuverlässig* nur Auskunft über das „Verhältnis von bekannt gewordener und polizeilich aufgeklärter Kriminalität“⁸⁸ und über „Schwerpunkte und Veränderungen im Bereich der behördlichen Aktivitäten“⁸⁹.

⁸¹ Eindeutige Aussagen zu der Frage, ob ein Anstieg der Kriminalität zu konstatieren ist, finden sich – v. a. unter Bezug auf die Dunkelfeldproblematik – in den kriminologischen Lehrbüchern nicht.

⁸² Vgl. die Vorbemerkung in der „offiziellen“ Veröffentlichung: Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 1990, 1991, S. 5. Der eigentliche Streit geht darum, ob diese Statistik überhaupt aussagekräftig ist, beziehungsweise, wofür. Skeptisch jedenfalls zum Nutzen für die kriminologische Theoriebildung: Pfeiffer/Scheerer, Kriminalsoziologie, 1979, S. 21 m. w. N.

⁸³ Das übersieht auch Blinkert (Soziale Welt 1988, S. 397 ff [399]) nicht.

⁸⁴ Ausschließlich auf die Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik stützt Blinkert (a. a. O., S. 399 ff.) seine Behauptung gewachsener Kriminalitätsbelastung, ein Vorgehen, das sich zwar auf die traditionelle kriminologische Annahme eines konstanten Verhältnisses zwischen bekanntgewordener und unbekannt gebliebener Kriminalität (dazu: Eisenberg, Kriminologie², 1985, § 16 Rn. 1, S. 121) berufen kann, aber schon deswegen fragwürdig ist, weil heute unter Kriminologen – in durchaus seltener Einmütigkeit – unbestritten ist, daß verlässliches Wissen über Kriminalität durch die Nutzung nur eines Typs von Kriminalstatistiken keinesfalls erwartet werden kann (vgl. Kaiser, Kriminologie², 1988, § 42, Rn. 9, 14 m. w. N.).

⁸⁵ Ab 1963 sind Straßenverkehrsdelikte, die die Gesamtstatistik erheblich beeinflussen, nicht mehr aufgeführt.

⁸⁶ Das ist die Zahl der bekanntgewordenen Fälle von Kriminalität, errechnet auf 100.000 Einwohner. Vgl. zu Einzelheiten und zu Beschränkungen der Aussagekraft: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 1990, 1991, S. 10.

⁸⁷ A. a. O., S. 13, mit zusätzlichen Angaben zu einzelnen Schwankungen, die durch Änderung der Erfassungsmodalitäten erklärbar sind.

⁸⁸ Hassemer, AK-StGB, vor § 1 Rn. 79.

⁸⁹ A. a. O., Rn. 82; Sack, in: Kaiser/Kerner/Sack/ Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch², 1985, S. 82 ff.

Von den zahlreichen Einwänden gegen die Aussagekraft der Polizeilichen Kriminalstatistik⁹⁰ ist die Frage nach dem *Verhältnis* von Dunkelfeld und bekanntgewordener Kriminalität ausschlaggebend: Kann man davon ausgehen, daß das Dunkelfeld unverändert groß geblieben oder sogar ebenfalls gestiegen ist, dann spricht alles für eine tatsächlich gewachsene Kriminalitätsbelastung⁹¹; dagegen erwiese sich die Statistik als unbrauchbarer Beleg, wenn der Anstieg der bekanntgewordenen Kriminalität nur ein Kleinerwerden des Dunkelfeldes widerspiegelt.

Damit wäre man am Ende nicht viel weiter und hätte nur eine offene Frage (die nach der tatsächlichen Kriminalitätsentwicklung) durch eine andere, ebenso offene (die nach der Größe und Entwicklung des Dunkelfeldes⁹²) ersetzt. Angesichts der Tatsache, daß zwischen 85 und 98% der in der Polizeilichen Kriminalstatistik aufgeführten Straftaten der Polizei durch private Anzeigen bekannt werden⁹³, kann man die Frage weiter dahingehend zuspitzen⁹⁴, ob der oben ausgewiesene Anstieg bekanntgewordener Kriminalität

⁹⁰ Vgl. die knappe Zusammenfassung bei: *Hassemer*, AK-StGB, vor § 1, Rn. 82; ausführlicher – und grundsätzlich skeptisch gegenüber statistisch-quantitativen Methoden – *Lüderssen*, *Kriminologie*, 1984, S. 226 ff. (Rn. 869 ff.); umfassend: *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 17 Rn. 7 ff. (S. 129 ff.) und Rn. 20 ff. (S. 137 ff.), und (insgesamt weniger skeptisch): *Kaiser*, *Kriminologie*², 1988, § 15 Rn. 14–19.

⁹¹ Das behauptet *Blinkert*, *Soziale Welt* 1988, S. 397 ff. [400 f.].

⁹² Vgl. zu den Schwierigkeiten der Dunkelfeldforschung: *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 16, S. 121 ff.

⁹³ Im kriminologischen Schrifttum werden folgende Zahlen bezüglich des Anteils der durch private Anzeigen bekanntgewordener Fälle genannt: 91–98% (*Kaiser*, *Kriminologie*², 1988, § 54, Rn. 12); 94–97% (*Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 26, Rn. 8); 85–95% (*Kürzinger*, *Kriminologie*, 1982, S. 122 f.).

⁹⁴ Hinzu kommen mögliche Auswirkungen, die mit der Anzeigebereitschaft nichts zu tun haben. So können personelle Verstärkungen der Polizei nicht nur zu erhöhter Aufklärung, sondern auch zu einem höheren Anteil polizeilich wahrgenommener Kriminalität führen (vgl. zu dem berühmt gewordenen Fall des plötzlichen und unerklärlichen Anstiegs der Jugendkriminalität im Landkreis Lüchow-Dannewitz, der, wie Nachforschungen ergaben, darauf beruhte, daß in diesem Landkreis in Erwartung letztlich nicht stattfindender Demonstrationen gegen ein Atomprojekt die Polizeikräfte erheblich verstärkt wurden: *Christian Pfeiffer*, in: *Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe e.V. (Hrsg.)*, *Und wenn es künftig weniger werden? 1987*, S. 9 ff. [33 ff.]); zu bedenken ist auch, ob zweifellos vorhandene Wünsche nach personeller Verstärkung (bewußt oder unbewußt) die Erfassung der in die Statistik eingehenden Daten im Sinn einer Dramatisierung beeinflusst. Allgemein zu den Möglichkeiten polizeilicher Steuerung der Anzeigenaufnahme: *Pfeiffer*, a. a. O., S. 37 f.

auf einem realen Wachstum oder auf einem veränderten Anzeigeverhalten beruht.

Auch diese Frage wird freilich – jedenfalls in dieser Untersuchung – nicht abschließend zu beantworten sein. Immerhin soll auf die naheliegenden *möglichen* Ursachen für ein geändertes Anzeigeverhalten kurz eingegangen werden, weil sich auch insoweit interessante Bezugspunkte zu der sich entwickelnden Risikogesellschaft ergeben.

aaa) Urbanisierung und Anzeigeverhalten

Urbanisierung, die Zuwanderung von Menschen aus ländlichen Gebieten in die Stadt, und *Urbanismus*, die spezifischen Bedingungen des Lebens in der Stadt, werden überwiegend als kriminogene – also tendenziell für einen Kriminalitätsanstieg sprechende – Faktoren genannt⁹⁵. Daneben sollen sie aber auch eine Zunahme der Anzeigebereitschaft der Bevölkerung erklären können. Im Zuge der Urbanisierung würden zwischenmenschliche Kontakte zunehmend anonymer, informelle Konfliktregelungen damit immer seltener und die Inanspruchnahme formaler Instanzen häufiger⁹⁶.

Blinkert hält dieses Argument nicht für stichhaltig, weil seit den 70er Jahren kaum noch von einem Urbanisierungstrend gesprochen werden könne⁹⁷. Selbst wenn man ihm insoweit zustimmt, ist nicht recht zu erkennen, was damit gewonnen ist: Urbanisierung ist in diesem Zusammenhang ja nur ein Stichwort, ein theoretischer Bezugsrahmen für die Behauptung wachsender Anonymisierung, abnehmender Bereitschaft und Fähigkeit zu informellen Konfliktregelungen und damit zunehmender Einschaltung formeller Instanzen, also geändertem Anzeigeverhalten. Warum diese Trends parallel zu dem Ende der Urbanisierung ein plötzliches Ende gefunden haben sollen, ist weder folgerichtig noch plausibel. *Blinkert* selber behauptet ja mit seiner Individualisierungsthese genau solche Phänomene, die sich weder mit Urbanisierung noch mit industrieller Modernisierung *allein* erklären lassen. In der Tat wird auch

⁹⁵ Vgl. *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 53, Rn. 7; (S. 729), m. w. N.

⁹⁶ So die Zusammenfassung des Arguments bei *Blinkert*, *Soziale Welt*, 1988, S. 397 ff. [401]; dieser Effekt der Urbanisierung wird auch erwähnt bei *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 53 Rn. 7, S. 729 und § 26 Rn. 8, S. 217 („Aspekt zunehmender Vereinsamung in der modernen Gesellschaft“).

⁹⁷ *Blinkert*, *Soziale Welt* 1988, S. 401.

von Soziologen derzeit eher eine weitere Zunahme der Anonymisierung und Individualisierung angenommen⁹⁸, so daß viel dafür, wenig – und jedenfalls nicht das Ende des Urbanisierungstrends – dagegen spricht, daß nach wie vor informelle Erledigungsarten zugunsten der Inanspruchnahme formeller Instanzen an Bedeutung verlieren.

bbb) Anzeigeverhalten in der ‚Versicherungsgesellschaft‘

Ein weiterer Grund für eine – die Polizeiliche Kriminalstatistik beeinflussende, aber nicht notwendig auf Kriminalitätswachstum verweisende – Zunahme des Anzeigeverhaltens könnte in der wachsenden Zahl von Versicherungsverhältnissen liegen: Ist ein Schaden durch eine Versicherung abgedeckt, entsteht, soweit die Leistung der Versicherung von einer Strafanzeige abhängig ist⁹⁹, eine zusätzliche – geradezu zwingende – Motivation zur Anzeige von Straftaten.

Damit sei aber, so *Blinkert* spekulativ, wohl „kaum das *Ausmaß* des Kriminalitätszuwachses erklärbar“¹⁰⁰. Auch dieses Argument kann nicht überzeugen: Gerade nach der Polizeilichen Kriminalstatistik, also dem von ihm ausgebreiteten Material, besteht der bei weitem größte Teil aller Straftaten aus Diebstahlsdelikten¹⁰¹. Und daß gerade das Risiko, Opfer dieser Kriminalität zu werden, versicherungsfähig ist, ist ebenfalls nicht anzuzweifeln – man denke nur an einige wenige Massendelikte wie Fahrrad-, und Auto-

⁹⁸ Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei *Schöps*, *Der Spiegel*, Nr. 2/1991, S. 100 ff.

⁹⁹ Dazu, daß Versicherungen von dieser Anforderung bei Bagatelldelikten inzwischen absehen: *Eisenberg*, *Kriminologie*², 1985, § 26 Rn. 10 (S. 218).

¹⁰⁰ *Blinkert*, *Soziale Welt* 1988, S. 401. Im Rahmen einer sozialwissenschaftlichen Arbeit ist soviel Spekulation ungewöhnlich – und überflüssig zudem, weil es Material dazu gibt. So hat *Kürzinger* (*Private Strafanzeige*, 1978, S. 149) schon 1978 durch Befragung ermittelt, daß 13,6% der Anzeigen durch die Geltendmachung eines Versicherungsanspruchs motiviert waren; *Michael Voß* (*MSchKrim* 1989, S. 34 ff. [39]) berichtet als Ergebnis einer deskriptivstatistischen Datenanalyse, daß 45% der befragten zivilrechtliche Regelungsinteressen (was freilich nicht gleichzusetzen ist mit versicherungsrechtlichen Gründen, aber auf weitere vergleichbare Gründe für ein u. U. gestiegenes Anzeigeverhalten hinweist) angegeben hätten.

¹⁰¹ Derzeit sind 60,2% der in der Polizeilichen Kriminalstatistik aufgeführten Straftaten Diebstähle. Vgl. BKA (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik* 1990, 1991, S. 17.

radiodiebstähle, die routinemäßig und *allein* aus Versicherungsgründen angezeigt werden¹⁰².

cc) Stellungnahme zur These gewachsener Kriminalitätsbelastung

„Die polizeiliche Kriminalstatistik (mag) trotz aller Kritik für bestimmte Fragestellungen als brauchbar betrachtet“¹⁰³ werden; gewachsene Kriminalitätsbelastung kann mit ihr allein nicht nachgewiesen werden. Daraus darf jedoch nicht der Gegenschluß gezogen werden, damit sei die These vom Anwachsen der Kriminalität als Mythos der verängstigten Öffentlichkeit und der interessierten Strafverfolgungsorgane entlarvt. Auch das Leugnen gewachsener Kriminalitätsbelastung kann funktionalisiert, nämlich zur Beschwichtigung und Beruhigung angesichts einer manchmal erkennbaren law and order-Hysterie benutzt werden¹⁰⁴.

Die Kriminologie muß sich daher ohne Berührungsängste¹⁰⁵ der gesellschaftlich brisanten und politisch folgenreichen Diskussion über das Ob, Wieviel und Warum gewachsener Kriminalitätsbelastung stellen. Innerhalb der ‚kritischen Kriminologie‘ der USA und Großbritanniens wird seit längerem schon kontrovers diskutiert, ob der immer wieder behauptete Anstieg von Verbrechen im wesentlichen epiphänomenal sei, also eher verstärkte Polizeiarbeit, weniger tolerante Gerichte und eine ‚moral panic‘ der Öffentlichkeit widerspiegeln als ein tatsächliches Ansteigen gesetzwidrigen Verhaltens oder ob nicht auch eine kritische und radikale Kriminologie die Verbrechenskrisen in urbanen Gebieten anerkennen müsse, eine Position, die unter dem Stichwort „taking crime seriously“ an Boden gewonnen hat¹⁰⁶. Aus kriminologischer Sicht¹⁰⁷ ist nicht ein-

¹⁰² Von 100% der Diebstähle betreffen allein 28,9% Diebstahls-Fälle aus und an KFZ, weitere 13,2% Fahrraddiebstähle und 7,1% Diebstähle aus und in Wohnräumen, Schäden, die erfahrungsgemäß überproportional gut durch Versicherungen abgedeckt sind. Das sind immerhin fast 30% der gesamten in der Polizeilichen Kriminalstatistik ausgewiesenen Kriminalität!

¹⁰³ *Blinkert*, *Soziale Welt* 1988, S. 399.

¹⁰⁴ So auch *Blinkert*, a. a. O., S. 397 ff [401].

¹⁰⁵ Ähnlich in grundsätzlicherem Zusammenhang: *Sack*, *KrimJ* 1987, S. 241 ff.

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Young*, *KrimJ* 1988, S. 247 ff; v. d. *Boogart/Seus*, *KrimJ* 1988, S. 265 ff.

¹⁰⁷ Nachvollziehbar wird eine solche Leugnungsstrategie – wenn es denn gewachsene Kriminalitätsbelastung gibt – aus einer (allerdings ebenfalls kurzsichtigen) kriminalpolitischen Perspektive, weil zur Zeit wenig dafür spricht, daß Gesetzgeber

zusehen, warum die Diskussion über steigende Kriminalität – ähnlich wie diejenige über organisierte Kriminalität – in Art eines Glaubenskrieges geführt wird.

2. Stellungnahme zur Kriminalität als Modernisierungsrisiko

Zu den schon behandelten Einwänden gegen die empirische Untermauerung der Thesen *Blinkerts* treten weitere und wichtige kriminologische Einwände, die zunächst zu nennen sind (a). Dessen ungeachtet – zum Teil sogar aufbauend auf den Einwänden – eröffnet der Topos der ‚Kriminalität als Modernisierungsrisiko‘ faszinierende Perspektiven für Kriminologie und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft (b).

a) Kriminologische Einwände

Die kriminologischen Einwände betreffen vor allem *Blinkerts* Umgang mit dem Begriff und dem Phänomen Kriminalität; sie lassen kaum einen Bezug zur kriminologischen Grundsatzdiskussion über Kriminalität und Kriminalisierung erkennen. Zwar setzt sich *Blinkert* durchaus von einer simplizistisch täterorientierten Kriminologie dadurch ab, daß er offen läßt, ob die geschilderte Disposition *Ursache* des Normbruchs oder *Folge* der Etikettierung ist¹⁰⁸. Das ändert aber nichts daran, daß er die polizeilich erfaßten Straftäter als Gruppe ansieht, die sich in stärkerem Ausmaß abweichend verhält, eine These, die zwar lange als selbstverständlich zutreffend galt, die aber durch neuere Arbeiten zur Kriminalität der Angepaßten¹⁰⁹ durchaus infragegestellt wird. Jedenfalls wird man – trotz der Berücksichtigung von Etikettierungsvorgängen in *Blinkerts* Modell – seine implizite Kriminalitätstheorie nicht in die Etikettierungsansätze einreihen können; es handelt sich vielmehr um einen durchaus klassischen ätiologischen Ansatz, der sich von vergleichbaren

und ‚Volksmeinung‘ angemessen auf das Phänomen gewachsener Kriminalitätsbelastung reagieren.

¹⁰⁸ Vgl. *Blinkert*, Popitz-Fs., 1990, S. 317 f.

¹⁰⁹ Vgl. *Frehsee*, KrimJ 1991, S. 25 ff..

Ansätzen darin unterscheidet, daß die Ätiologie nicht biologisch oder soziologisch fundiert ist, sondern die Möglichkeit der ‚Produktion‘ von Kriminellen durch die strafverfolgenden Institutionen zuläßt¹¹⁰.

Damit kann ein grundsätzlicher Einwand formuliert werden: Wenn man (mit *Blinkert*) davon ausgeht, daß „Verwaltungsinspektoren und Soziologiestudenten“¹¹¹ stärker sozial verankert sind als Straftäter, und (mit *Frehsee*) meint, das abweichende Verhalten beider Teilpopulationen unterscheide sich nicht wesentlich, dann bricht das Modell in sich zusammen: Kriminalität wäre dann gerade nicht Ergebnis der zunehmenden Individualisierung und daher auch kein Modernisierungsrisiko in diesem Sinn. Es bliebe die Tatsache, daß die geringere soziale Integration und die geringeren sozialen Kompetenzen der verurteilten Straftäter zwar nicht zu ihrer kriminellen Karriere, aber zu ihrer Karriere als Kriminalisierter beigetragen haben¹¹².

b) Der Reiz dieser Thesen für eine Kriminologie der Risikogesellschaft

Selbst wenn die Einwände gegen dieses Modell im Bereich der *allgemeinen* Kriminalitätsentwicklung durchschlagen, verfügt es im Bereich der ‚Kriminalität der Risikogesellschaft‘ über ein beachtliches Erklärungspotential.

Bei den für die Risikogesellschaft typischen Kriminalisierungen nämlich ist die vorausgesetzte Anwendbarkeit des rational choice approach sowohl von der Kategorie des Verhaltens (im Prinzip ‚ökonomisches Tätigwerden‘) als auch vom potentiellen Täterkreis her besonders realistisch¹¹³. Gleichzeitig aber wäre das oben erwähnte Paradoxon, das Versagen der (kriminalpolitischen) Groß-

¹¹⁰ Vgl. zu dieser Art von „Zuschreibung“ i. w. S. schon: *Lüderssen*, Kriminologie, 1984, S. 133 (Rn. 499).

¹¹¹ Das waren die beiden anderen Teilpopulationen, deren soziale Verankerung untersucht wurde. Vgl. *Blinkert*, Popitz-Fs., 1990, S. 313 ff.

¹¹² Bedenkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, daß *Blinkerts* Thesen von der rationalen Entscheidung für die Straftat als Folge stärkerer Individualisierung von Straftätern anhand einer Probandengruppe entstanden ist, für die sich der Satz „crime pays“ ja ausweislich ihrer Verurteilung als falsch herausgestellt hat.

¹¹³ Vgl. dazu schon oben in diesem Kapitel S. 178 f.

steuerung bei grundsätzlicher Disposition der typischen ‚Kriminellen der Risikogesellschaft‘ zur Steuerbarkeit, plausibel erklärt: „Kein Kontroll- und Sanktionsapparat kann auf Dauer die Sanktionswahrscheinlichkeiten und -intensitäten auf einem so hohen Niveau halten, daß Regelverletzungen allein dadurch verhindert werden, daß sie bei den Normadressaten als zu kostspielig gelten.“¹¹⁴

C. Forschungsfragen zur Kriminalität (in) der Risikogesellschaft

Am Ende dieses Abschnittes bleiben mehr Fragen als Antworten. Wie verhält sich die ‚klassische‘ Kriminalität, wie sie sich etwa in der polizeilichen Kriminalstatistik widerspiegelt zur ‚Kriminalität der Angepaßten‘ und wie zur typischen Kriminalität der Risikogesellschaft?

I. Erste Antworten: Die Kriminalität der Risikogesellschaft: Zwischen Mikro- und Makrokriminalität

Erste Bezugspunkte eines kriminologischen Koordinatensystems, in das auch die ‚Kriminalität der Risikogesellschaft‘ paßt, finden sich in den Arbeiten *Herbert Jägers*, dessen kriminologisches – wie auch strafrechtliches – Interesse seit langem¹¹⁵ Phänomenen jenseits der Alltagskriminalität gilt.

1. Die notwendige Erweiterung des kriminologischen Gesichtsfeldes

Die Kriminalität der Risikogesellschaft drängt ebenso wie die von *Jäger* untersuchten Kriminalitätsfelder nach Erweiterung des verengten „wissenschaftlichen Gesichtsfeldes mit der immer noch ein-

¹¹⁴ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 398.

¹¹⁵ Vgl. schon: *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967.

seitigen Orientierung der Kriminologie an justitiablen, der strafrechtlichen Praxis zugänglichen Formen der Alltagskriminalität.“¹¹⁶ Auch die Arbeiten der kritischen Kriminologie, die der einseitig täterorientierten eine ebenso einseitige, aber instanzorientierte Perspektive entgegengesetzt hat, haben an dieser Beschränkung des Gesichtsfeldes wenig geändert.

2. Das Spezifikum: Die Konformität und ‚Banalität‘ der Kriminalität der Risikogesellschaft

Wichtiger ist der gemeinsame sachliche Ausgangspunkt: Die von *Jäger* als „Makrokriminalität“ bezeichneten „Großformen kollektiver Gewalt“¹¹⁷ und die hier als Kriminalität der Risikogesellschaft thematisierten Verhaltensweisen zeichnen sich dadurch aus, daß sie „nicht abweichendes, sondern konformes Verhalten“¹¹⁸ sind und daß sie „einen die Gesamtgesellschaft betreffenden Konflikt voraussetzen und insofern in bestimmte Entwicklungen und Ereignisse der Makroebene eingebunden (sind).“¹¹⁹

Während *Jäger* sich den – nichtkriminalisierten, aber als Gewalt nicht zu verkennenden – „Großformen des Verbrechens“¹²⁰ zuwendet, die „den ganz überwiegenden und folgenreichsten Teil menschlichen Aggressionsverhaltens ausmachen“¹²¹, gilt das Interesse dieser Untersuchung dem in der Risikogesellschaft kriminalisierten Verhalten, das, obwohl oft nicht mehr als eine sozial-adäquate Sorglosigkeit, kaum weniger folgenreich sein dürfte.

Die deutlich gewordenen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zeigen, wie an die weiteren Überlegungen *Jägers* angeknüpft werden kann: Vor dem Hintergrund des Vergleichs zwischen Mikro-

¹¹⁶ *Jäger*, Makrokriminalität, 1989, S. 11.

¹¹⁷ *Jäger*, a. a. O., S. 11. Dazu zählen: „Verbrechen im Zusammenhang mit Kriegen, Völker- und Massenmorden, nuklearer Vernichtung, totalitärer Herrschaft, Staats- und Gruppenterrorismus, Minderheitenverfolgung, Kultur- und Religionskonflikten, Guerillakämpfen, revolutionären und gegenrevolutionären Bewegungen und akuten politischen Massensituationen.“

¹¹⁸ *Jäger*, Makrokriminalität, 1989, S. 12.

¹¹⁹ A. a. O.

¹²⁰ A. a. O., S. 13.

¹²¹ A. a. O., S. 11.

(Alltags-) und Makrokriminalität wird das Spezifikum der Kriminalität der Risikogesellschaft deutlich: Jäger will, daß – zwar nicht unbedingt das Strafrecht¹²², aber doch – die Kriminologie die „Banalität des Bösen“¹²³ entzaubert, um der (makro-) kriminogenen Verharmlosung kollektiver oder durch Kollektivmechanismen beeinflusster Gewalt entgegenzutreten¹²⁴; dem entspricht, was die Kriminalität der Risikogesellschaft betrifft, die Sichtbarmachung der „Banalität“ des Gefährlichen, dessen Dämonisierung durch das Strafrecht der Risikogesellschaft verdächtig ist.

Worin die für diese Wertung entscheidenden Gesichtspunkte liegen, kann vielleicht an einer Textpassage verdeutlicht werden, in der sich Jäger – im Zusammenhang mit der Frage der Entlastung des einzelnen Teilnehmers an Gruppenverbrechen auf der Schuldenebene – mit einem Lösungsvorschlag Jakobs' auseinandersetzt:

„Hier scheint nun das Verbindungsstück zwischen der allgemeinen Schuld-dogmatik und dem konkreten Exempel. Entlastung kann es (nach Jakobs) nur geben, wenn eine Erledigung des Konflikts durch andere Zurechnungsmöglichkeiten in Betracht kommt, etwa durch die Belastung von Hintermännern bei staatlichen Auftragsverbrechen, oder aber ein anderer Weg zur Verarbeitung der Konflikursache, etwa durch die Definition als Krankheit mit der Folge der Heilung oder notfalls Verwahrung zur Verfügung steht. Voraussetzung ist also ‚die Belastung eines anderen Systems an der Stelle des Täters‘¹²⁵. Bei Gruppenverbrechen gibt es aber nun diese Ersatz-Zurechnung nicht; denn Gruppen und Banden werden von Tätern

¹²² Jäger (a. a. O., S. 21 f.) hält die Assoziation seiner kriminologischen Thesen mit möglichen strafrechtlichen Reaktionen für ein Mißverständnis, das auf der engen Gedankenverbindung zwischen ‚Verbrechen‘ und ‚Straftat‘ beruhe. – Völlig losgelöst vom Strafrecht behandelt aber auch Jäger seine makrokriminellen Phänomene nicht: Sowohl in „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“ (1967) als auch in „Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens“ (1985) geht es ihm auch um die von ihm tendenziell abgelehnte strafrechtliche Entlastung des Einzeltäters, dessen Tat im obengenannten Sinn ‚Makrokriminalität‘ ist. Auch wenn Jäger beklagt, daß „gerade die schwersten und folgenreichsten Formen menschlichen Unrechts aus den kriminalwissenschaftlichen (wohl gemerkt nicht: kriminologischen, C.P.) Denkkonzepten so weitgehend ausgeblendet sind“ und die „zentrale Hypothese“ aufstellt, „daß dieses normative Vakuum eine der Bedingungen dafür ist, daß es zu solchen Verbrechen kommt“ (alle Zitate: Makrokriminalität, 1989, S. 13), liegt eine – und sei es begleitende und sei es nur symbolische – Kriminalisierung zum Zweck der notwendigen Überwindung des normativen Vakuums nicht gerade fern.

¹²³ Hannah Arendt, Banalität des Bösen, 1964.

¹²⁴ Jäger, Makrokriminalität, 1989, S. 53.

¹²⁵ Jakobs, in: Göppinger/Bresser (Hrsg.), Sozialtherapie, 1982, S. 127 ff. [134 f.]

gebildet, sind aber nicht selbst Täter“¹²⁶. „Irgend jemand‘ muß aber ‚für die Situation zuständig sein‘ und das ‚Risiko des gruppenspezifischen Unfalls tragen‘¹²⁷. Was Schumacher vorzuschweben scheint, nämlich ‚das übergeordnete System, sprich: die Gruppe‘ als den ‚Adressaten des Schuldvorwurfs‘ zu sehen¹²⁸ ist in einem strafrechtlichen System individueller Zurechnung nicht möglich.“¹²⁹

Jäger teilt zwar diese rigide Immunisierung des normativ-funktionalen Strafrechts gegen die Psychologie nicht¹³⁰, ist aber andererseits gegenüber der Verantwortungszuschreibung zulasten der durch das Strafrecht nicht erreichbaren Kollektive skeptisch¹³¹.

Die Diskussion, die Jäger hier bezüglich von Taten, die aus kleineren Kollektiven heraus begangen werden, initiiert, verdient eine Fortsetzung im Bereich der ebenfalls konformen Kriminalität der Risikogesellschaft. Hier ist nun allerdings ein gewichtiger Unterschied erkennbar. Während es sich bei den Taten z. B. jugendlicher Banden zwar um atypische Täter, aber um ‚klassische‘ Taten handelt, sind die Verbrechen der Risikogesellschaft ausschließlich aus großsteuerungspräventiven Gründen kriminalisiert worden. Die Kriminalisierung des konform sich verhaltenden Täters ist nicht nur – wie bei der Bandenkriminalität – unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten bedenklich, weil die Tat ohne die Bande eben nicht geschehen wäre¹³², sie ist auch unter Effektivitätsgesichtspunkten fragwürdig: Wenn Jakobs' Satz, irgend jemand müsse zuständig sein, sich zulasten des Gruppenmitglieds auswirkt, dann wird daraus beim konformen Täter eines Risikogesellschafts-Delikts ein Argument zu seinen Gunsten. Denn für wesentliche Teile der Kriminalität der Risikogesellschaft ist tatsächlich ein anderes System verantwortlich; einem anderen System – der Gesellschaft – ist der Vorwurf zu machen¹³³.

¹²⁶ A. a. O., S. 137.

¹²⁷ A. a. O., S. 136 f.

¹²⁸ Schumacher, Gutachten, 1989.

¹²⁹ Jäger, Makrokriminalität, 1989, S. 175 f.

¹³⁰ Jäger, a. a. O., S. 176 ff.

¹³¹ Zusammenfassend: Jäger, a. a. O., S. 136.

¹³² Jäger, a. a. O., S. 135.

¹³³ Ähnlich: Albrecht KritV 1988, S. 182 ff. [191 f.]

Unbeantwortet bleiben müssen hier die allgemein kriminologischen Fragen, die vor allem bei der Auseinandersetzung mit den Thesen *Blinkerts* aufgetaucht sind. Hier muß es sein Bewenden mit der Feststellung haben, wie unbefriedigend es für Kriminologie und Kriminalpolitik ist, sich im unklaren darüber fühlen zu müssen, ob und warum allgemein ein Wachstum der Kriminalität zu verzeichnen ist. Andererseits ist natürlich zu berücksichtigen, daß die Schwierigkeiten, in diesem Bereich empirisches Material zu bekommen, das nicht schon *Ergebnis* staatlicher Strafverfolgung (und damit möglicherweise in einem seine Brauchbarkeit ausschließendem Ausmaß beeinflußt) ist, Legion sind.

Nicht ganz so ratlos verbleibt man, wenn man für den hier „Kriminalität der Risikogesellschaft“ genannten Bereich ein Fazit zu ziehen versucht. Denn fest steht, daß es sich um Täter handelt, die sich vergleichsweise rational verhalten. Für sie ist das Fazit *Blinkerts*, „eine Verschärfung der Sanktionen und eine Ausweitung der sozialen Kontrolle (würde) in krassem Widerspruch zu den in unserer Gesellschaft geltenden Personenrechten stehen (und wäre) mit einem solchen Aufwand verbunden, daß jeder Vorschlag in diese Richtung zurückgewiesen werden müßte“¹³⁴, von großer Bedeutung. Vielleicht kann man es so formulieren: In einer Zeit, in der sich herauszustellen scheint, daß sogar viele Strafrechtsnormen, die zum klassischen Bestand gehören, ihre präventive Aufgabe nicht erfüllen können, weil und soweit die Akteure zunehmend über „zweckrationale Erwägungen an Normen gebunden (oder gerade nicht gebunden) sind“¹³⁵, verspricht es wenig Erfolg, sich im großen Stil Prävention von neuen Strafrechtsnormen zu erhoffen, die von vornherein auf zweckrationale Erwägungen der Normadressaten ausgerichtet sind.

¹³⁴ *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 412.

¹³⁵ *Blinkert*, a. a. O., S. 398. (Zusatz C.P.)

STRAFTHEORIEN IN DER RISIKOGESELLSCHAFT

„Man kann erkennen, daß Strafrechtstheorien nicht ‚gewählt‘ werden; sie sind – auch in ihrer Mischung und ‚Vereinigung‘ – in einer Kultur und Rechtskultur etabliert, eingewurzelt, auch wenn sich die kulturellen Schemata, welche eine bestimmte Strafrechtstheorie favorisieren, manchmal schnell ändern können. Eine Zeit wie die unsere könnte sich für eine reine Vergeltungstheorie nicht ‚entscheiden‘; dafür müßte sich erst die Zeit ändern. Die Entscheidung für eine reine Vergeltungstheorie wäre nämlich der Sache nach der Verzicht auf Rechtfertigung der Strafe von ihren faktischen Wirkungen her. ... Für diesen Verzicht kann sich das Strafrecht nicht entscheiden. Die Rechtfertigung wird ihm von außen abverlangt, Rechtfertigung über erwünschte Folgen ist Teil unserer Rationalität.“¹

A. Strafrechtstheoretisch relevante Aspekte der Risiko(gesellschaft)-Diskussion

I. Die Infragestellung des Zwangs, Strafe dem Betroffenen gegenüber zu legitimieren

Bei allen Unterschieden zwischen den verschiedenen Strafrechtstheorien sind sich bisher alle einig, daß Strafe nur dann legitimierbar sei, wenn sie gegenüber dem konkret Betroffenen, also dem Bestraften, zu rechtfertigen ist. Diese Einigkeit drückt sich in dem Begriff des Schuldstrafrechts² aus, dessen Grundpfeiler das Prinzip individueller Zurechnung ist.

Erinnert man sich an dieser Stelle an *Ulrich Becks* Kritik am Recht in der Risikogesellschaft³, gewinnt man dagegen den Ein-

¹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 285.

² Eingehend gegen die verbreitete Ansicht, das Schuldprinzip sei zwar fragwürdig, aber zur Rettung des Schuldstrafrechts unentbehrlich (Stratenwerth): *Baurmann*, Zweckrationalität, 1987, der sowohl die Limitierungsleistungen des Schuldprinzips infragestellt (a. a. O., S. 265 ff.) als auch – und das macht den Schwerpunkt seiner Arbeit aus – die eines tatbezogenen zweckrationalen Maßnahmenrechts behauptet (a. a. O., S. 25 ff. bezüglich der spezialpräventiven, S. 179 ff. bezüglich der generalpräventiven Zwecke des Strafrechts).

³ Vgl. oben im 3. Kapitel, S. 116 ff.

druck, daß gerade die individuelle Zurechnung der Luxus ist, den sich die Risikogesellschaft nicht leisten kann: Die Risikogesellschaft brauche *Risikominimierung*, und nur die könne Strafe und Strafrecht legitimieren.

Ähnlich klingt das Argument aus der Perspektive derjenigen, die in der Risikogesellschaft vor allem eine verunsicherte Gesellschaft sehen⁴: Sie scheinen der Auffassung zu sein, die Risikogesellschaft brauche *Versicherung*, und nur die könne Strafe und Strafrecht legitimieren.

II. Die Fragwürdigkeit der Folgenorientierung in der Risikogesellschaft als ‚Nebenfolgendesellschaft‘

Ist insofern zu erwarten, daß der Fokus der straftheoretischen Diskussion eher auf generellen denn auf individuellen Effekten der Strafe gerichtet sein wird, so kann man aus dem im 1. Kapitel rekonstruierten Verständnis der Risikogesellschaft einen weiteren Trend in der straftheoretischen Diskussion erwarten. Die Krise der Folgenorientierung in einer Gesellschaft, die die Wichtigkeit – oder, wenn man *Luhmann* folgt, sogar die Dominanz⁵ – der Nebenfolgen menschlichen Handelns erkannt hat, macht es nicht unwahrscheinlich, daß die klassischen Ausprägungen präventiver Straftheorien, die auf unmittlere Folgen von Strafe setzen, von dieser Krise nicht verschont bleiben.

Im 5. Kapitel soll die aktuelle straftheoretische Diskussion daraufhin untersucht werden, ob sich diese Thesen bestätigen lassen.

B. Die Straftheoriediskussion in der Risikogesellschaft

Die strafrechtswissenschaftliche Diskussion um Zweck und Rechtfertigung der Strafe und des Strafrechts hat nicht nur eine lange Tradition, sie scheint auch zeitlos aktuell und endlos zu sein. Man möchte hoffen, das liege daran, daß sich „die Frage nach dem Sinn

⁴ Vgl. oben im 1. Kapitel, S. 72 ff

⁵ Vgl. oben im 1. Kapitel, S. 54 f.

der staatlichen Strafe zu allen Zeiten neu (stellt)“, weil es um „die Legitimation und (die) Grenzen staatlicher Gewalt“⁶ geht. Der begrenzte Erkenntnisgewinn der Diskussion, die sich über weite Strecken mit der Rekonstruktion früherer ‚Runden‘ dieses Streites befaßt, vor allem aber der Umstand, daß auffallend selten die Grenzen staatlicher Strafgewalt tatsächlich in Frage gestellt werden, legt andere Gründe nahe: Etwa, daß man sich darüber, was Strafe und Strafrecht *leisten können*, nicht einig wird.

Eine umfassende Diskussion der Straftheorien kann hier nicht erfolgen. Zwar ist unabweisbar, daß wir uns insoweit „mit den Antworten der Vergangenheit nicht begnügen können“⁷; aber die Diskussion über die seit langem und gut dokumentierte Frage nach der Nachweisbarkeit spezial- und negativ-generalpräventiver Folgen⁸ muß hier nur kurz gestreift werden, weil sie seit einiger Zeit ‚festgefahren‘ scheint (II.). Ausführlicher sollen dagegen zwei Themen behandelt werden: Das ist zum einen die Erörterung eines ‚Grundübels der Strafzweckdiskussion‘ (I.) und zum anderen die Theorie positiver Generalprävention, die an Bedeutung gewinnt, vielleicht gerade weil sie einen Ausweg aus der Effektivitätskrise des Strafrechts verspricht (III.).

I. Das Grundübel der Strafzweckdiskussion

1. Die Beschreibung des Grundübels

Das Grundübel der Strafzweckdiskussion liegt in der Vermengung dreier Fragen, deren Eigenständigkeit ebenso offensichtlich sein sollte, wie es ihr – hier keineswegs gelegener – Zusammenhang ist. Gemeint sind die Fragen

– nach der *Aufgabe*, dem Ziel oder (angestrebten) Zweck von Strafe und Strafrecht,

⁶ *Roxin*, JuS 1966, S. 377.

⁷ *Roxin*, a. a. O.

⁸ Das betrifft vor allem die normativen und empirischen Aspekte der Spezial- und der negativen Generalprävention. Vgl. m. w. N. zum Diskussionsstand: *Jescheck*, AT⁴, 1988, § 8 (S. 54 ff.); *Hassemer*, Grundlagen², 1990, §§ 28–30, S. 281 ff.

- nach der *Funktion* von Strafe und Strafrecht im schon erwähnten sozialwissenschaftlichen Sinn der objektiven Konsequenzen von Strafe und Strafrecht, und schließlich die Frage
- nach der *Legitimation* von Strafe und Strafrecht.

Die Wertung, die Vermengung dieser Fragenkreise sei das *Grundübel* der Strafzweckdiskussion, soll keineswegs implizieren, daß dieses Grundübel vermeidbar ist. Viel – und nicht zuletzt der Verlauf der Strafzweckdiskussion – spricht dafür, daß es sich um ein nicht vermeidbares Übel, also ein echtes Dilemma, handelt. Daran, wie die verschiedenen Straftheorien mit ihm umgehen, läßt sich demonstrieren, zu welcher Straftheorie „eine Zeit wie die unsere“⁹ neigt.

2. Die Behandlung des straftheoretischen Dilemmas (Grundübels) durch die einzelnen Straftheorien

a) Die absolute Straftheorie

Am – theoretisch – leichtesten machen es sich – beziehungsweise: haben es – die Verfechter einer absoluten Straftheorie. Sie würden der hier vorgebrachten These vom Grundübel sofort zustimmen, nicht aber der vom Dilemma, weil sie der Meinung sind, das Übel sei durchaus vermeidbar. Ihr Rezept besteht darin, schlicht die Unabhängigkeit der Legitimations- von der Aufgaben- und Funktionsfrage zu behaupten.

Theoriegeschichtlich leuchtet das ein: Die absolute Straftheorie entstammt einer Zeit, zu deren Rationalitätskonzept die Folgenorientierung gerade nicht gehörte. Wie verhalten sich aber die zeitgenössischen Verfechter der Theorie zu der Behauptung *Hassemers*, ihre Theorie passe nicht zur Rationalität unserer Rechtskultur?

Eine erste Position – die einzig authentische absolute Straftheorie – bestreitet die Korrektheit von *Hassemers* Beschreibung der Rationalität unserer Rechtskultur oder bedauert, daß sie korrekt ist, weil nach ihrer Überzeugung Strafe nur dann, aber immer auch

gerechtfertigt sei, wenn durch sie das verwirklichte Unrecht gerecht vergolten werde.

Eine zweite Position könnte gerade an die Nichtnachweisbarkeit präventiver Effekte von Strafe anknüpfen: Weil Strafe durch erwünschte Folgen nicht legitimierbar sei, solange diese nicht nachweisbar eintreten, müsse man zur absoluten Straftheorie Zuflucht nehmen. Das ist – strenggenommen – keine absolute Theorie, könnte aber zwanglos erklären, wie es zu der derzeit beobachtbaren Renaissance der absoluten Theorie¹⁰ gekommen ist. Erklärungsbedürftig bleibt dann, warum Strafe trotz nichterwiesener Zwecke und prinzipieller Anerkennung der Legitimationsanforderungen der derzeitigen Rechtskultur legitim sein soll. Auch auf diese Frage liegen Antworten parat:

Zunächst könnte sich auf eine absolute Strafbegründung zurückziehen, wer an die präventiven Effekte von Strafrecht trotz ihrer derzeitigen Nichtnachweisbarkeit *glaubt*¹¹ und befürchtet, die den *Nachweis* der Prävention fordernde Rationalität der Rechtskultur werde zur Abschaffung des Strafrechts führen¹².

Während diese erste Antwort also eine strafrechtsbewahrende Tendenz aufweist, kennzeichnen strafrechtsbegrenzende Intentionen die zweite Position: Sie dürfte, auch wenn sie selten explizit so formuliert wird, in der Strafzweckdiskussion durchaus eine Rolle spielen. Zum Anhänger absoluter Straftheorie kann man nämlich auch aus Kritik an den Konsequenzen der präventiven Straftheorien werden: Wer der Auffassung ist, ein konsequent spezialpräventives Strafrecht schränke die Freiheit inakzeptabel ein, ein konsequent generalpräventives Strafrecht lasse von der Würde des Menschen nichts übrig, sei tendenziell ungerecht und eine Variable der

¹⁰ Anzeichen für eine Rückkehr zu einer stärkeren Betonung des Vergeltungsgedankens sieht auch *Naucke*, Strafrecht⁵, 1987, S. 51.

¹¹ Ein solches intuitives Wissen um das Stattfinden von Prävention – oder, wenn man so will, eine diesbezügliche Alltagstheorie – dürfte vor allem in der Praxis weit verbreitet sein. Vgl. dazu, daß diese Alltagstheorie oft aus der eigenen Erfahrung gerade von Richtern sich speist, den sehr lesenswerten und differenzierten Beitrag von *Hans Paehler*, DRiZ 1990, S. 20 f.

¹² Vgl. dazu, daß solche Alltagstheorien dem – nach den Standards empirischer Sozialforschung – sicheren Wissen überlegen sein können, am Beispiel der Abschreckungswirkung („short, sharp shock“) sehr kurzer Freiheitsstrafen, *Kunz*, ZStR 103 (1986), S. 182 ff., insbesondere S. 201.

⁹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 285.

Kriminal- und Innenpolitik, der wird eine Straftheorie, die der Rationalität unserer Rechtskultur widerspricht, in Kauf nehmen, um Schlimmeres zu verhindern. Es ist unschwer zu erkennen, daß Strafrecht als ‚Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht‘ in diese Kategorie paßt, ebenso wie es offensichtlich ist, daß es sich auch hierbei, wie schon bei der ersten Antwort, um eine letztlich folgenorientierte Legitimation absoluter Strafrechtsbegründung handelt.

b) Die Theorien der Spezial- und der negativen Generalprävention

Auch die spezial- und generalpräventiven Theorien versuchen, dem Dilemma zu entgehen. Sie betonen zwar die Verknüpfung der Legitimations- mit der Zweckfrage, neigen aber dazu, die mögliche Diskrepanz zwischen gesetztem Zweck, also *erwünschter* Folge, und Funktion, also *erreichter* erwünschter Folge, zu übersehen.

Historisch betrachtet, überrascht das nicht, wenn man auch diese Theorien im Kontext ihrer Zeit sieht. Der lange vorhaltende Optimismus der Aufklärung¹³ (Befreiung aus selbstverschuldeter Unmündigkeit), der Glaube an die weitgehende Gestaltbarkeit der Welt, ein Motor der sich entwickelnden Industriegesellschaft, läßt die Gleichsetzung von Zweck und Funktion, jedenfalls aber die Legitimation durch Zwecksetzung, verständlich erscheinen.

Wie aber reagieren die derzeitigen Verfechter spezial- und negativ generalpräventiver Theorien auf das Dilemma, in das sie durch die Schwierigkeiten des Nachweises präventiver Zwecke in der Legitimationsfrage geraten sind? Drei Antworten sind denkbar – soweit der Befund, an den diese Untersuchung anknüpft, anerkannt wird¹⁴ – und werden auch in der einen oder anderen Form vorgebracht.

¹³ Das gilt offensichtlich für das spezialpräventiv orientierte Zweckstrafrecht der „modernen Schule“ (und auch unabhängig davon, daß man sie aus einer aufklärerischen Position heraus kritisieren kann, vgl. dazu etwa: *Naucke*, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: *Gerhard Deimling* (Hrsg.), *Cesare Beccaria*, Hamburg, 1989, S. 37 ff.; ferner: *Michael Baurmann*, Kriminalsoziologische Bibliographie Heft 42, 1984, S. 54 ff. und ausführlich *ders.* Zweckrationalität, 1987, S. 25-183; vgl. auch schon: *Stratenwerth*, AT³, 1981, S. 20 ff.), es gilt aber auch für die ältere Generalprävention, vgl. dazu *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 309.

¹⁴ Dagegen aber bezüglich des Scheitern spezialpräventiver Zwecke: *Roxin*, in: *Gagnér-Fs.*, 1991, S. 341 ff. Im Vergleich mit früheren Äußerungen *Roxins* (vgl. etwa *dens.*, JA 1980, S. 221 ff.) wird aber deutlich, daß die Rolle der bei *Roxin*

Die erste, konsequenteste, aber selten gehörte, Antwort besteht in der Forderung nach *Abschaffung* der Strafe, wenn sich erwiesen habe, daß die erwünschten und legitimierenden Zwecke nicht erreicht worden seien¹⁵.

Die zweite Antwort hat ähnlich radikale Konsequenzen für das Strafrecht: Wenn Strafen bisher nicht die erwünschten Folgen zeige, dann müsse sich Strafe eben *ändern*. Ganz in diesem Sinn setzt *Lüderssen* der Kritik, Resozialisierung sei gescheitert, entgegen, sie beziehe sich nur auf überholte Modelle; neue, den psychosozialen Persönlichkeitsstörungen auf den Grund gehende Projekte seien nicht berücksichtigt¹⁶. Auch die Verfechter negativer Spezialprävention argumentieren, die Behauptung der Wirkungslosigkeit, ja Kontraproduktivität der kurzen Freiheitsstrafe beruhe auf einer ungenügenden Einsicht in Erkenntnisse der Psychologie der Prisonierung¹⁷. Berücksichtige man diese und stelle man sicher, daß negative Begleiterscheinungen der Strafverbüßung ausbleiben, dann könne gerade die kurze Freiheitsstrafe – zumindest bei bestimmten Tätergruppen¹⁸ – in Form eines short, sharp shock durchaus abschreckend wirken¹⁹.

früher die Strafzwecke und die Legitimation von Strafrecht dominierende Resozialisierung in den Hintergrund getreten ist; interessanterweise jedoch nicht in Richtung (positiver) Generalprävention, sondern in Richtung Wiedergutmachung (vgl. *Gagnér-Fs.*, 1991, S. 353 ff.) In der Tendenz ähnlich: *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 37 ff.

¹⁵ In der kriminalpolitischen Diskussion wird diese Position fast ausschließlich von strafrechtskritischen Sozialwissenschaftlern vertreten. Innerhalb des Strafrechts wird von *Lüderssen* zwar nicht die Abschaffung des Strafrechts, wohl aber die der Strafe mittelfristig in Betracht gezogen: vgl. *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 62: „Die Summe dieser Kränkungen (des zu Unrecht auf das Strafrecht vertrauenden Bürgers, Zusatz: C.P.) könnte endlich den Abschied vom Strafen einleiten und damit Platz schaffen für vernünftige Lösungen der Rechtsgesellschaft.“ Vgl. aber auch schon *dens.*, Einleitung, in: *Lüderssen/Sack*, AV III, 1977, S. 22: „Wenn es überhaupt darum geht, Rechtsfolgen nach dem Grade ihrer Rechtlichkeit abzustufen, so ist doch gerade die Strafe – als Inkarnation des ‚Irrationalen‘ – ein Fremdkörper im Recht.“

¹⁶ *Lüderssen*, StV 1987, S. 168; ausführlicher jetzt *ders.*, JA 1991, S. 224 f.

¹⁷ Nachweise bei *Kunz*, ZStR 103 (1986), S. 201 ff.

¹⁸ Gedacht wird dabei idR an Straßenverkehrs- und Wirtschaftsstrafäter; vgl. *Cramer*, Unfallprophylaxe, 1975, S. 20 ff. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 1976, S. 249 ff.; *ders.*, Wirtschaftskriminalität, 1978, S. 24 (mit umfangreichen Nachweisen zum US-amerikanischen und deutschen Schrifttum in Fn. 41): „Strafrecht als primär repressives Mittel wirkt im wirtschaftlichen Bereich angesichts des in Frage kommenden Adressatenkreises hervorragend präventiv.“

¹⁹ Vgl. dazu – sich diese Argumente noch nicht zu eigen machend, aber sie doch erwägend – *Kunz*, ZStR 193 (1986), S. 186 ff.

Weniger radikal gibt sich die dritte Antwort: Ihr liegt zwar die Anerkennung der Rationalität der derzeitigen Rechtskultur zugrunde; wer diese Antwort gibt, hält also Strafe nur dann für legitim, wenn durch sie erwünschte Zwecke *erreicht* werden, bestreitet aber den Strafrechtskritikern, daß die bisherigen Untersuchungen eine ausreichende Grundlage dafür bieten, von der Unwirksamkeit des Strafrechts als Mittel der Prävention auszugehen. Diese Position wird vor allen von Verfechtern der Theorie negativer Generalprävention vorgetragen: Zum einen liege das Schwergewicht der empirischen Forschungen zur Generalprävention unzulässigerweise bei der Teilpopulation, die sich gerade nicht habe abschrecken lassen²⁰, zum anderen werde nicht genügend berücksichtigt, daß die Abschreckungswirkung des Strafrechts keineswegs notwendig unvermittelt und isoliert zu denken sei. Weil aber nur solche Wirkungen mit den Mitteln empirischer Sozialforschung nachweisbar seien, hätten die Ergebnisse wenig Aussagekraft²¹. Aus der Warte der Spezialprävention durch Resozialisierung wird argumentiert, die empirischen Untersuchungen hätten sich „zu sehr auf schnell meßbare Erfolge eingestellt“²². Auch wenn das Ziel „Eliminierung des Rückfalls“ verfehlt werde, könne in „regredierender Rezidivität (an die Stelle schwererer Straftaten treten leichtere)“ ein resozialisierender Effekt zu sehen sein²³.

c) Die Theorie positiver Generalprävention

Wie die Lehre von der positiven Generalprävention mit dem Dilemma, Legitimation, Aufgaben und Funktion des Strafrechts ‚unter einen Hut zu bringen‘, umgeht, zeigt an, warum sie „Konjunktur“²⁴ hat: Während die absolute Straftheorie die Zwecke für die Legitima-

²⁰ Vgl. etwa im Zusammenhang mit der Abschreckungswirkung des Umweltstrafrechts: *Tiedemann/Kindhäuser*, NStZ 1988, S. 339.

²¹ In diese Richtung die Einwände *Schöbbs* (gegen das Referat von *P.-A. Albrecht*) auf der Strafrechtslehrertagung 1985, man könne ja nicht warten, bis Delinquenten zu methodologisch notwendigen Interviews bereit wären. Vgl. bei *Gropp*, ZStW 97 (1985), S. 919 ff. [943 f.].

²² *Lüderssen*, JA 1991, S. 224.

²³ A. a. O.

²⁴ *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 16.

tion als irrelevant bezeichnet hat, und die übrigen relativen Straftheorien kurzerhand den Zweck für die Funktion erklären, um Strafe zu rechtfertigen, zeichnet es die Lehre von der positiven Generalprävention aus, daß sie – um es verkürzt, aber pointiert zu sagen – die Funktion zum Zweck erklärt und sich so des Legitimationsproblems elegant zu entledigen meint.

Was ist damit gemeint? Spezial- und negative Generalprävention sind idealistische Theorien in dem Sinn, daß ihr Ausgangspunkt die Idee ist, Strafrecht zu dem einen oder anderen Zweck zu nutzen. Dagegen ist die Lehre von der positiven Generalprävention insofern realistisch, als sie von Theorien angeregt ist, deren Ziel von vornherein (nur) auf das Verständnis von „Konzepten von Realität“²⁵ und von Funktionen – also objektiv bewirkten Folgen – gerichtet ist. Das soll anhand der – später in anderem Zusammenhang noch ausführlicher vorzustellenden²⁶ – Positionen *Jakobs*²⁷ und *Hassemers*²⁸ demonstriert werden:

Der Fundus, aus dem *Jakobs* schöpft, um seine Version positiver Generalprävention zu entwickeln²⁹, ist die Systemtheorie³⁰ und die Theorie symbolischer Interaktion^{31/32}. Die Theorie *Jakobs*‘ basiert

²⁵ Vgl. Nachweise zu dieser von *Alfred Schütz* entwickelten und von ihm mit seiner Emigration „exportierten“ Denkrichtung, die dort Grundlage der Ethnomethodologie wurde, bei: *Weingarten/Sack/Schenkein* (Hrsg.), Ethnomethodologie, 1976, S. 9 ff und S. 59 ff.

²⁶ Vgl. sogleich S. 220 ff.

²⁷ Vgl. *Jakobs*, AT², 1991, 1/4 ff., S. 4 ff.; Vgl. bereits *dens.*, Schuld und Prävention, 1976, und jetzt in ZStW 101 (1989), S. 516 ff.

²⁸ Zusammengefaßt in Grundlagen², 1990, S. 324 ff [326 ff.] und in: AK-StGB, Rn. 429 ff. vor § 1; zuvor: *ders.* in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Sozialwissenschaften, 1983, S. 39 ff.

²⁹ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT², 1991, 1/4-7, S. 4 ff.

³⁰ *Jakobs* (a. a. O., 1/4, S. 5, Fn. 8) verweist auf *Luhmanns* Rechtssoziologie.

³¹ *Jakobs*, a. a. O., mit Verweis auf *Lymann/Scott*, in: *Steinert* (Hrsg.) Symbolische Interaktion, 1973, S. 294 ff. Etwas unklar bleibt, wie weit *Jakobs* Bezug auf den symbolischen Interaktionismus reicht; vgl. etwa zum symbolischen Interaktionismus als Grundlage des Labeling Approach, *Pfeiffer/Scheerer*, Kriminalsoziologie, 1979, S. 44 ff.

³² Symbolischer Interaktionismus ist „eine von G.H. Mead begründete, sozialpsychologische Schule, die individuelles Verhalten und Bewußtsein aus dem sozialen Prozeß heraus erklärt und diesen selbst durch Muster aufeinander bezogenen Handelns strukturiert sieht, die dem Individuum sprachlich vermittelt sind und es ihm ermöglichen, in sich selbst die Erwidern hervorgerufen, die sein Handeln im Partner hervorruft, und diese Erwidern zur Kontrolle seines eigenen Verhaltens einzusetzen.“ (*Bisler*, in: *Fuchs u. a.* (Hrsg.), Lexikon der Soziologie, S. 353 f.)

– nach seinem Selbstverständnis – nicht auf *Vorstellungen* darüber, wie Menschen miteinander umgehen *sollen*, sondern auf *Feststellungen*, wie die Systeme „Einzelmensch“³³ interagieren. Das Bild vom Strafrecht in dieser Theorie ist nicht davon geprägt, wie mit abweichenden Gesellschaftsmitgliedern umgegangen werden *soll*, sondern davon, daß durch eine Abweichung im Gesamtsystem das Normvertrauen erschüttert ist und durch strafrechtliche Reaktionen wiederhergestellt werden kann.

Bei *Hassemer* ist die Fundierung der Straftheorie durch vorgefundene ‚Wirklichkeit‘ weniger ausgeprägt³⁴. Soweit er aber für den Aspekt positiver Generalprävention eintritt, den er als Integrationsprävention bezeichnet, wurzelt auch seine Theorie in der sozialwissenschaftlich erarbeiteten Empirie menschlicher Interaktion in der Gesellschaft: Denn seine *Straftheorie* baut auf seiner *Strafrechtstheorie* auf, deren entscheidendes Merkmal es ist, das Strafrecht als Teil sozialer Kontrolle anzusehen und zu verstehen³⁵.

Über die Vorzüge und Nachteile einer solchermaßen auf der ‚Realität‘ beruhenden Theorie kann man trefflich streiten; hier war zunächst zu zeigen, in welchem Sinn die Lehre positiver Generalprävention zeitgemäß ist. Sie beseitigt das oben beschriebene Dilemma am überzeugendsten: Sie anerkennt das Paradigma der Rationalität unserer Rechtskultur, die Legitimation durch Folgen, und weil sie die erreichten Folgen zu den erwünschten erklärt, kann ein Widerspruch zwischen Zweck und Funktion nicht auftreten.

Wenn gleichwohl ein ungutes Gefühl bleibt, dann wohl wegen der Frage, ob wir wirklich das wollen, was wir nach dieser Theorie wollen sollen, und ob wir es auch wollen dürfen. Beide Fragen verweisen darauf, daß die Legitimität eines Strafrechts eben nicht nur von den erreichten Folgen abhängt, daß die Rechtfertigung über erwünschte Folgen zwar notwendiges, aber nicht hinreichendes Element der Rationalität unserer Rechtskultur ist.

d) Zusammenfassung und Überleitung

Die Durchsicht der Straftheorien im Hinblick darauf, wie sie mit dem Grundübel der Vermengung von Zwecken, Funktionen und Legitimation des Strafrechts umgehen, hat ergeben, daß die Theorie positiver Generalprävention am besten zu unserer Zeit und Rationalitätsstruktur paßt. Rechtfertigung über erwünschte Folgen, die seinerzeit den Abschied der absoluten Theorie eingeläutet hat, ist nach wie vor Teil dieser Rationalität. Hinzugekommen ist aber die empirisch orientierte Nüchternheit, mit der die tatsächlich *bewirkten* Folgen (und Nebenfolgen!) den *erwünschten* Folgen den Rang abgelaufen haben.

II. Die Effektivitätskrise des spezialpräventiv und des negativ-generalpräventiv begründeten Strafrechts

Bevor nun die Theorie positiver Generalprävention daraufhin befragt werden soll, wie sie ihrem Anspruch gerecht wird, soll nur kurz die empirieorientierte Kritik an der Effektivität des spezialpräventiv und des negativ generalpräventiv legitimierten Strafrechts rekapituliert werden.

1. Die Theorie der Spezialprävention

Strafrecht soll nach dieser Theorie spezialpräventiv, also im Einzelfall vorbeugend wirken, den individuellen Täter an der Begehung weiterer Straftaten hindern. Das kann man zu erreichen suchen, indem man den Straftäter *insperrt*, so daß er in dieser Zeit keine Straftaten begehen kann; man kann aber auch darauf setzen, daß er durch die Bestrafung von der Begehung weiterer Taten *abgeschreckt* wird; schließlich kann man versuchen, im Strafvollzug auf ihn im Sinn einer *Besserung* einzuwirken, ihn also zu resozialisieren.

³³ *Jakobs*, AT², 1991, 1/8, S. 6.

³⁴ Soweit Strafrecht Vorbild für Umgang mit abweichendem Verhalten sein soll (vgl. dazu ausführlicher, S. 225 ff., trifft ihn die Einordnung überhaupt nicht.

³⁵ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 316 ff.

a) Wegsperrern – Incapacitation

Eindeutig *nachweisbare* Effekte erzielt das Strafrecht nur, soweit es während der Verbüßung von Freiheitsstrafen Prävention von Straftaten leistet. Und auch dieser Erfolg beschränkt sich darauf, daß *außerhalb* des Strafvollzugs keine Taten begangen werden! Dieser Aspekt präventiver Wirksamkeit klingt – und ist – bescheiden; in Anbetracht des Scheiterns (oder der fehlenden Nachweisbarkeit) weitergehender präventiver Effekte, bestimmter Befunde der Kriminologie über besonders häufig delinquierende Straftäter³⁶ und, drittens, dem (wirklichen oder vermeintlichen) Ruf nach ‚Recht und Ordnung‘³⁷, kann dieser Zweck des Strafrechts durchaus in den Mittelpunkt kriminalpolitischen Interesses geraten.

b) Spezielle Abschreckung

Dafür, daß verhängte (Geld- und Freiheits-) Strafen den Bestraften von der Begehung weiterer Taten abschrecken, gibt es keinen empirischen Nachweis. Die Rückfallzahlen sprechen eher gegen große Erfolge in dieser Richtung³⁸. Unsere Alltagstheorien suggerieren uns freilich das Gegenteil³⁹. Viel hängt sicher von der Höhe der Strafe ab, von der Frage, ob ein Straftäter gleich beim ersten Mal (oder jedenfalls zu Beginn seiner ‚kriminellen Karriere‘) er tappt wird oder ob sich die Entdeckung und Bestrafung aus seiner Sicht als Betriebsunfall darstellt. Von der schwerwiegenden Sanktion der Freiheitsstrafe mag man sich eher als von einer Geldstrafe einen Abschreckungseffekt erhoffen; andererseits ist zu bedenken,

³⁶ Vgl. zu dieser v.a. in den USA wichtiggenommenen Forschungsfrage der Kriminologie: *Moore/Estrich/McGillis/Spelman*, *Dangerous Offenders*, Cambridge, Massachusetts, 1984. Die kriminalpolitische Konsequenz ist die ‚Selective Incapacitation‘ dieser Täter. Vgl. zur Einführung und Kritik *Hermann/Janssen*, *MSchKrim* 1990, S. 227 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

³⁷ Vgl. dazu: *Arzt*, *Recht und Ordnung*, 1976.

³⁸ So auch schon *W. Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, *Generalprävention*, 1979, S. 34. Kritisch aber *ders.*, *Grundlagen*², 1990, S. 288.

³⁹ Von daher verständlich die – oft beschwörend wirkenden – Fragen und Vorwürfe, warum sich ein vorbestrafter Angeklagter die Verurteilung nicht zur Warnung habe dienen lassen; vgl. so auch § 56 Abs. 1 Satz 1 StGB.

daß der Bestrafte spätestens im Strafvollzug lernt, daß die meisten Taten gerade nicht bestraft werden.

c) Resozialisierung

Resozialisierung ist, darüber kann kein Zweifel bestehen, der unter Legitimationsgesichtspunkten attraktivste Strafzweck. Denn die Fragwürdigkeit des Richtens produziert ja gerade wegen der Fragwürdigkeit des Strafens das schlechte Gewissen des guten Strafrjuristen (*Gustav Radbruch*)⁴⁰. Resozialisierung macht aus dem Übel eine Wohltat und verspricht den Strafrjuristen damit die Befreiung vom schlechten Gewissen.

Trotzdem wurden, „kaum daß dem Resozialisierungsgedanken erstmals auf breiter Front der Einbruch in das Strafrecht gelungen war, erste Stimmen des Zweifelns laut“⁴¹. Diese Stimmen haben an Zahl und Gewicht noch gewonnen. Trotz zahlreicher Argumente normativer Natur⁴² dürfte ein empirisches das ausschlaggebende⁴³ sein: „Nothing works!“⁴⁴ Selbst *Lüderssen*, entschiedener Anhänger recht verstandener Resozialisierung⁴⁵ räumt nüchtern ein, daß die bisherige Praxis enttäuschend sei⁴⁶ und setzt auf das Prinzip

⁴⁰ Vgl. *E. Wolf*, in: *E. Wolf/H.-P. Schneider* (Hrsg.), *Radbruch, Rechtsphilosophie*⁶, 1973, S. 33 f.

⁴¹ *Eser*, *Peters-Fs.*, 1974, S. 505.

⁴² Vgl. die zusammenfassende Würdigung der Diskussion bei *Roxin*, *Gagnér-Fs.*, 1991, S. 341 ff. und bei *Lüderssen*, *JA* 1991, S. 222 ff., der sich dort – wie schon an anderer Stelle – energisch gegen ein zu frühes Aufgeben des Resozialisierungsgedankens ausspricht.

⁴³ Vgl. dazu auch *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 288 f.: „In einer outputorientierten Rechtskultur gerät ein Institut, das gerade empirisch feststellbare Wirkungen auf seine Fahnen geschrieben hat, in Bedrängnis, wenn es diese Wirkungen nicht methodisch sauber belegen kann.“

⁴⁴ Das Schlagwort bezieht sich auf eine Schrift *Martinsons* (*Prison Reform*, 1974), die schon im Titel fragt „What works?“

⁴⁵ Bündige Zusammenfassung der Position *Lüderssens* in: *ders.*, *Krise*, 1989, S. 16 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Grundlegend: *ders.*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, *Sozialwissenschaften*, 1983, S. 67 ff.; Ausführlich und insbesondere neuere normative Einwände zurückweisend, jetzt in: *JA* 1991, S. 222 ff.

⁴⁶ *Lüderssen*, *JA* 1991, S. 224.

Hoffnung, darauf nämlich, daß „Reformen nur über Reformen kommen“⁴⁷.

2. Negative Generalprävention (Abschreckung)

Nicht viel freundlicher fällt das Urteil über die negativ-generalpräventiven Effekte des Strafrechts aus. *Karl F. Schumann* bilanziert nach einer Durchsicht deutschsprachiger Untersuchungen zur generalpräventiven Wirkung 1987, „keine der Studien, die reales Verhalten in Zusammenhang mit Aspekten der Strafverfolgung gebracht haben ... ergab Anhaltspunkte für beachtliche abschreckende Wirkung von Strafen, weder bezogen auf Schwere noch auf Wahrscheinlichkeit“⁴⁸. Und *Giehring* kommt zu ganz ähnlichen Ergebnissen: „Strafschwerebewertungen haben ... keinen Einfluß auf Deliktbegehungen (und:) Im *Bagatellbereich* findet sich eine *marginale Wirksamkeit* der Entdeckungsrisikoeinschätzung.“⁴⁹

Dieser skeptische Befund überrascht nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, wie komplex „die Probleme der generalpräventiven Straftheorie hinsichtlich der empirischen Voraussetzungen ihrer Verwirklichung sind.“⁵⁰ Die alltagstheoretisch nach wie vor einleuchtende Theorie war eben nur 1799, als *Feuerbach* sie als erster formuliert hat, ‚modern‘, weil vom aufklärerischen Impetus und vom Glauben an die Rationalität des Menschen getragen⁵¹; heute ist sie es nicht mehr, weil weder ihr Weltbild die (inzwischen erkannte) Komplexität noch ihr Menschenbild die (faktisch bestehenden) Rationalitätsdefizite umfaßt.

Gleichviel – selbst wenn das Manko der Theorie der Abschreckung ihre „juristische Esoterik“⁵² ist, und selbst wenn die sozialwissenschaftlichen Untersuchungen, die die Theorie beim Wort nehmen und widerlegen, nur von beschränkter Aussagekraft sind, weil man Strafrecht nur im Kontext sozialer Kontrolle sehen kann⁵³

⁴⁷ *Lüderssen*, a. a. O.

⁴⁸ *Karl F. Schumann/Berlitz/Guth/Kaulitzki*, Generalprävention, 1987, S. 12.

⁴⁹ *Giehring*, KrimJ 1987, S. 28.

⁵⁰ Dazu ausführlich: *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 310 ff.

⁵¹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 309.

⁵² *Hassemer*, a. a. O., S. 316.

⁵³ *Hassemer*, a. a. O., S. 316 ff.

– es gilt: Die Ergebnisse der empirischen Generalpräventionsforschung reichen allemal, um auch bezüglich der allgemeinen Abschreckung von einer Effektivitätskrise des Strafrechts zu sprechen.

III. Positive Generalprävention

Ob positive Generalprävention ein Zweck ist, den das Strafrecht nicht nur erstrebt, sondern auch nachweisbar erreicht, kann niemand sagen. Denn wenn man sich nicht mit der vagen Formulierung von der Normstabilisierung zufrieden geben will, dann ist höchst unklar, ob es überhaupt *eine* Theorie positiver Generalprävention gibt, was darunter zu verstehen ist, und vor allem, ob es sich dabei um nachweisbare Phänomene handelt⁵⁴.

Trotz dieser Unklarheiten hat die positive Generalprävention Konjunktur, und da schon die bisherigen Überlegungen erbracht haben, daß positive Generalprävention am ehesten in unsere Zeit (und damit in die Risikogesellschaft) paßt⁵⁵, verdient sie nähere Betrachtung. Die vage Begrifflichkeit legt eine vorsichtige Herangehensweise nahe: Die im folgenden zusammengestellten Mosaiksteine (1.) sollen zu einer Rekonstruktion der Theorie (2.) verwendet werden; erst dann ist eine zusammenfassende Bewertung (3.) möglich.

1. Mosaiksteine positiver Generalprävention

a) Der Begriff positiver Generalprävention

Auch die positive Generalprävention versteht sich als Präventionstheorie und stellt damit klar, daß sie Strafe nicht metaphysisch begründet. Strafe erfolge nicht um ihrer selbst willen, sondern habe die präventive Aufgabe, „die Bedingungen (gesellschaftlicher)

⁵⁴ Einiges spricht dafür, daß die Theorie gerade eine Antwort auf die Schwierigkeiten der anderen präventiven Theorien, die von ihnen behaupteten Zwecke nachzuweisen, ist. Ähnlich *Lüderssen* Krise, 1989, S. 15 f.

⁵⁵ Ähnlich: *Hassemer*, NSTZ 1989, S. 553 ff. [557].

Interaktion zu schützen.^{56/57} Auch das Generelle an der positiven Generalprävention bereitet keine Verständnisprobleme. Die Strafe richtet sich nach dieser Theorie „an alle Menschen“⁵⁸, das „Strafrechtssystem tritt der Bevölkerung als ganzes gegenüber“⁵⁹. Das nun tut die negative Generalprävention auch⁶⁰. Der entscheidende, weil die positive von der negativen Generalprävention unterscheidende Aspekt muß sich folglich aus dem Begriff des Positiven ergeben. Was genau aber das Positive an der positiven Generalprävention ist, ist keineswegs eindeutig.

aa) Formulierungen der Rechtsprechung

Ausgangspunkt der Rechtsprechung⁶¹ (zu dem die strafrechtliche Literatur häufig zurückgekommen ist⁶²) dürfte der Begriff der Verteidigung der Rechtsordnung⁶³ gewesen sein⁶⁴. Zu diesem Bild eines Zweikampfes zwischen Recht und Unrecht passen Formulierungen, wonach es zu den Aufgaben der Strafe gehöre, „das Recht

⁵⁶ *Jakobs*, AT², 1991, 1/14, S. 8.

⁵⁷ Ob die Strafe nach der Theorie der positiven Generalprävention tatsächlich eine präventive Aufgabe hat, ist eine wichtige Vorfrage, die z.B. von *F. Herzog* (Prävention, 1987, S. 51 f.) negativ beantwortet wird. Dazu sogleich auf S. 220 ff.

⁵⁸ *Jakobs*, AT², 1991, 1/15, S. 9.

⁵⁹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 325.

⁶⁰ Mißverständlich *Jakobs* und *Hassemer* (a. a. O.), die den Eindruck erwecken, die Strafe richte sich nach der Theorie negativer Generalprävention nur an Verbrechensgeneigte. Allerdings könne sie sich auf entsprechende Formulierungen in der Rspr. berufen: vgl. die Nachweise in Fn. 64.

⁶¹ Es ist aufschlußreich, daß Rechtsprechung und Wissenschaft sich zumindest gleichzeitig an die Erarbeitung der Theorie positiver Generalprävention gemacht haben. Viel spricht sogar dafür, daß die ersten Anstöße dazu von der Rechtsprechung kamen.

⁶² So: *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 325.

⁶³ Vgl. dazu ausführlich: *Naucke u. a.*, „Verteidigung der Rechtsordnung“ 1971, die im Ergebnis kritisch feststellen, auf diesen Begriff bezogen dürften keine kurzen Freiheitsstrafen verhängt oder vollzogen werden, vgl. die Zusammenfassung, S. 137. Dazu, daß der historische Gesetzgeber (jedenfalls einige Abgeordnete) die Verteidigung der Rechtsordnung als „Teilaspekt der Generalprävention“ angesehen haben, a. a. O., S. 50 f.

⁶⁴ Vgl. die Entscheidung BGHSt 24, 40 [46] (Leitsatz: Zum Begriff der Verteidigung der Rechtsordnung), auf die das BVerfG in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187 ff.) Bezug nimmt, in der es zur positiven Generalprävention Stellung bezieht (S. 256 f.).

gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen⁶⁵, ebenso wie die Redewendung von der „Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“⁶⁶.

Andere Formulierungen beziehen sich nicht mehr unmittelbar auf die Rechtsordnung als solche: Die „Rechtsgemeinschaft“, die „Bevölkerung“ taucht auf. Es gehe, so das Bundesverfassungsgericht, um „die Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung“, die oben schon zitierte „Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ sei „vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen“, und so sei letztlich „die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken“. Konkretisiert wird das vom Bundesgerichtshof. Zu vermeiden sei eine Strafaussetzung, wenn sie dem „allgemeinen Rechtsempfinden unverständlich erscheinen müßte“, wenn das „Vertrauen der Bevölkerung ... in den Schutz der Rechtsordnung vor kriminellen Angriffen dadurch erschüttert werden könnte“⁶⁷ oder wenn die Strafaussetzung „eine ernstliche Gefährdung der rechtlichen Gesinnung der Bevölkerung als Folge schwindenden Vertrauens in die Funktion der Rechtspflege“⁶⁸ befürchten ließe.

bb) Formulierungen im Schrifttum

Das Schrifttum hat diese Formulierungen zum Teil aufgegriffen, zum Teil durch zeitgemäßere Wendungen ersetzt. Danach liege ein positiver Aspekt – und nach *Jakobs* der entscheidende – darin, daß durch die Strafe nicht (bloß⁶⁹) – negativ – abgeschreckt wird, sondern – positiv – die Norm bestätigt wird⁷⁰. Dabei soll es um drei Effekte gehen: Um die „Einübung in Normvertrauen“, um die „Einübung in Rechtstreue“ und drittens um die „Einübung in die

⁶⁵ BVerfGE 45, 187 [256].

⁶⁶ BVerfGE, a. a. O.

⁶⁷ Alle Zitate: BGHSt 24, 64 [66].

⁶⁸ BGHSt 24, 40 [45 f.].

⁶⁹ *Jakobs* (AT², 1991, 1/15, S. 9) stellt klar, daß die positive Generalprävention eine „nicht abschreckende Generalprävention“ ist.

⁷⁰ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 326 m.w.N. leugnet diesen Aspekt nicht, meint aber offensichtlich nicht, daß darin schon das positive Element der Theorie liege und bezeichnet diese Variante der Theorie als bloße Integrationsprävention.

Akzeption der Konsequenzen“⁷¹. Vielleicht am prägnantesten⁷² hat Günther Jakobs diese Aspekte zusammengefaßt und systematisiert. Er sei daher hier im Zusammenhang zitiert:

„Der Schutz (gesellschaftlicher Interaktion) erfolgt durch Bestätigung der auf Normen Vertrauenden in ihrem Vertrauen. ... Adressaten der Strafe sind ... alle Menschen, da alle ohne soziale Interaktionen nicht auskommen können und da deshalb alle Menschen wissen müssen, was sie dabei erwarten können. Insoweit erfolgt Strafe zur Einübung in Normvertrauen. Zudem belastet die Strafe das normbrechende Verhalten mit Kostenfolgen und erhöht deshalb die Chance, daß dieses Verhalten allgemein als nicht diskutabile Verhaltensalternative gelernt wird. Insoweit erfolgt Strafe zur Einübung in Rechtstreue. Zumindest aber wird durch die Strafe der Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht gelernt, mag auch die Norm trotz des Gelernten übertreten werden; insoweit geht es um Einübung in die Akzeption der Konsequenzen. – Die drei genannten Effekte lassen sich als Einübung in Normanerkennung zusammenfassen.“⁷³

„Sekundär“, das fügt Jakobs ausdrücklich an, mag die Strafe auch einen abschreckenden Effekt haben, solche „nicht über Normanerkennung, sondern über Furcht vermittelten Effekte“ seien Beigaben, „die erwünscht sein mögen“, aber nicht „Aufgabe der Strafe“ seien⁷⁴.

Auf diese Unterscheidung legt auch Hassemer Wert, der meint, nach der Theorie der positiven Generalprävention⁷⁵ vermittele sich das Strafrechtssystem „nicht über Furcht, sondern über Einsicht“⁷⁶. Bei Hassemer kommt aber – auch schon im Bereich des von ihm Integrationsprävention genannten Aspektes positiver Generalprävention – ein Element hinzu, daß bei Jakobs fehlt oder zumindest nicht explizit erwähnt wird: Danach muß eine Straftheorie mit einer Strafrechtstheorie verbunden sein. Und sein Konzept positiver Generalprävention beruhe auf der Strafrechtstheorie, die Strafrecht als Teilbereich sozialer Kontrolle ansieht. Bezogen auf die Aufgabe von Strafe hieße das konkret, daß Strafen in „Wechselbezüglichkeit mit anderen Bereichen sozialer Kontrolle, Konse-

⁷¹ Jakobs, AT², 1991, 1/15, S. 9.

⁷² Ähnlich Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 325, der diesen Abschnitt als „paradigmatisch“ bezeichnet.

⁷³ Jakobs, AT², 1991, 1/15, S. 13 f.

⁷⁴ Jakobs, a. a. O., S. 14.

⁷⁵ Nach Hassemers Begriff der positiven Generalprävention geht es hier, genau genommen, zunächst nur um den Aspekt „Integrationsprävention“.

⁷⁶ Hassemer, Grundlagen², 1990, S. 325.

quenzen für die Geltung sozialer Normen und deren Bestandskraft hat.“⁷⁷ Damit sind wesentliche Korrekturen an Jakobs' Modell positiver Generalprävention angebracht: Es geht Hassemer nicht nur um Strafrecht als Teil sozialer Kontrolle, sondern auch um Rechtsnormbestätigung als Teil der Bestätigung sozialer Normen.

b) Die Kritik an der positiven Generalprävention

Weitere für die Rekonstruktion notwendige Mosaiksteine ergeben sich aus der Kritik an der Theorie von der positiven Generalprävention, die deswegen besonders aufschlußreich ist, weil diese Lehre gleichermaßen von der absoluten wie von den ‚klassischen‘ relativen Straftheorien unter Beschuß geraten ist.

aa) Die Kritik aus der Perspektive der absoluten Straftheorie

Am pointiertesten findet sie sich bei Felix Herzog, der meint, positive Generalprävention sei eigentlich eine absolute Straftheorie. Dabei kann er sich auf Hassemer, der die „Weisheit (der Tatvergeltungslehre) wiederentdecken will“⁷⁸ ebenso berufen wie auf Jakobs, dessen Theorie positiver Generalprävention nach eigener Aussage von der absoluten Theorie in der Gestalt, die ihr Hegel gegeben hat⁷⁹, nicht weit weg ist. Solchermaßen munitioniert, wirft Herzog Hassemer und Jakobs vor, auf halber Strecke stehen zu bleiben, „Tribut an die Übermacht des empirisch beherrschten theoretischen Horizonts“ zu zahlen, weil Hassemer und Jakobs selber davor zurückschrecken, ihre Theorie als Rekonstruktion absoluter Straf begründung auszugeben⁸⁰.

Aus dieser Perspektive ist die Theorie positiver Generalprävention eine – im schlechten Sinn des Wortes – Vereinigungstheorie, weil sie (eigentlich) absolut ist, sich aber (als Tribut an den die Strafrechtstheorien dominierenden empirischen Zeitgeist) relativ gibt.

⁷⁷ A. a. O.

⁷⁸ A. a. O., S. 324.

⁷⁹ Jakobs, AT², 1991, 1/21, S. 17.

⁸⁰ F. Herzog, Prävention, 1987, S. 51 f.

bb) Die Kritik aus der Perspektive der ‚klassischen‘ präventiven Strafrechtstheorie

Noch strenger fällt die Kritik derer aus, die den präventiven Aspekt positiver Generalprävention ernstnehmen: Vor allem *Lüderssen* hat die Lehre von der positiven Generalprävention aus dieser Position heraus immer wieder kritisiert: Sie sei zirkulär, spekulativ⁸¹, letztlich nur eine „Volte“⁸², die sich den empirisch und normativ begründeten Unsicherheiten der Strafzweckdiskussion verdanke⁸³. Wer das Strafrecht auf Normstabilisierung beschränken wolle, komme nicht weit: „Er kann nur die Stelle, wo (die bisher diskutierten Strafzwecke, C.P.) in den Kreislauf der Argumente (eintreten), ein wenig verschieben.“⁸⁴ Denn wenn die Sanktion die Stabilisierung garantieren solle, dann müsse man wissen, warum sie eigentlich stabilisiere. Und je nachdem, welchen Sinn Menschen mit einer Sanktion verbinden, ließen sie sich von ihr motivieren oder nicht. „Damit ist man dennoch bei der Frage, was die Sanktion für sich genommen soll: vergelten, abschrecken, sichern oder erziehen?“⁸⁵ Letztlich gipfelt also auch diese Argumentation in dem Vorwurf, die Theorie positiver Generalprävention sei eine – in der Sache nicht weiterführende – Vereinigungstheorie.

c) Zusammenfassung der Mosaiksteine

Auf der Grundlage dieser Mosaiksteine läßt sich die oben schon aufgeworfene Frage nach den Zwecken positiv generalpräventiv begründeter Strafe besser beantworten. Keineswegs ist die Antwort aber so einfach, wie man nach dem letzten Abschnitt vielleicht vermutet. Auch wenn nämlich die Funktionen von Strafe Ausgangspunkt der Theorie waren, man also erwarten könnte, nach dieser – wahrhaft modernen – Strafrechtstheorie ließen sich erwünschte Wirkungen von Strafe nachweisen und Strafe daher legitimieren, zeigt auch

⁸¹ *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 16.

⁸² *Lüderssen*, StV 1987, S. 168.

⁸³ *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 15 f.

⁸⁴ *Lüderssen*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Sozialwissenschaften, 1983, S. 89.

⁸⁵ *Lüderssen*, Krise, 1989, S. 16.

diese Theorie wenig Interesse an ihrer empirischen Überprüfung. Der tiefere Grund dafür kann benannt werden. Denn zwar ist die Lehre von der positiven Generalprävention – im Unterschied zu den anderen Strafrechtstheorien – eher realistisch als idealistisch⁸⁶; die Anknüpfungspunkte an die Realität jedoch – Systemtheorie und symbolischer Interaktionismus bei *Jakobs*, die Theorie sozialer Kontrolle bei *Hassemer* – erweisen sich als keineswegs hartes empirisches Material. Vielmehr sind diese Theorien heuristische Modelle, Versuche, diese Welt zu verstehen. Sie kommen zwar nicht ohne Empirie aus, sind aber von empirischer Nachweisbarkeit nach den Standards empirischer Sozialforschung, wie sie an die anderen Strafrechtstheorien angelegt werden, weit entfernt.

Im Zusammenhang mit dieser Feststellung kann eine Relativierung vorher gemachter – und idealtypisch zutreffender – Unterscheidungen zwischen der positiven Generalprävention und den anderen Strafrechtstheorien angebracht werden. Als modern war die Lehre von der positiven Generalprävention insofern bezeichnet worden, als sie mit der Erhebung der Funktion zum Zweck die Legitimationsfrage löst, während die absolute Strafrechtstheorie die Legitimationsfrage scheinbar unabhängig von Zweck und Funktion beantwortet, und die anderen präventiven Strafrechtstheorien sich nur mit der – kontrafaktischen – Erklärung der Zwecke zur Funktion zu helfen wissen. So zutreffend diese Unterscheidung ist, so sehr muß man sich ihrer begrenzten Reichweite und Erklärungskraft bewußt sein. Es geht bei diesen Unterschieden mehr um Weltansichten, Rationalitäten und Argumentationsstile als um wirklich inhaltliche Unterschiede. Die theoretisch vorhandene Antinomie der Strafzwecke verdankt sich stärker dem Abstraktionsniveau der Debatte als wirklich unvereinbaren Strafzielen⁸⁷. Konkret: Auch die Vertreter der absoluten Strafrechtstheorie interessierten sich für Zwecke, und viel spricht dafür, daß sich dieses Interesse mittelbar auch auf ihre Strafrechtstheorie ausgewirkt hat. Und sie, ebenso wie die Befürworter von Spezial- und Abschreckungsprävention, haben

⁸⁶ Vgl. dazu, oben S. 207.

⁸⁷ Dazu, insbesondere im Blick auf die Diskussion im 19. Jahrhundert: *Frommel*, Präventionsmodelle, 1987.

ihre Ideen von Zwecken des Strafrechts letztlich aus ihrer Wahrnehmung und Vorstellung von Funktionen des Strafrechts.

Im folgenden kann nun das Modell der Lehre von der positiven Generalprävention rekonstruiert werden. Dadurch wird auch eine Überprüfung der Kritik aus den verschiedenen Straftheorielagern, die Lehre von der positiven Generalprävention sei eine „wiederentdeckte“ absolute Straftheorie (*Herzog*), beziehungsweise eine Reaktion auf die Unsicherheiten der klassischen präventiven Theorien, die aber die Unsicherheiten letztlich nicht beseitige (*Lüderssen*), möglich.

2. Rekonstruktion der positiven Generalprävention

a) Das absolute Element der Theorie positiver Generalprävention

Ein hervorstechendes Merkmal der Lehre von der positiven Generalprävention ist das Anknüpfen an Formulierungen der absoluten Straftheorie. Da ist, anders als bei den ‚modernen Klassikern‘ der Straftheorie, wieder die Rede von der „Verteidigung der Rechtsordnung“⁸⁸, von der Aufgabe der Strafe, „das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen“⁸⁹. Insofern überrascht der Versuch *Herzogs*⁹⁰ nicht, die Lehre von der positiven Generalprävention für die absoluten Straftheorien zu vereinnahmen⁹¹.

Trotz dieser Indizien⁹² ist seiner These zu widersprechen. Die Lehren von der positiven Generalprävention sind nur in dem Maße absolut, als, wie *Monika Frommel* nachgewiesen hat, auch die absolute Theorie „verdeckt-relative Theorie“⁹³ war und ist⁹⁴. Es geht

⁸⁸ BGHSt 24, 40 [44].

⁸⁹ BVerfGE 45, 187 [256].

⁹⁰ *Herzog*, Prävention, 1987, S. 52.

⁹¹ Vgl. dazu oben, S. 217.

⁹² Auch *Naucke* (Einführung⁵, 1987, S. 51) sieht in dem Auftreten und Erstarkender Theorie positiver Generalprävention „Anzeichen ..., aus denen auf eine Rückkehr zu einer stärkeren Betonung des Vergeltungsgedankens geschlossen werden kann.“

⁹³ *Frommel*, Präventionsmodelle, 1987, S. 113.

⁹⁴ Vgl. schon oben, S. 203 f.

sowohl den Gerichten, die die zitierten Formulierungen, die Anlaß zur Assoziation mit der absoluten Straftheorie bieten, mit Vorliebe verwenden, als auch und vor allem den Verfechtern der Lehre im Schrifttum ganz eindeutig nicht um Metaphysik, sondern um weltliche Zwecke. Auch wenn von Wahrung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung die Rede ist, ist gemeint, diese „vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen“; und die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung bekommt ihr Gewicht erst im Rahmen der „Erhaltung und Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung“⁹⁵ in sie. *Jakobs* selber stellt klar, Strafe habe nach der Lehre von der positiven Generalprävention „eine präventive Aufgabe“⁹⁶ und erklärt die Nähe zu *Hegels* Vorstellungen damit, daß die Strafe auch bei *Hegel* nur „dem Begriff nach absolut, in ihrer konkreten Ausgestaltung relativ zum jeweiligen Stand der Gesellschaft“⁹⁷ sei.

Weniger eindeutig ist die Distanzierung von der absoluten Theorie bei *Hassemer*: Das liegt nicht nur an Formulierungen, die die an Folgen gebundene Rechtfertigung der Strafe als eher von außen aufgezungen denn als innerlich akzeptiert erscheinen lassen⁹⁸, sondern auch daran, daß für *Hassemer* das eigentlich Positive an der positiven Generalprävention nicht die Verbrechensprävention ist, sondern die vorbildliche Vermittlung des „humanen Umgangs mit Abweichung“^{99/100}. Das ist zwar, offensichtlich, ebenfalls ein Zweck; durch *Hassemers* Behauptung, die Botschaft der Tatvergeltungslehre liege in der „Achtung vor der Würde des Straftäters“^{101/102}, gerät er damit gleichwohl in die Nähe der absoluten Theorien.

⁹⁵ BVerfGE 45, 187 [256]. Das ‚präventive‘ Selbstverständnis wird noch weiter dadurch verdeutlicht, daß das Gericht bisher ausstehende „fundierte Effizienzuntersuchungen“ erwähnt und sich damit im Prinzip dem Urteil der Effizienz unterwirft.

⁹⁶ *Jakobs*, AT², 1991, 1/14, S. 13.

⁹⁷ *Jakobs*, a. a. O., 1/21, S. 18.

⁹⁸ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 284 f. Von daher wird *Herzogs* Verdacht, die präventive Formulierung der Theorie sei ein Tribut an den Wissenschafts-Zeitgeist ‚Rationalität dieser Rechtskultur‘ (1987, S. 53 ff.) verständlich.

⁹⁹ *Hassemer*, a. a. O., S. 326.

¹⁰⁰ Daher zu recht kritisch *Lüderssen* (Krise, 1989, S. 16, Fn. 38): „die Aufgabe des Strafrechts, formalisierte Kontrolle zu garantieren, scheint bei *Hassemer* fast in den Rang einer ‚Letztbegründung‘ gerückt zu sein.“

¹⁰¹ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 284.

¹⁰² Hier ist *Hassemer* zu widersprechen. Die ‚Botschaft‘ heißt: „Vergeltung des Übels der Tat mit dem Übel der Strafe!“ und dürfte so auch von den Menschen

b) Die relativen Elemente der Theorie positiver Generalprävention

Mit der Feststellung, daß die Theorie positiver Generalprävention keine absolute Straftheorie ist, ist aber nur ein erster Schritt getan. Fragt man in dem notwendigen zweiten Schritt nach den Zwecken, die diese relative Straftheorie erreichen will, dann ergibt sich als übergeordneter Zweck, daß die Lehren von der positiven Generalprävention den Umgang der Bürger mit Normen beeinflussen wollen.

Damit kann bereits ein erster Unterschied zu den anderen relativen Straftheorien festgehalten werden, die weniger naive *Formulierung* der Theorie: Im Vergleich der Theorien erst wird offensichtlich, in welchem Ausmaß die Theorien der Abschreckungs- und der Resozialisierungsprävention vom Denken des 18. und 19. Jahrhunderts geprägt sind, einer Zeit mit einem eher mechanistischen und auf kausalen Beziehungen aufbauenden Weltbild, das konsequent zum bewußten Gebrauch dieses Wissens, zur „Befreiung aus der Unmündigkeit“ einlädt. Dagegen ist die Theorie positiver Generalprävention insofern modern formuliert, als sie, ohne den Anspruch auf Gestaltbarkeit aufzugeben, Einsicht in die komplexeren – nicht mono- und auch nicht nur multikausalen, sondern interdependenten und kumulativen – Zusammenhänge zeigt¹⁰³. Das Ergebnis ist freilich eine Zweckformulierung, die so nebulös ist, daß sie von vornherein weder beweis- noch widerlegbar erscheint. Zudem ist diese Zweckformulierung unbefriedigend, weil sie offen läßt, wie und zu welchem weiteren Zweck sie den Umgang der Bürger mit den Normen beeinflussen will.

Es steht also immer noch nicht fest, ob die Theorie positiver Generalprävention nur eine – je nach Perspektive: anspruchsvoller

verstanden werden. Auch wenn die Verfechter der absoluten Straftheorie immer wieder so argumentieren (und v. a. die relativen Theorien in diesem Sinn kritisieren), bleibt die würdevolle Behandlung des Straftäters nach der absoluten Theorie schon begrifflich (bestenfalls) eine erwünschte Nebenfolge. Wer sie zur Botschaft hochstilisiert, verläßt den Boden der absoluten Straftheorie; zu dieser Position schon oben, S. 203 f.

¹⁰³ Auch insoweit aber kritisch: *Karl F. Schumann*, Neue Kriminalpolitik Heft 1/1990, S. 36, der die positive Generalprävention als „juristische Denkfigur“ bezeichnet, „die der Komplexität der menschlichen Wahrnehmung und Überzeugungsbildung nicht Rechnung trägt.“

oder spekulativer – reformulierte klassische Präventionstheorie ist, oder ob sich hinter den unterschiedlichen Formulierungen auch Unterschiede in der Sache verbergen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Positive Generalprävention ist nicht nur ‚alter Wein in neuen Schläuchen‘; neben Neuformulierungen klassisch präventiver Zwecke behauptet die Theorie positiver Generalprävention auch spezifische und neue Strafzwecke. Diese Zwecke kann man am übersichtlichsten in einem Schaubild zeigen:



Anders als die Theorien der Resozialisierung und der Abschreckungsprävention, die einfache Mittel-Zweck-Relationen aufstellen (durch Strafe soll resozialisiert beziehungsweise abgeschreckt werden), postuliert die Theorie positiver Generalpräven-

tion von vornherein, daß die Strafe ihre Endziele über *Zwischenziele* vermittelt erreichen will.

Auf einer ersten Stufe hat die Strafe zwei heteronome Zwischenzwecke: Durch die Strafe soll der Umgang des Bürgers einerseits mit der Norm (Modell *Jakobs* und Modell *Hassemer*), andererseits mit der Normabweichung (nur im Modell *Hassemer*) beeinflusst werden.

Auf einer zweiten Stufe wird präzisiert, in welche Richtung diese Beeinflussung geht, welchen konkreteren Zweck die Strafe also erfüllt. Diese präzisierten Zwecke zeigen – das dürfte ein wesentlicher Fortschritt gegenüber den klassischen, präventiven Theorien sein – daß die Bürger in drei unterschiedlichen Rollen angesprochen werden. Es geht nicht nur, wie das bei der Abschreckungsprävention der Fall ist, um den Bürger als potentiellen Täter, sondern auch um den Bürger als potentielles Opfer, und drittens (im Modell *Hassemers*) um den Bürger als Bürger (d. h. als gesellschaftliches Wesen), der auch, wenn es nicht um *Rechtsbrüche* geht, mit Abweichung umgehen können soll.

Der (jedenfalls quantitativ) gewichtigere gemeinsame Zwischenzweck in den Modellen *Jakobs'* und *Hassemers* ist der „Umgang mit der Norm“. Er bedarf der weiteren Präzisierung und provoziert die Nachfrage, welchen Endzwecken er dient: Was im Modell „Normanerkennung“ oder „Normstabilisierung“ heißt, bedeutet, daß sich das Strafrecht an den Bürger sowohl als potentielles Opfer als auch als potentiellen Täter von Straftaten wendet:

Als potentielltem Opfer wird dem Bürger durch die Bestrafung des bekanntgewordenen Rechtsbruchs signalisiert, daß er gleichwohl auf den Schutz, den ihm die Rechtsordnung gegenüber Straftaten verspricht, vertrauen kann. Der damit verfolgte Endzweck ist einsichtig. Nur wenn der Bürger ein solches Vertrauen hat, wird er es unterlassen, sich selber um seinen Schutz zu kümmern, also z. B. Selbstjustiz zu üben oder jedenfalls immer zur Verteidigung bereit zu sein.

Als potentielltem Täter wird dem Bürger – nach dem am präzisesten formulierten Modell von *Jakobs* – gleich dreierlei signalisiert: Erstens stellt die Strafe das Unwerturteil über die bestrafte Handlung klar. Der im Prinzip rechtstreu Bürger wird daran erinnert, daß es sich um Unrecht handelt; da er als rechtstreu gedacht wird,

wird er deswegen die unrechte Handlung seinerseits nicht ausführen. Zweitens wird klargestellt, daß der Rechtsbruch Konsequenzen hat. Auch wer sich nicht schon wegen des Unwertgehalts der Handlung dagegen entscheidet, soll als kalkulierender Mensch die Konsequenzen der Handlung mit in seine Entscheidung, sich abweichend zu verhalten oder nicht, einbeziehen und daher von der Straftat ablassen. Als dritten Zweck führt *Jakobs* an, durch den Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht werde, auch wenn der Bürger weder aus Rechtstreue noch aus Rechtsgehorsam das unrechte Tun vermeidet, wenigstens die „Akzeptation von Konsequenzen“ eingeübt. Welchen tieferen Zweck das haben soll, erklärt *Jakobs* nicht; ein solcher Zweck ist auch nicht ersichtlich: Ein Zustand, in dem Straftäter im Bewußtsein möglicher strafrechtlicher Konsequenzen weitere Straftaten begehen, kann schwerlich als akzeptabler Strafzweck gelten.

Hassemers Position zu diesen Zwischen- und Endzwecken ist nicht eindeutig auszumachen. Während er an einer Stelle unter positiver Generalprävention sowohl die Einübung in Normanerkennung als auch die Einübung in den humanen Umgang mit Abweichung versteht¹⁰⁵, erweckt er an anderer Stelle den Eindruck, nur das Zuletztgenannte sei Aufgabe der Strafe, weil allein die Formalisierungsleistungen strafrechtlicher Sozialkontrolle die Strafe von anderen Kontrollinstanzen unterscheidet¹⁰⁶. Wenn man aber die neuere Stellungnahme¹⁰⁷ zugrundelegt, darf man davon ausgehen, daß nach der Auffassung *Hassemers* die Normeinübung Integrationsprävention und (in seinem Sinn) positive Generalprävention verbindet¹⁰⁸. Präzisere Angaben darüber, welche unterschiedlichen Aspekte von Normeinübung er als Element der Theorie positiver Generalprävention anerkennt, stehen noch aus.

Als zweiten – heteronomen – Zwischenzweck nennt *Hassemer* die Beeinflussung des Bürgers in seinem generellen Umgang mit Normabweichung. Daß dieser Zweck ihm nicht weniger wichtig, vielleicht sogar wichtiger ist als Normeinübung, beweist seine früh schon geäußerte Ansicht, *allein* aus den Formalisierungsleistungen

¹⁰⁵ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 326.

¹⁰⁶ *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Sozialwissenschaften, 1983, S. 63.

¹⁰⁷ *Hassemer*, Grundlagen², 1990.

¹⁰⁸ A. a. O., S. 328.

strafrechtlicher Sozialkontrolle begründe sich die Aufgabe der Strafe¹⁰⁹. Auch was mit diesem Strafzweck gemeint ist, kann aber nicht als eindeutig geklärt gelten. Denn zum Teil argumentiert *Hassemer*, die Strafe könne und müsse ein „Vorbild humanen Umgangs mit Abweichung“¹¹⁰ werden. Wenn das richtig ist, dann ist angenommen nicht die Bewahrungswürdigkeit des formalisierten Strafrechts der Zweck, sondern allgemein der erwünschte gesellschaftliche Umgang mit Abweichung¹¹¹. An anderer Stelle freilich hat es den Anschein, als ob es *Hassemer* doch eher darum geht, die Formalisierungsleistungen des Strafrechts zu schützen und zu wahren¹¹². Und dieser Eindruck verstärkt sich, wenn der vermeintliche Zweck des Strafrechts, Vorbild humanen Umgangs mit Abweichung zu sein, zur Hoffnung degradiert wird, die mit Strafe verbunden sei, sie aber nicht rechtfertige¹¹³.

3. Zusammenfassung und Bewertung der Lehren von der positiven Generalprävention

Ein festzuhaltendes Ergebnis der hier vorgenommenen Rekonstruktion der Lehre von der positiven Generalprävention ist, daß es zwei im Grunde ganz unterschiedliche Modelle von positiver Generalprävention gibt:

a) Das Modell Jakobs'

Vergleicht man *Jakobs'* Modell positiver Generalprävention mit den klassischen präventiven Straftheorien, dann ist der Zweck des

¹⁰⁹ *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Sozialwissenschaften, 1983, S. 63; wiederum anders allerdings a. a. O., S. 64: „In die Terminologie der Straftheorie übersetzt, ist Aufgabe der Strafe die positive Generalprävention: die staatliche Reaktion auf Straftaten, die zugleich das gesellschaftliche Normbewußtsein hilfreich unterstützt.“

¹¹⁰ *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 326.

¹¹¹ So explizit: *Hassemer*, a. a. O., S. 328 f.: Daß sich der Aspekt der Formalisierung „– als Muster humanen Umgangs mit der Abweichung – an die außerstrafrechtliche Sozialkontrolle vermitteln kann, ist die Hoffnung.“

¹¹² *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Sozialwissenschaften, S. 63, 65. Diese Einschätzung auch bei *Lüderssen*, *Krise* 1989, S. 16 Fn. 38.

¹¹³ *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 329.

Rechtsgehorsams unschwer als Neuformulierung negativer Generalprävention zu identifizieren. *Jakobs* Versuch, die positive von der negativen Generalprävention dadurch zu unterscheiden, daß nach der positiven Generalprävention die Strafe als „Kostenfolge“¹¹⁴ bei der Kalkulation des Handelnden berücksichtigt werde und so Straftaten verhindere, während nach der negativen Variante Strafe „den Bestraften oder Dritte so (beeindrucke), daß diese von künftigen Taten ablassen“¹¹⁵, überzeugt nicht, zumal schon *Feuerbach* nicht auf Abschreckung des Furchtsamen, sondern auf Kalkulation des Vernünftigen gesetzt hat¹¹⁶.

Ergeben sich insoweit durchaus Überschneidungen mit der negativen Generalprävention¹¹⁷, dann liegt der Akzent doch auf anderen Aspekten der Aufgabe der Strafe. Das wird in der zusammenfassenden Passage¹¹⁸ zur positiven Generalprävention in *Jakobs'* Lehrbuch, in der Einübung in Normvertrauen, in Rechtstreue und in Akzeptanz der Folgen gleichberechtigt nebeneinander stehen, weniger deutlich als in den grundlegenden Ausführungen zur „Notwendigkeit sicherer Normgeltung“¹¹⁹. Hier zeigt sich, daß Strafe ganz wesentlich die Bedeutung hat, das Normvertrauen zu bewahren. Seine Bedeutung hat dieses Normvertrauen nach *Jakobs* darin, daß stabile normative Erwartungen für die Ermöglichung sozialer Kontakte unumgänglich sind¹²⁰. Der Normbruch gefährdet diese Erwartungen, die Bestrafung sorgt dafür, daß die normative Erwartung nicht preisgegeben werden muß, sondern kontrafaktisch durchgehalten werden kann, „indem nicht die Erwartung des Enttäuschten, sondern der Normbruch des Enttäuschenden als der maßgebliche

¹¹⁴ *Jakobs*, *AT*², 1991, 1/15, S. 13.

¹¹⁵ *Jakobs*, a. a. O., 1/16, S. 14.

¹¹⁶ So auch *Hassemer*, *Grundlagen*², 1990, S. 309. Vgl. *Feuerbach*, *Revision* Teil I, 1799, S. 45 f. In den Worten *Feuerbachs* geht es zwar weniger um rationales Kalkül, als um Sinnlichkeit und den Wunsch nach Lustbefriedigung und Unlustvermeidung, der Sache nach ist aber klar, daß es um die Entscheidung des potentiellen Täters geht, sich strafbar zu verhalten – oder es zu unterlassen.

¹¹⁷ Auch *Jakobs* (*AT*², 1991, 1/15, S. 13) sieht diese Übereinstimmung, wenn er meint, die „sogenannte positive oder allgemeine Generalprävention sei eine „nicht nur abschreckende“ Generalprävention.

¹¹⁸ *Jakobs*, *AT*², 1991, 1/14 f., S. 13 f.

¹¹⁹ A. a. O., 1/4–7, S. 6 ff.

¹²⁰ A. a. O., 1/7, S. 7.

Fehler definiert wird.¹²¹ Fragen kann man sich, ob diese Aufgabe des Strafrechts noch als Präventionszweck angesehen werden kann¹²². Es geht, wie *Jakobs* klarstellt¹²³, gar nicht mehr um das bescheidene Ziel der Prävention abweichenden Verhaltens, sondern um die Stabilisierung normativer Erwartungen, die für das soziale Leben unumgänglich sind. Es geht, auch wenn *Jakobs* selber meint, das Strafrecht habe eine präventive Funktion, weil es die Bedingungen sozialer Interaktion schütze, mehr um symbolische Versicherung als um manifeste Prävention¹²⁴.

b) Das Modell Hassemers

Mit diesem Modell hat die Lehre *Hassemers* wenig zu tun. Das beginnt schon beim Begrifflichen. Für *Hassemer* ist das Negative an der negativen Generalprävention, daß sie auf ein Negativum, nämlich die durch Abschreckung erhoffte Unterlassung krimineller Handlungen abzielt¹²⁵. Soweit die von ihm so bezeichnete – und auch von ihm mitgetragene – Integrationsprävention durch Einübung in Normanerkennung die Geltung von Normen sichert¹²⁶ und dadurch abweichendes Verhalten verhindert, also „präventionslogisch strukturiert ist“¹²⁷, handelt es sich eigentlich um eine Variante negativer Generalprävention. Das Positive an der positiven Generalprävention aber sei nicht die Normstabilisierung zur Ermöglichung sozialen Lebens, sondern liege darin, daß das Strafrecht bei der „Mitwirkung an sozialer Normbildung Grenzen (markiere

¹²¹ A. a. O., 1/6, S. 7.

¹²² Ähnlich *Karl F. Schumann*, Neue Kriminalpolitik Heft 1/1990, S. 35 f., der von einer Belohnung für den Normkonformen spricht, dessen Normakzeptanz u. U. durch Akte der Strafjustiz gar nicht beeinflusst werde.

¹²³ *Jakobs*, AT², 1991, 1/11, S. 9: „Entsprechend ... darf als Aufgabe der Strafe nicht die Vermeidung von Güterverletzungen angesehen werden.“

¹²⁴ Vgl. zu *Jakobs'* Lehre von der positiven Generalprävention jetzt kritisch: *M. Bock*, ZStW 103 (1991), S. 636 ff. *Bocks* zentraler normativer Einwand ist, die symbolische Versicherung nur gelingen kann, wenn das symbolische verheimlicht wird (S. 649 ff.): „Zu den Funktionsvoraussetzungen der positiven Generalprävention gehört es ..., daß die Rechtsgenossen über die ‚eigentlichen‘ Strafzwecke getäuscht werden.“ (S. 653).

¹²⁵ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 325.

¹²⁶ A. a. O., S. 326.

¹²⁷ A. a. O., S. 329.

und einhalte), Zurückhaltung und Mäßigung (übe)¹²⁸, und damit „Vorbild humanen Umgangs mit Abweichung“¹²⁹ werde.

Vergleicht man auch dieses Modell mit den klassischen Präventionstheorien, dann zeigt sich wiederum, daß neben Übereinstimmungen auch Unterschiede gut sichtbar sind. Die Bezugspunkte zur negativen Generalprävention sind identisch mit denen von *Jakobs* Modell, soweit beide Integrationsprävention als Aufgabe des Strafrechts ansehen. Auch bei *Hassemer* tritt aber dieser Aspekt von Strafe in den Hintergrund gegenüber dem neuen Strafzweck der Rettung strafrechtlicher Formalisierungsleistungen, sei deren Bewahrung nun Endziel oder Zwischenziel auf dem Weg zum humaneren Umgang mit abweichendem Verhalten.

An dieser Stelle tauchen nun bei *Hassemer* einigermaßen überraschend auch Resozialisierung und Tatvergeltung als Sekundärziele, als „Instrumente zur Verwirklichung des allgemeinen Strafziels der positiven Generalprävention“¹³⁰ wieder auf. Denn nur die „auf günstige Wirkung staatlicher Intervention bedachte“ Strafe¹³¹, die ihrerseits durch das „Konzept der Tatvergeltung“ limitiert werde¹³², könne der Aufgabe, Vorbild im Umgang mit Abweichung zu sein, dienen.

4. Die Nachweisbarkeit und der Nachweis positiv generalpräventiver Zwecke

Sieht man die Aufgabe des Strafrechts in der Resozialisierung von Straftätern und/oder in der Abschreckung potentieller künftiger Straftäter, dann ist das Strafrecht, gemessen an diesen Aufgaben, in einer Effektivitätskrise. Es wirbt mit seinen „schönen Folgen ... ohne doch einsichtig belegen zu können, daß diese Folgen sich auch wirklich ereignen.“¹³³ Ändert sich an diesem Verdikt etwas,

¹²⁸ A. a. O., S. 326.

¹²⁹ A. a. O.

¹³⁰ *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte, 1983, S. 64.

¹³¹ A. a. O., S. 64 f.

¹³² A. a. O., S. 65.

¹³³ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 328.

wenn man die Strafe mit der Lehre von der positiven Generalprävention begründet?

a) Das Modell Jakobs¹³⁴

Jakobs' Modell klingt zunächst empiriefreundlich: Strafe erfolge nicht um ihrer selbst willen, sondern habe, weil sie die Bedingungen sozialer Interaktion schützen soll, eine präventive Aufgabe. Gleichwohl findet sich in dem Abschnitt seines Lehrbuchs, in dem er die Lehre von der positiven Generalprävention abhandelt, nicht ein einziger Hinweis darauf, ob denn Strafe die ihm zugedachte Aufgabe auch tatsächlich erfüllt. Es zeigt sich, daß sich seine Konzeption gegen Empirie eher sperrt¹³⁵. Strafe hat, so *Jakobs*, die Aufgabe, Normgeltung zu bestätigen, sie ist mehr als „nur äußerliches Ereignis“¹³⁶, sie soll klarmachen, „daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist.“¹³⁷ Hier fällt es schwer, auch nur die Tatsachen zu benennen, die Ansatz empirischer Untersuchung sein könnten. *Jakobs'* Lehre von der positiven Generalprävention ist, ähnlich wie sein Schuldbegriff, normativ-funktional. Das macht sie insofern ‚modern‘ und unter Legitimationsgesichtspunkten akzeptabel, als sie eine Funktion behauptet, es enthebt sie andererseits – wie man hinzufügen muß: scheinbar – der lästigen Nachfragen der empirisch orientierten Kriminologie. Das Desinteresse an der empirischen Überprüfung seiner Lehre¹³⁸ korrespondiert im übrigen auffallend mit dem Desinteresse am Zusammenhang zwischen Strafrecht und Legitimation der Strafe: Strafe soll zwar „Erwartenssicherung

¹³⁴ Vgl. dazu jetzt: *M. Bock*, ZStW 103 (1991), S. 654 ff.

¹³⁵ Ähnlich *Bock* (a. a. O., S. 654), der anmahnt, die Fundierung der Lehre in einer soziologischen Theorie könne „nicht ausreichen“.

¹³⁶ *Jakobs*, AT², 1991, 1/10, S. 9.

¹³⁷ A. a. O., 1/11, S. 9.

¹³⁸ Hinzufügen muß man freilich, daß *Jakobs* das ‚empirische Argument‘ auch nicht gegen die anderen präventiven Theorien wendet: vgl. *Jakobs*, AT², 1991, 1/29, S. 21 zur negativen Generalprävention, 1/37 ff. zur Spezialprävention. (Aufschlußreich ist, daß er sich für das Funktionieren z. B. der Resozialisierung überhaupt nicht interessiert, wie sich aus der folgenden Passage ergibt: „Zweifel am Funktionieren (des spezialpräventiv orientierten Modells, C.P.) sind freilich nicht angebracht, solange bei der Behandlung, die man dem Täter ... angedeihen läßt,

bei sozialen Konflikten garantieren und damit Gesellschaft ermöglichen. Eine Rechtfertigung, so zu verfahren, gibt das Modell nicht; es setzt vielmehr voraus, daß die gesellschaftliche Ordnung die Kosten wert ist, die dem Normbrecher auferlegt werden.“¹³⁹ Und im selben Zusammenhang heißt es kurz darauf noch einmal: „Strafe kann überhaupt nur durch den Wert der Ordnung legitimiert werden, für deren Erhalt gestraft wird.“¹⁴⁰

Solches Desinteresse kann jedoch niemanden binden. Und auch *Jakobs'* normativierende Formulierungen können nicht darüber hinwegtäuschen, daß er letztlich eine empirische Aussage macht: Zwar ist die Aussage, Strafe bedeute, daß das normbrechende Verhalten unmaßgeblich und die Norm maßgeblich ist, kein empirischer Satz; aber der Satz ist nur relevant, wenn diese Ansichten über das Maßgebliche und Unmaßgebliche an die Bevölkerung vermittelt und von ihr geteilt werden¹⁴¹. Und dieser Satz ist ein empirischer, der bestätigt oder erschüttert werden kann, der voraussetzungsreich ist¹⁴², aber trotzdem nicht durch den Verweis auf sozialwissenschaftliche Theorien ersetzt werden kann.

Man kann also zur Nachweisbarkeit und zum Nachweis der von *Jakobs* behaupteten Aufgaben des Strafrechts zusammenfassen: Es handelt sich um eine Strafrechtstheorie, die vor dem theoretischen Hintergrund der Systemtheorie und des symbolischen Interaktionis-

immer noch so viel an Übel herausspringt, daß dadurch der Täter als Träger der Kosten des geschehenen Normbruchs markiert wird; denn solange mit einer Übelsfolge zugerechnet wird, bleiben die Wirkungen positiver Generalprävention (Herzvorhebung, C.P.) bestehen.“ (A. a. O., 1/37, S. 23.).

¹³⁹ *Jakobs*, AT², 1991, 1/18, S. 15.

¹⁴⁰ *Jakobs*, a. a. O., 1/20, S. 16.

¹⁴¹ Dagegen überzeugt der Einwand *Karl F. Schumanns* (Positive Generalprävention, 1989, S. 2 f.) gegen die Begründung eines Strafrechts, das sich nur auf das Rechtsempfinden auswirkt, nicht. Natürlich kann man darüber diskutieren, ob man ein Strafrecht für legitim hält, das Normvertrauen stabilisiert, ohne dazu beizutragen, Rechtsgüterverletzungen zu vermeiden, aber das ist ein zweiter Schritt. Der erste ist die Überprüfung des behaupteten Effekts.

¹⁴² Er setzt voraus, daß die Bevölkerung in ihrer Rechtstreue durch den Normbruch erschüttert ist, es also überhaupt der Normstabilisierung bedarf; er setzt aber auch voraus, daß die Strafe einer (wie großen?) Teilpopulation bekannt und als gerecht empfunden wird; drittens setzt er voraus, daß – bei den meisten Delikten: fälschlicherweise – unterstellt wird, in der Regel werde ein entsprechender Normbruch bestraft.

mus einleuchtend ist¹⁴³, die aber im Kern eine empirische Behauptung aufstellt. Nachgewiesen ist diese Theorie nicht¹⁴⁴.

b) Das Modell Hassemers

Hassemer äußert sich ausführlich zur Frage der Möglichkeit und Notwendigkeit empirischer Bestätigung und Widerlegung seines Modells¹⁴⁵: Positive Generalprävention „verlangt empirische Bestätigung ... hinsichtlich desjenigen Aspekts, der sie mit der Integrationsprävention verbindet: hinsichtlich der Normeinübung ...“¹⁴⁶. Allerdings schränkt *Hassemer* dies sogleich wieder ein: Auch dort, wo positive Generalprävention „präventionslogisch“ strukturiert sei, stellen sich ihr die Probleme empirischer Nachweisbarkeit weniger dringlich als bei den klassischen Präventionstheorien; denn sie behauptet keine durch Strafrecht konkret bewirkten „Veränderungen in der Außenwelt“, sondern nur, „daß das Strafrechtssystem an der allgemeinen Sozialkontrolle auf differenzierte Weise mitwirkt und dabei in einem Wechselbezug handelt.“¹⁴⁷. Diese Formulierungen konterkarieren fast die Behauptung, der integrationspräventive Aspekt der positiven Generalprävention sei der empirischen Nachprüfung, der er bedarf, auch fähig.

Hinzu kommt aber, daß das *Hassemer* zufolge eigentlich Positive an der positiven Generalprävention, die Formalisierung der Verbrechenskontrolle, nicht nach empirischer Bestätigung verlange. Dieser Aspekt habe „normativen Charakter“, er überlebe „auch ohne empirische

Bestätigung.“¹⁴⁸ Das überrascht: Denn *Hassemer* hatte zuvor klargestellt, daß es zu den „Aufgaben des Strafrechts auch gehört, bei (der) Mitwirkung an sozialer Normbildung Grenzen zu markieren und einzuhalten, Zurückhaltung und Mäßigung zu üben, Sozialkontrolle zu formalisieren.“¹⁴⁹ Warum diese Aufgabe nicht nach empirischem Nachweis verlangt, ist nicht verständlich. Man kann *Hassemers* Äußerungen, sie sei (nur) eine „Hoffnung“, „ein Vorgriff auf einen idealen Zustand des Strafrechtssystems“¹⁵⁰, als Eingeständnis interpretieren, daß die Formalisierungsleistungen des Strafrechts nicht empirisch nachweisbar sind. Dem widersprechen aber seine zuvor gemachten Ausführungen über das Verhältnis von strafrechtlicher und nicht-strafrechtlicher Sozialkontrolle¹⁵¹, die eindeutig darauf hinauslaufen, daß strafrechtliche Sozialkontrolle nicht nur stärker formalisiert sein solle, sondern es tatsächlich – vielleicht nicht in dem wünschenswerten Ausmaß, aber doch ganz real – ist¹⁵². Wenn also die Formalisierungsleistungen des Strafrechts empirisch nachweisbar sind, dann ist auch die Frage nach dem Vorbildcharakter des Strafrechts im Prinzip eine empirische Frage. Die Behauptung, all dies entziehe sich der empirischen Untersuchung, ist eine ungerechtfertigte und unnötige Immunisierung gegen empirisch fundierte Kritik¹⁵³, ein Versuch, dem Verdikt zu entgehen, das *Hassemer* über die klassischen Präventionstheorien gesprochen hat: „Sie werben für sich (und damit auch für die Legitimation des Strafrechts und der Strafe) mit den schönen Folgen ..., ohne doch einsichtig belegen zu können, daß diese Folgen sich auch wirklich ereignen.“¹⁵⁴

Die Arbeiten an der empirischen Überprüfung aller Varianten dieser Theorie haben „gerade erst begonnen“¹⁵⁵. *Hassemer*, der 1979

¹⁴³ Vgl. aber kritisch zu der Auffassung, gerade Sanktionen müßten den Normbruch heilen: *Luhmann*, Rechtssoziologie 1, 1972, S. 61, der (a. a. O., Fn. 67) auch mitteilt, diese Auffassung sei besonders unter Juristen verbreitet.

¹⁴⁴ Vgl. die nüchterne Feststellung *Karl F. Schumanns* (Positive Generalprävention, 1989, S. 8) über die von *Jakobs* entwickelten strafrechtsdogmatischen Konsequenzen, diese Überlegungen seien „sozialwissenschaftlich unbegründet“. Vgl. jetzt sehr kritisch zu *Schumann: Schneider*, GA 1991, S. 329 ff.

¹⁴⁵ Auch das ist nicht überraschend, weil er die Spezial- und negative Generalprävention sub specie ihrer empirischen Nachweisbarkeit kritisiert; vgl. *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 288 ff. zur Resozialisierung, S. 310 ff. zur negativen Generalprävention.

¹⁴⁶ Beide Zitate: *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 328.

¹⁴⁷ Beide Zitate: A. a. O., S. 329.

¹⁴⁸ A. a. O., S. 328.

¹⁴⁹ A. a. O., S. 326.

¹⁵⁰ A. a. O., S. 329.

¹⁵¹ A. a. O., S. 318 ff.

¹⁵² A. a. O., S. 321 f.

¹⁵³ Vgl. schon *Hassemer* (in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Generalprävention, 1979, S. 36), wo er ein positiv generalpräventives Konzept, das seine Verwirklichungsbedingungen darin sieht, daß langfristig das Rechtsvertrauen der Bevölkerung stabilisiert werde, als „praktisch vollständig abgesichert gegen Falsifizierung“ betrachtet.

¹⁵⁴ *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 328.

¹⁵⁵ *Hassemer*, a. a. O. Vgl. dazu Heft 1/1987 des Kriminologischen Journal, das schwerpunktmäßig dem Thema Generalprävention gewidmet ist; sowie *Schöch*,

selber noch die Auffassung vertreten hatte, die Theorie positiver Generalprävention sei kaum falsifizierbar¹⁵⁶, hält inzwischen die Falsifizierung zumindest teilweise für möglich. Die bisher wohl ausführlichste, wenn auch methodologisch angreifbare¹⁵⁷, Untersuchung *Schumanns* kommt zu dem Ergebnis, daß zumindest einige Versionen der Lehre von der positiven Generalprävention einer empirischen Untersuchung teilweise zugänglich sind¹⁵⁸, daß aber die bisherigen Untersuchungen die Kernaussagen der positiven Generalprävention zwar nicht widerlegen könnten, aber doch Zweifel an ihnen nähren¹⁵⁹.

IV. Zusammenfassung

Es hat sich bestätigt, daß die Lehre von der positiven Generalprävention ein Antwortversuch der Risikogesellschaft auf die Frage nach dem Zweck und der Legitimität des Strafrechts ist¹⁶⁰. Ihre Modernität zeigt sich zunächst in ihrer Stellungnahme zu den bisherigen Straftheorien: Die in die Zukunft gerichtete Risikogesellschaft verträgt sich schlecht mit einem ausschließlich vergangenheitsbezogenen, absolut begründeten Strafrecht, das nichts bezweckt. Genausowenig kann die sich ihrer Nebenfolgen bewußte Risikogesellschaft mit den Strafzweckmodellen des 19. Jahrhunderts ‚anfreunden‘, die unübersehbar aus einer übersichtlicheren Welt, genauer einer Welt, die noch an ihre Übersichtlichkeit glaubte, stammt.

Schwieriger tut sich diese Lehre mit der eigentlichen Begründung und Legitimation des Strafrechts. Inspiriert ist sie von sozialwissenschaftlichen Einsichten in die Funktion von Strafrecht. Das bedeutet aber letztlich nichts anderes, als daß sie die empirischen

und normativen Zweifel am Strafrecht, die den präventiven Straftheorien seit langem entgegengehalten werden, auf einer elaborierteren Ebene behandelt, ohne sie damit jedoch zu beseitigen:

Sie gibt sich empirisch, kann ihre Effekte aber nicht nachweisen. Statt auf Alltagstheorien (wie die negative Generalprävention) oder auf das Prinzip Hoffnung (wie die Resozialisierung) verweist sie auf soziologische Theorien.

Für die Legitimität der Strafe gegenüber dem Bestraften interessiert sie sich ebenso wenig wie ihre negative Variante. Die Skrupel aber, die – jedenfalls grundsätzlich – in der Anerkennung der Begrenzung negativ generalpräventiver Zwecke durch das Schuldprinzip zu sehen (und einzuklagen) sind, hat die Lehre von der positiven Generalprävention nicht, weil für sie Schuld gleich Prävention und Prävention gleich symbolische Versicherung ist¹⁶¹.

Unter normativen Gesichtspunkten tritt noch eine spezifische Problematik hinzu, auf die jüngst *Michael Bock* aufmerksam gemacht hat: Im Grunde beruht die Theorie positiver Generalprävention auf der Täuschung des Rechtsgenossen: Seine Normstabilisierung setzt den Glauben, daß Strafrecht entweder eine gerechte Schuldvergeltung im Sinn der absoluten Straftheorien ist¹⁶², oder daß Strafrecht nützliche Zwecke erfüllt und deswegen gilt, voraus. Wüßten alle Bürger, daß Strafe positiv generalpräventiv wirkt, dann würde sie gerade nicht mehr so wirken. Aber selbst wenn man unterstellt, daß dies nie der Fall sein wird¹⁶³, wäre ein solcher Strafrechtsentwurf normativ inakzeptabel.

Jeschek-Fs., 1985, S. 1081 ff. und zuletzt: *Karl F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989.

¹⁵⁶ Hassemer, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Generalprävention, 1979, S. 36.

¹⁵⁷ Vgl. dazu jetzt die Rezension von *Schumanns* Untersuchung von: *Schneider*, GA 1991, 327 ff.

¹⁵⁸ *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 17 und S. 51., und *ders.*, Neue Kriminalpolitik Heft 1/1990, S. 35 f.

¹⁵⁹ *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 51.

¹⁶⁰ Ähnlich bereits *Hassemer*, NStZ 1989, S. 557 f.

¹⁶¹ Die Kritik an den nicht erkennbaren Legitimitätsgrenzen positiv generalpräventiv begründeten Strafrechts trifft im Prinzip auch auf *Hassemers* Version des positiven Elements (vgl. oben S. 228 f.) zu: Auch die Einübung im humanen Umgang mit Abweichlern – so unterstützenswert sie ist – bedarf, wenn man sich insoweit nicht doch auf die absolute Straftheorie verläßt, der Legitimation.

¹⁶² Diesen Aspekt betont *Bock*, a. a. O., S. 652.

¹⁶³ Auf den ersten Blick erscheint diese Unterstellung realistisch. Ob die wachsende Kriminalitätsbelastung nicht mit der wachsenden Einsicht in den bloß symbolischen Charakter des Strafrechts zusammenhängt, ist indessen ganz offen.

A. Kriminalpolitisch relevante Aspekte des Risiko- und Risikogesellschaftsdiskurses

Wo die Grenze zwischen Schuld und Prävention geaugnet wird, da schwimmt auch die Grenze zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik. Daher wurde auch im vergangenen Kapitel über die Straftheorien in der Risikogesellschaft die Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft schon immanent miterörtert. Gleichwohl muß im folgenden genauer nach den kriminalpolitischen Grundsätzen und Tendenzen gefragt werden, die in der Risikogesellschaft den Ton angeben.

Ausgangspunkt auch dieses 6. Kapitels ist das Verständnis der Risikogesellschaft als einer Gesellschaft, die gleichzeitig unsichere Gefahrgesellschaft und verunsicherte Gesellschaft ist.

Für das Strafrecht bedeutet dieses Mehr an Unsicherheit in objektiver wie subjektiver Hinsicht Konjunktur. Beide Modelle von Risikogesellschaft erwarten offensichtlich gerade vom Strafrecht einen wichtigen Beitrag zur Lösung des Problems. Das drückt sich aus in den Begriffen des präventiven Strafrechts einerseits, das in der Risikogesellschaft zum Mittel der Großsteuerung zu avancieren scheint, und des symbolischen Strafrechts andererseits, dem in der rationalisierten, individualisierten und anonymisierten Risikogesellschaft die Rolle eines Garanten von Orientierungssicherheit zugeordnet scheint.

B. Zum Verhältnis von präventivem und symbolischem Strafrecht

1. Zu den Begriffen des präventiven und des symbolischen Strafrechts

Mit der Frage, was genau gemeint ist, wenn vom präventiven oder symbolischen Strafrecht die Rede ist, begegnet uns eine Problematik wieder, die schon in der Straftheoriediskussion für Verwirrung gesorgt hat und in diesem Zusammenhang sogar als deren Grundübel angesehen wurde¹. Es geht um die Verwechslung von Zwecken und Funktionen und im hier besprochenen Zusammenhang zusätzlich um unter Umständen unterschiedliche Zwecksetzungen verschiedener Akteure.

Mit den Begriffen des präventiven oder des symbolischen Strafrechts kann dreierlei gemeint sein:

- Daß jemand – der Gesetzgeber, die Rechtsprechung, die Strafrechtswissenschaft – *sich* solche Wirkungen verspricht.
- Gemeint sein kann aber auch, daß die bezeichneten Effekte, unabhängig davon, ob sie *erwartet wurden*, *erwartbar* waren.
- Als dritte Möglichkeit bietet sich an, nur dann vom präventiv oder symbolisch wirkenden Strafrecht zu sprechen, wenn solche Wirkungen, ob bezweckt oder nicht, *tatsächlich eingetreten* sind.

Mit der Frage, welche dieser Möglichkeiten gemeint ist und gemeint sein darf, hat sich jüngst *Hassemer* befaßt. Wohl mitveranlaßt durch die „normativ-kämpferische“², tendenziell denunziatorische³ Verwendung des Begriffs des symbolischen Strafrechts und unter Hinweis auf die spezifischen Anwendungsprobleme, die in der Methodenlehre bei der subjektiv-historischen Gesetzesauslegung deutlich werden⁴, schlägt er vor, der Begriff des symbolischen

¹ Vgl. oben im 5. Kapitel, S. 201 ff.

² *Hassemer*, NStZ 1989, S. 556.

³ A. a. O., S. 555.

⁴ *Hassemer*, a. a. O.: „Meist schweigt der Gesetzgeber über seine Absichten, häufig verschleiert er sie, und durchweg ist er sich über seine Intentionen selber nicht im Klaren.“ Oft, und das dürfte beim demokratischen Gesetzgeber – und erst recht im Parteienstaat – regelmäßig der Fall sein, gebe es *den* Gesetzgeber „nur institutionell, aber nicht intentional.“

Strafrechts solle überhaupt nicht auf „Dispositionen wie ‚Absichten‘ oder ‚Intentionen‘ des Gesetzgebers“ gestützt werden⁵.

Die methodologischen Schwierigkeiten sind in der Tat nicht zu leugnen, und zwar auch dann, wenn nicht Gesetzesanwendung, sondern der Versuch, längerfristige Strafrechtsentwicklungen zu verstehen, das Thema ist. Hierbei kommt es nicht nur auf Dispositionen des Gesetzgebers an, sondern auch auf die von Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft. Vermutlich müßte man zudem (Selbst-) Verständnisse von Strafverfolgungsorganen und der Öffentlichkeit mit- einbeziehen, die allesamt Akteure des Kriminaljustizsystems sind.

Trotz dieser Gefahren zögere ich, der klaren Linie *Hassemers* zu folgen, und die Begriffe des präventiven oder symbolischen Strafrechts nur im Sinn von Funktionen zu verwenden⁶. Eine solche durch methodologische Bedenken motivierte Selbstbeschränkung des Fragens ließe bestimmte Wirklichkeitsaspekte systematisch außer acht.

Ist es wirklich sinnvoll, nur dann von ‚symbolischem Strafrecht‘ zu reden, wenn der symbolische Effekt bewiesen oder wahrscheinlich ist, wenn in einem – durchaus vorstellbaren – Einzelfall plausibel, aber aus den genannten methodologischen Gründen nie nachweisbar ist, daß *niemand* an eine symbolische Verwendung des Strafrechts gedacht hat?

Soll man umgekehrt dem sich offensichtlich präventiv verstehenden und legitimierenden Strafrecht das Prädikat ‚präventiv‘ verweigern, weil wir – inzwischen – zu wissen glauben, daß die objektiven Voraussetzungen präventiver Wirkung kaum vorhanden, ihre Wahrscheinlichkeit also ganz gering ist?⁷

⁵ *Hassemer*, NStZ 1989, S. 555.

⁶ Zumal auch dann noch nicht ganz geklärt ist, was gemeint ist. *Hassemer*, a. a. O., spricht vom „Vorhandensein objektiver Voraussetzungen“ und der „Wahrscheinlichkeit einer Wirkung“; dagegen ist der Funktionsbegriff der (zumindest der empirischen) Sozialwissenschaften noch enger und meint die „objektive Konsequenz“ von irgendetwas (vgl. *Sack*, in *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), AV II, 1975, S. 360).

⁷ Das Beispiel lehrt im übrigen, daß *Hassemer* die methodologische Strenge, die er beim Begriff des symbolischen Strafrechts zeigt, beim Begriff des präventiven Strafrechts außer acht läßt: In seinem Aufsatz über „Prävention im Strafrecht“ (JuS 1987, S. 257 ff.) behandelt er das BtMG 1982 als Beispiel für die „Formen eines präventiven Strafrechts ... in wünschenswerter Deutlichkeit“ (S. 258), obwohl präventive Effekte weder nachweisbar sind, noch – wie *Hassemer* selbst klarstellt – erwartbar waren, der Bereich sich vielmehr, wenn man auf Funktionen abstellt, als „Nährboden für ‚symbolische Gesetzgebung‘“ darstellt (so *Hassemer* selbst, a. a. O.).

Die Beispiele sprechen gegen zu große methodologische Skrupel: Wer nur methodologisch Unanfechtbares zu sagen bereit ist, sagt – unter Umständen – nicht mehr viel oder kann diese Linie letztlich nicht durchhalten.

Vernünftiger – und in der Tat zwingend – erscheint es mir, sich der genannten methodologischen Schwierigkeiten bei der Verwendung gerade normativ-kämpferischer Begriffe wie der hier in Frage stehenden des präventiven und des symbolischen Strafrechts bewußt zu sein, und – erkennbar – zwischen (nachweisbaren oder vermuteten) Intentionzuschreibungen und erwartbaren oder eingetretenen Effekten zu unterscheiden⁸.

2. Der Zusammenhang zwischen präventivem und symbolischem Strafrecht

Präventives und symbolisches Strafrecht sind fast untrennbar Merkmale modernen Strafrechts. Von der „Karriere des Präventionskonzepts im modernen Strafrechtsdenken“⁹ ist 1987 bei *Hassemer* die Rede, und 1989 ist das symbolische Strafrecht gleichzeitig „Kennzeichen modernen Strafrechts“¹⁰ und „Krisenphänomen der modernen folgenreorientierten Kriminalpolitik“¹¹. Historische Vorausset-

⁸ *Hassemer* führt an anderer Stelle, nämlich bei der Begründung seiner Version positiver Generalprävention (*Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 324 ff.) vor, wohin zu große methodologische Skrupel führen: Nachdem er (m.E. vollkommen zu Recht) darauf hinweist, daß weder spezialpräventive noch negativ generalpräventive Effekte methodologisch sauber nachweisbar sind (a. a. O., S. 308 und S. 310 ff.), er dann – überzeugend begründet – Kritik an den konservativen Befürwortern des modernen Strafrechts (die behaupten, die „empirische Fragwürdigkeit der Prävention ändere nichts an ihrer Legitimität“ [JuS 1987, S. 265 und ausführlicher, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Generalprävention, 1979, S. 49 ff.]) geübt hat, vertritt er eine Theorie positiver Generalprävention, deren integrationspräventive Aspekte im Prinzip nachweisbar, aber nicht nachgewiesen sind (*Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 328 f.), und deren ‚positiver‘ Aspekt normativen Charakter hat, „auch ohne empirische Bestätigung (überlebt)“ (a. a. O., S. 328) und die eigentliche Legitimation des Strafrechts darstellt (a. a. O., S. 329), obwohl doch der absoluten (ebenso normativen) Straftheorie entgegeng gehalten wurde, Rechtfertigung der Strafe von ihren faktischen Wirkungen her werde dem Strafrecht von außen – als Teil unserer Rationalität abverlangt (a. a. O., S. 285).

⁹ *Hassemer*, JuS 1987, S. 258.

¹⁰ *Hassemer*, NStZ 1989, S. 554.

¹¹ A. a. O., S. 559.

zung beider soll die Orientierung des Strafrechts an (externen) Folgen sein¹². Trotz des engen Zusammenhanges¹³ – oder vielmehr: gerade deswegen – sind das präventive und das symbolische Strafrecht zunächst separat zu erörtern. Denn der Zusammenhang ist, wie sich jetzt schon andeutet, weder ein zufälliger noch ein unentwerrbarer: Auf Prävention angelegtes Strafrecht erweist sich immer häufiger als bloß symbolisches Strafrecht¹⁴. Seine Bedeutung hat das symbolische Strafrecht als scheinbarer „Ausweg aus dem Präventionsdilemma“ des Strafrechts¹⁵.

3. *Kein Einwand, sondern eine Erinnerung: Die Einstellung der Mehrheit der Wissenschaftler, der Rechtsprechung, der Politiker, der Medien und der Öffentlichkeit zum Risikostrafrecht*

Der Blick auf die Diskussion der Rolle des Strafrechts aber zwingt zur Vorsicht und dies unabhängig davon, ob sie in der breiten Öffentlichkeit, in der politischen Arena, oder in der Strafrechtswissenschaft stattfindet: Von der ganz überwiegenden Mehrheit in Praxis, Wissenschaft und vor allem in der Politik, der Instanz, die das Präventionsdilemma aushalten muß und schon deswegen gern nach dem Strohalm des symbolischen Strafrechts greift – wird das ‚Risikostrafrecht‘ positiv bewertet, obwohl – oder vielleicht auch: weil – es als solches nicht bezeichnet wird.

Das gilt in besonderem Ausmaß für das Strafrecht der Prävention. Im Zeitalter immer noch nahezu unangefochten herrschender relativer Straftheorien, eines Rechtsgüterschutzprinzips, das seine kritische Funktion eingebüßt hat, verschaffen sich präventionskep-

tische Stimmen nur mit Mühe Gehör. Das beweist, wie erfolgreich der naive¹⁶ Glaube an die Gestaltbarkeit der Welt in das 20. Jahrhundert herübergerettet wurde¹⁷ und zeigt, wie ungebrochen die Herrschaft durch Planung immer noch ist^{18/19}. Die Notwendigkeit der „Modernisierung der Moderne“²⁰ hat sich noch nicht herumgesprochen. Verstärkt werden diese Tendenzen durch das tradierte Bild des Strafrechts als ultima ratio, auf das zu verzichten bei weltbedrohenden Gefährdungslagen besonders wenig einleuchtet.

Es gilt aber auch in zunehmendem Maße für das symbolische Strafrecht: Einerseits hat die empirisch fundierte Kritik am spezial- und negativ generalpräventiv begründeten Strafrecht zum „Präventionsdilemma“²¹ und zum Aufkommen des empirieresistenteren Modells der positiven (symbolischen) Generalprävention geführt²². Andererseits wächst mit dem Bewußtsein zunehmender Individualisierungstendenzen²³ und des Sich-Auflösens vormoderner Ordnungsformen²⁴ ein – manchmal verzweifelt anmutender – Glaube an die Kapazität und Legitimität eines Strafrechts, das, wenn schon nicht schützt, wenigstens Daseinsgewißheit vermittelt²⁵.

¹⁶ Vgl. dazu: *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 76 m. w. N.

¹⁷ Vgl. aber die davon zu unterscheidende problembewußte Wiederentdeckung der Gestaltbarkeit, etwa bei *Evers/Nowotny*, Unsicherheit, 1987. Kritisch auch gegen diesen aufgeklärten Begriff von Gestaltbarkeit, *Luhmann*, a. a. O. Instruktiv zum Ganzen die Einordnungen *Hassemers*, in: JuS 1987, S. 263.;

¹⁸ *Denninger*, *Habermas-Fs.*, 1989, S. 635.

¹⁹ *Denninger*, a. a. O., meint zwar, die Planungseuphorie sei verfliegen; das scheint mir aber eine Zustandsbeschreibung zu sein, die allenfalls auf Teile des Wissenschaftsdiskurses zutrifft. Zur Logik des Mißlingens von Planung (und trotzdem optimistisch) *Dörner*, Mißlingen, 1989.

²⁰ So die Beschreibung des Projekts bei *Beck*, *FAZ* vom 19. 10. 1990.

²¹ *Hassemer*, *NStZ* 1989, S. 558. Das Dilemma wird in dem simplen Satz „Prävention ist ein akzeptables Konzept nur, wenn sie gelingt“ (a. a. O., S. 556), beschrieben.

²² Vgl. dazu im 5. Kapitel, S. 229 ff.

²³ Vgl. *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 121–248; *Blinkert*, *Soziale Welt* 1988, S. 402 f.; *Evers*, *Kommune* 1989, S. 37 ff.

²⁴ Dazu: *Dubiel*, in: *Berger* (Hrsg.), *Moderne*, 1986, S. 263 ff.

²⁵ Paradigmatisch: *Kindhäuser*, *Gefährdung*, 1989.

¹² A. a. O., S. 556 und JuS 1987, S. 260.

¹³ Der Zusammenhang ist allerdings so eng, daß die separate Diskussion manchmal mißlingt. So führt *Hassemer* (JuS 1987, S. 258) das BtMG 1982 als Beispiel für ein präventives Strafrecht vor, obwohl er zuvor überzeugend darlegt, daß das Drogenproblem ein idealer Nährboden für symbolische Gesetzgebung ist.

¹⁴ Hier zeigt sich schon, daß die Begriffe des präventiven und des symbolischen Strafrechts gar nicht auf die ‚Funktionen‘ des Strafrechts beschränkt werden können, wenn man die Entwicklungstendenzen des Strafrechts verstehen will.

¹⁵ *Hassemer*, *NStZ* 1989, S. 558.

C. Das Strafrecht der Risikogesellschaft I: Vom Strafrecht der Prävention zum Strafrecht der Großsteuerung

I. Anknüpfungspunkte zum Strafrecht der Prävention

Wenn *Ulrich Beck* 1986 noch ganz auf das Recht als Hoffnungsträger setzt, dann ist dieses Recht unschwer als Recht der Prävention auszumachen. Spürbar wird allenthalben, daß *Beck* nicht nur – wie selbstverständlich – davon ausgeht, das Recht *habe* die Aufgabe, Steuerungs-, oder vielmehr Gegensteuerungsinstrument zu sein, sondern daß er dem Recht auch zutraut, diese Aufgabe zu *erfüllen*. Nach der 1988 folgenden ernüchterten Feststellung, daß das Recht „auf dem (von ihm vorgeschlagenen²⁶) Weg in eine andere Moderne“²⁷ als Zentrum „organisierte(r) Unverantwortlichkeit“^{28/29} stört, überlebt dieser Glaube an das präventive Recht in seinen Vorschlägen zu einem der Risikogesellschaft angemessenen Recht³⁰.

Rainer Wolfs Diagnose vom – angesichts der Probleme der Risikogesellschaft – antiquierten Recht³¹ verstärkt und präzisiert diese Kritik an einem Recht, das präventiv wirken, regeln und steuern *soll*, dies aber nicht leisten *kann*. Nicht ganz eindeutig geht aus seinem Text hervor, ob er ein leistungsfähiges Recht für gänzlich unmöglich hält – worauf die Wendung vom „Ende der Staatlichkeit“³² ebenso hinweist wie die Einschätzung, das Recht müsse akzeptieren, daß es keine Sicherheit geben kann³³ –, oder ob er wie

²⁶ Einfügung, C.P.

²⁷ Vgl. oben, S. 115 f.

²⁸ Vgl. oben, S. 116 ff.

²⁹ Damit ist kritisch das ‚bloß‘ symbolische Strafrecht angesprochen, vgl. sogleich (S. 257) im Text.

³⁰ Dieses Recht weist deutlich Merkmale der hier als Risikodogmatik bezeichneten Version des Risikostrafrechts auf, vgl. auch dazu sogleich ausführlicher im 7. und 8. Kapitel

³¹ Diese Charakterisierung des Strafrechts findet sich auch bei *Rolf Lamprecht*, in: *Der Spiegel*, Nr. 8/91, S. 53. Allerdings hat sich das Strafrecht, dem nach Vorstellung *Lamprechts* die Einzeltötung durch Dolch und Pistole zugrundelag, auch schon bei der Aufarbeitung der „Morde am Fließband“ im Dritten Reich als „antiquiert“ herausgestellt.

³² *Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 357.

³³ A.a.O., S. 386.

Beck nur dem *antiquiert strukturierten* Recht die Steuerungskapazität abspricht.

Kritik an der Leistungsfähigkeit des präventiven Strafrechts findet sich auch bei *Ulrich Preuß*, der die „Rationalitätsgrenzen des Konzepts: Sicherheit durch Recht“³⁴ betont, oder radikaler bei *Niklas Luhmann*³⁵ und *Günther Teubner*³⁶, die die strukturelle Unfähigkeit des Rechts, solche Steuerungsleistungen zu erbringen, behaupten. Diese faktischen und strukturellen Grenzen des präventiven Strafrechts sind, wie vor allem *Herzogs* Arbeit zeigt³⁷, auch im strafrechtlichen Schrifttum auf Anklang gestoßen.

Die bisher vorgetragenen Stellungnahmen betreffen jedoch nur die Steuerungs- und Problemlösungskapazität des Strafrechts, die, das kann hier schon festgestellt werden, jedenfalls bezogen auf die *lex lata*, unisono verneint wird. Damit ist die Diskussion für diejenigen abgeschlossen, die apodiktisch von einer strukturellen Unfähigkeit des Rechts, solche Steuerungsleistungen zu erbringen, ausgehen³⁸ oder dem ‚modernen‘ Strafrecht der Großprävention den ‚postmodernen‘ Vorwurf machen, es lenke mit seiner Suche nach der Schuld Einzelner von „systemischen Ursachen“ ab³⁹. Alle anderen müssen sich der Frage stellen, ob – und unter welchen Bedingungen – das (Straf-) Recht denn präventiv sein *dürfte*, wenn es könnte.

Keinen Zweifel an der Legitimität eines solchen effektiven Strafrechts hat, wer ein Risikorecht vorschlägt, in dem Kausalität, individuelle Zurechnung, und der Grundsatz *in dubio pro reo*⁴⁰ als „alt-

³⁴ *U. Preuß*, *KritV* 1989, S. 3 ff.

³⁵ Vgl. oben, S. 120 ff.

³⁶ Zu *Teubner*, *Autopoietisches System*, oben, S. 139 ff. Vgl. auch *ders.* in: *Kübler* (Hrsg.), *Verrechtlichung*, 1984, S. 289 ff., und *ders.*, in: *Brüggemeier/Joerges* (Hrsg.), *Postinterventionistisches Recht*, 1984, S. 94 ff.

³⁷ *F. Herzog*, 1991, S. 61 f.

³⁸ Im Ergebnis ebenso: *P.A. Albrecht*, *KritV* 1988, S. 187 und 192, demzufolge „das Strafrecht jedenfalls dann ein untaugliches Steuerungsinstrument ist, wenn es zur Regelung gesellschaftlicher Systemkonflikte herangezogen wird.“ (S. 192).

³⁹ *Bussmann*, *Kriminalsoziologische Bibliographie* Heft 65/1989, S. 16; vgl. auch dazu: *Albrecht*, *KritV* 1988, S. 191 ff. und 198 ff.

⁴⁰ Hier muß man allerdings berücksichtigen, daß der *in dubio*-Grundsatz eng mit der Frage individueller Zurechnung verknüpft ist. Den persönlichen Vorwurf muß der Staat im Zweifel unterlassen, ob das auch für die Risikoverantwortungszuschreibung an korporative Akteure gilt, darüber kann gestritten werden.

väterliche Kategorien⁴¹ in den Ruhestand geschickt werden⁴². Umgekehrt verbieten sich für eine Position, in der Recht nicht der Prävention des Unrechts *dient*, sondern „Manifestation des Rechts“ und nur insoweit legitim ist⁴³, jegliche Gedankenspiele bezüglich Effektivitätsverbesserungen des Rechts zu Lasten rechtsstaatlicher Prinzipien.

Dazwischen liegt die große Gruppe derjenigen, die befürchten, die Effektivierungsbestrebungen gefährdeten den Rechtsstaat: Vorsichtig und verständnisvoll⁴⁴ werden die rechtsstaatlichen und demokratischen Kriterien angemahnt, die für Gesetze im Verfassungsstaat gelten⁴⁵, und auch *Hassemer* formuliert – im Gegensatz zu einer bedrohlich klingenden Analyse⁴⁶ – moderat, es sei derzeit schwer zu sagen, was man von der Entwicklung halten solle, man müsse darauf achten, „daß das Strafrechtssystem auch unter dem Modernisierungsdruck die klassischen Bindungen bewahren kann, ohne welche es mit seinen scharfen Instrumenten gerade für eine moderne Gesellschaft gefährlich werden könnte.“⁴⁷ Deutlicher wird *Denninger*, der in dem Paradigmenwechsel von der Rechts- zur Rechtsgutsicherheit eine Gefahr für den Rechtsstaat sieht. Bei besonderen Gefährdungslagen würde der rechtsgüterschützende Gesetzgeber rechtsstaatliche Verfahrensgestaltungen der Prävention opfern⁴⁸.

Diese an das 3. Kapitel anknüpfenden Zusammenfassungen haben dreierlei zutage gebracht:

- Das ‚Strafrecht der Großprävention‘ ist, erstens, einer der zentralen Topoi in der Diskussion über das Recht in der – wie auch immer genannten – Risikogesellschaft.

⁴¹ Vgl. *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 214; *Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 384.

⁴² Vgl. *Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 388; *Beck*, *Politik*, 1991, S. 16.

⁴³ So: *F. Herzog*, *Prävention*, 1987.

⁴⁴ *Bock* (*ZfRSoz* 1989, S. 255) beginnt seine „Vorüberlegungen zur rechtspolitischen Bewältigung der Risikogesellschaft“ mit Verständnis für den Impuls, mit dem fundamentale Rechts- und Staatskritik (wie die *Becks*) zur rechtspolitischen Aktion drängt.

⁴⁵ Vgl. oben, S. 132 ff.

⁴⁶ Danach hat die moderne Kriminalpolitik die aktuellen Risikozentren besetzt (*Hassemer*, *StV* 1990, S. 330), es geht immer weniger um den Schutz des Einzelnen (*ders.*, *Grundlagen*², 1990, S. 275), Straftheorie und Lehre vom Rechtsgut haben sich auf die neue Lage eingestellt; vgl. oben, S. 152 f.

⁴⁷ A. a. O., S. 276.

⁴⁸ Vgl. oben, S. 135 und S. 147.

- Die Steuerungskapazität des geltenden Rechts geht, zweitens, nach allgemeiner Ansicht gegen Null.
- Was drittens Effektivitätssteigerungen durch ein Risikorecht betrifft, ist sowohl ihre Möglichkeit als auch und vor allem ihre Legitimität höchst umstritten.

II. Vom Präventionsstrafrecht der Industriegesellschaft zum Großsteuerungsstrafrecht der Risikogesellschaft

Unter den Bedingungen der Risikogesellschaft – hier sowohl im Sinn der tatsächlich bedrohten Gefahrgesellschaft als auch im Sinn der an ihre Kapazität zur Umwandlung von Gefahren in Risiken glaubenden Risikogesellschaft im engeren Sinn – ist aus dem Strafrecht der Spezial- und Generalprävention ein Strafrecht der Großsteuerung geworden, das gegenüber den Problemen des ‚klassischen‘ Präventionsstrafrechts spezifische Effektivitäts- und Legitimitätsfragen aufwirft.

Die wichtigsten Unterschiede zwischen dem ‚alten‘ und dem ‚neuen‘ Präventionsrecht sind schnell benannt: Das neue Strafrecht der Großsteuerung schützt *mehr* und *andere* Rechtsgüter⁴⁹ und das *früher*, also schon im Vorfeld einer Verletzung⁵⁰.

⁴⁹ Damit ist sowohl die „schrakenlos“ anmutende Disponibilität der Rechtsgüter (*Lüderssen*, *Krise*, 1989, S. 7) angesprochen als auch die Neigung des Gesetzgebers, immer mehr auf einen personalen Bezug zu verzichten und dafür „vage“, aber „plakativ beschriebene“ „Universalrechtsgüter“ (*Hassemer*, *Grundlagen*², S. 275 und S. 278.) in den Mittelpunkt zu stellen.

⁵⁰ Angesprochen sind hier sowohl die allgemeinen Tendenzen der „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ (*Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), S. 751 ff.), als auch speziell die Neigung zu neuen und neu begründeten (dazu: *Kindhäuser*, *Gefährdung*, 1989) Gefährdungsdelikten, (kritisch dazu: *Herzog*, 1991).

1. Der Problemdruck der Risikogesellschaft

Die Frage, wie es zu dieser weitreichenden Entwicklung kommen konnte, ist nicht schwer zu beantworten: Wenn oben gesagt wurde, unter den Bedingungen der Risikogesellschaft sei diese neue Generation präventiven Rechts entstanden, dann ist damit auf den Problemdruck Bezug genommen, in den die Risikogesellschaft – und im Sozialstaat namentlich der Gesetzgeber – geraten ist. Für diesen Problemdruck ist es fast gleichgültig, ob es sich tatsächlich um neue und gravierende Gefährdungslagen handelt oder ob erst jetzt erkennbar wird, in welche Selbstgefährdungen sich die Menschheit im Laufe der Industriegesellschaft begeben hat oder sogar, ob nur eine erhöhte subjektive Unsicherheit vorliegt⁵¹.

2. Die strukturelle Anfälligkeit des modernen Strafrechts

Dieser strafrechtsexterne Problemdruck kann jedoch das Entstehen des Strafrechts der Großsteuerung allein nicht erklären. Hinzu kommt, daß das ‚klassische‘ (wenn auch immer wieder als modern bezeichnete und sich modern gebende) Strafrecht der Prävention sich als strukturell anfällig erweist. Das Strafrecht widersetzt sich nicht nur nicht dem Veränderungsdruck, die sich durchsetzenden Änderungen paßen genau in die Logik dieses Rechts. Das Recht der Prävention ist ein folgenorientiertes Recht, läßt sich also von dem Problemdruck besonders beeindrucken, es ist ein am Schutz von Rechtsgütern orientiertes Recht, um deren weiteren und besseren Schutz es bei der Großsteuerung geht, und es ist schließlich ein Recht, das sich aufgrund seiner Orientierung am Rechtsgüter-schutz zunehmend normlogisch versteht.

⁵¹ Die Risikogesellschaft, wie sie hier – im Anschluß an die Erörterungen im 2. Kapitel – verstanden wird, dürfte es mit dem kumulativen Druck aller drei Phänomene zu tun haben.

Auch die Frage, was am Strafrecht der Großsteuerung eigentlich auszusetzen ist, kann knapp beantwortet werden: Als folgenorientiertes Recht muß es sich an seinen externen Folgen, d. h. an seinen Erfolgen und Mißerfolgen messen lassen. Die Bilanz ist schlecht: Die Ziele, die mit dem Strafrecht der Großsteuerung verfolgt werden, werden nicht erreicht. Dafür ist absehbar, daß der Einsatz dieses Strafrechts unerwünschte Nebenfolgen produziert. Diese Nebenfolgen betreffen die Gefährdungslagen, die eigentlich Anlaß des Strafrechtseinsatzes waren, sie betreffen den Zustand des Strafrechtssystems, und sie betreffen als weitere, mittelbare Nebenfolge der Nebenfolgen das Vertrauen der Bevölkerung in das Recht: Durch den Strafrechtseinsatz, mit dem immer wieder der politische Druck auf den Gesetzgeber verringert wird, werden andere, potentiell potentere Maßnahmen und Modelle der Prävention geschwächt.

1. Die Kontraproduktivität der strafrechtlichen Großsteuerungsversuche

Wer der Auffassung ist, daß *Ulrich Beck* mit seiner Analyse jedenfalls insoweit den Finger auf eine Wunde legt, als er auf das selbstmörderische „Weiter-So“ einer Gesellschaftsentwicklung hinweist⁵², die der Menschheit das Selbsterstörungspotential beschert hat, der wird *Beck* auch bezüglich des symbolischen Entgiftungspotentials⁵³ des Rechts zustimmen müssen.

Ein sich scharf gebendes Umweltstrafrecht verhindert eine sinnvolle Umweltpolitik⁵⁴ z. B. durch radikale Änderungen des Schadenersatzrechtes, ein scharfes Außenwirtschaftsgesetz verhindert eine durchaus mögliche, öffentlich-rechtliche Kontrolle der Waffenproduktion und des Waffenexports⁵⁵, ein scharfes Betäubungs-

⁵² Vgl. dazu, daß *Verf.* insofern der Analyse *Becks* folgt, oben, S. 60 f.

⁵³ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 98.

⁵⁴ So pointiert: *Hamm*, Sitzungsbericht L zum 57. DJT, 1988, S. 62. Zu den Gründen, warum Umweltstrafrecht umweltschädlich sein kann: a. a. O., S. 67 ff.

⁵⁵ Vgl. für einen Überblick über die Möglichkeiten des Strafrechts im Außenwirtschaftsrecht: *Trouet*, *Krause-Fs.*, 1990, S. 407 ff. Zu den zahlreichen Möglich-

mittelstrafrecht löst die Probleme nicht⁵⁶ und verringert die Chance sowohl auf Hilfen als auch auf den Beginn der notwendigen Selbsterkenntnis der Gesellschaft, eine ‚Suchtgesellschaft‘⁵⁷ zu sein.

Kontraproduktiv ist das Strafrecht der Großsteuerung, weil es tatsächlich in falsche Sicherheit wiegt, Skandalisierungen verhindert, gesellschaftliche dringend notwendige Diskussionen – wie etwa die über die Verwendung von Kernenergie einerseits, fossilen Brennstoffen andererseits – dadurch devitalisiert, daß es durch Atomrecht und Immissionschutzgesetz fahrlässig den Eindruck erweckt, die ‚Dinge im Griff zu haben‘.

2. Das destruktive Potential des Strafrechts (der Großsteuerung) für das (rechtsstaatlich-liberale) Strafrecht

Zu der Kontraproduktivität tritt eine selbstdestruktive Tendenz des Großsteuerungsstrafrechts. Denn noch während es als antiquiert kritisiert und ridiculisiert wird, bauen andere, die noch an die Gestaltung der Welt – einschließlich des Zufalls⁵⁸ – durch Strafrecht glauben, diese altväterlichen aber den Rechtsstaat im Strafrecht ausmachenden Kategorien ab.

Individuelle Zurechnung, Nachweis der Kausalität, Beweislast des strafenden Staates, das alles paßt – wie *Beck* eindringlich schildert – nicht zu den Katastrophen, die verhindert werden sollen. Im Konfliktfall aber ist klar, was weichen muß und weicht: Wo individuelle Zurechnung nicht möglich, aber erwünscht ist, wird sie entweder vom Gesetzgeber für überflüssig erklärt⁵⁹, von der Rechtsprechung

keiten von Umgehungsgeschäften beim Waffenexport und den restringierten Möglichkeiten des Rechts, darauf zu reagieren: *Burchard*, Waffenexport, 1987.

⁵⁶ Vgl. die Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts aus ökonomischer Sicht bei: *Hösch*, *Krause-Fs.*, 1990, S. 345 ff. und auch das nachdenkliche Vorwort *Körners*, *BtMG*³, 1990, S. VII.

⁵⁷ Vgl. *Gross*, Sucht ohne Drogen, 1990.

⁵⁸ So *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, 1985, S. 119 ff.

⁵⁹ Etwa durch Straftatbestände wie die §§ 129, 129a StGB.

fingiert⁶⁰, oder von Teilen der Strafrechtswissenschaft erleichtert⁶¹. Gleiches gilt für den notwendigen Kausalitätsnachweis. Die Risikoerhöhungslehre, die zunächst die objektive Zurechnung qua Kausalität einschränken sollte, wird zum Frontalangriff auf die Kausalität als Mindestanforderung legitimer objektiver Zurechnung, wenn es gar nicht mehr um Verursachung, sondern nur noch um Risikoschaffung und Risikoerhöhung geht⁶². Den größten Teil der Arbeit erledigt gleichwohl wieder der Gesetzgeber: Der Nachweis von Schäden fällt oft schwer⁶³, also werden leichter nachweisbare Gefährdungen⁶⁴ kriminalisiert. Ist auch die Gefährdung nicht nachweisbar, dann übt die Rechtsprechung⁶⁵ ihre schöpferische Rolle aus.

Die Indizien dafür, daß es sich um einen seit längerem anhaltenden Prozeß handelt, dessen Ende noch nicht absehbar ist, sind erdrückend. Sie betreffen das materielle Recht wie das Verfahrensrecht: Stichworte sind die Schaffung von Kumulations⁶⁶- und Risikodelikten⁶⁷, die Auflösung des Vorsatzbegriffs⁶⁸, die Stärkung der Gefährdungsdelikte⁶⁹, die Auflösung der Differenzierungen zwi-

⁶⁰ Auch hier finden sich die eindrucksvollsten Beispiele im Terrorismusbereich: Man erinnere sich an die Modelle geistiger Mittäterschaft, die so manche Verurteilung wegen Mordes ermöglicht hat.

⁶¹ Man denke etwa an die subjektive Zurechnung in den Fällen, in denen der ungeschützte Verkehr von HIV-Virusträgern die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit weiter nivelliert hat.

⁶² Vgl. *Otto*, *NJW* 1980, S. 417 ff, aber auch die Untersuchungen von *Wolter* (Objektive Zurechnung, 1981) und *Frisch* (Vorsatz und Risiko, 1983 und Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986).

⁶³ Das gilt verstärkt, wenn es sich um Langzeitschäden, unsichtbare Schäden, kumulativ verursachte Schäden und andere – allesamt für die Gefährdungslagen der Risikogesellschaft typische – Schäden handelt. Zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Langzeitschäden *Schlehofer*, *NJW* 1989, 2021 ff.

⁶⁴ Gefährdungen sind viel stärker als Verletzungen in „Gefahr“, zugeschrieben anstatt festgestellt zu werden, vgl. dazu die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse bei *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl*, Risikokommunikation, 1991, S. 28 ff.

⁶⁵ Man denke nur an den sog. Erdal-Fall BGH *NStZ* 1990, S. 588. Dazu *Kuhlen*, *NStZ* 1990, S. 566 und *Samson*, *StV* 1991, 182 ff.

⁶⁶ So *Kuhlen*, *GA* 1986, S. 389 ff.

⁶⁷ So *Wolter*, Objektive Zurechnung, 1981, S. 325 ff.

⁶⁸ So – de facto – *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. VII (und passim), der aus der Sondervorsatzform des *dolus eventualis* den Vorsatz schlechthin macht.

⁶⁹ So *Kindhäuser* (Gefährdung, 1989) durch seine – rechtsgutunabhängige – Neulegitimation der abstrakten Gefährdungsdelikte.

schen Versuch und Vollendung⁷⁰, Täterschaft und Teilnahme⁷¹. Im Verfahrensrecht wird je nach Beweislage, Ausdauer und politischer Opportunität der V-Mann eingeschaltet, werden die Ermittlungen nur als Druckmittel benutzt⁷² und Verfahren mit einem ‚deal‘ beendet.

3. Die mittel- und langfristige Nebenfolge dieser Nebenfolgen

Mittel- und langfristig verliert das Recht, das seine Ziele nicht nur nicht erreicht, sondern das Erreichen behindert und seine eigene Rechtsförmigkeit schwächt, an Ansehen und Glaubwürdigkeit. Der im demokratischen Verfassungsstaat so wichtige „normative Gehorsam“⁷³ nimmt ab, der „autoritäre Gehorsam“ ist im Zeitalter von Individualisierung, Rationalisierung und einer auf alle Lebensbereiche übergreifenden Kosten-Nutzen-Perspektive weitgehend entfallen⁷⁴. Gleichzeitig gerät damit eine – vermutlich existierende, positiv zu bewertende – Funktion des Rechts in Gefahr, nämlich die, zur Daseins- und Orientierungssicherheit der Menschen beizutragen.

V. Ursachen für das Scheitern der Großsteuerung

1. Modelle der Verantwortlichkeit

Rechtstheoretisch interessant und kriminalpolitisch von allergrößter Relevanz ist die Frage, wie das skizzierte Scheitern des Strafrechts der Großsteuerung zu erklären ist. Hier konkurrieren, wie an ande-

⁷⁰ Z. B. im Betäubungsmittelrecht. Dasselbe gilt für weniger prominente Begriffe wie „Einfuhr“ und „Durchfuhr“, die beliebig manipulierbar sind und keine kritische Funktion mehr erkennen lassen; vgl. dazu *Prittwitz*, NStZ 1983, S. 350 ff.

⁷¹ Etwa in §§ 129, 129a StGB.

⁷² Vgl. die Mitteilung *R. Hamms* im Sitzungsbericht L zum 57 DJT, 1988, S. L 71; noch deutlicher in: *Die Zeit* Nr. 44/1989 v. 27. 10. 1989, S. 64.

⁷³ Dazu und zu seinem Gegenstück, dem autoritären Gehorsam, *U. Preuß*, Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, 1984, S. 86 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 398, der meint, selbst mit einer drastischen Verschärfung der Sanktionen und einer gleichzeitigen Ausweitung sozialer Kontrollen (de facto also dem Polizeistaat) wäre die erwünschte Beeinflussung nicht mehr machbar, a. a. O., S. 411 f. Vgl. dazu oben, S. 193 f.

rer Stelle schon deutlich geworden ist⁷⁵, verschiedene Modelle. Keiner der am Prozeß beteiligten Akteure, keine Institution ist von dem Verdacht frei, am Mißerfolg schuld zu sein: Der Staat (a), das Recht (b und c), der Rechtsstab (d), und die Normadressaten (e) werden genannt.

a) Staatsversagen

Von ökologisch motivierten Wertkonservativen⁷⁶ wird seit geraumer Zeit die konservative staatsrechtliche These vom Ende der Staatlichkeit wiederentdeckt⁷⁷. Dem entspricht tendenziell auch die systemtheoretische These der Ausdifferenzierung des Rechts in ein politisch-administratives und ein technisch-ökonomisches System⁷⁸ und der damit verbundenen Entgrenzung (man könnte auch sagen: Entmachtung) der Politik⁷⁹.

b) Das Versagen des Rechtssystems

Zum Teil parallel, aber doch mit deutlich anderem Akzent, argumentieren andere, das Rechtssystem sei strukturell unfähig, solche Steuerungsleistungen zu erbringen⁸⁰ und gerate bei seinem Engagement zur Regulierung von Großstörungen unweigerlich in ein „regulatorisches Trilemma“⁸¹.

⁷⁵ Vgl. den Durchgang durch die parallelen und konkurrierenden Befunde des soziologischen, rechtspolitischen und juristischen Schrifttums im 3. Kapitel.

⁷⁶ *Michael Bock* spricht treffend von Anhängern einer „ökologischen Ethik“, die mit Haltungen des christlichen Mittelalters vergleichbar ist und mit „einer gewissen logischen Konsequenz zu einem gesinnungsethischen Rigorismus führt“ (*ZfRS* 1989, S. 262.)

⁷⁷ Vgl. etwa *Rainer Wolf*, *Leviathan* 1987, S. 357 ff.

⁷⁸ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 300 ff.

⁷⁹ Ähnlich, unter Bezug auf die Analyse *Becks*, *P.-A. Albrecht*, *KritV* 1988, S. 184 ff.

⁸⁰ *Luhmann*, *Ökologische Kommunikation*¹, 1986, S. 124 ff.

⁸¹ *G. Teubner*, in: *Brügge/Joerges* (Hrsg.) *Postinterventionistisches Recht*, 1984, S. 94 ff. Ähnlich wohl auch *F. Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, 1991, S. 61 f.

c) Das Versagen des rechtsstaatlich-liberalen Strafrechts

Wer an Staat und Recht nicht grundsätzlich (ver-) zweifelt, wird dazu neigen, gerade die rechtsstaatlich-liberalen Aspekte des Strafrechts, die sich gegen seine Instrumentalisierbarkeit zur Bekämpfung von Großstörungen sperren, verantwortlich zu machen. Auch insoweit verbünden sich konservative und ökologische Positionen; die Karikaturen des Rechts etwa bei *Ulrich Beck*⁸² unterscheiden sich nicht wesentlich von der bissigen Verspottung des Rechtsstaats von Seiten der politischen Rechten, wenn diese ihre Grundwerte (etwa law and order) in Gefahr sieht.

d) Das Versagen des Rechtsstabs

Vereinzelte wird aber auch beklagt, nicht (nur) die Struktur des Rechts, sondern (auch) der Rechtsstab mit seinem „Ja“ zu allem, was an Neuem aus Wissenschaft, Technik und Wirtschaft komme, sei für die Vollzugsdefizite verantwortlich⁸³, ein Argument mit justizsoziologischem – allerdings kaum empirisch überprüfem – Hintergrund.

e) Das Versagen der Normadressaten

Ein „Versagen der Normadressaten“ könnte man vermuten – ohne allerdings den mit dem Begriff Versagen meist assoziierten Vorwurf zu erheben – wenn man die These aufstellt, eine Population, die ihr Handeln zunehmend an einer Kosten-Nutzen-Analyse orientiert, sei von dem Recht nicht mehr erreichbar, weil „kein Kontroll- und Sanktionsapparat auf Dauer die Sanktionswahrscheinlichkeiten und -intensitäten auf einem so hohen Niveau“ halten kann, daß allein dadurch Regelverletzungen vermieden werden⁸⁴.

⁸² So die schon vorgestellten Formulierungen vom „Dorfrichter Adam“ (Gegengifte, 1988, S. 10) oder den „altväterlichen Kategorien der Zurechnung“ (a.a.O., S. 214).

⁸³ *Beck*, Gegengifte, 1988, S. 98.

⁸⁴ Zu diesem Ansatz *Blinkert*, Soziale Welt 1988, S. 398.; dazu ausführlich im 4. Kapitel, S. 182 ff.

Auch wer wie *Hans Jonas* „das Prinzip Verantwortung“ hochhält, teilt wohl diese Analyse.

2. Der Anachronismus des präventiven Strafrechts in der Risikogesellschaft

Selbst wenn das Ende der Staatlichkeit nicht naht, sondern der Staat sich in manchen – politisch-administrativen – Bereichen durchaus effektiv engagiert⁸⁵, ist sein verringerter Einfluß auf die Bereiche, die die Gesellschaft zur Risikogesellschaft gemacht haben, kaum zu bezweifeln. Wenn zu all diesen Faktoren hinzukommt, daß das Vertrauen in die Verbindlichkeit von Recht sinkt⁸⁶, wirkt die Erfolglosigkeit des Strafrechts der Großsteuerung fast schon selbstverständlich.

Man darf deswegen vermuten, daß Aspekte aller dieser Theorien wirksam werden, wenn es um die Unwirksamkeit des Rechts geht, so daß dem Recht – dem Gesetzgeber, der Rechtswissenschaft – ebenso wie seinen funktionalisierungsbereiten Kritikern der Vorwurf gemacht werden kann, ihr Glaube an die linearen Effekte von Strafrecht sei naiv und gerade in der Risikogesellschaft, die sich der Dominanz der Nebenfolgen bewußt ist, anachronistisch.

D. Das Strafrecht der Risikogesellschaft II: Das symbolische Strafrecht

I. Anknüpfungspunkte zum symbolischen Strafrecht

Das Recht versagt, wenn man *Beck* folgt, nicht nur als Wegbegleiter in die „andere Moderne“, sondern stellt sich der Notwendigkeit, sie anzustreben in den Weg: Anstatt „Gegengifte“ für die „Internatio-

⁸⁵ Vgl. nochmal die Kritik von *Krauß* (StV 1989, S. 315 ff.) am Sicherheitsstaat (ausführlicher oben, S. 138). Ebenso: *P.-A. Albrecht* KritV 1988, S. 200 f., der von einer „Überkompensation“ (S. 201) des Staates in diesem Bereich spricht.

⁸⁶ Das prophezeit auch *E.X. Kaufmann* als Folge eines nicht erfolgreichen Verrechtlichungsprozesses (1987, S. 47).

nale des ... Giftstoffverkehrs⁸⁷ zu finden, läßt es sich auf „symbolische Entgiftung“⁸⁸ ein.

Andere Aspekte symbolischen Strafrechts treten hinzu: *Hassemer* weist darauf hin, daß das Strafrecht unter „Präventionsdruck“ steht, weil es dank seiner rechtsstaatlich-liberalen Gestalt für eine „großflächige Prävention gefährlicher Situationen denkbar schlecht geeignet“ sei: „Symbolisches Strafrecht“ verspreche nicht nur Erleichterung von diesem Druck, „sondern verschafft sie sofort“⁸⁹, ist aber in seinen Augen „Bluff“, „verrät die rechtsstaatlich-liberalen Traditionen“ und „düpiert das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege.“⁹⁰

Kritik gegenüber symbolischem Strafrecht, ohne daß dieser Begriff explizit verwendet wird, klingt auch bei *Büssmann* an, wenn er dem „Strafrecht sozialer Systeme“ vorwirft, es sei zwar nicht mehr schon aufgrund seiner Inhalte auf das Verhalten unterer sozialer Schichten ausgerichtet, selektiere aber trotz des – insofern nur symbolisch – geänderten Normprogramms wiederum überwiegend untere Täterschichten⁹¹. Die symbolische Natur des Strafrechts ist auch in seiner Wertung, durch Suche nach der Schuld Einzelner werde von strukturellen, systemischen Ursachen abgelenkt⁹², erkennbar.

Auf andere Art symbolisch wirkt das Strafrecht nach Ansicht *Detlef Krauß'*, der – sich kritisch gegen die sogenannten Sicherheitsgesetze wendend – bemängelt, das Strafrecht bekämpfe innere Unsicherheit, ohne sich auf ihre Ursachen, die tatsächlich vorhandenen Defizite äußerer Sicherheit, einzulassen⁹³.

Auch in *Herzogs* sozialtheoretischer Skizze der Gefährdungsdelikte spielt der symbolische Charakter des Strafrechts eine tragende Rolle: Aufbauend auf soziologischen und sozialpsychologischen Erkenntnissen meint er, die Prominenz der Gefährdungsdelikte im

⁸⁷ *Beck*, Gegengifte, 1988, S. 11.

⁸⁸ A. a. O., S. 220; vgl. dazu ausführlicher im 3. Kapitel, S. 118 f.

⁸⁹ Alle Zitate: *Hassemer*, NStZ 1989, S. 558.

⁹⁰ *Hassemer*, a.a.O.

⁹¹ Vgl. oben, S. 150 f.

⁹² A. a. O., S. 16.

⁹³ Vgl. oben, S. 138.

modernen Strafrecht sei „zumindest teilweise als Reaktion auf gesellschaftliche Orientierungsunsicherheiten“ zu erklären⁹⁴.

Während diese Funktion des Strafrechts von *Herzog* nicht ausdrücklich gewertet (sondern als Baustein zum besseren Verständnis der Karriere der Gefährdungsdelikte verwendet) wird, baut *Urs Kindhäuser* ebenfalls auf der Grundlage der Studien *Franz Xaver Kaufmanns* eine neue, eigenständige Legitimation der Gefährdungsdelikte auf: „Sicherheit als Normzweck“⁹⁵, „Daseinsgewißheit“ als legitimes Schutzgut der Gefährdungsdelikte⁹⁶, das ist – in einer positiv wertenden Version – symbolische Versicherung durch Strafrecht.

Ähnlich wie beim Strafrecht der Prävention ergibt die Durchsicht der einschlägigen Literatur auch für den Begriff des symbolischen Strafrechts, daß es sich um eine zentrale, aber uneinheitlich verstandene und vor allem kontrovers bewertete Bezeichnung des Strafrechts der Risikogesellschaft handelt.

II. Die verschiedenen Aspekte des symbolischen Strafrechts

Die Analyse und Bewertung des symbolischen Strafrechts fällt schon deswegen schwer, weil der Begriff – obwohl in aller Munde⁹⁷ – schillernd und ambivalent geblieben ist. Aufbauend auf den genannten Beiträgen schlage ich vor, fünf verschiedene Arten von symbolischem Strafrecht zu unterscheiden.

1. Das immanent Symbolische am modernen Strafrecht

Strafrecht ist symbolisch, weil „im Rücken instrumenteller Strafrechtsanwendung“ stets auch rechtstreues Leben symbolisch vermittelt wird⁹⁸. Das kann kaum bestritten werden und dürfte nicht einmal Kennzeichen nur des „modernen Strafrechts“⁹⁹, sondern jeglichen

⁹⁴ Vgl. oben, S. 157.

⁹⁵ Vgl. oben, S. 154 f.

⁹⁶ A. a. O., S. 208.

⁹⁷ Vgl. die Beiträge von *Haffke* (KritV 1991, S. 165 ff.), *Hassemer* (NStZ 1989, S. 553 ff.) und ausführlich *Monika Voß*, Symbolische Gesetzgebung, 1989.

⁹⁸ So: *Hassemer*, NStZ 1989, S. 553 ff. [555].

⁹⁹ A. a. O.

Strafrechts sein¹⁰⁰. Es gilt völlig unabhängig davon, ob der Strafgesetzgeber an Symbolik gedacht hat oder nicht, unabhängig auch davon, ob damit Strafe und Strafrecht legitimiert werden kann und soll. Dieser Aspekt symbolischen Strafrechts birgt keine Probleme; interessant ist allein, ob diese so plausible Funktion des Strafrechts auch nachweisbar ist und wovon sie abhängt – Fragen, die drängend werden, wenn der symbolische Effekt nicht mehr nur willkommene Nebenfolge, sondern Zweck und Rechtfertigung des Strafrechtseinsatzes ist, wie das im Kern *Jakobs'* Version der positiven Generalprävention vorsieht¹⁰¹.

2. Die offene und erwünschte (täuschungsfreie) Symbolsetzung durch Strafrecht

Von diesem jedem Strafrecht immanenten symbolischen Aspekt unterscheidet sich das offen – und vor allem: täuschungsfrei – als symbolisch auftretende Strafrecht deutlich. Gemeint sind die Fälle, in denen sich der Gesetzgeber selber klar zum symbolischen Charakter der Strafrechtsnorm bekennt. Ein überzeugendes Beispiel dafür ist die Vorschrift des § 220a StGB, deren instrumenteller Einsatz von vornherein unwahrscheinlich war, deren symbolische Wirkung nach innen und außen erwünscht war.

Bei dieser Art öffentlicher Symbole stellt sich freilich immer die Frage, was genau damit symbolisiert wird. Als Symbol der Ächtung des Völkermordes, der Kennzeichnung des Unrechtsgehaltes dieser Tat, wird kaum jemand der Vorschrift die Zustimmung versagen. Soll damit auch und vorwiegend symbolisiert werden, daß aus der Geschichte gelernt worden ist, daß dergleichen nicht mehr vorkommen könne, weil es ja nunmehr unter Strafe gestellt sei, daß eine gesellschaftliche Bearbeitung oder Verarbeitung der Geschichte nicht mehr notwendig, weil mit diesem Paragraphen alles gesagt sei, wird die Zustimmung nicht mehr ungeteilt sein.

¹⁰⁰ Es mag das „moderne Strafrecht“ kennzeichnen, daß es diese Funktion von Strafrecht – mehr oder weniger bewußt – einsetzt, und sich unter Hinweis darauf legitimiert.

¹⁰¹ Vgl. dazu im 5. Kapitel, S. 227 f.

Das Prädikat täuschungsfrei wird aus den genannten Gründen besonders wichtig. Fragwürdig wird das symbolische Strafrecht dort, wo es Elemente von Täuschung enthält. Das mag der eine oder andere aus den angedeuteten Gründen auch schon bei § 220a StGB bejahen. Deutlicher läßt sich die Problematik in dem neu in das StGB eingefügten Umweltstrafrecht studieren.

3. Das Effektivität bloß vortäuschende und in diesem Sinn symbolische Strafrecht

Symbolisches Strafrecht dieser Kategorie kann man meist daran erkennen, daß es (zu Recht) als *bloß* symbolisches denunziert wird. Gemeint ist ein Strafrecht, das als instrumentelles auftritt, Effektivität verspricht, Tätigkeit des Gesetzgebers demonstriert, während in Wirklichkeit der Output nicht hält, was versprochen worden ist. Musterbeispiele dieser Art von Symbolik sind zahlreiche neue Strafgesetze: Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht, die strafrechtlichen Bestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes oder des Kriegswaffenkontrollgesetzes – sie alle *versprechen* gesellschaftlich dringend verlangte Lösungen, können sie jedoch nach Meinung vieler nicht erbringen.

Wann freilich von einem täuschungsfreien, wann von einem täuschenden Symbol die Rede sein soll, dürfte im Einzelfall schwer zu bestimmen sein: So erscheint es wie erwähnt durchaus nicht weit hergeholt, auch in der symbolischen Norm des § 220a StGB Elemente von Täuschung zu entdecken; andererseits wird man dem Gesetzgeber zugeben müssen, daß er von vornherein und ganz offen auch auf einen symbolischen (Teil-) Effekt seiner Aktion abgestellt hat.

4. Das symbolische Strafrecht als Vermittler und Garant von Daseinsgewißheit

Ein neuer Typus symbolischer Gesetze wird in der jüngst von *Kindhäuser* vorgelegten Konzeption der Gefährdungsdelikte deutlich¹⁰².

¹⁰² Vgl. dazu schon im 3. Kapitel, S. 154 ff.

Dieses Strafrecht tritt offen als symbolisch auf und reklamiert, daß die symbolische Funktion die Strafrechtsnorm legitimieren soll. Entscheidend ist aber die Funktion der Symbolik. Was hier durch Strafrecht vermittelt wird, ist nicht mehr Schutz vor Rechtsgutsgefährdungen, sondern Schutz vor subjektiver Unsicherheit.

Diese Konzeption wirft sowohl empirische als auch normative Probleme auf. Normativ besteht das – gegen alle generalpräventiven Theorien vorgebrachte – Hauptproblem darin, daß die Bestrafung Einzelner allein durch die Versicherung der Allgemeinheit nie gerechtfertigt sein kann.

Ein Problem ganz anderer aber ebenfalls normativer Art taucht auf, wenn aus der Perspektive gesellschaftlicher Nutzo-optimierung gar nicht klar ist, ob *Versicherung* oder *Verunsicherung* politisch das Gebot der Stunde ist. Wer etwa im Bereich des Umweltschutzes dramatische Maßnahmen für erforderlich hält, der wird normativ die Beruhigung der Gesellschaft durch ein symbolisches Strafrecht ablehnen.

Hinzu kommen empirische Probleme. Damit wird nicht nur auf die unleugbaren methodologischen Schwierigkeiten angespielt, den *Nachweis* solcher Versicherungseffekte zu führen, die mir fast unüberwindbar erscheinen. Gemeint ist vielmehr ein Dilemma, auf das *Franz Xaver Kaufmann* vor einiger Zeit aufmerksam gemacht hat¹⁰³. Die seit langem bestehende Verrechtlichungstendenz bewirkt mittel- bis langfristig ein *Absinken* des Rechtsbewußtseins, des Vertrauens in die Verbindlichkeit der Rechtsordnung und damit auch der Effektivität der Rechtsordnung selbst. Die Vermittlung von Sicherheit durch Normen setzt danach Umstände voraus, die es verbieten, ständig und ausufernd Normen zum Zweck der Versicherung zu benutzen. Hier liegen Ansätze zu einer soziologischen – dem Effektivitätsparadigma durchaus verpflichteten – Untermauerung des fragmentarischen Charakters des Strafrechts.

5. Die Stabilisierung ‚nur noch‘ symbolischer Werte durch Strafrecht

Damit ist ein Phänomen angesprochen, das in den bisherigen Beiträgen zum symbolischen Strafrecht noch keine Beachtung gefunden hat. Ausgangspunkt ist auch hier wieder eine sozialwissenschaftliche Erkenntnis: *Frägt* man Menschen, ob sie eine Norm oder einen Wert anerkennen, dann mag dies mit großer Mehrheit bejaht werden, *untersucht* man dagegen ihr *Verhalten*, dann erweist sich oft, daß die Norm oder der Wert wiederum für eine große Mehrheit keine handlungsleitende Funktion hat.

Diese Art symbolischen Strafrechts – man denke an die Bestrafung von bestimmten Eigentumsdelikten (sozialadäquaten Diebstählen am Arbeitsplatz, trauriger Alltag gewordene Sachbeschädigungen, normalgewordene Bestechungen in einem gewissen Umfang, Steuerhinterziehungen etc.) – wirft die Frage auf, ob das Strafrecht Normen stabilisieren soll, wenn sie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht mehr handlungsleitend sind, obwohl sie noch zum traditionellen Normgefüge gezählt und als Teil davon – verbal – anerkannt werden.

III. Zur Bewertung der verschiedenen Aspekte symbolischen Strafrechts – Ist das symbolische Strafrecht Hilfe zur Selbstsicherheit oder Rückversicherung?

Mit den Formulierungen in dieser Überschrift wird auf eine Unterscheidung angespielt, die *Evers/Nowotny* in ihrer Arbeit über den Umgang mit Unsicherheit einführen. Sie sprechen dort über die verschiedenen Möglichkeiten, Sicherheit (zurück-) zu erlangen und differenzieren zwischen Sicherheit durch *Rückversicherung* und Sicherheit als *Selbstsicherheit*. Rückversicherung werde auch in der Zukunft (wie schon bisher) „lediglich ausgrenzende und zwanghafte Formen der Schaffung von Ordnung und Sicherheit mit sich bringen“, während der Erwerb von Selbstsicherheit ein Prozeß des Ausbaus von sozialen Identitäten und Kompetenzen sei¹⁰⁴. Sucht man in diesem Koordinatensystem der Sicherheit nach dem geeig-

¹⁰³ *F.X. Kaufmann*, Verunsicherung, 1987, S. 47 m. w. N.

¹⁰⁴ *Evers/Nowotny*, Unsicherheit, 1987, S. 14 f.

neten Platz für das Strafrecht, dann zeigt sich schnell, daß es, wenn und soweit es Sicherheit vermitteln soll, stets nur Rückversicherung sein kann und von daher immer dem Einwand ausgesetzt bleibt, nur eine Lösung zweiter Wahl zu sein. Genau in diesem Aspekt liegt das Anti-Aufklärerische eines Strafrechts, das sich in den Dienst symbolischer Versicherung stellt.

E. Zusammenfassung

Die Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft ist gekennzeichnet durch Elemente von Großsteuerung und symbolischer Versicherung. Aber diese beiden kriminalpolitischen Linien stehen nicht unvermittelt nebeneinander. Sowohl die gewachsenen Risiken als auch die gewachsene Unsicherheit üben Druck auf die Kategorien des Strafrechts aus. Der dadurch erfolgende Abbau des rechtsstaatlichen Strafrechts holt sich sein gutes Gewissen bei den Anhängern des Präventionsstaates, führt aber tendenziell zum Sicherheitsstaat.

7. KAPITEL

STRAFRECHTSDOGMATIK IN DER RISIKOGESELLSCHAFT I: DER EINZUG DES RISIKOGEDANKENS IN DAS STRAFRECHT

A. Rückblick – Ausblick

Das zunehmend risikoorientierte Denken dieses Jahrhunderts hat die Kriminologie (und ihren Gegenstand)¹ und auch die straftheoretische Diskussion² maßgeblich beeinflusst.

Im 6. Kapitel, das sich mit der Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft befaßt, war der Begriff des Risikostrafrechts schon aufgetaucht. Damit kann man, wie ich oben ausführlicher zu zeigen versucht habe³, ein Strafrecht charakterisieren, das sich konsequent als Strafrecht der Prävention versteht und sich deswegen verpflichtet glaubt, auch und gerade angesichts der Gefährdungslagen der Risikogesellschaft die Rolle als Großsteuerungsmittel zu akzeptieren. Und auch die Phänomene, die unter dem Begriff des symbolischen Strafrechts zusammengefaßt werden können, verdienen die Bezeichnung Risikostrafrecht insofern, als sie im Kern Reaktionen auf die verunsicherte Risikogesellschaft sind⁴.

In diesen beiden ersten Bedeutungen sind mit dem Begriff ‚Risikostrafrecht‘ Grundfragen des Strafrechts und der Kriminalpolitik angesprochen. Die Charakterisierung ‚Risikostrafrecht‘ verdankt sich unmittelbar risikobezogenen Überlegungen zu *Zweck und Funktion* des Strafrechts. In einem dritten Sinn aber kann Risikostrafrecht meinen, daß der Begriff des Risikos und, wie zu vermuten ist, die damit einhergehenden gesellschaftlichen Erfahrungen und Konzepte, in einem Ausmaß *unmittelbaren* Eingang in die

¹ Vgl. das 4. Kapitel, S. 172 ff.

² Vgl. das 5. Kapitel, S. 199 ff.

³ Vgl. dazu im 6. Kapitel (Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft) den Abschnitt über das „Strafrecht der Großsteuerung“, S. 242 ff.

⁴ Vgl. dazu im 6. Kapitel den Abschnitt über das symbolische Strafrecht, S. 253 ff.

Strafrechtsdogmatik gefunden haben, daß die Einführung des Begriffs Risikodogmatik gerechtfertigt erscheint.

B. Selbstverständliches und Außergewöhnliches der Risikodogmatik – Die Einbettung des Strafrechts in gesellschaftliche Entwicklungen in Zeiten zunehmender Risikoorientierung

Die Existenz einer solchen Risikodogmatik ist nicht überraschend. Sie drückt die Selbstverständlichkeit aus, daß das Strafrecht in den Begriffen denkt, sich mit den Phänomenen befaßt und die Konzepte aufgreift, die gesellschaftlich relevant sind. Diese Einbettung des Strafrechts in gesellschaftliche Entwicklungen versteht sich für jeden, der Strafrecht als gesellschaftliches Subsystem und nicht als ein der Gesellschaft vorgegebenes Datum betrachtet, von selber.

1. Das wertkonservative und das wertprogressive Gesicht des Strafrechts

Dabei hat das Strafrecht – nicht anders als Recht überhaupt, vielleicht aber deutlicher sichtbar als andere Rechtsgebiete – ein wertkonservatives und ein wertprogressives Gesicht. Es ist gleichermaßen der Vergangenheit wie der Zukunft zugewandt. Es kann sich weder leisten, die „Normativität des Faktischen“⁵ zu ignorieren, noch kann es sich damit zufriedengeben. Ein Strafrecht, das nicht auf Wertentscheidungen der Vergangenheit beruht und sie widerspiegelt, ist undenkbar; das Gegenstück eines Strafrechts, das gesellschaftliche Wertentscheidungen nicht (mit-) prägen will⁶, mag

⁵ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*¹, 1900, S. 307; kritisch zu dieser Lehre vom „Recht des Stärkeren“: Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*², 1981, S. 34 f.

⁶ Das ist auch der Grundgedanke des berühmten Hellmuth Mayer-Zitats von der „sittenbildenden Kraft des Strafrechts“ (Hellmuth Mayer, *Strafrechtsreform*, 1962, S. 15; skeptisch: Müller-Dietz, in: Jescheck-Fs., 1985, S. 822.), wenn man nur den in der jüngeren Strafrechtsgeschichte zu Recht diskreditierten Begriff der ‚Sitte‘ durch den des ‚Wertes‘ ersetzt, oder noch moderner von Einstellungsbeeinflussung und Verhaltenssteuerung spricht.

man sich zwar vorstellen können, fest steht, daß es in unsere folgenreichere Rechtskultur schlecht passen würde.

2. Der zunehmend wertprogressive Charakter des Strafrechts

Betrachtet man nun die neuere Strafrechtsentwicklung, dann wird deutlich, daß das Strafrecht – vom Strafgesetzgeber, aber auch von der Strafjustiz und Teilen der Strafrechtswissenschaft – zunehmend als wertprogressiv, als gestaltend⁷ begriffen und benutzt wird. Diese Beurteilung betrifft ganze Gebiete – man denke an das Wirtschafts- oder Umweltstrafrecht, durch die klargelegt werden soll, daß es sich nicht um ‚Kavaliersdelikte‘ handelt – und einzelne Regelungen, manchmal sogar die Funktion einzelner Urteile:

Reicht, um das nur an zwei neueren Beispielen zu verdeutlichen, der Appell an die Vernunft der Autofahrer, freiwillig den Sicherheitsgurt anzulegen, nicht aus, dann wird das Straf-, beziehungsweise Ordnungswidrigkeitenrecht dazu benutzt, Einstellung und Verhalten der Verkehrsteilnehmer zu ändern und so der Vernunft zum Sieg zu verhelfen⁸. Und glaubt man nicht an die Kraft mehr oder weniger gelungener Fernsehspots des Bundesgesundheitsministeriums, die dafür werben, sich und andere beim Geschlechtsverkehr vor einer HIV-Infektion zu schützen, dann erklingt alsbald der – von der Rechtsprechung, aber auch von Strafrechtswissenschaftlern gut gehörte – Ruf nach dem Strafrecht, die im Entstehen begriffene Norm mit einigen spektakulären Entscheidungen⁹ zu verstärken.

Ob dieses Vertrauen in das Strafrecht realistisch ist, ist mehr als zweifelhaft. Es zeigt sich jedenfalls, daß der Feldzug gegen die „sittenbildende Kraft des Strafrechts“¹⁰ weit weniger grundsätzlich war als er sich gab. Er galt eher den konkreten ‚Sitten‘ als dem Potential des Strafrechts¹¹.

⁷ Diese Formulierung ist vorzuziehen, um nicht angebrachte Assoziationen mit dem politischen Begriff des Progressiven zu vermeiden. Gerade mit Gestaltung durch Strafrecht ist oft die Wiederherstellung von Werten gemeint.

⁸ Vgl. Vietb, *Sicherheitsgurt*, 1988.

⁹ Vgl. vor allem BGH StV 1989, 61 ff.

¹⁰ Vgl. oben, S. 262, Fn. 6.

¹¹ Ähnlich schon Lüderssen, *ZStW* 85 (1973), S. 288 ff. [298].

3. Der Faktor Verrechtlichung

In dieselbe Richtung wirkt die Tendenz zur Verrechtlichung¹², die ihrerseits freilich verflochten ist mit dem sich wandelnden Selbstverständnis des Rechts. In einer verrechtlichten Gesellschaft werden die lebensweltlichen Ereignisse, die eine Bestätigung oder Reformulierung gesellschaftlicher Wertentscheidungen provozieren, immer häufiger vor Gericht verhandelt und dort auch entschieden. Das gilt im übrigen ganz unabhängig davon, ob der zur Wertentscheidung primär berufene Gesetzgeber sich der Problematik zuvor angenommen hat¹³ oder ob es um Problemfelder geht, die vom Gesetzgeber nicht geregelt wurden¹⁴. Das letzte Wort haben die Gerichte.

4. Der Faktor Beschleunigung der kulturellen Evolution

Ein dritter Aspekt hat sich zunehmend auf die Art und Weise des Eingebettet-Seins des Strafrechts in gesellschaftliche Entwicklungen ausgewirkt. Es ist dies die *Geschwindigkeit* und vor allem die *Beschleunigung* gesellschaftlicher und kultureller Evolution. Betroffen ist davon in erster Linie das menschliche (besonders folgenreich das naturwissenschaftliche) Wissen, das unmittelbar und mittelbar zahlreiche Bedingungen menschlichen – und nicht nur menschlichen – Lebens beeinflusst hat. Aus einer Welt, die sich – natürlich – immer schon geändert hat, ist eine Welt geworden, die sich bedrohlich schnell verändert¹⁵.

¹² Vgl. ausführlich: M. Bock, Verrechtlichung, 1988.

¹³ Ein Beispiel dafür ist die Problematik der Nutzung von Kernenergie.

¹⁴ Ein Beispiel dafür ist die Bewertung ansteckungsgefährdenden Verhaltens HIV-Infizierter.

¹⁵ Man denke an die schon zitierte resignativ-provokative These Günther Anders' von der „Antiquiertheit des Menschen“ im Atomzeitalter (1980) oder an Hans Jonas, der dem „endgültig entfesselte(n) Prometheus, dem die Wissenschaft nie gekannte Kräfte und die Wirtschaft den rastlosen Antrieb gibt“ mit dem „Prinzip Verantwortung“ die Zügel an die Hand geben will, die ihn davor zurückhalten, „dem Menschen zum Unheil zu werden“ (Prinzip Verantwortung, 1984, S. 7). Zu den Konsequenzen für das Recht Lorenz Schulz, Die Zeit drängt.

5. Die Konsequenzen der hier angedeuteten Faktoren für die Entwicklung des Strafrechts

Was heißt das für die Rolle des Strafrechts? Es bedarf nur wenig Phantasie, sich vorzustellen, daß der zivilisatorische Hochgeschwindigkeitszug nicht nur die Menschen, sondern auch die gesellschaftlichen Institutionen und damit das Strafrecht herausfordert. Die Funktion von Institutionen, subjektive Sicherheit zu vermitteln¹⁶, die sich auch als Aufgabe umschreiben ließe, Gegenwart und sich abzeichnende Zukunft mit der Vergangenheit zu versöhnen, wird immer schwieriger, wenn die Zahl und die Komplexität neuer – zu versöhnender – Phänomene ständig und exponentiell zunimmt. Gleichzeitig weckt eben diese Evolutionsgeschwindigkeit ein parallel dazu wachsendes Bedürfnis nach Versicherung.

Das mit diesen Worten skizzierte Gesamtszenario signalisiert, bezogen auf an die Ausgangsfragestellung, wie das Strafrecht in die gesamtgesellschaftlichen Entwicklungen eingebettet ist, ein Paradoxon: Denn das Bedürfnis nach Versicherung fragt nach einem wertkonservativen Recht, das der verunsicherten Gesellschaft beruhigend mitteilt, alles bleibe beim alten und stehe zum Besten. Gleichzeitig verlangen die Ursachen der Verunsicherung nach einem wertprogressiven Recht, das die von der eingeschlagenen Entwicklungsgeschwindigkeit überforderte Gesellschaft mehr schlecht als recht auf die neuen Realitäten vorbereitet.

6. Die spezifische Situation zunehmender Risikoorientierung

Die Schwierigkeiten des Strafrechtssystems, unter dem Druck dramatischer Veränderungen traditionelle Aufgaben zu übernehmen, sind ganz allgemeiner Natur. Aber schon im vorangegangenen Abschnitt ist deutlich geworden, daß der Begriff des Risikos und die damit verbundenen Konzepte eine besondere Rolle spielen. Die Bedrohlichkeit der Entwicklung ist ja Ergebnis gewachsener realer

¹⁶ Anschaulich zusammengefaßt und soziologiegeschichtlich belegt bei F.X. Kaufmann, Unsicherheit, 1987, S. 42 f.

Existenzrisiken der Gesellschaft und – nur zum Teil dadurch bedingter – gesteigener Risikowahrnehmung. Was menschlichem Verhalten immer schon – und vor allem auch: schon bevor es der Menschheit bewußt wurde – immanent ist, daß es nämlich Risiken für den Handelnden, seine Mitmenschen und Umwelt birgt, verändert unversehens seine Qualität: Denn was in einer kleineren, überschaubareren Welt, in einfacher strukturierten und auch so wahrgenommenen Verhältnissen, in denen die Menschen über begrenzte Verhaltensoptionen mit ebenso begrenzten Konsequenzen verfügen, vernachlässigenswert erscheint, wird in der sich entwickelnden Industriegesellschaft und erst recht – wenn man der Diagnose folgt – in der entstehenden Risikogesellschaft zum Problem. Insbesondere wird es unter den veränderten Bedingungen einer überbevölkerten, komplex vernetzten Gesellschaft, in der dem menschlichen Verhalten und seinen Konsequenzen kaum noch Grenzen gesetzt scheinen, zum zentralen Konflikt auch des Rechts und insbesondere des Strafrechts.

Wenn das richtig ist, dann muß das besondere Interesse der Frage gelten, wie sich ganz konkret der Eingang des Risikogedankens in die Strafrechtsdogmatik auf diese ausgewirkt hat.

Spezielle Aufmerksamkeit verdient dabei die Rechtsfigur des erlaubten Risikos. Ihr Studium – in diesem 7. Kapitel – dokumentiert den Einzug des Risikogedankens in das Strafrecht. Dabei wird deutlich, vor welchem gesellschaftlichen Hintergrund sich der Risikogedanke im Recht etabliert hat und wie sich die Einstellung zum Risiko in der Entwicklung von der Industriegesellschaft zur Risikogesellschaft ändert; gleichzeitig können auch die Schwierigkeiten, die die Strafrechtsdogmatik mit diesem Gegenstand hatte, gezeigt werden. Die Überwindung dieser Schwierigkeiten, die Integration des Risikobegriffs in die Strafrechtsdogmatik, hat dann zu der – im 8. Kapitel vorgestellten – Risikodogmatik geführt.

C. Das ‚erlaubte Risiko‘

I. Einführung und Übersicht

1. Das ‚erlaubte Risiko‘: Die Geburtsstunde der Risikodogmatik

„Das erlaubte Risiko“, schreibt *Karl Lackner*, „ist nach Rechtsnatur, Umfang und Grenzen umstritten.“¹⁷ Worüber man nicht streiten kann, ist, „daß das *Phänomen an sich* ... rechtliche Anerkennung gefunden hat.“¹⁸ Feststehen dürfte auch, daß mit der Diskussion um erlaubte Risiken die Geschichte der Risikodogmatik beginnt.

2. Das ‚erlaubte Risiko‘ – eine Rechtsfigur der Industrie- und Risikogesellschaft oder ein zeitloser Rechtsgedanke?

Kaum eine Darstellung der Problematik des erlaubten Risikos beginnt ohne den Hinweis darauf, daß die Relevanz des Problems mit dem Industrialisierungsprozeß eng verbunden sei.

Preuß meint, das Thema sei sicher nicht zufällig gerade in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und damit während der „damals einsetzenden Industrialisierung“ aufgekommen.¹⁹ *Rehberg* stellt fest, „die Konfrontation der Rechtsordnung mit den Auswirkungen der Technik (zähle) heute zu den dringendsten Aufgaben der Jurisprudenz.“²⁰ Und *Meckel* leitet seine Dissertation über die „strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten“ mit dem Befund ein, „die Fortschritte in Technik und Wissenschaft (hätten) den Menschen nicht nur Vorteile gebracht, es (seien) aus ihnen auch unzählige Gefahren für Leib und Leben entstanden.“²¹

Der Befund, die Rechtsfigur des erlaubten Risikos habe etwas mit der beginnenden Industrialisierung zu tun, scheint eindeutig – wären da nicht Äußerungen (zum Teil derselben Autoren), die in eine ganz andere Richtung weisen.

¹⁷ *Lackner*, StGB¹⁹ 1991, vor § 32 Rn. 29 (II.14.)

¹⁸ *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 407.

¹⁹ *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 15.

²⁰ *Rehberg*, Erlaubtes Risiko, 1962, S. 17.

²¹ *Meckel*, Riskante Verhaltensweisen, 1968, S. 1.

So übernimmt *Wilhelm Preuß* ein Zitat *Hellmuth Mayers*²², diese Fälle seien keineswegs erst mit den technischen Fortschritten der Neuzeit entstanden; seit der Mensch auf die Jagd gehe, bestehe schon das Problem der Strafbarkeit oder Straflosigkeit an sich gebilligter, notwendig gefährlicher Handlungen, aus denen unerwünschte Erfolge erwachsen²³.

Ist das ‚erlaubte Risiko‘ am Ende kein Spezifikum der Industriegesellschaft, sondern, wie vor allem *Binding* meint, ein „zeitloses Problem“ und schon deswegen ein „großer Rechtsgedanke“, den auch frühere Zeitalter bereits kannten²⁴?

Daß das *Problem* zeitlos ist, leuchtet ein. Damit ist aber der behauptete spezifische Zusammenhang zwischen ‚erlaubtem Risiko‘ und dem Industrialisierungsprozeß nicht widerlegt: Natürlich war die Jagd immer schon gefährlich, damit ist jedoch nichts darüber gesagt, ob über das grundsätzliche Erlaubtsein des gefährlichen Hantierens mit der Waffe *reflektiert* wurde.

Dogmengeschichtlich interessant ist daher nur die These, auch frühere Zeitalter hätten die *Lehre* vom ‚erlaubten Risiko‘ schon gekannt.

a) Die Wettkämpfe im Alten Rom

Genau das behauptet *Binding*²⁵: Schon im Alten Rom könne man Spuren des „großen Rechtsgedankens“ finden. Zumindest, was dieses – für *Binding* sicher besonders attraktiven²⁶ – Fund im römischen Recht angeht, wird man ihm jedoch nicht folgen können. Denn sein Beispiel – das römische Recht machte Wettkämpfer nicht für Verletzungen verantwortlich, die im Rahmen eines nach den Regeln ausgefochtenen Kampfes auftraten – kann mitnichten das beweisen, was es soll: Zwar ist ohne weiteres zuzugeben, daß die Struktur der römischen Rechtsregel und die des ‚erlaubten Risikos‘

²² *Hellmuth Mayer*, AT Studienbuch, 1967, S. 91.

²³ *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 16.

²⁴ *Binding*, Normen IV, 1919, S. 436; so auch schon *Rudolf Merkel*, Kollision, 1895, S. 63.

²⁵ *Binding*, Normen IV, 1919, S. 436.

²⁶ *Bindings* Habilitationsschrift behandelte ein römisch-rechtliches (strafprozessuales) Thema; vgl. dazu und zu weiteren Hinweisen auf Affinitäten zum römischen Recht: *Westphalen*, *Binding*, 1989, S. 17 f.).

insofern identisch sind, als in beiden Fällen ein an sich gefährliches Tun bei Einhaltung der Regeln und Sorgfaltsanforderungen grundsätzlich erlaubt ist. Aber das erlaubte Risiko des Wettkampfes dürfte doch stärker auf dem Rechtsgedanken der Einwilligung (des Gegners) beruhen; zudem fehlte die für die *Lehre* vom erlaubten Risiko typische *Reflexion* dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Schließlich liegen die Dinge auch insofern anders, als es in Rom gerade nicht um ein *allgemeines* Prinzip, sondern um eine ausdrücklich geregelte *Ausnahme* ging.

b) „Navigare necesse est, vivere non necesse!“

Etwas anderes gilt für das zweite von *Binding* angeführte Beispiel, den Wahlspruch der Hanse, „navigare necesse est, vivere non necesse“.

Bemerkenswert ist dabei, daß sich der Begriff Risiko just im Spätmittelalter und parallel zu der sich damals entwickelnden Seeschifffahrt eingebürgert hat²⁷. Zudem fällt auf, daß dieser Wahlspruch den harten Kern der Lehre, das bewußte Inkaufnehmen auch von Menschenleben zum Zwecke der allgemeinen Wohlfahrt²⁸, mit einer Offenheit ausspricht, vor der die Wiederentdecker im zu Ende gehenden 19. Jahrhundert Skrupel gehabt haben. Darin zeigt sich ein erster Unterschied zwischen diesem frühen Vorläufer des Rechtsgedankens und seinem Wiederaufkommen ein halbes Jahrtausend später: Die Selbstverständlichkeit, mit der solche Schäden im Mittelalter in Kauf genommen wurden, war verschwunden: Die Skrupel verratende Frage, ob man als Unternehmer eines gefährlichen Betriebes nicht doch für solche – wie nicht verkannt wurde: vorhersehbarer – Schäden hafte, wurde im 19. Jahrhundert zwar verneint, aber immerhin gestellt.

Das Beispiel der Hanse wirft eine Frage auf, die auch im weiteren Gang der Untersuchung Beachtung verdient: Wenn man nicht ganz falsch mit der Vermutung liegt, daß diejenigen, die den Wahlspruch besonders stolz im Wappen und auf der Zunge trugen, sich

²⁷ Vgl. dazu schon in der Einleitung, S. 33 f.

²⁸ Das mag allerdings auch mit einer anderen Einschätzung des Wertes von Menschenleben zu jener Zeit zusammenhängen.

vergleichsweise selten den Risiken der christlichen Seefahrt aussetzen, dann lohnen sich auch bei anderer Gelegenheit die Fragen: Wer geht, wenn von ‚erlaubten Risiken‘ die Rede ist, ganz konkret die Risiken ein, wer profitiert davon und wer bezahlt dafür²⁹?

Mit den genannten Gemeinsamkeiten und Unterschieden³⁰ wird man sagen können, daß in dem Satz „navigare necesse est, vivere non necesse“ ein echter Vorläufer der Lehre vom erlaubten Risiko zu sehen ist. Das spricht jedoch nicht grundsätzlich gegen einen spezifischen Zusammenhang zwischen ‚erlaubtem Risiko‘ und dem Industrialisierungsprozeß. Dieses Thema soll sogleich wieder aufgegriffen werden³¹. Zunächst aber muß dieser historischen Vorbemerkung ein Überblick über die juristische Entwicklung der Rechtsfigur folgen.

3. Das ‚erlaubte Risiko‘ in Lehre und Rechtsprechung

Welche Fälle und Fallgruppen einschlägig sind und welches Verbrechensmerkmal – wenn überhaupt eines – betroffen ist, das sind Fragen, die ausführlich monographisch behandelt worden sind³², und für deren Beantwortung im einzelnen auf die genannten Arbeiten verwiesen werden kann. Auffallend ist im übrigen³³, daß

²⁹ Mit einer Fragestellung dieser Art ist die Rechtswissenschaft in der DDR an die „bürgerliche Rechtsfigur des erlaubten Risikos“ herangetreten, die sie als „Generalexculpation des kapitalistisch produzierenden Unternehmers“ (Seidel, Risiko in Produktion, 1968, S. 93) ansah, was sie freilich nicht daran hinderte, die nahezu identische Rechtsfigur im sozialistischen Rechtskreis als „Verwirklichung des sozialistischen Humanismus“ (a. a. O.) zu betrachten. Solche Inkonsequenz disqualifiziert seinerseits das Argument nicht.

³⁰ Zu erwähnen ist hier noch, daß der Wahlspruch gerade eine Tätigkeit, die für die Hanse überlebenswichtige Schifffahrt nannte: Nur sie war ‚erlaubt riskant‘, so daß von einem *allgemeinen* Prinzip, wie es Ende des 19. Jahrhunderts entdeckt wurde, wohl doch nicht die Rede sein konnte.

³¹ Vgl. in diesem Kapitel, S. 300 ff.

³² Vgl. in den letzten Jahrzehnten vor allem die Arbeiten von Jürg Rehberg, Zur Lehre vom „Erlaubten Risiko“, 1962; Diethelm Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Fritz Meckel, Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, Diss. Gießen, 1968; Hermann Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; Wilhelm Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; und jüngst: Sabine Wolski, Soziale Adäquanz, 1990 und Susanne Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991.

³³ Ähnlich schon: Rehberg, Erlaubtes Risiko, 1962, S. 31.

sich in der veröffentlichten Rechtsprechung – ganz im Gegensatz zu dem von der Wissenschaft gezeigten Interesse – nur wenige Entscheidungen finden, in denen auf die Lehre vom erlaubten Risiko ausdrücklich³⁴ oder auch nur auf das ihr zugrundeliegende Problem³⁵ eingegangen wird.

4. Die für diese Untersuchung zentralen Aspekte des ‚erlaubten Risikos‘

Im Mittelpunkt meiner Rekonstruktion des dogmengeschichtlich betagten Themas stehen nicht die verbrechenssystematischen Aspekte, sondern die ebenso einfache wie wichtige, erstaunlicherweise aber oft vernachlässigte Frage, *warum* eigentlich bestimmte Risiken *erlaubt* sein sollen und nach welchem Maßstab sie sich als solche darstellen. Neben den juristischen Begründungen gilt das Interesse mindestens in gleichem Maße den im Schrifttum oft beiläufig anklingenden gesellschaftlichen und ideengeschichtlichen Hintergründen des Themas. Dabei sollen vor allem die im ersten Teil der Untersuchung vorgestellten risikosoziologischen und entscheidungstheoretischen Erkenntnisse helfen, vertraut klingende Versatzstücke der Strafrechtsdogmatik unter neuen Vorzeichen zu rekonstruieren.

³⁴ Erstmals findet sie Erwähnung in BGHSt 7, 112 (114). Nach Ansicht des BGH konnte in dieser Entscheidung („Motorrad-Wettfahrt“) dahingestellt bleiben, ob ein Rechtfertigungsgrund des „erlaubten Risikos“ im Gesetz eine Stütze finden kann. In einer neueren Entscheidung (Erstes „Aids-Urteil“: BGHSt 36, 1 (16)) scheint der BGH dagegen vorauszusetzen, daß es Fälle „erlaubten Risikos“ gibt (wörtlich: „sei es, daß darin ein Tatbestandsausschluß, sei es darin ein Rechtfertigungsgrund zu sehen wäre“).

³⁵ Prominentestes Beispiel hierfür ist der sogenannte „Leinenfänger-Fall“, den das Reichsgericht 1898 entschied. Dort heißt es: „Wollte man den Satz aufstellen, es müsse zur Vermeidung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit jede Unterlassung unterlassen werden, bezüglich derer die Möglichkeit gegeben und voraussehbar ist, daß sie für einen rechtswidrigen Erfolg kausal werden kann, so würde dies zu Konsequenzen führen, deren Unvereinbarkeit mit den bestehenden Lebensverhältnissen und den Bedürfnissen des Verkehrs offensichtlich ist.“ (RGSt 30, 25 [27]).

II. ‚Erlaubtes Risiko‘: Die Perspektive der Strafrechtsdogmatik

1. Die Fälle

a) Die unverändert aktuellen ‚klassischen‘ Fälle

Die Fälle, die *Ludwig von Bar* 1871³⁶ anregten, als erster³⁷ über erlaubte Risiken³⁸ nachzudenken, sind unverändert aktuell: Seit der Entdeckung, daß es „gewisse gefährliche, aber für das Leben notwendige Gewerbebetriebe (gibt), bei denen man statistisch wahrnehmen (kann), daß im Laufe einer Reihe von Jahren aller Wahrscheinlichkeit nach eine Anzahl Menschen ... das Leben verlieren“³⁹, bewegt die Wissenschaft⁴⁰ die Frage, warum der Betreiber eines solchen Betriebes für solche Unfälle trotz seines Wissens um die Gefahr nicht strafrechtlich haften soll, wenn er nur die übliche (oder vorgeschriebene) Sorgfalt eingehalten hat.

Dabei dürften zwar viele der konkreten Gefahrenquellen, die *v. Bar* und seine Zeitgenossen in diesem Zusammenhang beschäftigten, durch sicherheitstechnische Fortschritte an Bedeutung verloren haben; diesem Gewinn an Sicherheit stehen aber quantitativ und qualitativ neue erlaubte Risiken und Gefahren⁴¹ gegenüber: Neue Massenverkehrsmittel, gen- und atomtechnische Anlagen sind herausragende Beispiele.

³⁶ *v. Bar*, Causalzusammenhang, 1871.

³⁷ So übereinstimmend die Monographien zum Thema: vgl. etwa *Rehberg*, Erlaubtes Risiko, 1962, S. 21 f.; *Meckel*, Riskante Verhaltensweisen, 1968, S. 2 f.; *Roeder*, Sozialadäquates Risiko, 1969, S. 28; *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 15 und 32 f.

³⁸ Der Topos ‚erlaubtes Risiko‘ ist erst seit *Bindings* Stellungnahme (Die Normen, IV, 1919, S. 432 ff.) gebräuchlich; allerdings hat *Binding* selber den Ausdruck nicht gebraucht, sich sogar explizit gegen ihn ausgesprochen (a. a. O., S. 435, dort Fn. 5).

³⁹ *v. Bar*, Causalzusammenhang, 1871, S. 14.

⁴⁰ Daß diese Problematik die Rechtsprechung nicht sonderlich bewegt zu haben schien, wurde schon erwähnt. Auch die Fälle, in denen das Problem gestreift wurde, etwa im erwähnten Leinenfängerfall (RGSt 30, 25 ff.), betreffen nicht die Gefahren des „normalen“ Betriebs.

⁴¹ Zur Begrifflichkeit, nach der ‚Risiken‘ kalkulierbare und ‚Gefahren‘ nicht kalkulierbare zukünftige Ereignisse sind, vgl. im 1. Kapitel, S. 63.

b) Die Erweiterung des Anwendungsbereichs: Vom lebensnotwendigen Interesse der Allgemeinheit zum sozial gebilligten Partikularinteresse

Auf die für die Allgemeinheit lebensnotwendigen Betriebe blieb der Grundsatz nicht beschränkt, und die Ausweitung betraf sowohl den *Kreis* der Nutznießer erlaubter Risiken als auch die *Art* der von ihnen in die Waagschale geworfenen Interessen.

So sind neben die lebensnotwendigen Interessen die *sozial anerkannten* und auch die *sozial üblichen* getreten – und in einer zunehmend verrechtlichten Gesellschaft würde auch die Wertung, alle *nicht rechtlich mißbilligten* Handlungen müßten als erlaubt gelten, nicht überraschen⁴².

Längst geht es nicht mehr nur um Interessen der Allgemeinheit, sondern auch um *Partikularinteressen*: So soll im Interesse eines Gefährdeten selbst eine (für ihn⁴³ oder die Allgemeinheit⁴⁴) riskante Handlung billigenswert erscheinen.

Selbst die Partikularinteressen des gefährlich Handelnden können die von ihm gesetzten Risiken als erlaubt erscheinen lassen, wenn und soweit es sich um sozial anerkannte oder zumindest adäquate Interessenverfolgung handelt.

Preuß erwähnt die von einem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren, wenn jemand bloß „zu seinem Vergnügen völlig nutzlos spazieren (fährt)“⁴⁵. In neuerer Zeit ist insbesondere die Frage aufgetaucht, ob – und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen – ein HIV-Infizierter andere ‚erlaubt‘ dem Risiko einer Ansteckung aussetzen darf⁴⁶.

⁴² Das wird – zu Recht – in rechtlich besonders umfassend geregelten Bereichen wie dem Straßenverkehr bereits angenommen: vgl. *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 95; *Zipf*, ZStW 82 (1970), S. 637 ff.

⁴³ Das bekannte Beispiel dafür ist „der Arzt, der einen Patienten durch eine lebensgefährliche Operation vor einer noch gefährlicheren Erkrankung zu retten versucht“. *Preuß*, (a. a. O., S. 21) meint damit wohl, daß die Wahrscheinlichkeit der Lebensgefährdung durch die Krankheit höher ist als die in der Operation liegende.

⁴⁴ Als Beispiel führt *Preuß*, (a. a. O., S. 21) den Fall an, daß ein psychisch Kranker oder Süchtiger aus einer geschlossenen Anstalt entlassen wird, obwohl nicht sicher ausgeschlossen werden kann, daß er andere (oder sich selbst) töten oder verletzen könnte.

⁴⁵ *Preuß*, a. a. O., S. 21.

⁴⁶ Dazu näher: *Prittowitz*, JA 1988, S. 436 ff. m. w. N. ebenso: *Herzberg*, JZ 1989, S. 475; und wohl auch *Schlehofer*, NJW 1989, S. 2021; offengelassen in BGHSt 36, 1 ff. (16): „Ein Fall erlaubten Risikos ... liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn ein

c) Sonstige Anwendungsfälle des ‚erlaubten Risikos‘

Darüberhinaus werden im Schrifttum auch ganz anders gelagerte Fälle als solche des ‚erlaubten Risikos‘ bezeichnet: Genannt werden riskante Rettungshandlungen⁴⁷, Risiken, die bei Sport und Spiel entstehen und bei denen die Mitspieler in Handlung und Gefahr eingewilligt haben⁴⁸, Risikogeschäfte im Rahmen des § 266 StGB⁴⁹ sowie die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB⁵⁰.

Nicht zuletzt sollen auch Fälle unvorhersehbarer Kausalität einschlägig sein, etwa die verschiedenen Varianten des berühmt-berüchtigten „Erbonkel-Falles“⁵¹, eines Musterbeispiels von „Lehrbuchkriminalität“⁵².

d) Stellungnahme zu den Fallkonstellationen des ‚erlaubten Risikos‘

Ob diese Fallkonstellationen wirklich alle etwas mit dem Rechtsgedanken des erlaubten Risikos zu tun haben, ist mehr als fraglich. Auf Anhieb ist kein Grund sichtbar, warum Fälle, in denen es eindeutig um Rechtfertigung kraft tatsächlicher oder mutmaßlicher

HIV-Infizierter ohne Schutzmittel Sexualverkehr ausübt.“ A. A.: Rengier, Jura 1989, S. 231; Schönemann, in: Schönemann/Pfeiffer, Rechtsprobleme von Aids, 1988, S. 487; Frisch, JuS 1990, S. 364, wobei Schönemann und Frisch nur auf die durch die Kondombenutzung verminderte Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung abstellen; grundsätzlich dagegen, daß die Empfehlung von safer-sex das Risiko zum „erlaubten“ macht: Rengier, a. a. O. Zum erlaubten Risiko in dieser Konstellation ausführlicher unten, S. 286 ff.

⁴⁷ Preuß, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 23 f.; Maiwald, Jescheck-Fs., 1985, S. 413 ff.

⁴⁸ Preuß, a. a. O., S. 24 f.

⁴⁹ Preuß, a. a. O., S. 21 und ausführlicher: S. 217 f.

⁵⁰ Preuß, a. a. O., S. 24 und S. 220 ff.; ausführlich: Hillenkamp, NStZ 1981, S. 161 ff.

⁵¹ In diesen Fällen schlägt der Neffe dem Erbonkel – je nach Geburtsdatum, individuellen Phantasien und vielleicht Phobien des Autors – eine Reise mit dem Auto, der Bahn oder dem Flugzeug vor, dies natürlich in der Hoffnung, auf den durch ein – nie auszuschließendes, aber eben auch nicht vorhersehbares – Unglück verursachten Erbfall. Vgl. dazu Preuß, a. a. O., S. 22 f.; vgl. neuerdings wieder – von Jägers Glosse (vgl. die folgende Fn.) offenbar unbeeindruckt – Schönemann, in: Schönemann/Pfeiffer, (Hrsg.) Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, S. 488, dort Fn. 262.

⁵² Unübertroffen dazu: Jäger, MSchKrim 1973, S. 300 ff.

Einwilligung, um Notstandssituationen oder andere anerkannte Rechtfertigungsgründe geht, dem ‚erlaubten Risiko‘ zugeordnet werden sollen. Aber schon die Erweiterung des Anwendungsbereichs und die eben angestellten Erwägungen zeigen an, daß die strafrechtsdogmatische Diskussion sich nicht allzulange mit der Begründung der Erlaubnis aufgehalten hat, sondern das ‚erlaubte Risiko‘ als verbrechenssystematisches Versatzstück benutzt hat. Das soll kurz dargestellt werden.

2. Die verbrechenssystematische Einordnung des ‚erlaubten Risikos‘ im Spiegel der Dogmengeschichte

„Kein Verbrechensmerkmal i. w. S.“ sei „verschont“ worden, spottet Preuß⁵³ angesichts des Versuchs der Strafrechtswissenschaft, die verbrechenssystematische sedes materiae zu verorten. Dem ist nicht zu widersprechen:

v. Bar hatte den erlaubt riskant Handelnden als jemanden angesehen, der zwar „Bedingung“, nicht aber „Ursache“ des eingetretenen Schadens war⁵⁴, und später klargestellt, in diesen Fällen fehle es trotz eines nicht zu leugnenden Kausalzusammenhanges im natürlichen Sinn an einem rechtlich beachtlichen^{55/56}. War damit zu Beginn der Debatte das Problem, modern formuliert, bei der objektiven Zurechnung loziert⁵⁷, wurde es in der Folgezeit von einer ganzen Reihe von Autoren⁵⁸ als Problem der Vorhersehbar-

⁵³ Preuß, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 18.

⁵⁴ v. Bar, Causalzusammenhang, 1871, S. 14.

⁵⁵ v. Bar, Gesetz und Schuld Bd II, 1907, S. 212.

⁵⁶ Darauf aufbauend wurde das Problem, etwa von v. Kries (Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, 12, 1888, S. 222 ff.) im Rahmen der Adäquanztheorie der Kausalität gelöst. v. Kries bezieht sich ausdrücklich auf v. Bar. Dessen Lehre geht aber, worauf Thyren (in: ders., Abhandlungen I, 1894, S. 134 f.) frühzeitig hingewiesen hat, über die Adäquanztheorie insofern hinaus, als sie auch Fälle voraussehbarer Gefahr umfaßt, die wegen des überwiegenden sozialen Nutzens „erlaubt“ sind.

⁵⁷ Das überrascht dogmengeschichtlich insofern nicht, als v. Bars Lehre „auf dem Boden der Imputationslehre, die hauptsächlich am Verbrechensmerkmal der Zurechnung ... orientiert war“ steht (Preuß, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 32).

⁵⁸ Hälschner, Strafrecht, 1881, S. 137 f.; v. Hippel, Vorsatz, 1908, S. 569; ders., Strafrecht, 1930, S. 361 f.; z. T. auch Binding, vgl. Normen IV, 1919, S. 446.

keit (*Thyrén*), der Pflicht (*Hälschner, v. Hippel*), insgesamt also als Problem der Fahrlässigkeit und damit (damals) der Schuld⁵⁹ angesehen, bevor es dann, spätestens seit *Karl Binding*⁶⁰ eine Zeit lang als Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit behandelt wurde⁶¹, eine Einordnung, die von der verbrechenssystematisch keineswegs neutralen Bezeichnung ‚erlaubtes Risiko‘ sicher begünstigt wurde^{62/63}. Einen erneuten Wendepunkt stellte dann *Welzels* Einordnung des ‚erlaubten Risikos‘ als Unterfall der Sozialadäquanz dar⁶⁴. Damit verbindet er zunächst auch eine Neuulozierung des Pro-

⁵⁹ Jedenfalls nach Begründung der klassischen Verbrechenslehre durch *v. Liszt* und *Beling*; dazu m. w. N. *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 34, dort Fn. 23 f.

⁶⁰ *Binding* wird immer wieder – zu Unrecht – als Begründer dieser Lehre genannt (vgl. *Meckel*, Riskante Verhaltensweisen, 1968, S. 9; ähnlich *Roeder* (Sozialadäquates Risiko, 1969), der von der „klassischen Darstellung Bindings“ spricht (S. 28); präziser *Preuß* (Erlaubtes Risiko, 1974), demzufolge *Binding* „das Problem nach *v. Bar* als erster wieder ausführlich und scharf herausgearbeitet hat“ (S. 34).

⁶¹ Vgl. im älteren Schrifttum neben *Binding* auch: *Torp*, ZStW 23 (1903), S. 100; *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, 1905, S. 126; *ders.*, ZStW 32 (1912), S. 327; *Tarnowski*, Kausalitätstheorie, 1927, S. 263 ff.; *Exner*, Fahrlässigkeit, 1910, S. 193 ff.; *Miricka*, Strafschuld, 1903, S. 148 und S. 153; *Max Ludwig Müller*, Kausalzusammenhang, 1912, S. 37 ff.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 285 ff. (vgl. aber seine spätere Abkehr von dieser Auffassung in: DJT-Fs, 1960, S. 401 ff., wo er das „erlaubte Risiko“ für ein Problem des Tatbestandes im engeren Sinn hält); *Galas*, ZStW 67 (1955), S. 21; *Hellmuth Mayer*, AT, 1953, S. 186 ff.; *Noll*, ZStW 77 (1965) S. 30; *Nowakowski*, JZ 1958, S. 390; *Oehler*, Eb.Schmidt-Fs., 1961, S. 243 f. Derzeit wird diese Lösung vertreten von: *Baumann/Weber*, AT⁹, 1985, S. 267 f.; *Schmidhäuser*, AT², 1984, S. 175 f. Daneben wird allerdings vielfach die Auffassung vertreten, das ‚erlaubte Risiko‘ könne sowohl den Tatbestand als auch die Rechtswidrigkeit ausschließen; vgl. dazu m. w. N. *Schönke-Schröder-Lenckner*, StGB²⁴, 1991, vor § 32 Rn 100.

⁶² Vgl. *Roeder* (Sozialadäquates Risiko, 1969), der genau wegen ihres neutralen Charakters die Bezeichnung „sozialadäquates Risiko“ vorzieht (Vorwort).

⁶³ Dabei existiert eine Vielzahl von unterschiedlichen Vorschlägen, in denen das ‚erlaubte Risiko‘ teils als umfassender, teils als enger (so z. B. bis zur 3. Aufl. *Jescheck* [S. 324 ff.]; anders jetzt in der 4. Aufl. [S. 360]) Rechtfertigungsgrund angesehen wird. Wie schwierig das Terrain inzwischen rein begrifflich geworden ist, kann man an *Wolters* Stellungnahme ablesen, der das erlaubte Risiko nicht als Rechtfertigungsgrund, aber die meisten Rechtfertigungsgründe als Anwendungsfälle des erlaubten Risikos bezeichnet (Objektive Zurechnung, 1981, S. 62).

⁶⁴ *Welzel*, ZStW 58 (1938), S. 518; *ders.*, Lehrbuch⁶, 1958, S. 115; *ders.*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 25.

blems im – nunmehr umfassender⁶⁵ verstandenen – Tatbestand⁶⁶, eine Haltung, die er in der Folgezeit mehrfach⁶⁷ modifizierte⁶⁸.

Ganz neue Bedeutung hat der Begriff des erlaubten Risikos in letzter Zeit dadurch erhalten, daß die unerlaubte Risikoschaffung zunehmend als Grundvoraussetzung strafrechtlicher Haftung begriffen wird⁶⁹, so daß in den Fällen des ‚erlaubten Risikos‘ je nach wiederum divergierenden Lehren eine Zurechnung der Risikoschaffung⁷⁰, beziehungsweise die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens⁷¹, abgelehnt wird.

3. Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtsdogmatik

Die Vielfalt der Fallgestaltungen und der verbrechenssystematischen Einordnungsversuche des ‚erlaubten Risikos‘ irritiert. Was verbirgt sich hinter einem Phänomen, das gleichzeitig als eines der in der juristischen Literatur meistbeachteten gilt⁷², dessen Existenz und Relevanz allgemein anerkannt ist⁷³ und das gleichwohl kaum je von zwei Autoren gleich behandelt wird? Handelt es sich am

⁶⁵ Nämlich auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung umfassend.

⁶⁶ So bis zur 2. Aufl. seines Lehrbuchs, 1952.

⁶⁷ Zunächst (in der 3. Auflage, 1954, S. 61) hieß es, die Sozialadäquanz schließe zwar nicht den Tatbestand aus, nehme aber dem Tatbestand seine die Rechtswidrigkeit indizierende Funktion, später (ab der 4. Aufl. des Lehrbuchs) sieht er in der Sozialadäquanz den „in der sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnde(n) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens“ (a. a. O., S. 62).

⁶⁸ Ausführlich zu den Gründen (einerseits *Welzels* Lehre von „geschlossenen und offenen Tatbeständen [ders., Strafrechtssystem², 1952, S. 18 ff.], andererseits den Konsequenzen in Irrtumfällen [dazu vor allem die Kritik *Nieses*, Streik und Strafrecht, 1954, S. 32], und letztlich *Welzels* geänderter Auffassung vom Wesen des Tatbestandes und seinem Verhältnis zur Rechtswidrigkeit): *Roeder*, Sozialadäquates Risiko, 1969, S. 14 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu *Lackner*, StGB¹⁹, 1991, Rn. 14 vor § 13 (III.1.c. ee) und hier im 8. Kapitel (S. 336-347) zu den Arbeiten *Wolters* und *Frischs*.

⁷⁰ *Wolter*, Objektive Zurechnung, 1981, S. 57 ff., 62. *Wolter* unterscheidet allerdings zwischen dem sozialadäquaten Risiko, das auf der Ebene der Unrechtstypisierung relevant ist, und dem erlaubten Risiko, das im Ausnahmefall Unrecht kompensieren kann.

⁷¹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, 140; *Herzberg*, JR 1986, S. 6.

⁷² *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 15.

⁷³ *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 405.

Ende um einen Begriff, in den man alles packen kann und mit dem nichts gesagt ist?

a) Die Kritik Kienapfels

In diesem Sinn hat schon 1966 *Diethelm Kienapfel* harsche Kritik angebracht⁷⁴: Es handle sich um eine entbehrliche Formel, die für sich genommen weder einen „systematischen, noch erkenntnistheoretischen noch irgendeinen praktischen Wert“⁷⁵ habe.

Sie sei ein „schwungvolles Kurzschriftsymbol“, zugleich und vielleicht deswegen gehöre sie zu den „verführerische(n) Vokabeln, die bei der Auslegung nur das enthüllen, was vorher an wünschenswerten Ergebnissen in sie hereingelegt worden ist.“⁷⁶ Schuld an dieser „Scheinhypothek, welche sich seit Jahrzehnten im Grundbuch der deutschen Strafrechtsdogmatik findet“⁷⁷, sei die „fatale Prämisse *Bindings* ... , wonach der Gedanke des erlaubten Risikos ein allgemeines Rechtsprinzip von selbständigem Rang“⁷⁸ sei, eine irr tümliche Einschätzung, die letztlich auf der „visionären Systemschau *Bindings*“ beruhe, dabei aber die Betrachtung des Problems bis in die Gegenwart hinein präge⁷⁹. Solche Formeln, die mit der „Einprägsamkeit des Ausdrucks“ bestechen würden und zudem dem „wissenschaftlichen Bedürfnis nach Abstraktion und System“ entgegenkämen, „verleiten nur allzu leicht dazu, über ihrer scheinbaren Inhaltsfülle die eigentliche Begründung zu vernachlässigen oder gar auf sie zu verzichten.“⁸⁰

b) Die Reaktionen im Schrifttum

Diese Kritik, verbunden mit der Behauptung, die eigentlichen Probleme seien auch (und nur!) mit den „herkömmlichen dogmatischen Kategorien, (namentlich mit) dem normativen Handlungs begriff, der Tatbestandsauslegung, der Frage spezieller Rechtfertigungsgründe und dem Problem der Fahrlässigkeit“⁸¹ zu lösen, steht

⁷⁴ *Kienapfel*, Erlaubtes Risiko, 1966.

⁷⁵ A. a. O., S. 28 f.

⁷⁶ A. a. O., S. 29, dabei ein Urteil *Wiethölters* (Verkehrsrichtiges Verhalten, 1960, S. 57) über den „Nachbarbegriff“ der „sozialen Adäquanz“ zitierend.

⁷⁷ A. a. O., S. 29.

⁷⁸ A. a. O., S. 9.

⁷⁹ A. a. O., S. 8.

⁸⁰ A. a. O., S. 10.

⁸¹ A. a. O., S. 29.

im Schrifttum keineswegs allein. Während aber zunächst die grundsätzliche Skepsis, gekoppelt mit der Forderung nach Abschaffung der Formel, zu überwiegen schien⁸², haben sich in neuerer Zeit Auffassungen durchgesetzt, wonach zwar die sachlichen Probleme mit den „herkömmlichen dogmatischen Kategorien“ zu lösen seien, die Lehre vom erlaubten Risiko aber trotzdem nicht überflüssig sei. Dabei wird die Existenzberechtigung der Lehre auf zwei Gesichtspunkte gestützt:

- aa) Das erlaubte Risiko – ein Begriff, der auf ein Problem, auf dringenden Problemlösungsbedarf und auf außerjuristische Lösungsversuche verweist

Den ersten Aspekt hat *Lothar Phillips*⁸³ beiläufig, aber eindringlich, formuliert.

Sich direkt auf die Kritik *Kienapfels* beziehend, meint er, es komme gar nicht so sehr darauf an, wo die Fälle des erlaubten Risikos systematisch einzuordnen seien. Entscheidend sei, daß der Topos auf eine notwendige Fragestellung, auf ein in der modernen Gesellschaft immer dringlicher werdendes Problem und zudem auf außerhalb der Jurisprudenz entwickelte hochwissenschaftliche Lösungsversuche (die logisch-mathematische Theorie der Entscheidung unter Risiko⁸⁴) hinweise. Der Jurist sei gut beraten, sich dieser Erkenntnisse zu bedienen. Er brauche Regeln für das Verhalten unter Risiko, die die Jurisprudenz noch nicht in ausreichendem Maß entwickelt habe. Die Modelle der Güterabwägung oder gar des „rechten Mittels zum rechten Zweck“⁸⁵ jedenfalls reichten für eine hinreichende Analyse der Probleme nicht. Der Vorschlag *Kienapfels*, die Kategorie des erlaubten Risikos abzuschaffen, komme just zu einem Zeitpunkt, „wo es mit ihr wissenschaftlich ernst wird“⁸⁶, weil sich die Entscheidungstheorie herausgebildet habe.

⁸² Vgl. etwa *Bockelmann*, AT³, 1979, S. 108, *Baumann/Weber*, AT⁹, 1985, S. 321.

⁸³ *Phillips*, Handlungsspielraum, 1974, S. 83 dort Fn. 110.

⁸⁴ A. a. O., S. 9.

⁸⁵ *Graf zu Dobna*, Rechtswidrigkeit, 1905, S. 132 ff.

⁸⁶ *Phillips*, Handlungsspielraum, 1974, S. 9.

bb) Das erlaubte Risiko – ein Formalbegriff

Auf mehr Widerhall⁸⁷ als die Anregungen *Philipps*⁸⁸ ist die These *Maiwalds*⁸⁹ gestoßen, der das ‚erlaubte Risiko‘ im Anschluß an die Untersuchung *Preuß*⁹⁰ als Formalbegriff, als „zusammenfassenden Begriff für eine mehrfach auftretende normative Struktur“⁹⁰ bezeichnet, dessen systematische Funktion zudem darin bestehe, den allen Fällen des erlaubten Risikos gemeinsamen „Ausschluß lediglich des Handlungsunwerts“ anzuzeigen.

4. Erste Zwischenbilanz: Der Ertrag der strafrechtsdogmatischen Beiträge zum ‚erlaubten Risiko‘

Die starke Beachtung des Problemkreises ‚erlaubtes Risiko‘ in der Strafrechtsdogmatik⁹¹ ist, so fällt die etwas betrüblich stimmende Zwischenbilanz aus, der Problemlösung nicht sehr förderlich gewesen: Ein immer dringlicher werdendes Problem der modernen Gesellschaft, für das außerjuristische Disziplinen seit längerem Lösungsvorschläge präsentieren (*Philipps*), wird nach hundertjähriger Fachdiskussion als nutzloser und schädlicher Begriff (*Kienapfel*) entlarvt, beziehungsweise zum Formalbegriff (*Maiwald*) degradiert?

Zutreffend dürfte sein, daß der Glaube an *ein großes Rechtsprinzip* des erlaubten Risikos (*Binding*) dazu verführt hat, immer neue Fälle darunter zu subsumieren. Die Vielzahl der Fälle hat dann die Möglichkeit, das Problem auf vielen verbrechenssystematischen

⁸⁷ Vgl. etwa *Jescheck*, der, offenbar auf *Maiwalds* Beitrag reagierend, seine noch in der 3. Aufl. vertretene Ansicht, das erlaubte Risiko sei ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, geändert hat (vgl. jetzt die 4. Aufl., S. 360.); aber auch: *Lackner*, der sich in der 17. Aufl. seines Kommentars zum StGB der schon zuvor zitierten Auffassung, wenn auch zögerlich („wohl mit Recht“ werde das erlaubte Risiko als Sammelbegriff verstanden), angeschlossen hat (StGB¹⁷, 1987, vor § 32 II.14).

⁸⁸ Auch *Philipps*’ Versuche, die Debatte über die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit durch entscheidungstheoretische Erkenntnisse anzureichern, hat die Strafrechtswissenschaft nicht wirklich rezipiert, vgl. dazu schon: *Prittwitz*, JA 1988, S. 491 und dort Fn. 77.

⁸⁹ *Maiwald*, *Jescheck-Fs.*, 1985, S. 405 ff.

⁹⁰ *Maiwald* (a. a. O., S. 423) verweist auf *Preuß*, *Erlaubtes Risiko*, 1974, S. 225.

⁹¹ Vgl. nochmals *Preuß*, a. a. O., S. 15.

Ebenen⁹² zu lozieren, erleichtert. Die – wiederum immanent dogmatisch motivierte – Gegenbewegung, einen kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden, hat dann endgültig zu der inhaltsleeren Generalklausel geführt.

Nur damit ist zu erklären, daß die Diskussion darüber, warum eigentlich manche Risiken erlaubt sein sollen und nach welchen Kriterien die Entscheidung darüber, ob sie als erlaubt gelten, fallen soll, kaum über das Niveau der Gründerväter hinausgegangen ist: Erlaubt ist, was sozial notwendig oder anerkannt ist, und festgestellt wird dies nach einer umfassenden Interessenabwägung.

Damit stehen die Fragen fest, die dringend einer Antwort bedürfen: Worin liegt der tiefere Grund für das Erlaubtsein bestimmter Risiken? Und: Nach welchem Maßstab soll darüber entschieden werden?

III. Die Schnittstelle zwischen juristischen und nichtjuristischen Risikowissenschaften: Zur Begründung und zu den Kriterien ‚erlaubter Risiken‘ im juristischen Schrifttum

Auf diesbezügliche Begründungsdefizite ist im Schrifttum schon verschiedentlich hingewiesen worden⁹³. Es lohnt gleichwohl, die vorhandenen Begründungsansätze durchzugehen (dazu: 2.). Unerwartet interessant ist aber auch schon der Versuch, die Ursachen für die ‚Enthaltbarkeit‘ zu verstehen (1.).

⁹² Allerdings dürften auch die System- und Begriffskontroversen, die die deutsche Strafrechtswissenschaft zuweilen (zu) sehr beschäftigt hat, zu der Verwirrung beigetragen haben. Ob es um den zwei- oder dreigliedrigen Verbrechensaufbau, um die kausale oder finale Handlungslehre, um die objektive oder personale Unrechtslehre geht, das ‚erlaubte Risiko‘ ist stets tangiert, und bei manchem Beitrag dominiert der engagierte Schulenstreit die sachliche Kontroverse.

⁹³ Vgl. eindringlich *Kienapfel*, *Erlaubtes Risiko*, 1966, S. 10, der von einer Formel spricht, deren „scheinbare Inhaltsfülle (dazu verleitet), die eigentliche Begründung zu vernachlässigen oder gar auf sie zu verzichten.“

1. Ursachen für die oft fehlende Begründung ‚erlaubter Risiken‘

a) Das selbstverständlich erlaubte Risiko

Zum einen – und das gilt vor allem für die Zeit, in der der Rechts-gedanke entdeckt wurde, wirkt aber bis in die Gegenwart hinein⁹⁴ – knüpft man an eine immer schon als selbstverständlich erachtete, plötzlich aber erklärungsbedürftige Strafflosigkeit an.

Es handelt sich dabei um eine regelrechte Entdeckung, die nicht zufällig gerade um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert anstand⁹⁵: Aus gewissen „gefährlichen, aber für das Leben notwendigen Gewerbebetrieben“⁹⁶ (1871) wurden 1897 schon „täglich und stündlich ungezählte (lebensgefährliche) Handlungen“⁹⁷. Schließlich erkannte *Binding* 1919, daß fast „bei allen nicht rein innerlichen (Handlungen) Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten, vielleicht Gewißeheiten unbeabsichtigter Rechtsgefährdungen oder Rechtsverletzungen (nebenherlaufen)“⁹⁸. Das Staunen über diese Entdeckung teilt sich vielleicht am besten in *Bindings* vielzitiertem Satz mit, „das geschriebene Recht (entbehre) für dies grandiose Gebiet des Rechtslebens fast jeder Satzung“⁹⁹.

Wenig „gesetztes“ Recht – sollten also alle diese Gefährdungen erlaubt sein? Das konnte nicht sein. Aber ebenso inakzeptabel erschien daß, weil alles gefährlich ist, angesichts des strengen Gefährdungsverbots des *neminem laede*¹⁰⁰ auch alles verboten sein sollte. Daß auch das zu unhaltbaren Konsequenzen führen würde, ist in der Tat „offensichtlich“¹⁰¹. Also beließ – und beläßt – man es dabei, all das als evident straflos, erlaubt, zu bezeichnen, was keine konkrete Sorgfaltswidrigkeit darstellt, wohl nicht zuletzt deshalb, weil die

⁹⁴ Vgl. *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 407 f.: „Worüber man nicht streiten kann, ist, daß das Phänomen an sich, nämlich die Erlaubnis, sich unter bestimmten Voraussetzungen riskant zu verhalten, rechtliche Anerkennung gefunden hat.“

⁹⁵ Dazu später ausführlicher, vgl. unten S. 301 ff.

⁹⁶ v. *Bar*, Causalzusammenhang, 1871, S. 14.

⁹⁷ So die Formulierungen im Leinenfänger-Fall, RGSt 30, 25 ff. (27).

⁹⁸ *Binding*, Normen IV, 1919, S. 433 f.

⁹⁹ A. a. O., S. 436.

¹⁰⁰ Wobei die Parallelisierung von Gefährdungsverbot und dem *neminem laede*-Satz, die im modernen Schrifttum als normtheoretische Konsequenz begriffen wird (vgl. *Rudolphi*, Schröder-GS, 1978, S. 81: „Strafrechtliche Verbote beinhalten mithin stets nur die Verbote gefährlicher Handlungen. Sie sind Gefährdungsverbote.“) wohl anachronistisch wäre.

¹⁰¹ So das Reichsgericht, in: RGSt 30, 25 ff. (27).

explizite Begründung von Evidenzen, wie man auch aus anderen Zusammenhängen weiß, schwer ist.

b) Die fehlende Notwendigkeit und Möglichkeit einer Begründung des ‚erlaubten Risikos‘ als Formalbegriff

Ein zweiter, der Sache nach überzeugenderer Grund dafür, daß sich im Schrifttum so wenig zur Begründung ‚erlaubter Risiken‘ findet, liegt darin, daß viele im Rahmen dieser Lehre gar nicht nach Begründungen gesucht haben. Wenn es zutrifft, daß die Formel nur ein Formalbegriff ist¹⁰², daß sich unter ihr „verschiedene Dinge verbergen“¹⁰³, dann ist es nur folgerichtig, sich sogleich auf die Suche nach den *unterschiedlichen* Begründungen der „verschiedenen Dinge“ zu machen.

2. Begründungen für das Erlaubtsein ‚erlaubter Risiken‘

Nicht bei allen (und vor allem nicht immer schon) herrscht die nüchterne Einsicht in den formalen Charakter des Begriffs erlaubtes Risiko vor. Die weitere Recherche zeigt denn auch, daß vier Begründungswege durch die Jahrzehnte immer wieder genannt oder angedeutet werden: Erlaubt sollen riskante Handlungen sein, weil und soweit sie *ausdrücklich gestattet* sind (a), wenn die eingegangenen Risiken *unvermeidlich* (b), zur Erreichung anderer erwünschter Zwecke *notwendig* (c) oder *allgemein üblich* (d) sind.

a) Ausdrücklich gestattete riskante Handlungen

Der Verweis auf die ausdrückliche Gestattung eines ‚erlaubten Risikos‘ ist ohne Zweifel eine wenig anspruchsvolle Begründung. Gleichwohl liegen noch nicht einmal hier die Dinge so einfach, wie es auf den ersten Blick erscheint. Zum einen ist auch bei unzweifel-

¹⁰² So, prägnant und einflußreich: *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 409.

¹⁰³ *Baumann-Weber*AT⁹, 1985, S. 321.

haft gegebener Erlaubnis im Einzelfall oft unklar, wie weit diese reicht (aa). Zum anderen fragt sich natürlich, wer ‚gestatten‘ darf (bb).

aa) Zur Reichweite der Risikoerlaubnis

Auch wenn ein riskantes Verhalten ausdrücklich gestattet ist, kann im Einzelfall, wenn ein Schaden eintritt, unklar sein, wie weit die Erlaubnis ging, ob mit anderen Worten gerade das Risiko, das sich im Schaden realisiert hat, erlaubt war.

Soll ein Beamter, der rechtmäßig einen Flüchtling verfolgt, haften oder nicht haften, wenn der Verfolgte sich bei der Flucht den Hals bricht oder ertrinkt¹⁰⁴? *v. Bar* lehnt die Haftung ab und meint, das solle auch dann gelten, wenn der Verfolgende diesen Ausgang vorhersehe¹⁰⁵. Allerdings müßten „die Grenzen des Rechts genau innegehalten werden“¹⁰⁶; wenn der Beamte z. B. mit unzulässigen Mißhandlungen drohe, dann hafte er für die Folgen seines Handelns.

Handelt es sich bei dieser Begründung der Reichweite im Grunde um ein Spiegelbild des *versari in re illicita*, um ein ‚non versari in re licita‘, dann weist ein überraschend aktuell anmutendes Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1881 genau in die andere Richtung:

In diesem Fall¹⁰⁷ war zu entscheiden, ob eine Stau-Berechtigung vor strafrechtlicher Haftung bewahren könne, wenn durch ihre Ausübung eine gemeingefährliche Überschwemmung herbeigeführt werde. Der wichtigste Satz steckt in einem obiter dictum:

„Selbst wenn (dem Angeklagten) an sich ein Recht zur Seite gestanden hätte, sich denjenigen Wasserstand, welcher die Überschwemmung herbeigeführt hat, im Interesse seines Mühlenbetriebes zu erhalten, (würde ihn) ein solches Staurecht nicht vor der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus § 314 RStGB zu schützen imstande gewesen sein. Denn, daß die allgemeine und öffentliche Rechtspflicht, keine gemeingefährlichen Überschwemmungen herbeizuführen, unabhängig ist von dem zufälligen Umfang der einer Privatperson zustehenden Stauberechtigung, kann keinem Zweifel unterliegen.“¹⁰⁸

¹⁰⁴ *v. Bar*, Gesetz und Schuld, 1907, S. 213.

¹⁰⁵ A. a. O., S. 213, Fn. 69b.

¹⁰⁶ A. a. O., S. 213 f.

¹⁰⁷ RGSt 5, 309 ff.

¹⁰⁸ RGSt 5, 309 ff. [311].

Ob dieser auf den ersten Blick einleuchtenden Ansicht zuzustimmen ist, ist fraglich¹⁰⁹. Denn wenn es sich um eine rechtsgültige Stau-Berechtigung handelt, dann müßte zumindest erforscht werden, ob diese Stauberechtigung im Bewußtsein der Gefahren möglicher Überschwemmungen erteilt wurde. Ist das der Fall, dann entsteht die Frage, ob dem Mühlenbesitzer nicht das Risiko der Überschwemmung (strafrechtlich) erlaubt war. Noch weniger zweifelhaft wird dieses Ergebnis, wenn man bedenkt, daß die Stauung von Wasser durchaus typischerweise Überschwemmungsgefahr nach sich zieht, aber offensichtlich von der Gesellschaft in Anbetracht der ökonomischen Vorteile der durch Wasserstau produzierten Energie in Kauf genommen wurde (und wird).

Nun wäre diese betagte Reichsgericht-Entscheidung vielleicht nicht der vertieften Behandlung wert, wenn sich nicht der Vergleich mit modernen Parallelfällen geradezu aufdrängen würde. Nehmen wir das besonders naheliegende Beispiel aus der Energiewirtschaft und überlegen, ob auch dem Betreiber eines Atomkraftwerkes entgegeng gehalten werden könnte, er habe zwar eine Genehmigung, für die Schäden bei einem Unfall hafte er trotzdem, weil die Rechtspflicht, keine Menschenleben zu gefährden, von dem Umfang einer „zufälligen“ Genehmigung nicht abhängen könne. So erwünscht umweltpolitisch vielleicht eine solche Gefährdungshaftung wäre, so ungerecht käme sie uns doch vor, wenn und soweit die Genehmigung im Wissen um die Risiken erteilt wurde (was in der Regel der Fall ist) und wenn der Betreiber darüber hinaus keine konkreten Sorgfaltspflichten verletzt hat.

Damit dürfte der entscheidende Gesichtspunkt benannt sein: Es kann nicht angehen, daß dem Bürger eine riskante Handlung ob ihrer Vorteile ‚erlaubt‘ wird, ihm aber, wenn das von vornherein bestehende Risiko in einen Schaden übergeht, die Berufung auf diese Erlaubnis verweigert wird. Allerdings muß das Risiko, das sich realisiert hat, eben genau das ‚erlaubte‘ gewesen sein, was wiederum genaue Risikokenntnis voraussetzt.

Welches Risiko genau das ‚erlaubte‘ ist, dürfte mitten in den Kern der Problematik treffen. Denn erlaubt werden in aller Regel „generelle“ (modern, und in der Sprache der Risikoforscher gesprochen: statistisch aktuarische oder sogar prognostische oder probabilisti-

¹⁰⁹ Viel spricht dafür, daß auch damals die Floskel „kann keinem Zweifel unterliegen“ benutzt wurde, wenn der treffende sachliche Gesichtspunkt eben doch nicht so offensichtlich war (wie das erwünschte Ergebnis).

sche) Risiken, dagegen neigen wir bei eingetretenen Schäden dazu, das der Risikorealisation zugrundeliegende konkrete Risiko in den Vordergrund zu stellen. Wendet man diese Grundsätze auf den Fall der Risiken einer Verfolgung an, dann ist offensichtlich, daß das generelle Risiko, daß im Rahmen einer Verfolgung Unglücke passieren können, Verfolgungen nicht grundsätzlich unzulässig machen kann; ob aber das konkret vorhersehbare Risiko, ein Verfolgter könne sich verletzen, noch das generell erlaubte Verfolgungsrisiko ist, das ist die Frage.

bb) Zur Frage, wer Risiken erlauben darf

Unklar könnte weiter sein, wer – für das Strafrecht relevant – riskantes Verhalten erlauben darf. Unproblematisch sind dabei all die Fälle, in denen das Recht selber Handlungen trotz ihrer Risiken für erlaubt erklärt. Das können gesetzliche Erlaubnisse sein, die sich, *argumentum e contrario*, aus gesetzlichen Auflagen ergeben, es können aber, wie das Beispiel des genehmigten Atomkraftwerks gezeigt hat, auch konkret erteilte Genehmigungen sein. Eine weitere Fallgruppe ist ebenfalls unproblematisch. Der konkret Gefährdete kann innerhalb der Grenzen, die ihm das ‚Sittengesetz‘, z. B. durch § 226a StGB, auferlegt, das Risiko, in das er durch das Handeln des anderen gerät, auf sich nehmen und damit zum ‚erlaubten‘ machen.

Weniger eindeutig ist die Lage bei Erlaubnissen, die zwar vom Staat – oder dem Staat zurechenbar – erteilt werden, aber nicht in Rechtsform.

In diesen Zusammenhang gehört auch der Streit darüber, ob und unter welchen Umständen ein HIV-Infizierter andere gefährden darf, wenn er nur die empfohlenen Schutzmaßnahmen ergreift.

Dies hatte *Manfred Bruns* zu Beginn der Diskussion über Aids und Strafrecht zunächst als selbstverständlich angenommen: Jeder, der wisse, daß er HIV-infiziert sei, müsse seine Partner über dieses Risiko aufklären *oder durch Beschränkung auf safer sex* dafür sorgen, daß sich das erhöhte Risiko nicht auswirke. „Tut er oder sie das nicht, ... machen sie sich strafbar.“¹¹⁰. Dieses Postulat war freilich im Kontext seiner Stellungnahme

¹¹⁰ *Bruns*, NJW 1987, S. 894.

nicht widerspruchsfrei, weil er unmittelbar zuvor erklärt hatte, *keine* eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Sexualpartners liege vor, und strafbar mache sich der HIV-Infizierte, wenn er durch das Wissen um die Infektion die Größe des Risikos besser erkenne oder erkennen könne. Da aber *safer sex* eben kein *safe sex* ist, durch Schutzmaßnahmen wie z. B. Kondombenutzung das Risiko nur – wenn auch erheblich – vermindert wird, bliebe dem HIV-Infizierten ein Strafbarkeit begründendes „überlegenes Wissen“¹¹¹. Im Anschluß an *Bruns* hat sich *Herzberg* mit der, wie er meint, „heiklen Frage“ befaßt, ob der Infizierte sorgfaltsgemäß (also erlaubt) handle, wenn er die fachmännisch empfohlenen Methoden der Risikominimierung anwende¹¹². Er bringt den Gesichtspunkt ein, die meisten Sexualpartner wären befremdet, zu hören, daß der Infizierte ihnen bei Verwendung eines Kondoms ein erlaubtes Risiko aufbürde. *Herzberg* hält das denn auch für eine „juristisch nicht zwingende“ Lösung, die er gleichwohl als rechts- und gesundheitspolitische Entscheidung des Staates als „vorgezeichnet“ akzeptiert. Nachdem der Staat sich mit guten Gründen für die von ihm gewählte Strategie der Risikovermeidung entschieden habe, wäre es gesundheitspolitisch kontraindiziert, dem Infizierten das anempfohlene Verhalten nicht auch zu ‚erlauben‘. Zu groß wäre sonst die – gesundheitspolitisch fatale – Versuchung für den Infizierten, die Schutzmaßnahme gar nicht zu ergreifen¹¹³.

Diese Begründung erscheint mir nicht ausreichend. Das verminderte Risiko macht das Risiko für sich genommen nicht zum erlaubten. Aber auch bestimmte gesundheitspolitische Prognosen können das nicht leisten. Entscheidend ist, daß der Staat nicht ein Verhalten generell empfehlen kann, die Konsequenz dieser Entscheidung aber, das Erlauben solchen empfohlenen Verhaltens, nicht zieht. Wenn sich im konkreten Fall ausnahmsweise ein von vornherein bekanntes Rest-Risiko verwirklicht hat, das zum Zeitpunkt der Empfehlung durchaus bekannt war, ändert das nichts daran, daß derjenige, der sich an die Ratschläge gehalten hat, gesundheitspolitisch vernünftig gehandelt hat. Der HIV-infizierte Bürger muß vor widersprüchlichen staatlichen (oder dem Staat zu-rechenbaren) Wertungen sicher sein. Und der Sexualpartner wird – als vernünftiger Mensch gedacht – die strafbarkeitseinschränkenden Verhaltensvor-

¹¹¹ Aus diesem Grund hatte ich mich in Auseinandersetzung mit *Bruns*' Position auf den Standpunkt gestellt, die Risikominderung als solche mache das Risiko nicht zum „erlaubten“, vgl. *Prittowitz*, JA 1988, S. 439 f.; ebenso nunmehr: BGHSt 36, 1 [17].

¹¹² *Herzberg*, NJW 1987, S. 1462 f.

¹¹³ A. a. O., S. 1463.

gaben der demokratisch legitimierten Gesundheitspolitik berücksichtigen.

Gegen diese Auffassung ist vor allem vorgebracht worden, auch das Ansteckungsrisiko bei geschütztem Verkehr sei intolerabel hoch¹¹⁴. Dieses Argument berührt jedoch die entscheidende Frage, ob die staatliche Empfehlung nicht auch staatliche Erlaubnis sein müsse, nicht. Auf dieses Argument eingehend und trotzdem „mit Nachdruck“ gegen die Annahme eines ‚erlaubten Risikos‘ ist Rengiers Position. Er argumentiert, in der offiziellen Kampagne fänden sich keine Anhaltspunkte dafür, daß „das einem anderen durch Täuschung aufgezwungene Restrisiko mehr oder weniger offiziell erlaubt sein soll“¹¹⁵; im Gegenteil, HIV-Infizierte würden in offiziellem Aufklärungsmaterial aufgefordert, den Partner zu informieren. Abgesehen davon, daß der letzte Punkt nicht für alle Aufklärungsmaterialien zutrifft¹¹⁶, überzeugt das Argument, wie ein Vergleich mit anderen Konstellationen zeigt, insgesamt nicht: Staatliche Empfehlungen zur Risikoverminderung riskanten Verhaltens verzichten in aller Regel darauf, auf den Gesichtspunkt des verbleibenden Restrisikos, das der erlaubt riskant Handelnde – ob HIV-Virussträger oder Betreiber eines Atomkraftwerkes – seinen Mitmenschen aufbürdet, ausdrücklich hinzuweisen. Das hat seinen Grund wohl darin, daß, wie inzwischen erkannt ist, das Sprechen über Risiken eine Eigendynamik hat, die leicht dazu führt, daß für akzeptabel erachtete Risiken plötzlich als inakzeptabel erscheinen¹¹⁷. Damit würde aber das nach der politischen Entscheidung erwünschte Verhalten gerade konterkariert.

Es bleibt dabei: Ein Verhalten, das vom Staat oder ihm zurechenbar empfohlen wird, darf keine Strafbarkeitsrisiken bergen.

b) Unvermeidliche – und deswegen erlaubte – Risiken

Daß ein gewisses Risiko im Leben unvermeidlich ist, hatte schon *v. Bar*¹¹⁸ erkannt, und man ist schnell geneigt, ihm zuzustimmen und schon aus der Unvermeidlichkeit mancher Risiken auf ihr Erlaubt-

¹¹⁴ Vgl. Schönemann, in: Schönemann/Pfeiffer (Hrsg.) Aids, 1988, S. 487; Frisch, JuS 1990, S. 364.

¹¹⁵ Rengier, Jura 1989, S. 231.

¹¹⁶ So findet sich in einem Ratgeber AIDS des Hessischen Sozialministers vom März 1987 keine entsprechende Aufforderung. Das ist meines Erachtens kein Zufall: Die Kampagne möchte durch Unterlassen (zu?) hoher Verhaltensanforderungen realistische Verhaltensanforderungen plausibel machen und so durchsetzen.

¹¹⁷ Vgl. oben, S. 70 ff. und S. 105 ff.

¹¹⁸ *v. Bar*, Gesetz und Schuld, 1907, S. 212.

sein zu schließen: Was unvermeidlich ist, das kann auch nicht verboten werden, muß also erlaubt sein.

Was in sich ohne Zweifel logisch zwingend erscheint, sagt wenig darüber aus, welche Risiken mit der Begründung ‚Unvermeidbarkeit‘ als erlaubt gelten können. Bestimmte Risiken mögen unvermeidbar sein, wenn man sich einmal entschlossen hat, zu handeln, z. B. ein Transportmittel zu benutzen¹¹⁹. Gleichwohl sind die Risiken als solche sehr wohl vermeidbar, weil die Möglichkeit besteht, das riskante Verhalten zu vermeiden.

Damit sind die Probleme jedoch nicht gelöst, sondern sie fangen erst an: Denn auch das Vermeideverhalten birgt seinerseits wieder Risiken¹²⁰. Das kommt in dem Bonmot vom lebensgefährlichen Leben ebenso zum Ausdruck wie in seinem nüchternen strafrechtswissenschaftlichen Pendant, „ein gewisses Risiko (sei) im Leben unvermeidlich“¹²². Doch was vor Jahrzehnten vom Schriftsteller und Rechtswissenschaftler als Lebensweisheit formuliert und von der Gesellschaft hingenommen wurde (und werden konnte), gehört heute zu den Aporien der Risikogesellschaft, in der umfassender denn je Verhalten als Entscheidung verstanden wird¹²³.

Heute wie damals kann dieses allgemeine Lebensrisiko nicht begründen, warum ein *bestimmtes Risiko* unvermeidlich ist. Denn jedes Tun und jedes Unterlassen birgt Risiken; nur wer nicht lebt, riskiert nichts. Leben ist notgedrungen ein Risiko, und also – *horribile dictu*¹²⁴ – ein ‚erlaubtes Risiko‘. Zur Begründung der Erlaubnis einer konkret riskanten Handlung taugt jedoch dieses unvermeidliche Grundrisiko nicht, weil letzteres zwar nie, ersteres aber immer vermieden werden kann.

¹¹⁹ Das gilt für das gerittene Pferd ebenso wie für die Postkutsche, die Eisenbahn, den Pkw, das Flugzeug – und zeigt so die zeitunabhängige Struktur des Problems. Auf einem anderen Blatt steht, daß dieses Problem anders angesehen und bewertet werden mag, je nachdem, ob ein Sturz vom Pferd oder ein Absturz mit 400 Todesopfern droht.

¹²⁰ Das wäre ganz im Sinne der Entdeckung Bindings (Normen, 1919, S. 433 f.), wonach praktisch jedes Verhalten riskant ist.

¹²² *v. Bar*, Gesetz und Schuld, 1907, S. 212.

¹²³ Ähnlich jetzt Lubmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 37 und passim.

¹²⁴ Vgl. diesen Effekt ebenfalls nutzend: Wambach (Hrsg.), Der Mensch als Risiko, 1983. Ganz anders die Konnotationen des Titels „Der Mensch – das riskierte Wesen“ (Eibl-Eibesfeldt, 1988, eine Formulierung Gehlens aufgreifend).

Das sei an einem Beispiel erläutert: Niemand wird auf die Idee kommen, das Erlaubtsein der Fahrt des Formel-1 Rennfahrers mit dem allgemeinen Lebensrisiko zu begründen, obwohl Fortbewegung als solche – und daher die damit verbundenen Risiken – lebensnotwendig ist. Nichts anderes gilt, auch da wird jeder zustimmen, für den Astronauten. Warum dann aber die Risiken der normalen Flug-, Bahn- oder Pkw-Reise zum allgemeinen Lebensrisiko zählen sollen, was von vielen – zumindest unreflektiert – angenommen wird, ist nicht erfindlich.

Damit hat sich erwiesen, daß die Unvermeidbarkeit von Risiken nie begründen kann, warum konkrete Risiken erlaubt sein sollen.

c) Die Notwendigkeit bestimmter
– und deswegen erlaubter – Risiken

Nicht viel anders verhält es sich mit der Behauptung, bestimmte Risiken müßten erlaubt sein, weil die riskanten Handlungen oder die „Betriebe“, in denen es zu diesen Handlungen kommt, *notwendig* seien¹²⁵. Warum Handlungen oder ein Betrieb als notwendig angesehen werden, erfährt man selten, aber die historischen¹²⁶ wie die aktuellen Beispiele verraten den gemeinsamen Nenner: Zu denken wäre etwa an Betriebe, die für die Gesellschaft lebensnotwendige Leistungen, z. B. Ernährung, Energie und Transportmöglichkeiten anbieten. Wer mit solchen – generell nicht bestrittenen – Notwendigkeiten argumentiert, vermeidet aber die entscheidende Frage nach den konkret abzuwägenden Risiken und Chancen der jeweils in Frage kommenden Handlung (im Vergleich zu existierenden oder zu entwickelnden Handlungsalternativen).

¹²⁵ Auch diese Argumentation findet sich schon in *v. Bars* Argument, auch lebensgefährliche Betriebe müßten erlaubt sein, wenn es sich nur um „für das Leben notwendige Gewerbebetriebe handle“ (Causalzusammenhang, 1871, S. 14).

¹²⁶ *v. Bar* (a. a. O.) dachte an Gaswerke und Eisenbahnen.

d) Die Üblichkeit und Normalität bestimmter
– und deswegen erlaubter – Risiken

Auch diese Begründung für das Erlaubtsein von Risiken¹²⁷ ist normativ wenig anspruchsvoll. Gleichzeitig dürfte sie, wenn man an der Empirie ‚erlaubter Risiken‘ und ihrer Begründung interessiert ist, treffend darstellen, warum wir Risiken erlauben. Denn die Individual- wie die Sozialpsychologie zeigen mit großer Eindeutigkeit, daß vertraute Risiken in einem unvergleichbar größeren Ausmaß hingenommen werden als unvertraute¹²⁸.

Trotz seiner normativen Bescheidenheit, und (wohl) wegen seiner praktischen Relevanz steht das „erlaubte, weil normale“¹²⁹ Risiko spätestens seit *Welzels* Begriffsprägung der Sozialadäquanz auch im Brennpunkt des strafrechtswissenschaftlichen Interesses. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen ‚erlaubtem Risiko‘ und ‚sozialadäquatem Risiko‘, zwei Kategorien, deren sachliche Nachbarschaft offensichtlich ist.

aa) Zum Verhältnis zwischen der Rechtsfigur des erlaubten
Risikos und der Lehre von der Sozialadäquanz

Welzel selber, der den Begriff der Sozialadäquanz in seinen 1938 erschienenen „Studien zum System des Strafrechts“ geprägt hat, hat das ‚erlaubte Risiko‘ als Sonderfall, beziehungsweise Unterfall der Sozialadäquanz angesehen¹³⁰.

Das kann man damit erklären, daß sozialadäquates Verhalten sowohl gefährlich als auch ungefährlich sein kann, und nur das gefährliche sozialad-

¹²⁷ Der Sache nach taucht auch diese Begründung schon bei *v. Bar* auf, der den strafrechtlich irrelevanten Bereich dadurch bestimmt, daß er der „Regel des Lebens“ entsprechen müsse (a. a. O., S. 13.).

¹²⁸ Vgl. zu diesen Ergebnissen der Risikoforschung im 2. Kapitel, S. 105 f.

¹²⁹ Daß ein Verhalten in einer Gesellschaft üblich, also ‚normal‘ ist, ist ja nur eine andere Redeweise für ‚sozialadäquates Verhalten‘; so auch *Roeder*, Sozialadäquates Risiko, 1969, S. 13.

¹³⁰ *Welzel*, ZStW 58 (1938), S. 518; vgl. auch *dens.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 25 und im Lehrbuch⁶, S. 115. Ebenso: *Schmidhäuser*, Studienbuch², 1984, 6/104 (S. 174 ff.).

äquale Verhalten eine Beziehung zum erlaubten Risiko aufweist¹³¹. Diese Argumentation ist aber nur auf den ersten Blick einleuchtend. Schaut man genauer hin, wird offenbar, daß *Welzel* (und die ihm folgenden Autoren) damit hinter *Bindings* Erkenntnis von der Ubiquität des Risikos beim Handeln¹³² zurückfallen. Von der Gefahrlosigkeit des Händeschüttelns zu sprechen, ist, um das an einem Beispiel *Maiwalds* zu erläutern, auch dann eine unpräzise Ausdrucksweise, wenn sie durch den Zusatz „unter normalen Umständen“ eingeschränkt wird: Denn auch „unter normalen Umständen“ wird ein Händeschütteln unvermeidlich mit einer – riskanten – Übertragung von kleinsten Partikelchen verbunden sein¹³³.

Zu verstehen ist *Wetzels* Bezeichnung der Sozialadäquanz als Oberbegriff insofern, als er unter dem ‚erlaubten Risiko‘ gerade kein Prinzip, sondern eine bestimmte Fallgruppe – die vielzitierten Steinbrüche, Gaswerke und Eisenbahnen – verstand, während er in der Sozialadäquanz ein allgemeines Prinzip sah: Durch die „geschichtlich gewordene Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes“¹³⁴ sollten formal zu weit gehende Tatbestände begrenzt werden¹³⁵.

Auch in dieser Lesart wird man jedoch *Wetzels* Bestimmung des Verhältnisses der beiden Rechtsfiguren nicht folgen können. Denn logisch – und auf die Logik verweist die Redeweise vom Oberbegriff – verhält es sich gerade umgekehrt: Während jedes sozialadäquate Verhalten – gerade wegen dieser Eigenschaft – rechtmäßig, also erlaubt ist, wird, wie oben gezeigt, manches durchaus nicht sozialadäquate Verhalten als erlaubt angesehen¹³⁶.

Freilich ist der Streit darum, welcher der Begriffe sich als Oberbegriff darstellt, von vornherein sachlich nicht sehr ertragreich. Die der Klärung des Verhältnisses der beiden *Begriffe* dienliche Ebene hat *Maiwald* am präzise-

¹³¹ So *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 408.

¹³² *Binding*, Normen IV, 1919, S.433 f.

¹³³ Auch wenn „unter normalen Umständen“ das geringe Risiko es im Alltagshandeln und -sprechen als sinnvoll erscheinen läßt, von ‚Gefahrlosigkeit‘ auszugehen.

¹³⁴ *Welzel*, ZStW 58 (1938), S. 518.

¹³⁵ Zum Verhältnis zwischen Sozialadäquanz und ‚erlaubtem Risiko‘ ausführlich: *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 93 ff.

¹³⁶ Ebenso: *Preuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 97; *Hirsch*, ZStW 74 (1962), S. 93 ff.: „es gibt auch Fälle sozialinadäquaten erlaubten Risikos (S. 96); implizit auch so *Stratenwerth*, AT³, 1981, Rn. 337 und 351: „Verschiedene dogmengeschichtliche Entwicklungen lassen sich heute auf den gemeinsamen Nenner bringen, daß tatbestandsmäßiges Handeln nur dann rechtswidrig ist, wenn es ein unerlaubtes Risiko verwirklicht.“ (Rn 337). Damit ist freilich ein Verständnis von ‚erlaubtem Risiko‘ angesprochen, das *Welzel* so nicht hatte.

sten beschrieben: Der Begriff des erlaubten Risikos bringe zum Ausdruck, daß unter bestimmten Voraussetzungen Risiken eingegangen werden dürfen, sei insofern also ein Formalbegriff, während der Begriff der Sozialadäquanz einen Komplex von *sachlichen Gründen*, warum ein Verhalten erlaubt ist, bezeichne¹³⁷.

bb) Zu den Gründen, warum sozialadäquates Verhalten erlaubt sein soll

Maiwald hat vollkommen zu Recht darauf hingewiesen, daß der Begriff der Sozialadäquanz zwar mehr an sachlichem Gehalt aufweise als der bloße Formalbegriff des erlaubten Risikos, daß aber auch er insofern formal sei, als er seinerseits die Gründe nicht bezeichne, die dazu geführt hätten, daß die betreffenden Handlungen im Sozialleben allgemein akzeptiert würden¹³⁸.

Um den tieferen Grund ‚erlaubter, weil sozialadäquater Risiken‘ präzise zu verstehen, muß daher noch auf eine weitere Differenzierung eingegangen werden. Sowohl der Begriff des sozialadäquaten als auch der des normalen Verhaltens kann empirisch oder normativ gemeint sein. Beide Begriffe können entweder auf Verhalten verweisen, das üblich ist, oder auf Verhalten, das den „anerkannten sozialen Verhaltensnormen“¹³⁹ entspricht¹⁴⁰. Ob ein Verhalten aber erlaubt, weil üblich ist, oder ob es erlaubt ist, weil es, an sozial anerkannten Verhaltensnormen gemessen, billigenswert erscheint, macht einen offensichtlichen Unterschied.

Die Verfechter der Lehre von der Sozialadäquanz legen den größten Wert auf den normativen Aspekt des Begriffs. So fügt *Zipf* der Definition sozialadäquaten Verhaltens (Verhalten, das den anerkannten sozialen Verhaltensnormen entspricht) ausdrücklich den Satz an, für die Sozialadäquanz genüge nicht etwa „die bloße Übung“, notwendig sei vielmehr, daß die einzelnen Verhaltensweisen sozial *anerkannt* seien, daß die Rechtsgemeinschaft das

¹³⁷ *Maiwald*, Jescheck-Fs., 1985, S. 409.

¹³⁸ A. a. O., 1985, S. 409, dort Fn. 18.

¹³⁹ Vgl. etwa *Zipf*, Einwilligung, 1970, S. 78. (Hervorhebung im Zitat: C.P.)

¹⁴⁰ *Preuß* (Erlaubtes Risiko, 1974, S. 94) will noch weitergehend unterscheiden zwischen der Definition *Wetzels*, wonach nur das Verhalten, das sich „völlig im Rahmen der ‚normalen‘, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens bewegt“ (Strafrecht¹¹, S. 55 f.) als sozialadäquat gelten soll, und den oben im Text wiedergegebenen Formeln *Zipfs* und *Roeders*.

Verhalten als im Interesse des sozialen Zusammenlebens „notwendig und richtig“ erachte¹⁴¹. Das hat Kritiker nicht von dem Vorwurf abhalten können, die Lehre von der Sozialadäquanz berge die „Gefahr, das Seiende zum Gesollten zu erheben“¹⁴². Dieser Verdacht läßt sich erhärten; vereinzelt sprechen Anhänger der Sozialadäquanz nämlich durchaus davon, es gehe um „sozialübliches, normales und daher rechtmäßiges Verhalten“¹⁴³.

Diese Kontroverse wäre nicht weiter erörterungsbedürftig, wenn in der Sache kein Zweifel daran möglich wäre, daß nur der normativ aufgeladene Begriff von Sozialadäquanz das Erlaubtsein riskanter Handlungen begründen kann. Davon kann aber keine Rede sein. Die Formulierung vom „üblichen und daher rechtmäßigen“ Verhalten ist kein Versprecher¹⁴⁴. Auch wenn sich niemand zu der Auffassung, „was allgemein und bedenkenlos getan wird, das sei auch richtig und gerecht“¹⁴⁵, bekennt, lohnt es, einen Moment bei dem Gedanken zu verweilen.

Worum es geht, kann eine Kontroverse zwischen *Bockelmanns* und *Roeder* illustrieren. *Bockelmann* hatte 1957 in seinen „Strafrechtlichen Untersuchungen“ über Fälle gesprochen, „in denen die Tat schon deshalb kein moralisches Verdammungsurteil verdient, weil das *cosi fan tutti* gilt und den Täter das Schicksal, entdeckt und abgeurteilt zu werden, wie ein böser Zufall trifft.“¹⁴⁶ Dabei hatte er nicht nur die klassischen Beispiele des Schwarzfahrens und der Steuerhinterziehung vor Augen, sondern sprach auch von Fundunterschlagungen, Schmuggel und Beleidigungen. Ohne nun auf den normativen Gehalt dieser Äußerung einzugehen, kommentiert *Roeder* sie als Illustration seiner – selbstkritischen¹⁴⁷ – These, der Gedanke der Sozialadäquanz berge die „Gefahr einer Verniedlichung strafwürdiger Fälle“¹⁴⁸.

Das von *Bockelmann* angeschnittene Problem hat inzwischen (oder: wie inzwischen erkannt wird¹⁴⁹) eine völlig andere Dimension erreicht, die ein

¹⁴¹ *Zipf*, Einwilligung, 1970, S. 78.

¹⁴² *Baumann/Weber*, AT⁹, 1985, S. 267; ähnlich, speziell zum sozialadäquaten Risiko, einer Lehre, die die Gefahr berge, „vorschnell auch die Verwirklichung solcher Risiken als gerechtfertigt hinzunehmen, deren Eingehung bei genauerem Hinsehen gerade nicht erlaubt war“ (S. 268).

¹⁴³ *Roeder*, Sozialadäquates Risiko, 1969, S. 13.

¹⁴⁴ Oder sie verrät als „Versprecher“ gerade ein dahinter verborgenes Problem.

¹⁴⁵ So die polemische Formulierung bei *Baumann/Weber*, AT⁹, 1985, S. 267.

¹⁴⁶ *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 10.

¹⁴⁷ Er selber ist ja Anhänger der Lehre von der Sozialadäquanz.

¹⁴⁸ *Roeder*, Sozialadäquates Risiko, 1969, S. 26.

¹⁴⁹ Vgl. aber schon *Lüderssen* (KrimJ 1974, S. 201 ff., wieder abgedruckt in und hier zitiert nach: *ders.* Kriminalpolitik, 1981, S. 228 ff.,) der meint, diese Täter paßten

jüngst veröffentlichter Vortrag von *Detlev Frehsee* über die „Abweichung der Angepaßten“¹⁵⁰ grell beleuchtet: Danach kann das Ausmaß von nicht entdeckten Rechtsverletzungen auch und gerade durch Angehörige der Mittelschicht gar nicht überschätzt werden: Ob es um die „kleinen normalen Eigennützigkeiten und Anmaßungen bei großzügigen Steuererklärungen ..., Reisekosten- und Spesenabrechnungen, (um) unberechtigte Inanspruchnahme von Sozialleistungen, (um) ‚Scheinstudenten‘, (oder den) Volkssport Versicherungsbruch“¹⁵¹ geht, oder um Betrügereien der Ärzte und Patienten im Gesundheitsbereich¹⁵², um „Beamtenkriminalität“¹⁵³ oder speziell die „Polizeikriminalität“¹⁵⁴, *Frehsee* schildert ein Kriminalitätsszenario, das zwar weiterer kriminologischer Bestätigung bedarf, das aber bei allem sicher möglichen Zweifel an der einen oder anderen Einzelheit, insgesamt erschreckend glaubhaft ist.

Die Vorstellung einer Gesellschaft, in der Kriminalität ubiquitär ist und massenhaft vorkommt, in der sich aber die ‚Normalbevölkerung‘ durch wahrnehmungspsychologische Barrieren vor der ‚reflexiven Selbsterkenntnis‘ ihrer Kriminalität schützt¹⁵⁵, während gleichzeitig einer keineswegs „zufallsgestreut repräsentativen“ Minderheit die „Last der normativen Stabilisierung der Gesellschaft aufgebürdet wird“¹⁵⁶, ist im demokratischen Rechtsstaat inakzeptabel¹⁵⁷.

sich einer „wirtschaftlichen Grenz-moral an, die faktisch weitgehend akzeptiert oder doch wenigstens stillschweigend geduldet wird“ (S. 229). Fraglich erscheint aber in Anbetracht der Größe des entdeckten Dunkelfeldes – *Lüderssen* war auf das Problem „bei der praktischen Arbeit im Strafvollzug“ (S. 228) gestoßen, so daß er u. U. doch von einer anderen Teilpopulation ausging – ob dem Problem mit der von *Lüderssen* vorgeschlagenen Lösung („in einer langwierigen Anamnese (sollte seiner Meinung nach) die Identifizierung mit den im Schatten der Grenz-moral entstandenen und von ihr ständig genährten Subkulturen gelockert werden“, S. 234) beizukommen ist.

¹⁵⁰ *Frehsee*, KrimJ 1991, S. 25 ff.

¹⁵¹ A. a. O., S. 30 m.w.N.

¹⁵² A. a. O., S. 32 m.w.N.

¹⁵³ A. a. O., S. 32 f.

¹⁵⁴ A. a. O., S. 33 f.

¹⁵⁵ *Frehsee* (a. a. O., S. 37) weist mit überzeugenden Beispielen auf Neutralisierungstechniken hin, die sich nicht unterscheiden „von denen der Unterschichts- oder Jugendkriminalität (die die Kriminologie erforscht hat, Anm. C.P.), nur sind sie dort nicht durchsetzungsmächtig“.

¹⁵⁶ A. a. O., S. 39.

¹⁵⁷ Inakzeptabel ist es auch, „zu den Rechtsbrüchen der Rechtstreuen Diskretion zu wahren“ (A. a. O., S. 40), auch wenn sich dieser „Umgang“ mit dem Phänomen bisher bewährt hat und sich mit der von *Popitz* 1968 entdeckten „Präventivkraft des Nichtwissens“ theoretisch fundieren läßt. Dagegen spricht die Realität eher gegen *Frehsees* Argument, eine solche Strategie ließe sich in einer demokratischen und zunehmend transparenter werdenden Gesellschaft nicht durchhalten.

Die normative Überzeugungskraft des Arguments „*così fan tutti*“ wird man gering veranschlagen können. Aber schon *Bockelmanns* Verweis darauf, daß es nur der böse Zufall sei, der zur Entdeckung und Aburteilung des konkreten Täters führe, wirft Gerechtigkeitsfragen auf. Wenn sich nun herausstellt, daß das Entdeckt- und Abgeurteiltwerden nicht einmal zufällig erfolgt, ist die Legitimität strafrechtlicher Zurechnung und Haftung ernsthaft in Frage gestellt¹⁵⁸.

Nun dürfte kaum jemand daran denken, diese Probleme mit der Rechtsfigur des erlaubten, weil sozialadäquaten Verhaltens zu lösen, zumal viel dafür spricht, daß das Bewußtsein der Verletzung formeller Regeln durchaus vorhanden ist, und das schlechte Gewissen nur durch Rationalisierungen und Bagatellisierungen verbannt wird¹⁵⁹. Hier ist vielmehr die von *Lüderssen* schon 1972 erörterte kriminalpolitische Frage angeschnitten, ob die Entdeckung eines Dunkelfeldes Kriminalisierung oder Entkriminalisierung des abweichenden Verhaltens nahelegt¹⁶⁰. Des weiteren ist zu diskutieren, wie eine Gesellschaft angemessen auf das Phänomen massenhaft begangenen abweichenden Verhaltens mit Unrechtsbewußtsein, aber ohne rechtes Schuldbewußtsein reagieren soll.

Daß es dabei um zwar massenhaft übliches, aber nicht um sozialadäquates Verhalten geht, hatte sich schon daran gezeigt, daß sich die Handelnden in aller Regel durchaus der Normwidrigkeit ihres Verhaltens bewußt sind. Zugleich aber sollte deutlich geworden sein, daß es in der Tat der normativen Komponente des Begriffs der Sozialadäquanz bedarf. Damit ist zwar eine vorläufige Antwort gefunden, aber nur eine, die weitere wichtige Fragen aufwirft. Denn die Erkenntnis, daß sozialadäquates Verhalten normativ verstanden werden muß, löst keineswegs die Fragen, wer, warum und mit welcher Legitimation die normative Komponente der Sozialadäquanz mit Inhalten ausfüllt. Pragmatisch gesehen ist dazu natürlich die

¹⁵⁸ Ebenso: *Hassemer*, Grundlagen², 1990, S. 54 f.: „Die Sprengkraft (des Dunkelfeld-) Einwandes kann unter günstigen Umständen vernichtend sein. ... Die Dunkelfelder vernichten, bei gehöriger Ausdehnung ..., die Legitimation des Strafrechts.“

¹⁵⁹ Ebenso: *Frehsee*, KrimJ 1991, S. 37.

¹⁶⁰ *Lüderssen*, in *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), AV I, 1975, S. 244 ff.

Rechtsprechung aufgerufen. Der Sache nach geht es darum, nach welchen Kriterien die Sozialadäquanz eines Verhaltens zu beurteilen ist.

3. Die Kriterien für ‚erlaubte Risiken‘

Schon bei der Suche nach Begründungen dafür, daß Risiken überhaupt erlaubt sein sollen, hatte es sich als sinnvoll herausgestellt, die Autoren aus dem älteren Schrifttum zu Wort kommen zu lassen, die Zeitzeugen der Entdeckung dieser Rechtsfigur waren. Dem Prinzip soll auch hier gefolgt werden.

v. Bar hatte für den Fall, daß das Recht die riskante Handlung nicht ausdrücklich gestattet, vorgeschlagen, all das aus der strafrechtlichen Bewertung auszuschalten, was der „Regel des Lebens entspricht“¹⁶¹, gemessen am Maßstab der „*diligentia* eines bonus pater familias“, was, mit anderen Worten, „bei verständigen Leuten üblich ist“¹⁶². Sei eine solche Regel nicht festzustellen, dann müsse man die „Erwägung (anstellen), welche Folgen für das Gemeinwohl (sich) ergeben würden, wenn Handlungen ... der fraglichen Art ... unzulässig sein sollten, und andererseits, wie (sich) die Zulässigkeit solcher Handlungen auf das Gemeinwohl auswirken würde.“¹⁶³ Wirken diese 1871 gewählten Formulierungen noch geradezu anheimelnd, indem sie Verhältnisse als selbstverständlich voraussetzen, in denen die Anwendung dieses Maßstabes in aller Regel zu vernünftigen Ergebnissen führt, dann läßt schon die 1907 verfaßte Version erkennen, daß die Dinge komplizierter geworden sind, obwohl sie nach Ansicht *v. Bars* offensichtlich das schon 1871 Gesagte nur paraphrasieren soll. Die in der von ihm vorgeschlagenen „Erwägung“ überdeutliche Abwägung der jeweiligen Gemeinwohlfolgen von Verhaltensalternativen läßt die Erkenntnis der Komplexität des Problems ahnen, zumal *v. Bar* hinzufügt:

¹⁶¹ *v. Bar*, Causalzusammenhang, 1871, S. 13.

¹⁶² *v. Bar*, Gesetz und Schuld, 1907, S. 212.

¹⁶³ A. a. O.

„Auch das vollständigste Gesetzbuch wird diese nach der wachsenden Einsicht sich ändernde Ergänzung durch das tägliche Leben sich gefallen lassen müssen.“

Vergeblich sucht man bei *v. Bar* nach Beispielen für die Anwendung dieser Kriterien. Welche Folgen für das Gemeinwohl die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Betriebes von Eisenbahnen, der sicher nicht nach der „Regel des Lebens“ gestattet ist, nach seiner Ansicht hat, bleibt unklar, wohl weil er es für selbstverständlich hält, daß die „allgemeine Nützlichkeit des Unternehmens“¹⁶⁵ überwiegt.

Im Anschluß an *v. Bar* wurden aus notwendigen und sinnvollen Erwägungen immer mehr instrumentalisierbare Abwägungen. Besondere Hervorhebung verdient dabei *Löffler*, der schon 1895 die Momente „Größe und Wert des gefährdeten Rechtsguts einerseits, des verfolgten Zwecks andererseits“ nicht nur nannte, sondern – mit Anleihen bei der Mathematik – dahingehend präziserte, die Rechtmäßigkeit der Handlung sei „dem Wert des verfolgten Zwecks direkt, dem des gefährdeten Rechtsguts und der Größe der Gefährdung jedoch umgekehrt proportional“¹⁶⁶. *Graf zu Dobna* dagegen meint noch 1905 die Schwierigkeiten dadurch lösen zu können, daß er das ‚erlaubte Risiko‘ als Unterfall seiner – vergleichsweise schlichten – Lehre, die Handlung müsse „das rechte Mittel zum rechten Zweck“ sein, behandelt¹⁶⁷. *Exner*, der das Problem im Rahmen der (unteren Grenze der) Fahrlässigkeit erörtert, will die „Größe der Verletzungsmöglichkeit“¹⁶⁸, die „Größe der möglichen Verletzung“¹⁶⁹ und den Zweck, der mit der zu beurteilenden Handlung verfolgt werden soll, als die drei relevanten Faktoren in Betracht ziehen¹⁷⁰, und *Max Ludwig Müller* verdeutlicht weiter, „je wichtiger der in der Rechtsnorm festgelegte Zweck sei, und je weniger nützlich der in der zu beurteilenden Handlung ver-

folgte Zweck, umso geringer soll(e) der Grad der Gefährdung sein, der die Handlung rechtswidrig werden lasse.“¹⁷¹

Ausführlich befaßt sich dann *Binding* mit dem Problem¹⁷². Seiner Meinung nach sollen sich die Statthaftigkeit und das Maß des statthaften Risikos daraus ergeben, ob die mit dem Risiko belastete Handlung entbehrlich oder unentbehrlich, also vermeidbar oder unvermeidbar sei; hinzukommen müsse die Proportionalität des Risikos mit dem Rechtswert der unentbehrlichen Handlung. Dabei könne sich die Unentbehrlichkeit auf den Einzelnen, bestimmte Kreise der Gesellschaft, die Rechtsordnung und den Staat beziehen. Da sich das Gesetz zu den Wertverhältnissen nicht äußere, sei der Richter zur Vornahme der Abwägung berufen, für die ihm *Binding* folgende Leitsätze mitgibt: „Je unentbehrlicher eine Handlung im Rechtssinn, desto größer das Risiko, das ohne rechtliche Mißbilligung bei ihr gelaufen werden darf.“¹⁷³ „Je entbehrlicher aber die Handlung im Rechtssinn ist, umso mehr verkleinert sich das bei ihr zu laufende statthafte Risiko. ... Alles Risiko rechtfertigt sich aber nur durch seine Erforderlichkeit zur Handlung.“¹⁷⁴

Ganz erhebliche Präzisierungen steuert *Engisch* 1930 in seiner großen Untersuchung über „Vorsatz und Fahrlässigkeit“ bei: Ausnahmsweise seien Gefährdungen erlaubt zur Erreichung von der Rechtsordnung gebilligter Zwecke¹⁷⁵, deren erschöpfende Aufzählung unmöglich sei. Damit ist freilich, so *Engisch* wörtlich, die „Frage des ‚erlaubten Risikos‘ noch nicht erledigt“¹⁷⁶. Neben die größere oder geringere Bedeutung des erstrebten Zwecks (und der möglichen Rechtsgutsverletzung) müsse auch der Umfang von erstrebtem Erfolg und möglicher Gefahr veranschlagt werden, und schließlich sei die „Wahrscheinlichkeit, mit der auf der einen Seite der erstrebte Erfolg zu erwarten ist, mit der auf der anderen Seite

¹⁶⁴ A. a. O., S. 212 f.

¹⁶⁵ A. a. O., S. 212.

¹⁶⁶ *Löffler*, Schuldformen, 1895, S. 8.

¹⁶⁷ *Graf zu Dobna*, Rechtswidrigkeit, 1905, S. 132 ff.

¹⁶⁸ Gemeint ist offensichtlich die Wahrscheinlichkeit der Verletzung. Die Sprache verrät das noch nicht risikoorientierte Denken.

¹⁶⁹ Gemeint dürfte das Ausmaß des Schadens, also die Art der Verletzung sein.

¹⁷⁰ *Exner*, Fahrlässigkeit, 1910, S. 193 ff.

¹⁷¹ *M. L. Müller*, Kausalzusammenhang, 1912, S. 34 ff.

¹⁷² *Binding*, Normen IV, 1919, S. 440 f.

¹⁷³ A. a. O., S. 440.

¹⁷⁴ A. a. O., S. 442.

¹⁷⁵ Im Anschluß an *Köhler*, Probleme der Fahrlässigkeit, 1912, S. 140 ff., betont er, daß nicht der Zweck an sich, sondern die Tatsache, daß dieser Zweck nur durch die gefährdende Handlung erreicht werden kann, die Gefährdung rechtfertigt, vgl. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 287.

¹⁷⁶ *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 288.

die riskierte Rechtsgutsverletzung droht“¹⁷⁷, relevant. Abschließend stellt *Engisch* sein komplexes – und beeindruckendes – Abwägungssystem freilich wieder in Frage: Man müsse das „Für und Wider in toto gegeneinander abwägen“ und zudem sei „über die Unsicherheit der hier zu treffenden Entscheidung bei der Relativität aller Wertungen kein Wort zu verlieren.“¹⁷⁸

Damit ist gleichwohl ein Argumentationsniveau erreicht, das in der Folgezeit nicht mehr verbessert wird. So faßt *Samson* im Systematischen Kommentar zum StGB die Diskussion dahingehend zusammen, welches „riskante Verhalten unter bestimmten Umständen zur Wahrung anderer Interessen zugelassen ist“, sei Ergebnis einer der Notstandsregelung ähnlichen Interessenabwägung. Über den ihr zugrundeliegenden Maßstab sei aber „kaum Konkretes auszusagen.“¹⁷⁹ Seine Konkretisierung obliege jedenfalls der Rechtsprechung, „die durch die Aufstellung verallgemeinerungsfähiger Leitlinien den Freiraum auszufüllen hat, den der Gesetzgeber anlässlich der unbegrenzten Vielzahl von Konstellationen offen lassen muß.“¹⁸⁰

¹⁷⁷ Alle Zitate: *Engisch*, a. a. O., S. 288.

¹⁷⁸ *Engisch*, a. a. O., S. 289.

¹⁷⁹ *Samson*, SK-StGB⁵, 1989, Anhang zu § 16, Rn. 19.

¹⁸⁰ A. a. O., § 16, Rn. 20.

IV. Die gesellschaftliche und ideengeschichtliche Perspektive – Das ‚erlaubte Risiko‘ in Industrie- und Risikogesellschaft

Schon die historischen Vorbemerkungen hatten gezeigt, daß die Problematik des ‚erlaubten Risikos‘ zwar zeitlos ist, und daß es auch Vorläufer dieser Rechtsidee gab, daß aber das Problem erst mit der einsetzenden Industrialisierung virulent wurde. Die Analyse der *juristischen Lehre* hat das eindrucksvoll bestätigt. Im folgenden soll nunmehr versucht werden, die gesellschaftlichen Hintergründe dieser Entwicklung aufzuhellen¹⁸².

1. Der spezifische Zusammenhang zwischen ‚erlaubtem Risiko‘ und dem Industrialisierungsprozeß – erläutert am Beispiel gefährlicher Postkutschenfahrten

Worin dieser spezifische Zusammenhang liegt, kann man an einem Beispiel *Meckels* verdeutlichen. Auch er betont zwar, die Problematik des ‚erlaubten Risikos‘ sei nicht neu. So sei „eine Reise mit der Postkutsche z. B. viel gefährlicher und riskanter (gewesen) als heute eine Eisenbahnfahrt“¹⁸³. Dessen ungeachtet besteht er aber darauf, erst durch die technische Entwicklung im Anschluß an die Erfindung der Dampfmaschine und des Verbrennungsmotors, sei die Problematik gefährlichen Verhaltens in den Vordergrund getreten¹⁸⁴. Das wirkt auf den ersten Blick widersprüchlich, birgt aber den Schlüssel zum Verständnis des spezifischen Zusammenhangs zwischen Industrialisierung und ‚erlaubtem Risiko‘.

¹⁸² Es bleibt, kritisch festzustellen, daß der gesellschaftliche Hintergrund in aller Regel vergleichsweise wenig Beachtung findet und meist in einleitenden Bemerkungen abgehandelt wird; im Vergleich dazu ist es sicher ein Fortschritt, darauf hinzuweisen, daß für die Erhellung des gesellschaftlichen Hintergrundes eine eigene Untersuchung notwendig wäre (so *Prenuß*, Erlaubtes Risiko, 1974, S. 17 f.).

¹⁸³ *Meckel*, Riskante Verhaltensweisen, 1968, S. 1.

¹⁸⁴ A. a. O., S. 1.

a) Die Perspektive des riskant Handelnden und damit die des Strafrechts, das seine Handlungen bewertet

In einem ersten Gedankenschritt – und so von *Meckel* wohl gemeint¹⁸⁵ – kann man diesen Hinweis so verstehen, daß durch die technische Entwicklung der einzelne gefährlich Handelnde einen erheblich größeren Schaden anrichten konnte. Mochte für den einzelnen *Reisenden* die konkrete Postkutschenfahrt riskanter sein als die Bahnfahrt für sein 200 Jahre später lebendes Pendant, so war für den einzelnen *Lokführer* das Risiko, einen Schaden anzurichten, größer als dasjenige des *Kutschers*. Aus seiner Perspektive, die gleichzeitig die des individualisierenden Strafrechts ist, „trat das Problem in den Vordergrund“¹⁸⁶.

Will man genauer wissen, was die technische Entwicklung geändert hat, dann wird man auf zwei Phänomene stoßen, die – obwohl beide technikbedingt sind und sich im Ergebnis letztlich verstärken – doch zu unterscheiden sind:

Zunächst kann der einzelne gefährlich Handelnde heute ungleich größeren Schaden anrichten. Dem Kutscher, der zwei oder vier Pferdestärken nutzen konnte, waren vier bis acht Menschen anvertraut, dem Lokführer dagegen, dem die technische Entwicklung Hunderte von Pferdestärken an die Hand gegeben hat, Hunderte von Menschen. Zu dieser auf der Schadensseite¹⁸⁷ wirksamen Folge des technischen Fortschritts gesellt sich ein weiterer nicht weniger folgenreicher Faktor: Die technische Entwicklung hat auch bewirkt, daß schon eine kleine Sorglosigkeit, die für den Kutscher oft noch folgenlos oder korrigierbar war, für den Lokführer gravierende Konsequenzen hat. Pferde und Kutsche waren ein dem Kutscher vertrautes Verkehrsmittel: Sie mögen manchmal im konkreten Fall überraschend reagiert haben, aber doch so, wie es der gesammelten Erfahrung von Kutschergenerationen entsprach. Und der Vorgang, den der Kutscher zu kontrollieren hatte, war übersichtlich, spielte

¹⁸⁵ Das ist auch zutreffend und weiterführend, schöpft aber die Problematik, wie gleich gezeigt wird, noch nicht aus.

¹⁸⁶ *Meckel*, a. a. O., S. 1.

¹⁸⁷ Diese Schadensseite war natürlich nur die Schattenseite des Fortschritts, der darin lag, daß Dutzende und Hunderte in einem Zug, und damit schneller und erschwinglicher reisen konnten.

sich nicht zu schnell ab, war nicht sehr komplex, dafür fehlerfreundlich¹⁸⁸ und oft weitgehend reversibel. Der Lokführer dagegen hat es mit einer Maschine zu tun, die wesentlich komplexer und für ihn nicht in derselben Weise überschaubar ist; die in Gang gesetzten Prozesse laufen schnell ab, sind selten reversibel und oft – trotz erheblicher Anstrengungen – fehlerfeindlich.

Faßt man diese beiden Elemente zusammen, dann kann man feststellen, daß das Problem gefährlichen Verhaltens durch die technische Entwicklung insofern in den Vordergrund gerückt ist, als der einzelne Akteur mit einer vergleichsweise sehr viel kleineren Sorglosigkeit einen vergleichsweise sehr viel größeren Schaden anrichten kann.

b) Die gesamtgesellschaftliche Perspektive – und damit die der (Kriminal-) Politik

Meckels Satz kann jedoch noch in einem dritten Sinne verstanden werden, und dieses Verständnis ist für die Risikoanalyse vielleicht noch wichtiger. Denn durch *Meckels* Vergleich der Risiken einer Postkutschenfahrt mit denen des Eisenbahnfahrens wird unter der Hand ein neuer Risikobegriff eingeführt. Das Risiko einer Fahrt mit der Postkutsche bezeichnet die Wahrscheinlichkeit eines einzelnen Reisenden, daß er auf dieser Fahrt einen Schaden erleidet. Stellt man es dem Risiko gegenüber, das ein *einzelner* Eisenbahnreisender bei einer Fahrt eingeht, dann stellt sich in der Tat heraus, daß die Fahrt mit der Postkutsche riskanter war. Ganz anders sieht die Risikoanalyse aus, wenn man vergleicht, wieviele Reisende innerhalb eines bestimmten Gebiets damals durch Fahrten mit der Postkutsche gefährdet waren, heute durch Fahrten mit der Eisenbahn gefährdet sind. So gesehen ist Eisenbahnfahren riskanter, weil seit langem eine wachsende Anzahl von Reisenden an einer wachsenden Zahl von Bahnfahrten teilnimmt.

Das sei an einem einfachen und erdachten Zahlenbeispiel verdeutlicht, das gleichzeitig die Dimensionen des Wandels zu zeigen in der Lage ist: Wenn 1750 innerhalb der heutigen Grenzen Hessens 100 Fahrten mit

¹⁸⁸ Damit ist gemeint, daß ein ‚System‘ Fehler nicht ‚übel nimmt‘, sie selbst korrigiert oder korrigierendes Eingreifen zuläßt bzw. anfordert.

jeweils 4 Reisende befördernden Postkutschen stattfanden, dann ergibt das insgesamt 400 Kutschenreisende. Die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung sei mit 1:100 angesetzt.

200 Jahre später, im Jahr 1950, standen im gleichen Gebiet 1000 Bahnfahrten im Kursbuch. Im Zug saßen jeweils 100 Benutzer, so daß insgesamt 100.000 Zugreisende gezählt wurden. Die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung sei 1:1000 gewesen.

Der Vergleich ergibt: Postkutschenfahrten im Jahr 1750 war zehnmal gefährlicher als Eisenbahnfahrten im Jahr 1950. Gleichzeitig wurden 1950 100 Reisende, 1750 aber nur 4 Reisende, also nur ein Bruchteil davon, in Gefahr gebracht.

2. Zwischenbilanz: Die Risiken der Industriegesellschaft und warum sie erlaubt waren

Es stellt sich heraus, daß die Frage, ob Postkutschenfahrten oder Eisenbahnfahrten gefährlicher ist, schwieriger zu beantworten ist, als man zunächst meint.

Hält man das Risiko der Einzelfahrt aus der *Perspektive des Reisenden* für die relevante Größe, dann und nur dann¹⁸⁹ ist das Postkutschenfahren gefährlicher.

Betrachtet man die einzelne Fahrt aus der *Perspektive des Lokführers*, wird schon unklar, was riskanter ist. Fest steht jedenfalls, daß die Sorgfaltsanforderungen höher sind und das Schadenspotential größer ist.

Erst recht wirkt die Postkutsche geradezu ungefährlich, wenn man das Risiko des *Gesamtbetriebes*¹⁹⁰ für die relevante Größe hält: Dann ist das Bahnfahren um einiges gefährlicher.

Was für Postkutsche und Eisenbahn gezeigt wurde, gilt für viele, wenn nicht alle Bereiche, in denen sich die Verhältnisse durch den Einsatz von Technik geändert haben. Um nur ein weiteres Beispiel zu erwähnen, war natürlich eine Fahrt mit dem Auto in der Pionier-

¹⁸⁹ So auch für den Straßenverkehr: *Cramer*, Unfallprophylaxe, 1975, der darauf hinweist, daß trotz der größeren Sicherheit der Fahrzeuge das „Risiko, Opfer eines Verkehrsunfalls zu werden, für den Einzelnen nicht geringer geworden ist, es hat (vielmehr) zugenommen.“ (S. 11)

¹⁹⁰ Diese Sichtweise spiegelt sich wider in der Dogmatik z. B. in dem Vorschlag *Maurachs* (AT⁴, 1971, S. 548 f.), den – für das Sozialleben unentbehrlichen – Gesamtbetrieb für erlaubt, die einzelne *Betriebsabhandlung* aber, die zu einem Schaden führe, für stets objektiv rechtswidrig zu erklären.

zeit dieses Verkehrsmittels um ein Vielfaches gefährlicher als dies heute der Fall ist, wobei unter ‚gefährlich‘ die Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist, mit der bei einer Einzelfahrt ein Unfall oder eine Panne und damit eine Einbuße an Rechtsgütern eintritt. Die technische Entwicklung hat ohne Zweifel bewirkt, daß die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls, zumindest eines technisch bedingten, so gering geworden ist, daß viele seit langem das Auto gar nicht mehr in diesem Sinn als gefährlich ansehen. Andererseits ist genauso evident¹⁹¹, daß die Zahl der Unfälle im Straßenverkehr lange zunahm, und das Auto erheblich mehr Unfallopfer fordert, als dies zu Beginn des Jahrhunderts der Fall war, als sich Kraftwagen als Verkehrsmittel erst langsam durchsetzten. Die Gründe sind jedem bewußt: Die an sich sichereren Kraftwagen werden von immer mehr Menschen genutzt, gleichzeitig sind die Wagen infolge der Technikentwicklung schneller geworden, was das Schadenspotential bei einem Unfall erheblich vergrößert hat.

a) Zum Auftreten und zur Bewertung kumulativer Risiken in der Industriegesellschaft

Damit steht ein auf den ersten Blick überraschendes Ergebnis fest. Das Zeitalter der Industrialisierung, in dem die Rechtsfigur des erlaubten Risikos entstanden ist, ist gleichzeitig die Phase der Geschichte, in der der Mensch sicherer und unsicherer denn je war: Technik- und wissenschaftsbedingt war einerseits die Lebenser-

¹⁹¹ Die neuere Entwicklung im Straßenverkehr ist besonders interessant, weil diese Logik der Industriegesellschaft nicht mehr stimmt. Während die Zahl der zugelassenen Kraftfahrzeuge nach wie vor steigt, und damit wohl auch die Zahl der gefahrenen Kilometer, ist die ‚Zuwachsrate‘ an Unfällen nicht mehr eindeutig, und die Zahl der Todesopfer des Straßenverkehrs hat seit 1970 wieder abgenommen und – bei 34 Millionen zugelassenen Kraftfahrzeugen – fast das Niveau von 1950 erreicht, als knapp 2 Millionen Wagen zugelassen waren. Im einzelnen kann man den Statistischen Jahrbüchern folgende Zahlen entnehmen:

Jahr	zugel.KfZ in Tausend	Unfälle in T.	Tote	Verletzte in T.
1950	1.949	320	6.314	150
1960	7.797	946	14.406	454
1970	16.783	1.392	19.103	531
1980	27.116	1.683	12.958	500
1989	34.703	1.997	7.995	449

wartung des einzelnen Menschen gestiegen, andererseits und ebenfalls technikbedingt waren die Risiken größer denn je: Die Zahl der riskanten Handlungen nahm ebenso wie ihr Schadenspotential explosionsartig zu. Die damit beschriebene Janusköpfigkeit der Technik dürfte wesentlich zu der die Technikentwicklung begleitenden gesellschaftlichen¹⁹² – und auch rechtlichen¹⁹³ – Diskussion um Kosten und Nutzen der Technik geführt haben. Auch das Entstehen des (straf-) rechtlich ‚erlaubten Risikos‘ dürfte davon geprägt sein. Die zeitgenössischen Stellungnahmen zeigen, daß erst die gewachsenen Risiken der Industriegesellschaft zum Nachdenken über erlaubte Risiken gezwungen haben. Daß sie trotzdem überwiegend weiter als erlaubt galten, hat viel mit den schon angeführten Gründen der Selbstverständlichkeit, der angenommenen Notwendigkeit und teilweisen Unvermeidbarkeit der Risiken¹⁹⁴ zu tun.

Als erstes Ergebnis kann festgehalten werden, daß die spezifischen Risiken der industrialisierten Gesellschaft kumulative sind:¹⁹⁵ Während die einzelne Handlung nicht nur berechenbarer (und damit von der Gefahr zum Risiko¹⁹⁶), sondern auch weniger riskant wurde, stiegen – zwar berechenbar, aber eben ganz real – gesamtgesellschaftlich die Schäden durch riskantes Verhalten, insbesondere durch riskante technische Betriebe¹⁹⁷.

Sie gleichwohl für erlaubt zu erklären, fiel jedoch aus mehreren Gründen vergleichsweise leicht: Zunächst hat, wie gezeigt wurde, das Risiko des einzelnen Reisenden bei einer Fahrt in Gefahr zu geraten, erheblich abgenommen, was für die Technikakzeptanz der

¹⁹² Vgl. zur Technologiedebatte kontrovers: *Noelle-Neumann/Hansen*, in: *Schauroth/Uhl* (Hrsg.) *Medienwirkung und Technikakzeptanz*, 1988, S. 33 ff., und andererseits: *Jaufmann/Kistler/Jänsch*, *Jugend und Technik*, Frankfurt, 1989.

¹⁹³ Vgl. etwa *Samson*, in: *Rohrmoser/Lindenlaub*, *Fortschritt und Sicherheit*, 1980, S. 289 ff.

¹⁹⁴ Vgl. ausführlicher in diesem Kapitel S. 288 ff.

¹⁹⁵ Eben diese Tatsache, die in der sich entwickelnden Industriegesellschaft Risiken erlaubt hat (weil sie *nur* kumulativ waren) führt in der sich abzeichnenden Risikogesellschaft zum Verbot von Risiken, die für sich genommen „nicht der Rede wert“ erscheinen, aber in ihrer Kumulierung gesellschaftlich gefährlich sind.

¹⁹⁶ Vgl. dazu oben S. 64.

¹⁹⁷ Das gleiche gilt aber, jedenfalls in vielen Fällen, für den Nutzen.

Bevölkerung, ohne die die Technikentwicklung so nicht hätte stattfinden können¹⁹⁸, von ausschlaggebender Bedeutung war.

Weiterhin hat sich die Gesellschaft mit diesen Opfern ein ganz erhebliches Mehr an Reisemöglichkeiten erkaufte. Daß eine größere Zahl von Bürgern häufiger und weiter reisen kann, das wird sowohl unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit als auch unter dem der Handlungs- und Entfaltungsfreiheit in den meisten Gesellschaften als Fortschritt angesehen.

b) Zur Risiko- und (daraus resultierenden) Reichtumsverteilung in der Industriegesellschaft

Bei der Risikoanalyse geht es, wie sich schon am Beispiel der Hanse zeigte¹⁹⁹, stets auch darum, wessen Perspektive man einnimmt: Das bezieht sich auf die *Reichtumsverteilung*²⁰⁰ und auf die *Risikoverteilung*²⁰¹: Wer gewinnt, wer riskiert, und wer bestimmt darüber, so könnte man die relevanten Fragen formulieren. Die Antwort ist: Die Unternehmer riskanter Betriebe gewinnen²⁰². Sie benutzen Systeme, die unvermeidlich Schäden hervorrufen (wobei die Unvermeidbarkeit sowohl aus sogenanntem technischen als auch menschlichen Versagen resultiert). Eine durchgängige – und dieser Nutzung entsprechende – Gefährdungshaftung aber fehlt²⁰³. Bis zu

¹⁹⁸ Vgl. zur Technikakzeptanz, insbesondere zu der Frage, ob man persönlich mit der Technik eher positive oder negative Erfahrungen gemacht hat, *Peters*, in: *Ruß/Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991.

¹⁹⁹ Vgl. oben S. 269 f.

²⁰⁰ Die Reichtumsverteilung dominiert *Beck* (Risikogesellschaft, 1986, S. 17 und S. 25 ff.) zufolge die Industriegesellschaft.

²⁰¹ Die Risikoverteilung löst in der Risikogesellschaft das industriegesellschaftliche Prinzip der Reichtumsverteilung ab (*Beck*, a. a. O.).

²⁰² Das hatten schon *v. Bar* (Gesetz und Schuld, 1907, S. 453) und *Binding* (Normen IV, 1919, S. 445: „Das Risiko motiviert sich gar nicht selten aus pekuniären Gründen“, a. a. O., Fn. 42) erkannt, die allerdings beide betonen, daß teure Sicherheitsmaßnahmen dazu führen können, daß sich der Gewerbebetrieb sonst nicht oder „sehr ungenügend“ rentieren würde. Insofern konsequent auch die Kritik der DDR-Rechtswissenschaft an der „Generalexculpation des kapitalistisch produzierenden Unternehmers“ (vgl. *Seidel*, *Risiko in Produktion*, 1968, S. 93).

²⁰³ Dazu schon: *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, 1907, S. 214: *v. Bar* erwähnt die vom Gesetz ausnahmsweise auferlegte Haftung ohne Verschulden, betont aber (dort, Fn. 71) den notwendigen Ausnahmeharakter: „Allgemein angewendet ... führt sie zum juristischen und nationalökonomischen Unsinn, ebenso wie das verwandte

einem bestimmten historischen Zeitpunkt gewinnt auch die Allgemeinheit, und damit der Einzelne: Es werden Güter produziert und Leistungen möglich, die ohne Technik undenkbar sind. Die Rechnung zahlt vorläufig²⁰⁴ derjenige, der konkret gefährlich handelt²⁰⁵. Die Anforderungen an ihn sind in einem Ausmaß gewachsen²⁰⁶, das den Menschen überfordert²⁰⁷.

3. ‚Erlaubte Risiken‘ in der Risikogesellschaft

Mit der Frage, wie sich die Rechtsfigur des erlaubten Risikos im Kontext der Risikogesellschaft entwickelt, betritt die Untersuchung Neuland.

a) ‚Erlaubte Risiken‘ – ‚Normale Katastrophen‘

„Normal Accidents – Living with High-Risk Technologies“ nannte der amerikanische Organisationssoziologe *Charles Perrow* sein 1984 in den USA erschienenes Buch, das aus Anlaß seiner Befas-

Prinzip: Wer den Vorteil aus einer Handlung, einem Unternehmen hat, müsse auch den rein zufällig daraus entstandenen Schaden tragen.“ Entscheidend für diese Einschätzung und für die vielleicht notwendige Revision ist die Frage, welche Schäden ‚zufällig‘ sind. Ein Schaden, der bei Benutzung bestimmter Systeme unvermeidlich ist, ist, auch wenn beim Schadenseintritt kein individuelles Verschulden feststellbar ist, trotzdem nicht zufällig.

²⁰⁴ Viel spricht dafür, daß vor allem die kommenden Generationen sich mit den langfristigen Folgekosten befassen müssen.

²⁰⁵ Zu der Frage der Gerechtigkeit dieser Risikoverteilung vgl. einerseits das RG in seiner berühmten Leinenfänger-Entscheidung (RGSt 30, S. 25 ff.), das die Haftung Kutschers verneint, und andererseits aktuelle Strafurteile gegen Technikanwender, wie das jüngst ergangene Urteil des LG Darmstadt gegen einen S-Bahnlokfahrer, der ein Signal übersehen hat. Er wurde (vgl. die Berichterstattung in der FAZ vom 26. 4. 1991) wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung verurteilt.

²⁰⁶ Das betrifft sowohl die Konzentrationsfähigkeit (er muß um ein vielfaches sorgfältiger sein) als auch den durch mögliche (in der Höhe potenzierte) Schäden erzeugten ‚Streß‘.

²⁰⁷ Auch für solche Grenzen menschlicher Leistungsfähigkeit war der Sinn der Strafrechtswissenschaftler zu Beginn des Jahrhunderts geschärft: Vgl. etwa *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Band 2, 1930, S. 362, dort Fn. 4: „Kein menschliches Gehirn könnte der Anforderung entsprechen, ständig mit höchstmöglicher Aufmerksamkeit gegenüber etwaigen Gefahren zu handeln.“

sung mit dem Reaktorunfall in Harrisburg entstand²⁰⁸. „Normal Accidents“, das bedeutet, daß die meisten Hochrisikosysteme²⁰⁹ einige spezielle Eigenschaften aufweisen, „die unabhängig von ihren manifesten Gefahren (Giftigkeit, Explosivität etc.) Systemunfälle zu etwas Unausweichlichem, zu nachgerade normalen Unfällen machen²¹⁰. Der Titel lädt – jedenfalls im hier untersuchten Zusammenhang – förmlich ein zu der Spekulation, ob die ‚normalen Katastrophen‘, mit denen wir leben (und vielleicht leben müssen), das Ergebnis einer Gesellschaft sind, die sich zu viele Risiken erlaubt (hat)²¹¹.

Normale Katastrophen, das ist ein Begriff, der irritiert und das offensichtlich auch soll. Das Irritierende an ihm ist die Konterkarierung unserer Alltagserfahrung, in der Katastrophen alles andere als normal, sondern die schreckliche Ausnahme sind. Ganz ähnlich ist die Struktur des Begriffs erlaubtes Risiko: Bei Risiken signalisiert unsere Alltagserfahrung Verboten- und gerade nicht Erlaubtsein²¹².

Etwaige Zweifel, ob sich solche semantischen Erwägungen nicht doch in Gedankenspielen erschöpfen, beseitigt *Perrow*, der schon im Vorwort auf den, wie er meint, trivialen und dennoch wesentlichen, politischen Aspekt hinweist: „Regierungen und große Privatunternehmen räumen Zielen wie denen der Energieerzeugung, der chemischen Produktion oder der militärischen Herrschaft im Weltraum einen besonderen Vorrang ein. Die Eliten ‚wissen‘ aufgrund praktischer Erfahrung, daß sie zur Verwirklichung dieser Ziele Systeme mit einem immanten Katastrophenpotential errichten, aber da es relativ selten auch wirklich zu Katastrophen kommt, gehen sie das Risiko ein.“²¹³ Das ist eine brisante Feststellung. Da

²⁰⁸ So *Klaus Traube* im Vorwort von *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. XI.

²⁰⁹ *Perrow* (a. a. O., S. 15) meint damit Systeme mit der Fähigkeit, „mit einem Schlag das Leben Hundertter von Menschen auszulöschen“.

²¹⁰ *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. 16.

²¹¹ Gemeint sind damit, das muß betont werden, um Mißverständnisse zu vermeiden, die gesellschaftlichen Wert- und Risikoentscheidungen, die sich in einem (Straf-)Rechtsgedanken wie dem des ‚erlaubten Risikos‘ nur, aber immerhin, widerspiegeln.

²¹² Das liegt auch daran, daß wir – sinnvollerweise – im Alltagshandeln – und sprechen geringe Risiken ganz unterschlagen, also gar nicht als riskant ansehen.

²¹³ *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. 2.

sie das Risiko eingehen, und da niemand auf die Idee kommt, es ihnen zu verbieten, geschweige denn sie zu bestrafen, wird man nicht umhin kommen, die genannten katastrophenträchtigen Risiken als ‚erlaubte Risiken‘ anzusehen.

Schon an dieser Stelle ist aber innezuhalten. Denn der Zusammenhang zwischen normalen Katastrophen und strafrechtlich erlaubten Risiken ist natürlich nicht zu eng, wie der letzte Absatz es nahelegen könnte. Kaum jemand wird behaupten wollen, gerade das Strafrecht könne ‚normale Katastrophen‘ verhindern. Trotzdem hat die Verknüpfung der Begriffe eine wichtige Funktion. Sie verweist nämlich auf den engen Zusammenhang zwischen Technologieentwicklung und Strafrechtsentwicklung – genauer, zwischen der Geschichte der Industriegesellschaft und der Entwicklung der dogmatischen Figur des erlaubten Risikos.

b) Ein denkbarer Wahlspruch der Risikogesellschaft:
Vivere necesse est!

Bedenkt man die Entwicklung vom selbstverständlichen „navigare necesse est, vivere non necesse“ zur Problematisierung riskanten Verhaltens in der von gewachsenen Risiken und Risikowissen geprägten Industriegesellschaft, dann klingt die These, die Entwicklung von Technik und Gesellschaft habe zum erlaubten Risiko normaler Katastrophen geführt, gar nicht mehr so spektakulär. Eine durchaus denkbare Konsequenz dieses befremdlichen Befundes wäre – in einem das Strafrecht wohlbemerkt transzendierenden Rahmen – die Forderung nach einer Revision der Grundsätze, nach denen Risiken zugelassen oder verboten werden. Denn das *kollektive* Weiterleben war stets, wenn auch unausgesprochen, mitgedachte Voraussetzung des Satzes vom *individuellen* „vivere non necesse“. Gerät es in Gefahr, dann könne die Logik, die schon im Wahlspruch der Hanse deutlich wird und unausgesprochen jedem Anwendungsfall erlaubter Risike zugrundeliegt, sich dramatisch umkehren: Denn bezogen auf die *Gattung* Mensch und den Planeten wird wohl kaum jemand bestreiten, daß gilt: Vivere necesse est! Damit freilich wäre ein Bewußtseinschritt markiert; die zentrale und weiter ungelöste gesellschaftliche Frage, die sich unverändert

auch auf das (Straf-) Recht auswirkt, lautet dann, welche Risiken erlaubt und welche verboten werden müssen, damit das notwendige Weiterleben überhaupt möglich ist.

Das Strafrecht spielt in diesem Zusammenhang, wie an anderer Stelle ausgeführt wurde²¹⁴, eine vergleichsweise nebensächliche Rolle. Berücksichtigt man das, dann wird in der Tat deutlich, daß ein Umdenken des gesellschaftlichen Umgangs mit Risiken festzustellen ist. Hat sich die Entdeckung und Nutzung der Kernenergie noch ganz im Paradigma der Industriegesellschaft (in der Risiken als Motor des Fortschritts grundsätzlich und selbstverständlich erlaubt waren) abgespielt, dann können wir im vergangenen Jahrzehnt erstmals beobachten, daß grundsätzliche Risikoverbote erwogen werden. Man denke an konkrete Verbote wie das der Nutzung riskanter Fluorchlorkohlenwasserstoffe oder an generelle, einen ganzen Forschungszweig betreffende Beschränkungen z.B. der Weiterentwicklung und Nutzung der Gentechnik. Schließlich ist zu beobachten, daß auch bezogen auf schon erteilte gesellschaftliche Erlaubnisse (z.B. der Nutzung der Kernenergie) ein Nachdenken über diese Entscheidungen eingesetzt hat.

c) Risiken – in der Industrie- und in der Risikogesellschaft

Betrachten wir aber zunächst, wie sich die Risikogesellschaft von der Industriegesellschaft sub specie ‚Risiko‘ unterscheidet. Dabei kann an die oben erarbeiteten Befunde zur Risikogesellschaft angeknüpft werden²¹⁵.

Geändert haben sich, und schon darin dürfte ein auch Strafrecht und Kriminalpolitik prägender Unterschied zwischen Industrie- und Risikogesellschaft zu sehen sein, nicht nur die Risiken, sondern auch und vor allem das *Risikowissen* und, die *Risikowahrnehmung*, also der Umgang mit Risiken. Das Phänomen kumulativen und teilweise interdependenten Wachstums von Risiken und Risikowahrnehmung erklärt, warum sowohl die „*Definition* von Risiken“²¹⁶ als auch die „*Verteilung* von Risikobetroffenheit und

²¹⁴ Vgl. dazu schon das 6. Kapitel, S. 236 ff.

²¹⁵ Vgl. im 1. Kapitel, S. 50 ff.

²¹⁶ Lau, Soziale Welt, 1989, S. 419.

von Risikokosten²¹⁷ zu einem „zentralen gesellschaftlichen Konfliktgegenstand“²¹⁸ geworden ist.

aa) Risikowissen und Risikowahrnehmung

Bezogen auf Risikowissen und -wahrnehmung kann und muß weiter zwischen zwei ganz unterschiedlichen aber gleichermaßen hochwirksamen Wachstumsarten differenziert werden:

aaa) Das Risikowissen der Experten

Einerseits hat sich durch den Erkenntnisfortschritt (vor allem) in den Naturwissenschaften das grundsätzlich verfügbare Expertenwissen über Risiken vervielfacht. Vieles von dem, was noch vor wenigen Jahrzehnten als Zufall oder Schicksal galt, ist heute entweder als Gesetzmäßigkeit oder gar als vom Menschen (zumindest mit) in Gang gesetzte Kausalkette ‚entzaubert‘. Wir haben erfahren, daß Erdbeben²¹⁹ und Sturmfluten, beziehungsweise dadurch ausgelöste Überschwemmungen, keineswegs immer höhere (Natur-) Gewalt sind. Und die Krankheit Aids, die der Menschheit noch vor kurzem je nach Standpunkt als Naturkatastrophe oder als göttliche Heimsuchung erschienen wäre²²⁰, war innerhalb weniger Jahre nicht nur ‚erklärt‘²²¹, sondern auch der ‚Schuldige‘ war gefunden²²². Kaum eine verbreitete Krankheit hat nicht ihre Risikofaktoren und dementsprechend ihre Risikopersonen, und die logische Konsequenz dieses vermehrten Risikowissens ist eine Diskussion über die Risikokosten und die Risikoverteilung. Sollen die Raucher, Trinker, Übergewichtigen oder soll die Solidargemeinschaft das finanzielle Risiko ihrer Krankheit tragen? Das zunehmende Risikowissen wird – politisch und also auch rechtlich – dramatische Folgen haben. Denn für den „Zufall braucht niemand

²¹⁷ A. a. O., S. 420.

²¹⁸ A. a. O., S. 419.

²¹⁹ Zu künstlichen Erdbeben: *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. 290 ff.

²²⁰ Völlig frei davon ist der Aids-Diskurs nicht.

²²¹ Zur Geschichte der „Erklärung“ der Krankheit: *Klingholz*, in: *Burkel*, (Hrsg.), Der Aids-Komplex, 1988, S. 13 ff.

²²² Vgl. die dramatische Darstellung der Suche nach dem ersten Krankheitsverbreiter bei *Hans Halter*, in *Der Spiegel*, Nr. 47/1987, S. 240 ff.

einzustehen“²²³, wenn er sich aber als Nicht-Zufall herausstellt, tauchen Regulierungs- und Haftungsfragen (zu Recht) sofort auf.

Eine wichtige Einzelkonsequenz gewachsenen Risikowissens ist die Erkenntnis der Bedrohlichkeit kumulativer Gefahren. Das Gesetz der großen Zahl^{223a}, das Herrscher und Kirchen über die Jahrtausende so gut gekannt haben, wenn es darum ging, durch kleine Abgaben vieler Bürger großen Reichtum zu sammeln, hat seine Schattenseite erst in den vergangenen Jahrzehnten gezeigt. Viele kleine und für sich genommen vernachlässigenswert erscheinende Verschmutzungen können eben, was die Umweltpolitik inzwischen erkannt hat, in der Kumulation große Zerstörungen bewirken.

bbb) Die Demokratisierung des Risikowissens

Mindestens genauso wichtig wie das gewachsene Wissen der Experten um neue oder neu erkannte Risiken ist aber die weite Verbreitung – man könnte sagen: die Demokratisierung – des Risikowissens. Im Zusammenhang mit diesem wachsenden – oft aber diffusen²²⁴ – Risikowissen entstehen die Kontroversen über vermeintlich rationale und irrationale Risikowahrnehmung, entsprechendes Risikoverhalten und Risikorationalitäten.

bb) Die Risiken

Vermutlich wäre allein der Zuwachs an Wissen und Wahrnehmung schon vorher bestehender Risiken ausreichender Anlaß, von einem erheblich gewandelten gesellschaftlichen Hintergrund politischer und rechtlicher Risikomaximen auszugehen. Hinzu kommen aber neue Risiken²²⁵.

²²³ *Max Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1896, S. 1.

^{223a} Zur Anwendung im Strafrecht konsequent, im Ergebnis allerdings bedenklich *Kuhlen*, GA 1990, S. 477 ff.

²²⁴ Die – relativ kleinen Gruppen der – klaren Befürworter und klaren Gegener sind vergleichsweise besser informiert als die (große Gruppe der) Befragten, die mittlere Positionen einnehmen. Vgl. dazu *H.-P. Peters*, in: *Ruß/Mohl* (Hrsg.) Risikokommunikation, 1991, S. 14 m. w. N.

²²⁵ Vgl. zum Ganzen bereits im 1. Kapitel, S. 50 ff.

aaa) Die Abnahme von Risiken und Gefahren
 Bevor näher auf die Zunahme von Risiken eingegangen wird, muß vorab klargestellt werden, daß die Risikogesellschaft tatsächlich auch eine Risikobeherrschungsgesellschaft ist²²⁶, die manche Risiken nicht nur beherrschbar und kalkulierbar gemacht, sondern sie auch real vermindert oder beseitigt hat. Um an das oben erwähnte und weitergeführte Beispiel *Meckels* zum Risikovergleich zwischen Postkutsche und Eisenbahn anzuknüpfen²²⁷, ist darauf hinzuweisen, daß der die Industrialisierungsgesellschaft kennzeichnende paradoxe Zusammenhang zwischen technikbedingt wachsender Sicherheit des Verkehrsmittels und den durch die wachsende Benutzung trotzdem steigenden – gesellschaftlichen – Risiken durchbrochen ist: Bis Anfang der 70er Jahre galt noch, daß „trotz der größeren Sicherheit der Fahrzeuge das Risiko, Opfer eines Verkehrsunfalls zu werden, nicht geringer geworden ist, sondern sogar zugenommen hat.“²²⁸ Inzwischen, d. h. seit 1970, hat sich die Anzahl der zugelassenen Fahrzeuge nochmals mehr als verdoppelt²²⁹, während die Unfallhäufigkeit deutlich geringer zugenommen²³⁰, die Zahl der Verletzten leicht²³¹ und die Zahl der Todesopfer sogar stark abgenommen hat²³². Ähnliches gilt für den Flugverkehr, der – in jeder Beziehung – sicherer geworden ist²³³. Fragt man nach den Gründen für diese Entwicklung, warum eigentlich nicht mehr passiert, obwohl mehr, schnellere und größere Autos und Flugzeuge im Verkehr sind, dann liegt die Antwort in dem Hinweis auf den seitdem erzielten technischen Fortschritt. Galt lange die Regel, daß im Zuge der Technisierung eine vergleichsweise kleine Sorglosigkeit vergleichsweise größeren

²²⁶ Vgl. *Evers*, Kommune Heft 6/1989, S. 35 und oben im Text, S. 63 f.

²²⁷ Vgl. *Meckel*, Riskante Verhaltensweisen, 1968, S. 1, dazu oben, S. 301 ff.

²²⁸ *Cramer*, Unfallprophylaxe, 1975, S. 11.

²²⁹ Laut Statistischem Jahrbuch von 1970 knapp 17 Millionen auf 1989 knapp 35 Millionen Kraftwagen; vgl. schon oben, S. 305.

²³⁰ Von rund 1,3 Millionen auf rund 1,9 Millionen Unfälle.

²³¹ Von 531.000 auf 449.000 Verletzte.

²³² Die 7995 Todesopfer des Jahres 1989 entsprechen fast der Zahl der Opfer des Straßenverkehrs im Jahr 1950 (damals: 6314), als knapp 2 Millionen, also ein Bruchteil, Wagen zugelassen waren. Die – bekannte – Tatsache, daß die überwiegende Zahl der Unfälle (und damit auch der Todesopfer) auf menschliches Versagen zurückzuführen ist, zeigt sich an der erschreckend hohen Zahl der Unfälle und Opfer in den neuen Bundesländern.

²³³ Vgl. *Perrow*, Normale Katastrophen, 1989, S. 167 ff.

Schaden anrichten konnte, weil „der Mensch seine eigenen Kräfte durch Naturkräfte potenziert“²³⁴, seine Fähigkeiten zu größerer Sorgfalt aber nicht im gleichen Maßstab mitwachsen, dann hat die Technisierung – jedenfalls in diesen Bereichen – inzwischen erreicht, daß die verwendeten Maschinen ‚fehlerfreundlicher‘ sind, also die nach wie vor auftretenden Sorglosigkeiten in weit höherem Maße auffangen, als dies noch vor Jahrzehnten der Fall war. *Perrow* erklärt diese Effekte mit spezifischen Eigenschaften der betreffenden Systeme²³⁵, die solche technischen Verbesserungen ermöglichen.

Vergleichbare Abnahmen von Risiken wird man, bezogen auf die vergangenen zwei Jahrzehnte – und zum Teil länger – an vielen Stellen und besonders dort, wo die Technik im Alltagshandeln ihren festen Platz erobert hat²³⁶, vorfinden können. Gleichwohl ist es die Zunahme von Risiken, die die Risikogesellschaft prägt, und dieses scheinbare Paradoxon dürfte ein Grund dafür sein, daß die überwiegend technik- und risikofreundlichen Experten mit so viel Unverständnis auf die verbreitete Risikoskepsis reagieren. Es lohnt sich daher, sich genauer mit der Zunahme von Risiken zu befassen.

bbb) Die Zunahme von Risiken als Zunahme von Handlungsmöglichkeiten und Handlungszwängen

Fest steht, daß die Zunahme von Handlungsmöglichkeiten und Handlungszwängen auch zu einer Zunahme von Risiken geführt hat. Zumindest gegen diese Variante der These dürften die Risikoforscher keine Einwände haben. Sie besagt nämlich nichts darüber, ob wir heute gefährlicher oder ungefährlicher leben als zu früheren Zeiten, sondern reflektiert nur den aus dem gewachsenen Risikowissen resultierenden spezifischen Umgang mit Risiken²³⁷. In die-

²³⁴ Instruktiv: *Welzel*, Verkehrsdelikte, 1961, S. 6.

²³⁵ „Das System ‚Luftverkehr‘ ... ist weder eng gekoppelt, noch sind seine Interaktionen besonders komplex.“ *Perrow*, a.a.O., S. 199. Zu diesen Schlüsselbegriffen der Analyse *Perrows*: oben S. 60, Fn. 78 f.

²³⁶ Das erklärt zum Teil die Diskrepanz zwischen (positivem) Technikerlebnis der Mehrheit der Bevölkerung und einem (skeptischen) Techniklima; vgl. dagegen die Deutung *Noelle-Neumanns* (in: *Krüger/Ruß-Mobl*, [Hrsg.], Risikokommunikation, 1991, S. 91 ff.), die diese Diskrepanz als irrational ansieht und der technikkritischen Medienberichterstattung die Schuld gibt.

²³⁷ Insofern ist die oben vorgenommene Unterscheidung zwischen Risikozunahme und Risikowissenszunahme unpräzise, weil Risiken im recht verstandenen Sinn

sem Modell erwachsen der Menschheit aus dem Wissen um Risiken (Nebenfolgen) menschlichen Handelns gleichzeitig Gestaltungsmöglichkeiten und Handlungszwänge²³⁸. Wer Handlungen nicht nur nach den mit ihr *intendierten* Folgen, sondern auch nach – per definitionem nicht intendierten – Nebenfolgen beurteilt, dessen Abwägungsprozeß wird komplexer; Handlungsalternativen mit nunmehr bekannten erheblichen Nebenfolgen scheiden aus, umgekehrt können Alternativen erwogen werden, weil sie besonders wenig Nebenfolgen haben, und im Extremfall kann das Wissen um bestimmte erwünschte Nebenfolgen diese zum Handlungsziel ‚adeln‘. Speziell in technischen Bereichen wächst mit den Handlungsmöglichkeiten und -zwängen aber auch „der Bereich instrumenteller Verfahren, Institutionen und Methoden der Berechnung, Zurechnung und Abgeltung von Gefahren. Das vermehrt Risiken.“²³⁹

Auch wenn es in diesem Modell um die Vermehrung von Risiken geht, erscheint doch fraglich, ob damit der die Risikogesellschaft prägende gesellschaftliche Hintergrund benannt ist. Im Vordergrund, das kann man an der Reaktion auf *Becks* Untersuchung ablesen, stehen die bedrohlicheren Varianten der Zunahme von Risiken.

ccc) Die Zunahme von Risiken als Zunahme des Katastrophentials altbekannter Risiken

Bedrohlich ist zum einen, daß uns grundsätzlich bekannte Risikoquellen durch den technischen Fortschritt verbessert und dadurch paradoxerweise katastrophenträchtig geworden sind²⁴⁰. *Perrow* erwähnt, daß es schon früher Bergwerke, chemische Fabriken, Schiffe, Eisenbahnen und Flugzeuge gegeben hat – und auch von Anfang an Unfälle bei diesen Betrieben. Es gebe aber trotz der Kontinuität solcher Betriebe und Systeme gravierende Unterschiede: Das Schiff des Odysseus verschmutzte eben keine Mittelmehrküste wie die derzeit die Weltmeere noch befahrenden Supertan-

nichts anderes sein können als (durch Risikowissen und Risikowahrnehmung) bedingte Risikokonstruktion; vgl. instruktiv zu Risiken als „soziale Konstrukte“: *H.-P. Peters*, in: *Krüger/Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation*, 1991, S. 28 ff.

²³⁸ *Evers*, *Kommune* Heft 6/1989, S. 36.

²³⁹ A. a. O., S. 34.

²⁴⁰ Vgl. dazu *Perrow*, a. a. O., S. 358.

ker²⁴¹, Fabriken lagerten nicht so sehr in Siedlungsnähe und verarbeiteten weniger explosives oder toxisches Material, Flugzeuge konnten lange weder auf Atomkraftwerke noch auf gelagerte Atomwaffen stürzen.

ddd) Die Zunahme neuartiger Risiken und Gefahren

Am stärksten haben wohl die *neuartigen* Risiken den gesellschaftlichen Hintergrund dessen geprägt, was mit dem Kürzel Risikogesellschaft zusammengefaßt wird. Hier geht es um die Phänomene, die *Beck* als die „nicht kalkulierbaren Unsicherheiten in Gestalt spätindustrieller Großgefahren“²⁴² bezeichnet. *Perrow* meint – was dem einen bedrohlicher, dem anderen beruhigend erscheinen mag –, sie seien durchaus kalkulierbar, aber gerade deswegen, weil nämlich ihre „unvermeidlichen Risiken jeden sinnvollen Nutzen übersteigen“²⁴³, hoffnungslos und müßten aufgegeben werden. Es geht um jene Risiken, die eine andere Qualität haben, weil sie „global“, „meist unsichtbar“, „oft irreversibel“²⁴⁴ sind, und – nicht zuletzt – weil sie das Potential möglicher Selbstvernichtung des Planeten bergen²⁴⁵. Und, wenn man nicht mit *Beck* bei den per se angstmachenden Attributen dieser Risiken ansetzt, sondern mit *Perrow* bei den diese verursachenden Systemeigenschaften, dann sind es „komplexe“²⁴⁶, „eng gekoppelte“²⁴⁷ Systeme, die ein spezifisches Katastrophential²⁴⁸ haben, weil ihre Funktion in der Umwandlung²⁴⁹ explosiver oder toxischer Rohstoffe besteht.

²⁴¹ Ausführlich *Perrow*, a. a. O., S. 243 ff.

²⁴² *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 121.

²⁴³ *Perrow*, a. a. O., S. 355.

²⁴⁴ Diese Charakterisierungen bei *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 29.

²⁴⁵ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 28.

²⁴⁶ Vgl. *Perrow*, a. a. O., S. 107 ff.

²⁴⁷ Vgl. *Perrow*, a. a. O., S. 131 ff.

²⁴⁸ Damit ist nicht nur die Fähigkeit gemeint, „mit einem Schlag das Leben Hunderter von Menschen auszulöschen oder das von Tausenden, gar Millionen zu verkürzen“ (*Perrow*, a. a. O., S. 15), sondern auch die Tatsache, daß es Opfer dritten und vor allem vierten Grades gibt, d. h. „unbeteiligte Umstehende“ und „ungeborene Kinder und künftige Generationen“ (*Perrow*, a. a. O., S. 101.)

²⁴⁹ Zu den Spezifika von Transformationsprozessen, *Perrow*, a. a. O., S. 123 ff.

V. Zusammenfassung

Solange es überhaupt Verbote gibt, dürfte es auch gefährliche und trotzdem unverbote Handlungen gegeben haben. Zum Gegenstand juristischer Reflexion werden sie erst vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Entwicklungen. In diesem Sinn gehört die Rechtsfigur des erlaubten Risikos zur Industriegesellschaft, in der der technisch-industrielle Fortschritt eine Vielzahl von Gefahren mit sich bringt. Das mit der Technisierung verbundene kumulative Auftreten gefährlicher Handlungen und die Veränderung des Verhältnisses zwischen Sorglosigkeit des einzelnen und ihren möglichen Folgen führt dazu, daß die Haftungsfrage bezüglich der bei sorgfaltsgemäßem Handeln verbleibenden Risiken gestellt wird. Verneint wird sie, weil der Fortschritt für den einzelnen und die Gesellschaft sichtbare Verbesserungen mit sich bringt (und weitere verspricht), aber auch, weil der mit der Industrialisierung einhergehende Fortschritt nicht infragegestellt wird.

Das ändert sich in der aufkommenden Risikogesellschaft, die durch gewachsene Risiken, vor allem aber auch durch geänderte Risikowahrnehmung und vermehrtes Risikowissen geprägt ist. Die wahre Dimension vertrauter und lange wie selbstverständlich erlaubter Risiken wird erkannt, gleichzeitig wird langsam deutlich, daß das weitere – und im Prinzip unveränderte – Lizenzieren von Risiken zu „normalen Katastrophen“ führt.

Gezeigt hat sich auch, daß erst eine spezifische Problematik nach spezifischen juristischen Antworten verlangt. Die Einwilligung des Fußballers in die Gefährdung seiner körperlichen Integrität gehört dazu ebensowenig wie die des römischen Wettkämpfers. Die Aufblähung der unter dem Topos ‚erlaubtes Risiko‘ abgehandelten Rechtsprobleme ist Ergebnis lebensweltfremder Abstraktions- und Systematisierungsbedürfnisse. Unter dem Stichwort ‚erlaubtes Risiko‘ sollten allein die Fälle diskutiert werden, in denen es um die bei sorgfaltsgemäßem Handeln verbleibenden Risiken gesellschaftlich erwünschten oder akzeptierten Verhaltens geht. Die Analyse der juristischen Diskussion dieser Fälle hat ergeben:

- Zu Recht entlastet die Rechtsfigur des erlaubten Risikos den einzelnen von der Haftung für Risiken, die einzugehen die Gesellschaft sich entschlossen hat. Dieser strafbarkeitseinschränkende

Aspekt der frühen Risikodogmatik verdient Zustimmung und wieder verstärkte Beachtung.

- Die verbrechenssystematische Diskussion hat sich als fruchtlos erwiesen. Das hängt mit der Ratlosigkeit zusammen, die die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit den Gründen und Maßstäben für erlaubte Risiken charakterisiert. Gewachsene Selbstverständlichkeit, Unvermeidbarkeit oder Notwendigkeit der Risiken, festgestellt nach den Regeln des Lebens – das sind Gründe, die alle auf die normative Kraft des faktisch Sozialadäquaten verweisen, wo langfristige und umfassende – die Chancen- und Risikoverteilung berücksichtigende – Abwägung gefragt gewesen wäre.
- Die Möglichkeit und Notwendigkeit der Neubewertung erlaubter und zu verbietender Risiken in der Risikogesellschaft trifft allerdings in erster Linie die Politik und das den Gefahren und Risiken der Risikogesellschaft sachnähere Verwaltungsrecht. Für das Strafrecht bliebe allenfalls die Erwägung, ob die Warnfunktion des Tatbestandes das Lozieren des ‚erlaubten Risikos‘ auf der Ebene der Rechtswidrigkeit nahelegt.

8. KAPITEL
STRAFRECHTSDOGMATIK IN DER
RISIKOGESELLSCHAFT II:
DIE RISIKODOGMATIK

A. Zum Gegenstand der Risikodogmatik

Risikostrafrecht ist funktionales Strafrecht¹, es bedarf funktionaler Strafrechtsdogmatik. Dabei geht es jedoch nicht um irgendeine Funktion des Strafrechts, sondern gerade um die Funktion der Risikominimierung.

I. Potentielle Felder der Risikodogmatik

Vor diesem Hintergrund müßte man eigentlich die gesamte Dogmatik daraufhin durchsehen, wo und wie Elemente einer solchen Risikodogmatik auftauchen, die das Strafrecht im Hinblick auf seine risikominimierende Funktion rationalisieren will. Schon die Tatsache, daß *Kratzsch*, einer der hier als Risikodogmatiker rubrizierten Autoren², weder das ‚erlaubte Risiko‘ noch sonst einen bereits sprachlich als Risikodogmatik ausgewiesenen Gegenstand behandelt, sondern seine Überlegungen mit der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch illustriert, zeigt, daß man Risikodogmatik an durchaus überraschenden Stellen antreffen kann.

Auch in anderen Zusammenhängen wird man erfolgreich nach Risikodogmatik fahnden: Spricht nicht alles dafür, daß die risiko-

¹ So übereinstimmend die für die Risikodogmatik repräsentativen Arbeiten *Wolters*, *Frischs* und *Kratzschs*. *Wolter* (Objektive Zurechnung, 1981) und *Kratzsch* (Verhaltenssteuerung, 1985) verweisen schon im Titel direkt („funktionales Straftatsystem“) oder indirekt („Verhaltenssteuerung“) darauf. *Frisch* (Vorsatz und Risiko, 1983) bekennt sich ebenfalls frühzeitig und grundsätzlich zu der seiner Untersuchung zugrundeliegenden „funktionalen Methode“ (a. a. O., S. 31 ff.). Vgl. zu diesen Arbeiten kurz in der Einleitung, S. 30 f. und ausführlicher in diesem Kapitel, S. 335 f.

² Vgl. S. 31.

minimierende Funktion von Strafrecht für die Frage nach Grund und Grenzen des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch einiges hergibt³? Muß man nicht vermuten, daß die Dogmatik der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe unter dem Blickwinkel der risikominimierenden Funktion des Strafrechts einer Revision bedarf⁴?

Der Anwendungsbereich der Risikodogmatik dürfte auch nicht auf die Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches beschränkt sein. So ist die Ansicht, die *Risiken* späterer (eigener) Erkrankung und (fremder) Ansteckung einer Erkrankung seien eine *Gesundheitsbeschädigung*⁵, nicht auf nennenswerten Widerspruch gestoßen⁶. Und die Einbeziehung der *Vermögensgefährdung* in den Begriff des *Vermögensschadens* ist, weil das ganz und gar der Logik der Risikominimierung entspricht, fast⁷ allgemein akzeptiert⁸. Schließlich, ist nicht die Dogmatik der *Gefährdungsdelikte* insgesamt nichts anderes als Risikodogmatik⁹?

Ich würde nicht zögern, alle diese Fragen zu bejahen. In der Tat durchzieht der Gedanke, Risikominimierung sei *die* Funktion des Strafrechts, die moderne Dogmatik des materiellen Strafrechts. „Das Interesse der ‚Risikogesellschaft‘ an Minimierung von Unsicherheit und an globaler Steuerung komplexer Prozesse“, hat, so schätzt *Hassemer* die Lage ein, „nicht nur die Kriminalpolitik, sondern auch die Straftheorie und die Lehre vom Rechtsgut erreicht.“¹⁰ Es hat, so würde ich den Faden weiterspinnen, längst auch Einzug in die Strafrechtsdogmatik gehalten.

³ Vgl. zu diesem präventionspolitischen Aspekt der „goldenen Brücke“, die § 24 StGB dem Täter baut: *Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil, 1, 1980, S. 229 ff. [232 f.]. Jetzt eindeutig BGH NStZ 1989, 317, der von dem „für den Rücktritt maßgeblichen Opferschutz“ spricht.

⁴ Dazu passen jedenfalls die Tendenzen, das ‚scharfe‘ Notwehrrecht einzuschränken und dem eigentlich notstandstypischen Abwägungsgedanken unterzuordnen. Vgl. *Jescheck*, AT⁴, 1988, S. 309: „Die moderne Entwicklung des Notwehrrechts ist die Geschichte seiner sozioethisch begründeten Einschränkungen.“

⁵ BGHSt 36, 1 f. [6].

⁶ Vgl. dazu: *Prittowitz*, StV 1989, S. 123 ff. [126].

⁷ Anders aber: *Naucke*, Strafbarer Betrug, 1964, S. 215 f. und jetzt *ders.*, StV 1985, S. 187 f. (Anm. zu BGH StV 1985, S. 186 f.).

⁸ Vgl. nur *Schönke-Schröder-Cramer*, StGB²⁴, 1991, § 263, Rn. 144 m. w. N.

⁹ Der Sache nach ebenso und grundsätzlich skeptisch zu den abstrakten Gefährdungsdelikten: *Felix Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991.

¹⁰ *Hassemer*, NStZ 1989, S. 557.

II. Zur Beschränkung dieser Untersuchung auf die Bereiche ‚erlaubtes Risiko, Risikoerhöhungslehre und Risikovorsatz

Trotz des vermuteten *umfassenden* Einflusses der Risikodogmatik beschränkt sich diese Untersuchung auf die drei Bereiche ‚erlaubtes Risiko‘ (dazu schon im 7. Kapitel), ‚Risikoerhöhungslehre‘ und ‚Risikovorsatz‘ (im jetzt folgenden 8. Kapitel). Das hat pragmatische Gründe, die kaum der Erwähnung bedürfen¹¹, läßt sich aber auch theoretisch rechtfertigen. Die hier ausgewählten Beispiele sind nämlich in zweierlei Hinsicht besonders aussagekräftig: Zum einen spricht *prima facie* viel dafür, daß gerade an den Stellen, an denen der *Begriff* Risiko Eingang in die Strafrechtsdogmatik gefunden hat, auch die Suche nach dem Eindringen dahinterstehender *Konzepte* und damit verbundener gesellschaftlicher Erfahrungen erfolgreich sein wird. Zum anderen – und das ist letztlich der ausschlaggebende Gesichtspunkt – handelt es sich bei den hier ausgewählten Bereichen nicht um einen beliebigen Ausschnitt der Strafrechtsdogmatik; ‚erlaubtes Risiko‘, ‚Risikoerhöhungslehre‘ und ‚Risikovorsatz‘ – das sind Stichworte, die auf Kernfragen der objektiven und subjektiven Zurechnung im Strafrecht hinweisen. Zu zeigen, daß die Risikodogmatik gerade diese Bereiche erreicht hat, wird zudem deswegen zur Herausforderung, weil das Strafrecht in solchen Grundfragen am deutlichsten den Anspruch hat (oder zumindest gegen sich gelten lassen muß), „magna charta des Verbrechers“¹², unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik zu sein.

¹¹ Vollständigkeit kann nicht das Ziel einer Untersuchung sein, die ein ohnehin weitgespanntes Thema („Strafrecht der Risikogesellschaft“) mit dem Anspruch verbindet, den Umfang lesbarer Monographien nicht zu überschreiten.

¹² Das berühmte Zitat (*v. Liszt*, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze, Bd. 2, 1905, S. 75 ff. [80]) sollte treffender abgewandelt werden in „magna charta des Bürgers, der ja stets auch potentieller Täter ist“.

B. Risikodogmatik I: Die Risikoerhöhungslehre (im engeren Sinn)

I. Einführung und Überblick

Wenn menschliches Verhalten in aller Regel riskant, ein Großteil dieser Risiken aber als erlaubt von vornherein strafrechtlich irrelevant ist, dann bedeutet das im Umkehrschluß, daß das Strafrecht sich mit *unerlaubten* Risiken befaßt. Das ist, wenn man sich erst einmal auf risikoorientierte Formulierungen eingelassen hat, fast trivial, logisch jedenfalls unanfechtbar. Daran, daß die Strafrechtswissenschaft gleichwohl ihren Gegenstand *nicht so* formuliert hat, kann man ablesen, daß das Denken in Risikokategorien auch lange nach der Entdeckung des ‚erlaubten Risikos‘ noch keineswegs vorherrschend war. Erst die moderne Lehre hat sich zunehmend darauf besonnen, den Risikobegriff zum Ausgangspunkt und zentralen Topos objektiver Zurechnung zu machen¹³.

Dieser Schritt ist dem Prinzip der Risikoerhöhung freilich nicht unvermittelt gelungen. Zu notieren ist vielmehr eine bemerkenswerte Karriere: Von *Roxin* 1962 als Zurechnungskriterium bei den Fahrlässigkeitsdelikten in die Debatte geworfen¹⁴, in der Folgezeit als plausibler Ansatz für die ‚Kausalitäts‘-Debatte beim Unterlassungsdelikt¹⁵ (wieder-¹⁶) entdeckt, ist die Risikoerhöhung erst im Laufe der Zeit zu dem Merkmal objektiver Zurechnung geworden.

Im folgenden sollen zunächst – der Dogmengeschichte folgend – einige hier interessierende Fragmente der Diskussionen rekonstruiert werden, die dem Risikoerhöhungsprinzip das Entree in die

¹³ Um einzugrenzen, was mit ‚moderner Lehre‘ gemeint ist, sei auf den – Strafrechtsentwicklungen zuverlässig dokumentierenden – Kommentar von *Karl Lackner* Bezug genommen: Ab der 17. Auflage (1987) verweist er darauf, daß die objektive Zurechnungskriterium der Kausalität teils einschränkenden, teils ersetzenden Ansätze im Schrifttum, sich „überwiegend auf das Prinzip der Risikoerhöhung, bzw. der Schaffung eines unerlaubten Risikos (stützen).“ (a. a. O., vor § 13 III.1.c.dd.)

¹⁴ *C. Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 411 ff.

¹⁵ Vgl. die vollständigen Nachweise bei *Kablow*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1991, S. 56, dort Fn. 3.

¹⁶ Grundlegend schon: *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957. Ausführlich zur Würdigung der Vorreiterrolle *Hardwigs*: *Kablow*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1991, S. 58 ff.

Strafrechtsdogmatik verschafft haben (II.), bevor dann Risikochaffung und Risikoerhöhung als allgemeine Kriterien objektiver Zurechnung erörtert werden (C.).

II. Die Risikoerhöhungslehre im engeren Sinn

1. Die Risikoerhöhung als zusätzlich notwendige Bedingung der Strafbarkeit bei Vorhandensein von „Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten“ (Claus Roxin)

Schon der Titel dieses Aufsatzes belegt, daß Roxin keinen allgemeinen Beitrag zur Zurechnungslehre leisten will¹⁷. Ihn interessiert vielmehr die Frage nach dem „mysteriösen Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg“^{18/19}, auf den es beim Fahrlässigkeitsdelikt ankommen soll, wenn man das kumulative Auftreten von Pflichtwidrigkeit und Erfolg als für eine Bestrafung nicht ausreichend ansieht, beziehungsweise das Sich-Damit-Zufriedengeben als Rückkehr zur überwundenen²⁰ Lehre des *versari in re illicita*²¹ kritisiert²².

Worum es in der Sache und in den einschlägigen Fällen²³ geht, ist mit wenigen Worten skizziert: Der Angeklagte hat pflichtwidrig gehandelt, und ein Erfolg, also eine Rechtsgutverletzung, liegt eben-

¹⁷ Dieser Eindruck entsteht bei *Kahlo*, a. a. O., S. 99.

¹⁸ *Arthur Kaufmann*, Eb.-Schmidt-Fs., 1961, S. 223.

¹⁹ Vgl. jetzt ausführlich zu diesem ‚Pflichtwidrigkeitszusammenhang‘, v. a. zu der Frage, warum eigentlich ein solcher spezifischer Zusammenhang zwischen fahrlässiger Handlung und Erfolgseintritt bestehen muß: *Küper*, Lackner-Fs., 1987, S. 247 ff.

²⁰ Vgl. etwa *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961, S. 17; *Hardwig* (GA 1965, S. 99) findet in diesem Prinzip immerhin einen „zutreffenden Grundgedanken“; daß eine Lehre, die mit überzeugenden Gründen (normativ) abgelehnt ist, noch keineswegs „überwunden“ sein muß, hat jüngst wieder die Debatte über die strafrechtliche Haftung HIV-Infizierter bewiesen; vgl. die dahingehende Rekonstruktion der Entscheidung des BGH (E 36, 1 ff.) bei *Lüderssen*, StV 1990, S. 83 ff. [86].

²¹ Eingehend zu diesem dem kanonischen Recht entstammenden Grundsatz („*versari in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*“): *Löffler*, Schuldformen, 1895, S. 139.

²² *Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 411 ff. [431].

²³ *Roxin*, (a. a. O., S. 411 f.) illustriert sie an den bekannten Entscheidungen BGHSt 11, 1 ff. („Radfahrer-Fall“), RGSt 15, 151 ff. („Apotheker-Fall“), RGSt 63, 211 ff. („Ziegenhaar-Fall“) und dem unveröffentlichten (bei *Spendel*, [Kausalitätsformel, 1948, S. 65 ff.] mitgeteilten) „Novokain-Fall“.

falls vor, es ist aber möglich, wahrscheinlich oder sogar sicher, daß die Rechtsgutverletzung auch dann eingetreten wäre, wenn sich der Angeklagte pflichtgemäß verhalten hätte. „Die Frage ist“, erläutert *Roxin* mit aller wünschenswerten Klarheit, „ob in jedem dieser Fälle eine fahrlässige Tötung anzunehmen ist, ob überall Freispruch erfolgen muß oder ob man – je nachdem, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Erfolg bei ordnungsgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre – differenzierende Lösungen entwickeln kann.“²⁴

Roxin nimmt sich alle bis dato vertretenen Ansichten vor, kritisiert die drei Antworttypen – die „Unterlassungslösung“²⁵, die „Zusammenhangstheorie“²⁶ und die – seinerzeit von *Arthur Kaufmann*²⁷ neu in die Debatte geworfene Lösung über die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen²⁸ – um dann seine eigene Lösung des Problems durch das von ihm – im Anschluß an einen „fast verschollenen“²⁹ Aufsatz von *Mittasch*³⁰ – so genannte Prinzip der Risikoerhöhung vorzustellen. Danach soll gelten:

²⁴ *Roxin*, a. a. O., S. 412.

²⁵ A. a. O., S. 413 ff. Sie setzt voraus, daß man das Verhalten der jeweiligen Angeklagten als Unterlassen einordnet. Die Konsequenz wäre Strafflosigkeit gewesen, da nach damals noch „fast einhelliger“ (a. a. O., S. 413) Meinung Voraussetzung der Strafbarkeit war, daß die Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet hätte. *Roxins* Kritik richtet sich gegen die Einordnung der jeweiligen Verhaltensweisen als Unterlassen.

²⁶ A. a. O., S. 419 ff. Sie geht von der Einordnung des Verhaltens als Tun aus, fordert aber zusätzlich zu Pflichtwidrigkeit und Erfolg einen – mit vielen Namen bedachten – zusätzlichen *Zusammenhang* zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg. *Roxin* kritisiert, diese Theorien begründeten ihr Ergebnis nicht, ihnen liege ein „ziemlich unreflektiertes Evidenzerlebnis“ (a. a. O., S. 422) zugrunde. Darüberhinaus führten sie nicht zu befriedigenden Ergebnissen, weil sie, konsequent angewendet (was freilich weder die Rechtsprechung noch die Lehre tue) den Zusammenhang nachweisen müßten, also auch bei wahrscheinlichem Ausbleiben des Erfolges bei pflichtgemäßem Verhalten freisprechen müßten.

²⁷ *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Fs., 1961, S. 200 ff.

²⁸ *Roxin*, a. a. O., S. 425 ff. Diese Lehre will freisprechen, wenn der Erfolg nach menschlichem Ermessen durch eine vom Handeln des Angeklagten unabhängige Entwicklung ebenfalls eingetreten wäre (*Arthur Kaufmann*, a. a. O., S. 229). *Roxins* Kritik richtet sich in erster Linie gegen die Ergebnisse („Soll man nun getrost Leute, die ohnehin bald sterben, fahrlässig töten dürfen?“, a. a. O., S. 427). Vgl. die energische Replik *Kaufmanns* in seinem Beitrag „Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie“ zur *Jescheck-Fs.*, 1985, S. 273 ff.

²⁹ A. a. O., S. 441.

³⁰ *Mittasch*, in: Deutsche Rechtswissenschaft, 8. Band, 1943, S. 46 ff.

„Man prüfe, welches Verhalten nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos dem Täter nicht als Pflichtverstoß hätte zugerechnet werden dürfen. Damit vergleiche man die Handlungsweise des Angeklagten. Und nun stelle man fest, ob bei der konkreten, zur Beurteilung stehenden Sachgestaltung die Chance des Erfolgseintritts durch das unkorrekte Täterverhalten gegenüber dem erlaubten Risiko erhöht worden ist. Ist das der Fall, so liegt eine tatbestandserfüllende Pflichtverletzung vor ..., fehlt eine Risikoerhöhung, so kann dem Handelnden der Erfolg nicht zur Last gelegt werden“³¹

Bevor zu dieser einflußreichen – wenn auch noch nicht herrschenden, so doch „zunehmende Bedeutung“ gewinnenden³² – Meinung Stellung genommen wird, soll die zum Teil parallele Problematik im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte³³ aufgezeigt werden.

2. Die Risikoerhöhung als Merkmal objektiver Zurechnung bei den unechten Unterlassungsdelikten

In Anbetracht der Anleihen der Fahrlässigkeits- bei der Unterlassungsdogmatik zur Klärung der ‚Kausalitätsprobleme‘³⁴, überrascht es nicht, daß bald auch umgekehrt die Übernahme der Risikoerhöhungslehre in die Unterlassungsdogmatik angeregt wurde³⁵, zumal sich diese Lehre dort bereits vor ihrer Entdeckung durch Roxin bei Hardwig³⁶ angedeutet hatte³⁷.

³¹ A. a. O., S. 432 f.

³² Dreher-Tröndle, StGB⁴⁵, 1991, vor § 13, Rn. 17e.

³³ Vgl. kritisch zur traditionellen Begründung der Einteilung in „echte“ und „unechte“ Unterlassungsdelikte: Kahlo, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1991, S. 26 ff. Er meint, die unechten Unterlassungsdelikte seien insofern „als unechte zu begreifen“, als sie nur scheinbar keine Bewirkensqualität aufwiesen (a. a. O., S. 341).

³⁴ Vgl. die soeben (S. 325, Fn. 25) erwähnte „Unterlassungslösung“.

³⁵ Vgl. vor allem Schaffstein, Honig-Fs., 1970, S. 172: „So sehr uns die Einschaltung dieses Zurechnungsprinzips (der Risikoerhöhung, CP.) als ein Fortschritt gegenüber anderen Lösungsversuchen und die damit zu erzielenden Ergebnisse befriedigend zu sein scheinen, so ergibt sich für uns doch die Frage, ob die Zurechnung auf Grund der Risikoerhöhung auf die fahrlässigen Begehungsdelikte beschränkt bleiben kann, und ob nicht ihre Anerkennung dort zwangsläufig auch zur Anerkennung bei den fahrlässigen Unterlassungsdelikten führen muß“

³⁶ Hardwig, Die Zurechnung, 1957, S. 162 f.

³⁷ Das betont: Kahlo, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1991, S. 58 ff.

Auch hier ist die Problematik ebenso schnell skizziert, wie der Meinungsstand: Unter welchen Voraussetzungen, das ist die Frage, soll ein Erfolg einem Unterlassungstäter als von ihm verursachter zugerechnet werden? Nach der – immer noch herrschenden – Meinung in Rechtsprechung und Literatur³⁸ kommt es darauf an, „ob die unterbliebene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiere, d. h. ob sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg verhindert hätte.“³⁹ Demgegenüber reicht es nach der Risikoerhöhungslehre aus, daß die unterbliebene Handlung das Risiko des Erfolgseintritts erhöht hat⁴⁰.

3. Die Diskussion über die Risikoerhöhungslehre im engeren Sinn: Worum geht es in der Kontroverse und wie ist dazu Stellung zu nehmen?

a) Der Gegenstand der Kontroversen

In beiden Konstellationen geht es um die Modalitäten der Zurechnung eines Erfolges zu einem Verhalten. Ausgehend von der ganz überwiegenden Meinung, die die Mindestvoraussetzung der Zurechnung des Erfolges darin sieht, daß er von dem Verhalten verursacht wurde, stellt sich im Rahmen der Unterlassungsdelikte die Frage, ob man überhaupt von Kausalität im Sinne gesetzmäßiger Bedingung sprechen kann⁴¹; im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte dagegen, in denen die Kausalität in der Regel unproblematisch feststellbar ist, wird gefragt, ob Handlung, Erfolg und Kausalität (im Sinne der Äquivalenztheorie) nicht nur notwendige, sondern auch ausreichende Bedingungen der objektiven Zurechnung sind.

Obwohl die Diskussion – speziell die Frage nach der möglichen Kausalität des Unterlassens – wie kaum eine andere strafrechtsdogmatische zu grundsätzlichen rechtsphilosophischen Überlegungen

³⁸ Vgl. Dreher-Tröndle, StGB⁴⁵, 1991, Rn. 20 vor § 13; Schönke-Schröder-Stree, StGB²⁴, 1991, § 13, Rn. 64.

³⁹ Lackner, StGB¹⁹, 1991 vor § 13 Rn. 11 (III.1.c.bb.) m. w. N.

⁴⁰ Vgl. etwa Stratenwerth, in: Gallas-Fs., 1973, S. 227; E.A. Wolff, Kausalität, 1965, S. 27; Otto, NJW 1980, S. 423; Rudolphi, SK Rn 16 vor § 13.

⁴¹ Lackner, StGB¹⁹, 1991, Vor § 13 Rn. 11 (Anm. III.1.c.bb. m. w. N.)

Anlaß – und Grund – gibt⁴², geht es letzten Endes um Vorentscheidungen über den – engen oder weiten – Anwendungsbereich von Strafrecht⁴³. *Schünemanns* – eher beiläufiges⁴⁴ – Diktum von der Unentbehrlichkeit der „Risikoerhöhungstheorie in kriminalpolitischer Hinsicht“⁴⁵ bestätigt das eindrucksvoll⁴⁶. Zugespißt kann man formulieren: Soll die strafrechtliche Haftung davon abhängen, daß nach der Überzeugung des Gerichts dem Täter nachgewiesen wurde, daß der Erfolg „sein Werk“⁴⁷ ist, oder soll es – zusätzlich zur oder statt der Kausalität – darauf ankommen, ob das Verhalten des Täters risikoe erhöhend war?

Es geht also – mehr oder weniger offen zugegeben⁴⁸ – um Kriminalpolitik⁴⁹, genauer um eine *Ausdehnung der Strafbar-*

⁴² Vgl. die diesen Tatbestand erneut demonstrierende Untersuchung von *Kablo*, a. a. O.

⁴³ Wegen der Häufigkeit fahrlässigen Verhaltens ist dort das Problem besonders brisant. Es wird daher im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen.

⁴⁴ In der Beiläufigkeit zeigt sich die Selbstverständlichkeit, mit der die Risikodogmatik von ihrem funktionalen (also kriminalpolitischen) Ansatz ausgeht.

⁴⁵ *Schünemann*, GA 1985, S. 341 ff. [356].

⁴⁶ Ähnlich bereits *Schünemann*, JA 1975, S. 647 ff. [649]: „Wenn man diese Streitfrage zunächst unter Vernachlässigung aller dogmatischen Subtilitäten allein unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten betrachtet, so wird man die ... Feststellung treffen können, daß sich die kriminalpolitischen Bedürfnisse allein durch die Risikoerhöhungstheorie befriedigen lassen.“

⁴⁷ So eine Formulierung der Lehre von der objektiven Zurechnung (vgl. etwa *Wessels*, AT²¹, 1991, § 6. II.1. [S. 53]; *Dreher-Tröndle*, StGB⁴⁵, 1991, vor § 13 Rn. 17a), deren sprachliche Nähe zum ‚Bewirken‘ sicherlich nicht zufällig ist. Vgl. zur Entwicklung der Kausaltheorie des Strafrechts als Theorie des menschlichen Bewirkens v. a. *E.A. Wolff*, Kausalität, 1965. Dieser Lehre liegt die „Theorie einer rechtspersonalen Kausalität aus Freiheit zugrunde“ (So zusammenfassend und zustimmend: *Kablo*, a. a. O., S. 312 ff. (Zitat: S. 313)).

⁴⁸ Ausführliche Rekonstruktion und Kritik der verschiedenen ‚Lager‘ der Risikoerhöhungstheorie bei *Kablo* (a. a. O., S. 55 ff.) der zwischen der Risikoerhöhungstheorie als Zurechnungslehre auf klassischer, vorkritischer Grundlage (zu *Hardwig*: S. 58 ff.), als personaler Unrechtstheorie (zu *Otto*; S. 73 ff.), als juristisch teleologischer Zurechnungslehre nach dem Risikoprinzip (zu *Roxin*; S. 96 ff.), dem Risikoerhöhungsgedanken auf erkenntnistheoretischer Grundlage (zu *Stratenwerth*; S. 120 ff.), den unvermittelt folgenorientierten Lösungen (zu *Schünemann*; S. 159 ff.) und schließlich den systemtheoretisch begründeten Zurechnungslehren (zu *Jakobs*: S. 192 ff.) unterscheidet.

⁴⁹ Zu Recht kritisiert *Kablo* (a. a. O., S. 38), daß die Vertreter der Risikoerhöhungstheorie die Gegenmeinung als kriminalpolitisch verfehlt kritisieren, ohne anzugeben, „wie eine ‚richtige Kriminalpolitik‘ auszusehen hätte und inwiefern deren Maximen eigentlich für ein Problem der Unrechtslehre von Bedeutung sein können.“

keit^{50/51} durch die Risikoerhöhungstheorie. Damit ist auch schon der zentrale Punkt der Kritik benannt: Die Risikoerhöhungstheorie mache – unzulässigerweise, weil vom Gesetzgeber so nicht autorisiert – aus Verletzungsdelikten Gefährdungsdelikte⁵², zudem (bzw. dadurch) würde dem Angeklagten der Erfolg entgegen dem Satz in dubio pro reo schon dann zugerechnet, wenn sein Verhalten das Risiko für das verletzte Rechtsgut gesteigert habe⁵³. Von den Anhängern der Risikoerhöhungstheorie wird diese nicht verstummende Kritik energisch⁵⁴ zurückgewiesen; allenfalls wird zugestanden, sie treffe die Protagonisten der Lehre, die die Risikoerhöhung *an die Stelle* der Kausalität als Merkmal objektiver Zurechnung setzen wollen⁵⁵.

Auf diese Kontroverse soll, weil sie Aufschlüsse über das kriminalpolitische Profil der Risikoerhöhungstheorie – und damit der Risikodogmatik insgesamt – verspricht, etwas detaillierter eingegangen werden.

⁵⁰ So auch mit aller Deutlichkeit: *Arthur Kaufmann*, Jescheck-Fs., 1985, S. 273 ff. [276 und 279].

⁵¹ Das heißt freilich nicht, daß diese Lehre sich nicht um Konsistenz bemüht und sich am Gerechtigkeitspostulat orientiert.

⁵² Dieses Argument findet sich erstmals – entgegen der Ansicht *Stratenwerths* (*Gallas-Fs.*, 1973, S. 236), der meint, *Schaffstein* (*Honig-Fs.*, 1970, S. 173) habe diese These als erster formuliert – in einer kurzen Rezension von *Ulsenheimers* Untersuchung durch *Otto* (*MschKrim* 1967, S. 96). Interessanterweise bekennen sich sowohl *Otto* (vgl. a. a. O. und ausführlicher in *NJW* 1980, S. 417 ff.) als auch *Schaffstein* kriminalpolitisch eindeutig (und zwar sowohl bei der Problematik des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs als auch bei der „Kausalität“ des Unterlassens) zur Risikoerhöhungstheorie, was darauf hinweist, daß diese Lehre zumindest von manchen ihrer Verfechter genau so verstanden wurde. In der Folge wurde das Argument aufgegriffen und weiterentwickelt von: *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, 1972, S. 156 f.; *ders.* SK, Anhang zu § 16, Rn. 27 f.; *LK-Schroeder*, § 16 Rn. 190 f., *Baumann-Weber*, AT⁹, 1985, § 19 III.2.c.f., S. 274; *Jakobs*, AT², 1991, 7/101, S. 237; *Geilen*, JZ 1973, 320, 322; *Fincke*, Arzneimittelprüfung, 1977, S. 60 ff.; *Seebald*, GA 1969, S. 193 ff.

⁵³ Auch dieser Gesichtspunkt wird schon bei *Schaffstein* (*Honig-Fs.*, 1970, S. 173) angedeutet; ebenso *Baumann-Weber*, AT⁹, 1985, S. 273 und *Jakobs*, AT², 1991, 7/102 (m. w. N. in Fn. 154 auf S. 237).

⁵⁴ Auffallend wenig Verständnis dafür, daß diese vor etwa 20 Jahren von *Ulsenheimer* (Pflichtwidrigkeit und Erfolg, 1965, S. 138 f.) und *Samson* (Hypothetische Kausalverläufe, 1972, S. 152 ff.) bis heute häufig wiederholt werden, demonstriert *Schünemann* schon sprachlich mit der etwas enigmatischen Bemerkung, die Argumente seien „nur teilweise gewichtig und können auch im übrigen entkräftet werden.“ (a. a. O., S. 355).

⁵⁵ Vgl. die Nachweise bei *Schünemann*, GA 1985, S. 341 ff. [357 Fn. 61].

b) Die Kontroverse um die Kriminalisierungstendenzen der Risikoerhöhungslehre

aa) Die behauptete Verwandlung von Verletzungs- in Gefährdungsdelikte

In den Formulierungen der prägnanten Replik *Schünemanns* handelt es sich bei dieser Kritik um eine „bloße *petitio principii*, die außerdem an der vorhandenen Deliktsstruktur und dem Effekt der Risikoerhöhungstheorie (vorbeigehe)⁵⁶:

Das Risikoerhöhungsprinzip führe „bei Begehungsdelikten nicht zur Ersetzung, sondern zur Ergänzung des Kausalitätserfordernisses zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung, (wirke) deshalb nicht strafbarkeitsausdehnend, sondern einschränkend“. Mit dem Begriff der Erfolgsdelikte sei die Theorie vereinbar, „weil deren Normzweck seit Anerkennung des erlaubten Risikos offenbar nicht mehr in der Verhinderung jeglicher Rechtsgüterverletzungen, sondern nur noch in ihrer Reduzierung auf ein erträgliches Ausmaß“ bestehe⁵⁷.

Am leichtesten zu entwirren ist die – für sich genommen aufschlußreiche⁵⁸ – Diskussion darüber, ob die Risikoerhöhungslehre die Strafbarkeit ausdehnt oder einschränkt. Daß man darüber überhaupt streiten kann, verdankt sich der Abhängigkeit relationaler Aussagen von ihrem Bezugspunkt.

Wer wie *Schünemann* sagt, „eigentlich“ seien die Voraussetzungen der Strafbarkeit schon gegeben, wenn nur Handlung, Erfolg und Kausalität (i. S. der Äquivalenztheorie) vorliege, der kommt folgerichtig zu der These, die dazu *hinzutretende* Bedingung der Risikoerhöhung habe einen strafbarkeitseinschränkenden Effekt.

Wer dagegen der Auffassung ist, strafbar sei ein Verhalten erst dann, wenn neben Handlung, Erfolg, Kausalität, auch die ‚Kausalität‘⁵⁹ der Pflichtwidrigkeit nachgewiesen sei, der wird die Risiko-

⁵⁶ A. a. O., S. 355

⁵⁷ A. a. O., Hervorhebungen im Original.

⁵⁸ Es ist Zeichen eines zu begrüßenden strafrechtsskeptischen kriminalpolitischen Klimas, daß die Behauptung, eine Auffassung wirke strafbarkeitsausdehnend, als *Vorwurf* empfunden und dementsprechend zu widerlegen versucht wird.

⁵⁹ Seit langem steht fest, daß es sich nicht um ein ‚echtes Kausalproblem‘ handelt (so: Roxin, ZStW 74 (1962), S. 411 ff. [412], weil „strenggenommen nur die der realen Welt angehörende Handlung“ kausal sein kann (so: *Schünemann*, GA 1985,

erhöhungslehre, die von diesem strengen Erfordernis *abgeht* und sich mit der Risikoerhöhung zufriedengibt, als strafbarkeitsausweitend betrachten.

Der Streit ist, auch wenn beide Behauptungen in sich stimmig sind, nicht unentscheidbar. Denn an dieser Stelle treten die Prämissen in das Bild. Dabei zeigt sich schnell, daß die These von der strafbarkeitseinschränkenden Wirkung der Risikoerhöhungslehre kaum aufrechterhalten werden kann. Die Risikoerhöhungslehre ist nämlich dann, aber nur dann, strafbarkeitseinschränkend, wenn man die Ergebnisse ihrer Anwendung mit der – auch nach Ansicht ihrer Verfechter inakzeptablen, weil mit dem Schuldstrafrecht nicht vereinbaren, Alternative des *versari in re illicita*⁶⁰ vergleicht. Sie ist dann strafbarkeitsausweitend, und das allein sollte zählen, wenn man sie mit der relevanten Gegenmeinung, die den Nachweis des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges verlangt⁶¹, vergleicht. Das sieht auch *Schünemann* so, der der Gegenmeinung ausdrücklich vorwirft, sie führe zu kriminalpolitisch fragwürdigen Ergebnissen⁶² (was im Zusammenhang ohne Zweifel bedeutet: zu kriminalpolitisch fragwürdigen *Freisprüchen*).

Noch durchlässiger präsentiert sich die zweite Verteidigungslinie. Ihr zufolge geht der Vorwurf, die Risikoerhöhungslehre verwandle Verletzungs- in Gefährdungstatbestände⁶³, „an der vorhandenen Deliktsstruktur“ vorbei⁶⁴. Der Normzweck der Erfolgsdelikte⁶⁵ sei es nämlich gar nicht, so *Schünemann*, jegliche Rechtsgüterverletzung zu verhindern, sondern bestehe darin, die Rechtsgüterverletzungen auf ein erträgliches Maß zu reduzieren.

Das verweist auf die alltagssprachlich und alltagstheoretisch wenig einleuchtende, normtheoretisch dagegen plausible Annah-

S. 341 ff. [354, Fn. 45]. Was gemeint ist, ist klar, nämlich, daß der Erfolg nicht auch ohne Pflichtwidrigkeit eingetreten wäre.

⁶⁰ So *Roxin* (a. a. O., S. 431), weil diese Prämisse nur mit der überwundenen Lehre vom *versari in re illicita* zu begründen wäre.

⁶¹ Grundlage des Vergleichs sind allerdings die *Theorien*, nicht ihre (z. T. inkonsequente) *Anwendung* durch die Rechtsprechung.

⁶² *Schünemann*, a. a. O., S. 354 f.

⁶³ Siehe die Nachweise oben, S. 329, Fn. 52.

⁶⁴ *Schünemann*, a. a. O., S. 355.

⁶⁵ Gemeint sind offensichtlich Verletzungsdelikte, also Erfolgsdelikte, in denen der tatbestandliche Erfolg gerade in einer Verletzung besteht.

me, den Verletzungsdelikten liege ebenso wie den Gefährdungsdelikten das – allein bestehende – Verbot der „Gefährdung über ein erträgliches Ausmaß hinaus“ zugrunde⁶⁶. Auch wenn man die Richtigkeit dieser Annahme unterstellt⁶⁷, ist damit noch nicht erwiesen, daß es nur Gefährdungsdelikte mit eingetretenem Erfolg (Erfolgsdelikte) und Gefährdungsdelikte mit ausgebliebenem Erfolg (Gefährdungsdelikte i. e. S.) gibt.

Denn die Kritiker übersehen gar nicht, daß in den in Frage stehenden Fällen stets der Erfolg vorliegt. Ihr Vorwurf besagt genau genommen, die Risikoerhöhungslehre mache aus fahrlässigen Verletzungsdelikten – die den Nachweis von Handlung, Pflichtwidrigkeit, Erfolg und Pflichtwidrigkeitszusammenhang voraussetzen – insofern Gefährdungsdelikte, als nunmehr der Nachweis von Handlung, Pflichtwidrigkeit, Erfolg und Risikoerhöhung ausreichen soll. Der Erfolg verkümmere ohne das Element des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zur Bedingung der Strafbarkeit⁶⁸.

bb) Das Argument, die Risikoerhöhungslehre verstoße gegen den in dubio pro reo-Satz

Wer auf einem spezifischen Zusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg besteht, der drückt damit aus, daß er die Bestrafung einer Sorgfaltswidrigkeit als ungerecht⁶⁹ empfindet, wenn der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßigem Handeln eingetreten wäre. Da aber meistens nicht sicher festgestellt werden kann, ob der Erfolg tatsächlich auch im hypothetischen Fall sorgfaltsge-

⁶⁶ Vgl. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 204 ff.; ders., in: SK-StGB, Rn. 13 f. vor § 306. Ausführlich: Wolter (Objektive Zurechnung, 1981, S. 210 ff.)

⁶⁷ Dagegen aber überzeugend: Michael Köhler, Bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 289 ff.

⁶⁸ So auch Jakobs, AT², 1991, 7/99 (S. 236), der ausdrücklich darauf hinweist, so sei die Risikoerhöhungslehre durchzuführen, aber nicht gemeint. Ähnlich: Wachsmuth/Schreiber, NJW 1982, S. 2094 ff. [2096], die erwägen, ob nicht z.B. § 222 StGB im Sinne der Risikoerhöhungstheorie als konkretes Gefährdungsdelikt mit dem Todeserfolg als Strafbarkeitsbedingung gestaltet werden sollte; vgl. auch Ranft, NJW 1984, S. 1425 ff. [1431], der meint, auch „ein sinnvolles, das Erfolgsrisiko reduzierendes Verbot (bleibe) allemal ein Gefährdungsverbot.“

⁶⁹ Ungerecht im Vergleich mit der – glücklicherweise – folgenlosen Sorgfaltswidrigkeit.

mäßen Verhaltens eingetreten wäre, ist es eine Frage von höchster praktischer Wichtigkeit, wie bei Zweifeln zu entscheiden ist⁷⁰.

Auch dieser Streit ist zu entwirren, ohne daß auf die subtilen Einzelheiten der Debatte⁷¹ eingegangen werden muß: Wer an dem Erfordernis festhält, der Erfolg müsse nachweisbar durch das Verhalten des Täters bewirkt sein, wird den in dubio-Satz verletzt sehen, wenn statt dessen die Risikoerhöhung ausreichen soll. Wer umgekehrt meint, diese Version des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs sei dem Gesetz nicht zu entnehmen, nachgewiesen müsse nur Handlung, Erfolg und Kausalität werden, der wird einen solchen Verstoß nicht erkennen können.

Auch bei diesem Aspekt der Kontroverse wird man schwerlich zugeben können, daß die Wahl der Prämissen, die die widersprüchlichen Behauptungen in sich jeweils stimmig macht, beliebig ist. Das bekannte Argument gegen die Ersetzung der Kausalität durch die Risikoerhöhung, dies sei mit dem Gesetz, z.B. dem in §§ 222, 230 StGB genannten Erfordernis des „Verursachens“ nicht vereinbar⁷², spricht nicht nur gegen die Ersetzung der Kausalität durch die Risikoerhöhung, sondern für die Notwendigkeit des nachgewiesenen Pflichtwidrigkeitszusammenhangs. Schließlich stellen §§ 222, 230 StGB, wenn man den Wortlaut ernst nimmt, nicht das – bei allen Erfolgsdelikten selbstverständliche – Erfordernis der Kausalität zwischen Verhalten und Erfolg auf, sondern die Forderung nach Verursachung des Todes (der Körperverletzung) eines Menschen durch Fahrlässigkeit. Erstaunlicherweise spielt das auf die §§ 222, 230 StGB bezogene Wortlautargument in dieser Debatte keine Rolle, keiner der Kommentare zum StGB erwähnt auch nur, daß die Vorschriften die Verursachung durch Fahrlässigkeit fordern. Auch wenn man berücksichtigt, daß Fahrlässigkeit – anders als es sich der historische Gesetzgeber wohl vorgestellt hat, anders auch als die Rechtsprechung oft nahegelegt hat⁷³ – strenggenommen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen nicht verursachen

⁷⁰ Vgl. Roxin, ZStW 74 (1962), S. 411 ff. [422].

⁷¹ Eine detaillierte Zusammenfassung der Debatte (und auch der insofern unterschiedlichen Positionen der Verfechter der Risikoerhöhungslehre) findet sich bei Schünemann, JA 1975, S. 647 ff. [649 ff.].

⁷² Vgl. etwa: Lackner, StGB¹⁹, 1991, vor § 13, III.1.c.dd.

⁷³ Vgl. nur BGHSt 11, 1 ff. [3 ff.].

kann, verbietet diese Formulierung eigentlich Spekulationen darüber, ob und warum es eines Pflichtwidrigkeitszusammenhanges überhaupt bedarf⁷⁴.

Abschließend soll noch ein Argument, das den Kritikern der Risikoerhöhungslehre vorgehalten wird, diskutiert werden: Die Risikoerhöhungslehre, so wird argumentiert, sei nicht nur kriminalpolitisch geboten, sondern ehrlicher, weil auch die h.M. ihre theoretische Forderung nach dem Nachweis des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges nicht ernst nehme. *Schünemann* meint sogar, die h.M. wäre „längst an den unabweisbaren Präventionsbedürfnissen gescheitert, wenn die Rspr. nicht die materiellrechtlich abgelehnte Umkehr der Beweislast in dem prozessualen Gewande der freien Beweiswürdigung praktizieren würde, und bei Lichte besehen nicht schon bei möglicher, sondern erst bei wahrscheinlicher Kausalität des Alternativverhaltens die Erfolgszurechnung entfallen ließe.“⁷⁵

Darin steckt eine zutreffende Kritik an bisweilen vorzufindender theoretischer Inkonsequenz der Rechtsprechung, wenn nur die Ergebnisse im Einzelfall es zu verlangen scheinen⁷⁶. Trotzdem geben solche Fälle – in Anbetracht der nicht auf den konkreten Zusammenhang beschränkten Problematik (vielleicht manchmal zu) freier Beweiswürdigung⁷⁷ keinen grundsätzlichen Anlaß zum Zweifel daran, daß die Rechtsprechung seit BGHSt 11, 1 ff., 4 f., mit den „Beweisschwierigkeiten ... fertig geworden ist“⁷⁸. Selbst wenn aber insoweit der Vorwurf des „Euphemismus“⁷⁹ zutreffen würde, wäre

⁷⁴ Schwer nachvollziehbar daher die Behauptung *Roxins*, der Lehre vom Pflichtwidrigkeitszusammenhang liege „nichts weiter zugrunde als ein ziemlich unreflektiertes Evidenzerlebnis“ (ZStW 74 (1962), S. 411 ff. [422]. *Küper*, Lackner-Fs., 1987, S. 247 ff. [250] hebt zwar – ganz im Sinn der hier aufgestellten These – hervor, daß die „Erkenntnis, daß es nicht um ein Problem des Ursachenzusammenhanges geht“ eine Begründungslücke hinterlassen zu haben scheint, beteiligt sich aber im Anschluß daran ebenfalls an der Suche nach Begründungen *praeter legem* (a. a. O., S. 263 ff.).

⁷⁵ *Schünemann*, JA 1975, S. 647 ff. [651].

⁷⁶ Besonders kraß das Reichsgericht im „Novokain-Fall“ (bei *Spendel*, Kausalitätsformel, 1948, S. 65 ff.), das kurzerhand und offen zugestanden die Beweislast umgedreht hat. Vgl. dazu auch m. w. N. zur Kritik daran im älteren Schrifttum: *Roxin*, ZStW 74 (1962) S. 411 ff. [423].

⁷⁷ Vgl. *Meurer*, Tröndle-Fs., 1989, S. 533 ff.

⁷⁸ *Jakobs*, Fahrlässiges Erfolgsdelikt, 1972, S. 96 Fn. 185.

⁷⁹ Das wirft *Schünemann* (JA 1975, S. 647 ff. [651]) *Jakobs* (a. a. O.) vor.

er gegenüber einer Einstellung vorzugswürdig, die, wenn nur (vermeintliche) Kriminalisierungsbedürfnisse es verlangen, nicht zögert, die Proteste des Prinzips gerechter individueller Zurechnung durch „normative Reformulierung (zu) beschwichtigen“⁸⁰.

4. Zusammenfassung der fragmentarischen Diskussion einiger Aspekte der Risikoerhöhungslehre (im engeren Sinn)

In den konkreten Zusammenhängen, die zur „Inaugurierung der Risikoerhöhungslehre“⁸¹ geführt haben, und in denen es um die Grenzen strafrechtlicher Haftung für Erfolge geht, ist das Fazit eindeutig: Die Risikoerhöhungslehre – schon ihr Name verrät im Grunde die Nähe zu den Gefährdungsdelikten – dehnt den Bereich strafbaren Verhaltens tendenziell aus. Zu fragen, ob jemand die Risiken für ein Rechtsgut erhöht hat, ist zwar funktional (sub specie Rechtsgüterschutz) und rational (sub specie normtheoretischer Sinnhaftigkeit des Verbots fahrlässigen Verhaltens), es ist aber weniger als das Gesetz und die allgemeinen Grundsätze fordern.

C. Risikodogmatik II: Risikoschaffung und Risikoerhöhung als allgemeine Kriterien objektiver Zurechnung

Inzwischen werden Risikoschaffung und -erhöhung nicht mehr nur zur Lösung der beschriebenen Zweifelsfälle herangezogen, sondern bilden den Grundstock einer an Bedeutung gewinnenden allgemeinen und über das Kausalitätserfordernis hinausgehenden Zurechnungslehre.

Nach dieser Lehre, die im folgenden anhand der Arbeiten von *Wolter* (I.), *Frisch* (II.) und *Kratzsch* (III.) vorgestellt werden soll, befaßt sich das Strafrecht mit vorwerfbaren Risikoschaffungen und Risikoerhöhungen; Erfolge rechnet dieses Strafrecht dann zu, wenn sich in ihm das geschaffene oder erhöhte Risiko realisiert.

⁸⁰ So: *Schünemann*, GA 1985, S. 341 ff. [356].

⁸¹ *Arthur Kaufmann*, in: *Jescheck-Fs.*, 1985, S. 273 ff. [275].

I. Jürgen Wolter: „Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem“ (1981)⁸²

Wolter hat in dieser Schrift den Begriff des Risikostrafrechts⁸³ geprägt, einen Begriff, der im Schrifttum schnell – teils zustimmend⁸⁴, teils kritisch⁸⁵, jedenfalls aber als eine das aktuelle Strafrecht treffend kennzeichnende Namensgebung – aufgegriffen wurde. Damit hat er auch eine neue Phase des tendenziell risikoorientierten Präventionsstrafrechts eröffnet.

1. Skizzierung der Untersuchung und der Ergebnisse

Erklärtes Ziel seiner Untersuchung ist die Erarbeitung einer *funktionalen*⁸⁶ objektiven Zurechnungslehre⁸⁷, einer sich darauf beziehenden „personalen Zurechnung“ (Vorsatz, Fahrlässigkeit und Schuld⁸⁸); er will eine Neubegründung des Unrechts ebenso vorlegen, wie den spiegelbildlich dazu zu konstruierenden Unrechtsausschluss⁸⁹. Das Etikett Risikostrafrecht verdient dieser großangelegte Entwurf⁹⁰ einer alle Stufen des Straftatsystems einbeziehenden Zurechnungslehre, weil sich Wolter dabei strikt vom Risikoerhöhungsprinzip leiten läßt⁹¹. Skizzieren läßt sich diese Zurechnungslehre in etwa so⁹²:

⁸² Vgl. die Rezension von Gössel, GA 1982, 564; kritisch jetzt: F. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 36 f.

⁸³ Wolter, Objektive Zurechnung, 1981, S. 36. Wolter verweist zwar (a. a. O., Fn. 72) auf Arbeiten von Rudolphi, Schmidhäuser, Stratenwerth und (a. a. O., S. 57, Fn. 152) Otto; bei keinem dieser Autoren findet sich aber der Begriff des Risikostrafrechts.

⁸⁴ Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985, S. 269.

⁸⁵ F. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 37 ff.

⁸⁶ Darunter versteht Wolter (Objektive Zurechnung, 1981, S. 21) ein System, das an der Funktion von Strafrecht in der modernen Gesellschaft orientiert ist.

⁸⁷ Wolter, a. a. O., S. 17 f. und näher: S. 24-40.

⁸⁸ A. a. O., S. 18 ff. und näher: S. 40-45.

⁸⁹ A. a. O., S. 20 f.

⁹⁰ Gössel, GA 1982, S. 564.

⁹¹ So: Lackner, StGB, vor § 13 III.1.c.dd; 18. Aufl., S. 55)

⁹² Die Ergebnisse seiner Arbeit können hier auch nicht annähernd wiedergegeben werden. Wolter selber (a. a. O., S. 356) leitet die Vorstellung der wesentlichen

Prototyp der Unrechtsbegründung sei die (vorsätzliche oder fahrlässige) Schaffung eines adäquaten und rechtlich mißbilligten Risikos und damit die Herbeiführung eines über das objektiv-subjektive Handlungsunrecht hinausreichenden (objektiven) Gefährlichkeitsunrechts⁹³. Aber auch der Risikozusammenhang, die Deliktsspanne zwischen Beendigung des tauglichen Versuchs und Erfolgseintritt (Risikorealisation) gehöre zum objektiven Unrecht, das nicht vom Vorsatz begleitet zu sein braucht. Der Erfolg sei nicht Zufallsprodukt, sondern adäquate und sozialinadäquate Fortentwicklung des geschaffenen Risikos⁹⁴.

Risikoschaffung ist in Wolters Lehre die Domäne personaler Zurechnung und wird strikt ex ante beurteilt, während die Risikorealisation ex post beurteilt wird⁹⁵. Den Verletzungsdelikten sollen ebenso wie den konkreten Gefährdungsdelikten Gefährdungsverbote zugrundeliegen, so daß „Gefährdungs- und Verletzungsfahrlässigkeit, Gefährdungs- und Verletzungsversuch“ identisch sind⁹⁶.

Die Rechtfertigungsgründe schließlich basieren mit Ausnahme der Einwilligung auf dem Prinzip des „erlaubten Risikos“⁹⁷.

Mit dieser risikoorientierten Zurechnungslehre meint Wolter, zahlreiche Entscheidungen des Gesetzgebers erklären zu können, namentlich „die verschiedenen Rücktrittsvoraussetzungen bei den Versuchsarten, die fakultative Strafmilderung beim Versuch, die (bisherige) Straflosigkeit bei der folgenlosen Fahrlässigkeit.“⁹⁸

Sein System sieht Wolter einerseits als Bestätigung einer Tendenzwende in der Strafgesetzgebung an („weg von den Erfolgs-, hin zu den Unternehmensdelikten“), andererseits könne seine Lehre de lege ferenda „Wertungen des zukünftigen Gesetzgebers“ begründen. Das gelte etwa für die weitreichende Abschaffung der konkreten Gefährdungsdelikte, die Einführung der (beendeten und tauglichen) fahrlässigen Gefährdungs- und Verletzungsversuche

Ergebnisse seiner Arbeit mit den Worten ein, angesichts der Fülle der angesprochenen Probleme sei eine Aufführung sämtlicher Ergebnisse von Belang nicht möglich!

⁹³ Von Wolter (a. a. O., S. 356) auch als „primäres Erfolgsunrecht“ bezeichnet.

⁹⁴ Von Wolter (a. a. O., S. 357) als „sekundäres Erfolgsunrecht“ bezeichnet.

⁹⁵ A. a. O., S. 358.

⁹⁶ A. a. O., S. 361.

⁹⁷ A. a. O., S. 360.

⁹⁸ A. a. O., S. 362.

oder die Schaffung von „Risikodelikten mit potentieller genereller Kausalität“⁹⁹.

2. Charakteristika der Risikodogmatik Wolters

Fragt man nach dieser Übersicht, in welchem Sinn Wolters Abhandlung Risikodogmatik ist, und welche praktischen Konsequenzen sie für die Strafbarkeit menschlichen Verhaltens hat¹⁰⁰, dann fällt nur die Antwort auf die erste Frage leicht: Eine Lehre, in der personale Zurechnung als *Risikoschaffung* und objektive Zurechnung als *Risikorealisation* verstanden wird, die also im Risiko den zentralen Bezugspunkt objektiver und subjektiver Zurechnung sieht, wird man mit Fug und Recht als Risikodogmatik bezeichnen.

Schwieriger ist die Frage nach den Konsequenzen. Versucht man, die große kriminalpolitische Linie seines Entwurfs zu erfassen, dann fallen die Antworten ambivalent aus: Zu Beginn seiner Untersuchung erwähnt Wolter die von ihm begrüßte Grundtendenz der Lehre von der objektiven Zurechnung: Sie dient seiner Meinung nach „fast durchweg einer den Grundsätzen des strikten Rechtsgüterschutzes, der Geeignetheit des Mittels und der Subsidiarität des Strafrechts verpflichteten *Eingrenzung*¹⁰¹ der Zurechenbarkeit.“¹⁰² Von daher läge es nahe zu vermuten, auch Wolter ginge es um Restriktion des Strafrechts. Und in der Tat entsprechen solche Restriktionen überall dort der Logik seines Ansatzes, wo nach geltendem Recht Erfolge oder Gefahren zugerechnet werden, obwohl von einer zurechenbaren Risikoschaffung oder Risikorealisation im Sinne Wolters nicht die Rede sein kann. Trotzdem wird man zögern, „Restriktion des Strafrechts“ als Wesensmerkmal von Wolters Risikodogmatik hervorzuheben.

Eine – durchaus fragwürdige – Ausdehnung der Strafbarkeit schon de lege lata führt Wolter bei der Behandlung der sogenannten Eignungsdelikte aus dem Nebenstrafrecht vor:

⁹⁹ A. a. O.

¹⁰⁰ In diesem Sinn auch die kritische Nachfrage Gössels, „welche gerechteren Einzelfallentscheidungen ... das neuentwickelte System (zulasse).“ (GA 1982, 565.)

¹⁰¹ Hervorhebung, C.P.

¹⁰² Wolter, Objektive Zurechnung, 1981, S. 17.

§ 3 Nr. 1a i. V. mit § 11 Lebensmittelgesetz a. F.¹⁰³ verbietet es, Lebensmittel herzustellen, deren Genuß die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist. Wolter will in diesen Fällen auch dann wegen vollendeten Delikts bestrafen, wenn sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß das ex ante höchst gefährliche Lebensmittel doch nicht für die menschliche Gesundheit schädlich gewesen ist¹⁰⁴, weil das Verhalten des Täters den „kriminellen Akzent (trägt), das Risiko für die Gesundheit anderer nicht zu scheuen“¹⁰⁵. Das dürfte mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sein¹⁰⁶, was auch Wolters Vorschlag, de lege ferenda aus dem „potentiellen generellen Gefährdungsdelikt“ ein „generelles Risikodelikt“ zu machen¹⁰⁷, erklärt.

Ähnliches gilt für seine Forderung nach Bestrafung der „fahrlässigen Verletzungsversuche“¹⁰⁸; und auch Wolters Stellungnahme zu § 131 StGB paßt nicht zu den Restriktionsprinzipien, zu denen er sich grundsätzlich bekennt:

Nachdem er diesen Straftatbestand als de lege lata „sehr problematische Vorschrift“¹⁰⁹ und als „abstraktes ‚Risikodelikt‘ neuen Typs mit potentieller genereller Kausalität“¹¹⁰ kritisiert¹¹¹, das entweder als verfassungsrechtlich bedenklich abzulehnen oder durch eine sehr enge Interpretation zur Wirkungslosigkeit zu verurteilen sei¹¹², überrascht die postwendende Ankündigung, diese Vorbehalte würden nicht mehr gelten, wenn man die „Risikodelikte mit potentieller Kausalität“ entweder zu „potentiellen generellen Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikten“ (von Wolter so genannten generellen Risikodelikten) oder zu „potentiellen konkreten Verletzungs- bzw.

¹⁰³ Wolter hat die 1978 erfolgte Gesetzesänderung in seiner Arbeit nicht mehr berücksichtigt. Dazu (und zu Folgen der Gesetzesänderung für die Beispiele Wolters aus dem Lebensmittelgesetz und dem ebenfalls geänderten Arzneimittelgesetz) Graul, Gefährdungsdelikte, 1991, S. 126, Fn. 511.

¹⁰⁴ Wolter, a. a. O., S. 323.

¹⁰⁵ A. a. O.

¹⁰⁶ So auch dezidiert: Graul, Gefährdungsdelikte, 1991, S. 126 ff.

¹⁰⁷ Wolter, a. a. O., S. 323 f.

¹⁰⁸ A. a. O., S. 192 ff.

¹⁰⁹ A. a. O., S. 325.

¹¹⁰ A. a. O., S. 326.

¹¹¹ Wobei der Schwerpunkt der Kritik auf dem Charakter der potentiellen Kausalität als *generelle* zu liegen scheint. Unter „genereller Kausalität“ versteht Wolter im Anschluß an Armin Kaufmann (JZ 1971, 572 ff.) die Existenz eines auf den Einzelfall anwendbaren naturwissenschaftlichen Kausalgesetzes. § 131 StGB könne sich allenfalls auf eine *potentielle* generelle Kausalität berufen, weil „gesicherte Erkenntnisse der einschlägigen wissenschaftlichen Disziplinen über Zusammenhänge zwischen gewaltverherrlichenden ... Darstellungen und später begangenen Gewalttätigkeiten fehlen“ (Wolter, a. a. O., S. 325 f., dabei Rudolphi, SK, § 131, Rn. 2 zitierend).

¹¹² Wolter, Objektive Zurechnung, 1981, S. 326.

Gefährdungsdelikten“ (von *Wolter* so genannten konkreten Risikodelikten“ aufwerte^{113/114}.

Warum aber die sachliche Kritik am „abstrakten Risikodelikt“ § 131 StGB nicht mehr gültig sein soll, wenn man den Tatbestand als „generelles Risikodelikt“ versteht, bleibt unklar. Denn auch für die „generellen Risikodelikte“ soll gelten: Der Täter „wird auch dann bestraft, wenn die Schädigung anderer – mangels Feststellbarkeit einer generellen Kausalität – nicht auszuschließen ist.“¹¹⁵

Diese Beispiele verbieten die Vermutung, Risikodogmatik sei prinzipiell eine den Anwendungsbereich des Strafrechts eingrenzende Dogmatik. Überraschend ist das nicht. Unser (Schuld-) Strafrecht kriminalisiert Verhalten nicht, wenn weder von Risikoschaffung, noch von Risikorealisation die Rede sein kann. Da umgekehrt aber durchaus nicht jede Risikoschaffung oder Risikorealisation auch de lege lata strafbar ist, wirken sich die Rationalität (Systematik und Konsequenz) und Funktionalität – ohne Zweifel Wesensmerkmale der Risikodogmatik – tendenziell strafbarkeitsausweitung aus.

Funktionalität und *Rationalität* eines Ansatzes sind nun auf den ersten Blick wahrlich nicht kritikwürdig. Dogmatik, die diesem Anspruch nicht gerecht werden will, hätte Begründungsschwierigkeiten; daher verdienen dogmatische Ansätze, die diese Ansprüche so weitgehend verwirklichen wie das in *Wolters* Untersuchung der Fall ist, zunächst zweifellos Anerkennung. Trotzdem sei die skeptische Nachfrage nach dem Grenznutzen solchermaßen *perfekt* rationalisierter Dogmatik erlaubt: Kann man so ohne weiteres voraussetzen, daß die Rationalität des Risikostrafrechts der Rationalität menschlichen Risikoverhaltens entspricht? Wenn das nicht der Fall ist, wofür die Risikoforschung zahlreiche Belege erbracht hat¹¹⁶, soll und kann ein konsequentes Risikostrafrecht ein entsprechend rationales Risikoverhalten durchzusetzen versuchen? Darf es das, wenn es gleichzeitig den Anspruch aufrechterhält, ein dem einzelnen ‚Täter‘ gerecht werdendes ‚Schuldstrafrecht‘ zu sein? Wer, wird man weiter fragen müssen, bestimmt denn die Rationalitätsmaßstä-

¹¹³ A. a. O., S. 326.

¹¹⁴ Zu recht kritisch zu diesen Risikodelikten jetzt: *Graul*, Gefährdungsdelikte, 1991, S. 128 ff.

¹¹⁵ A. a. O., S. 324.

¹¹⁶ Vgl. im 2. Kapitel, S. 103 ff.

be, nach denen das Recht Verhalten als risikorational – und straflos – oder als risikoirrational – und strafbar beurteilt?

Und schließlich: Was wird aus einem Strafrecht, das in diesem Sinn Risikostrafrecht ist, sich also der Risikominimierung verpflichtet und ein gerüttelt Maß an Sicherheit verspricht, wenn das Recht in der Risikogesellschaft tatsächlich „antiquiert“ ist¹¹⁷, wenn sich bewahrheiten sollte, daß gerade die verunsichernden und unsicher machenden Risiken nach der perfekt ersonnenen Zurechnungslehre nicht zurechenbar sind¹¹⁸?

II. Wolfgang Frisch: „Vorsatz und Risiko“ (1983)¹¹⁹ und „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges“ (1986)¹²⁰

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der risikodogmatischen Entwürfe Frischs und Wolters

Ein zweites „opus magnum“¹²¹ der Risikodogmatik hat *Wolfgang Frisch* mit seinen beiden Bänden „Vorsatz und Risiko“ und „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges“ vorgelegt. In vielerlei Hinsicht sind die Arbeiten *Frischs* und *Wolters* kongenial: Beiden Autoren geht es um eine funktional¹²² orientierte Re-

¹¹⁷ *Rolf Lamprecht*, *Der Spiegel*, Nr. 8/91, S. 34 f. vgl. dazu auch im 3. Kapitel, S. 127 ff.

¹¹⁸ Hier zeigt sich, wie verschieden die beiden Typen von Risikostrafrecht, die im 6. Kapitel vorgestellt wurden, sind: *Wolter*, der mit Strafrecht ausdrücklich „unmittelbaren Rechtsschutz“ betreiben will (a. a. O., S. 24), würde sich vermutlich mit der Straflosigkeit bei fehlender Zurechenbarkeit ohne weiteres abfinden. Dagegen würde eine solche (vermutlich auch noch gehäuft auftretende) Straflosigkeit wegen fehlender Zurechenbarkeit die Konzeption, die mit dem Strafrecht symbolisch Daseinsgewißheit vermitteln will (*Kindhäuser*), vor einige Problem stellen.

¹¹⁹ Vgl. auch die Rezensionen von *Botke*, NJW 1984, S. 2452; *Köhler*, JZ 1985, S. 671; *Stratenwerth*, ZStR 1987, S. 467, und den Besprechungsaufsatz von *Küper*, GA 1987, S. 479 ff.;

¹²⁰ Vgl. auch die Rezension von *Hettinger*, JZ 1990, S. 231 f.; jetzt ausführlich *Wolter*, GA 1991, S. 531 ff.

¹²¹ *Botke*, NJW 1984, S. 2452; bei *Botke* bezieht sich das lobende Prädikat nicht speziell auf die Risikodogmatik.

¹²² *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 31 f.

vision des Straftatsystems¹²³, in dem „Risikoschaffung“¹²⁴ und „Risikorealisation“¹²⁵ die entscheidenden Kriterien objektiver und subjektiver Zurechnung sind. Dieser Gleichklang, der die Verwendung und Bedeutung des Risikobegriffs für die zentralen Fragen strafrechtlicher Zurechnungsdogmatik betrifft, sollte letzte – eventuell noch bestehende – Zweifel daran, daß Risikodogmatik existiert und an Einfluß gewinnt, beseitigen. Neben den genannten Parallelen fallen aber auch Unterschiede in den Konzeptionen *Frischs* und *Wolters* auf:

Während *Wolters* Hauptinteresse der Kategorie objektiver Zurechnung gilt, stehen die Vorsatzfragen im Mittelpunkt der Untersuchungen *Frischs*¹²⁶. Zudem hat für *Wolter* die Erarbeitung einer neuen *Systematik* und ihre Rückbindung an das Prinzip der *Funktionalität* offenbar größere Bedeutung, während bei *Frisch* Begrifflichkeit und juristische Wertung letztlich doch Priorität genießen, Sacheinsichten und die normtheoretische Konzeption die Führungsrolle übernehmen¹²⁷.

2. Skizzierung der Untersuchung und der Ergebnisse

„Vorsatz und Risiko“ läßt sich, wie *Wilfried Küper* gezeigt hat, entgegen erstem Anschein auf einige wenige „Eckdaten“ zurückführen. Sie betreffen die Ratio der Vorsatzbestrafung, das Bezugsobjekt des Vorsatzes, sowie seine Wissens- und schließlich seine Willensseite.¹²⁸

¹²³ Angekündigt bei *Frisch*, a. a. O., S. 502 ff. und 1986 mit dem zitierten Werk dann vorgelegt.

¹²⁴ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 118 ff., Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986, S. 69 ff.

¹²⁵ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986, 517 ff.

¹²⁶ Das gilt namentlich (aber nicht nur) für „Vorsatz und Risiko“, den ‚1. Band‘, der, auf einem Vortrag über „dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit“ basierend (*Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. V) der Auslöser für die Untersuchungen *Frischs* war.

¹²⁷ *Küper*, GA 1987, S. 501. Zwar hebt auch *Frisch* die Funktionalität seines Ansatzes hervor; sie erfährt aber gravierende Einschränkungen dadurch, daß neben die zweckrationale eine wertrationale Komponente tritt, die im Laufe der Untersuchung immer mehr an Gewicht gewinnt (so auch: *Köhler*, JZ 1985, S. 671 und *Küper*, GA 1987, S. 500 f.)

¹²⁸ *Küper*, GA 1987, S. 480.

Die zweckrationale Ratio der hervorgehobenen Vorsatzbestrafung lasse sich in Anlehnung an eine spezial- und generalpräventiv begründete Kriminalpolitik formulieren. Danach gilt, *Frisch* nennt das die „generalpräventive Rückkopplung“: „Vorsätzliches Handeln erschüttert die Rechtstreue und das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung offenbar eher und stärker als fahrlässiges.“¹²⁹ Und die „spezialpräventive Rückkopplung“ liest sich wie folgt: „Der vorsätzlich Agierende verkörpert ... denjenigen Täter, der *typischerweise* eher, bzw. ... in besonderem Maße der Strafe bedarf.“¹³⁰

Daneben trete ein *wertrationaler* Aspekt, den *Frisch* mit den Worten einführt, „Strafe sei nicht beliebig einsetzbar, sofern nur Bedürfnisse des Rechtsgüterschutzes es fordern.“ Hinzukommen müsse als spezifische Legitimationsvoraussetzung ein „personaler Bezug des Täters zu (der) Tat.“ Der rechtsbeschneidende Zugriff auf die Person des Täters lasse sich nur rechtfertigen, wenn ihm ein besonders schwerwiegender „persönlicher Vorwurf der Tat“¹³¹ gemacht werden kann, wenn die Tat – mit anderen Worten gesagt – eine besondere „personale Fehlleistung“¹³² ist.

Die h. M., die den Tatbestand (als solchen) als Bezugspunkt des Vorsatzes ansehe, reflektiere damit die „Perspektive des Rechtsanwenders“¹³³, knüpfe also an die Funktion der Norm als Sanktionsnorm an. Sachgemäß könne der Bezugspunkt des Vorsatzes aber nur aus der Perspektive des Täters gesehen werden. Das erfordere, daß man an die Norm in ihrer Funktion als Verhaltensnorm anknüpft. Daraus folge, daß Vorsatzgegenstand nur ein tatbestandsmäßiges *Verhalten* sein könne, ein Verhalten, das als unerlaubte Risikoschaffung für das betroffene Rechtsgut zu sehen sei.

Vorsätzlich handelt nach alledem, wer weiß – nach *Frisch* kommt es allein auf ein, allerdings weit verstandenes, Wissenselement an – daß sein Verhalten eine solche unerlaubte Risikoschaffung bedeute. Dies gilt – cum grano salis – für erfolgsbezogene¹³⁴ wie für nicht-

¹²⁹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 49.

¹³⁰ *Frisch*, a. a. O., S. 49 f.

¹³¹ Alle Zitate: A. a. O., S. 51.

¹³² A. a. O., S. 52.

¹³³ Vgl. dazu: *Stratenwerth*, ZStR 1987, S. 467.

¹³⁴ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 31–144.

erfolgsbezogene¹³⁵ und sogar für „außertatbestandliche Risikovorstellungen namentlich im Bereich der Rechtfertigungsgründe“¹³⁶.

Im „zweiten Band“ seiner Studien zur Risikodogmatik liefert *Frisch* 1986 nach, worauf er sich 1983 in „Vorsatz und Risiko“ schon bezogen hatte, nämlich die Grundlagen eines „auf die normtheoretischen Grundkategorien ‚Verhaltens- und Sanktionsnorm‘ aufbauenden, funktional gegliederten und ausgestalteten Systems von Bestrafungsvoraussetzungen“¹³⁷.

Der Titel der Monographie bezeichnet ihren Gegenstand präzise: *Frisch* geht es um die beiden Grundkategorien des Erfolgsdelikts: das zur Tatbestandserfüllung vorausgesetzte Verhalten und die Voraussetzungen, die prinzipiell erfüllt sein müssen, damit der eingetretene Erfolg dem Verhalten zugerechnet werden kann.

Grundthese der Arbeit, die sich schon in „Vorsatz und Risiko“ angekündigt hatte, ist die Behauptung einer „dogmengeschichtlich bedingten *Fehlakzentuierung*“, die *Frisch* durch seine Arbeit beseitigen will¹³⁸: Er meint, die Lehre von der objektiven Zurechnung stelle ein „Modethema par excellence“ dar, während die Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten zu Unrecht ein „Kümmerdasein“ friste¹³⁹.

3. Charakteristika der Risikodogmatik *Frischs*

Nicht recht klar wird, wie *Frisch* eigentlich zu seiner These der „dogmengeschichtlich bedingten *Fehlakzentuierung*“ kommt. Die Bedeutung des *Erfolges*¹⁴⁰ dürfte kaum *dogmengeschichtlich* bedingt

¹³⁵ A. a. O., S. 345-412 (= Zweiter Teil der Untersuchung).

¹³⁶ A. a. O., S. 413-463.

¹³⁷ A. a. O., S. 505.

¹³⁸ A. a. O., S. V.

¹³⁹ A. a. O.

¹⁴⁰ Vgl. dazu: *Lüderssen*, in: Bockelmann-Fs., 1979, S. 181 ff., der den Bezug zwischen der strafrechtlichen Rolle des Erfolges und dem kriminologischen Thema der Kriminalisierung herstellt und daran anschließend Forschungsfragen an die Kriminologie stellt (die freilich bisher im wesentlichen unbeantwortet geblieben sind); *Dencker*, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 441 ff., der den Erfolg als Schnittstelle zwischen dem Prinzip der Strafgerechtigkeit und der Strafökonomie sieht, und jetzt: *Degener*, ZStW 103 (1991), S. 357 ff. (der interessante sozial-psychologische Erkenntnisse zur Rolle des Erfolges vorstellt), a. a. O., S. 386 ff. m. w. N.

sein. Der *Rechtsfrieden* einer Gesellschaft, die nicht in normtheoretischen Kategorien denkt, wird eben durch den *Erfolg* und nicht durch das (tatbestandsmäßige) Verhalten gestört.

Hierin kann schon ein erstes Merkmal von (*Frischs*) Risikodogmatik festgehalten werden: Die zentrale Bedeutung des Risikobegriffes spiegelt ja das Einnehmen der Perspektive des riskant Handelnden wider, ist also – wie *Frisch* ausdrücklich betont – normtheoretisch fundiert. Das hat, soweit es darum geht, *nur* Verbotbares zu verbieten, die Vernunft und Sympathie auf seiner Seite, birgt aber stets das Programm, daß Verbotenes *auch* stets bestraft werden muß¹⁴¹.

Fragt man nach den wesentlichen Beweggründen der vorgeschlagenen Neuakzentuierung, dann erfährt man, daß es *Frisch* um die „Zulässigkeit der Begrenzung von Handlungsfreiheiten (geht), deren gezielte Behandlung zur maßgebenden materialen Beurteilungslinie weiterführt“¹⁴². Und, den verfassungsrechtlichen Aspekt noch stärker betonend: „Da das Verbot bestimmter Verhaltensweisen wegen gewisser sie charakterisierender ... Gefahrendimensionen die Handlungsfreiheit des einzelnen begrenzt und die strafweise Durchsetzung dieses Verbots zusätzliche Grundrechtseingriffe enthält, müssen zuerst die verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für derartige Begrenzungen und Eingriffe erfüllt sein. Das Verbot der entsprechenden Verhaltensweisen und seine strafweise Stabilisierung müssen also je für sich zur Wahrung der mit ihnen verfolgten (Güter-) Interessen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Außerdem muß sich aber auch die Strafbewehrung gerade im Gewand der Erfolgsdelikte ... als das geeignete und angemessene Instrument präsentieren.“¹⁴³

Einer Konzeption, die sich der Begrenzung des Strafrechts verpflichtet fühlt, kommen diese Gedanken entgegen. Erste Zweifel stellen sich aber ein, wenn man sich noch einmal die überaus an-

¹⁴¹ Zu diesem Aspekt der Strafgerechtigkeit vgl. schon *Dencker*, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 441 ff. [450], der davon spricht, „die gewaltige Menge des Unbestraften (werfe) zu große Schatten, um es schon als hinreichend ‚gerecht‘ behaupten zu können, wenn nur im Bereich des Bestraften die Sonne exakter Schuldvergeltung hell leuchtet.“

¹⁴² *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986, S. V.

¹⁴³ A. a. O., S. VI.

spruchsvollen Legitimationsanforderungen *Frischs* vor Augen hält: Das Verbot als solches, in seiner speziellen Ausformung als Erfolgsdelikt, und seine Stabilisierung durch Strafrecht sollen, „je für sich“ dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Auch wer dem Strafrecht als ganzem gegenüber nicht kritisch eingestellt ist, wird sich fragen, ob das realistische Anforderungen sind. Gleichwohl, warum soll eine Strafrechtskritik, die unser – bekanntlich weitgehend vorkonstitutionell entstandenes – Strafrecht durch radikale Schnitte an das Grundgesetz anpaßt, nicht erlaubt, vielleicht geboten oder längst überfällig sein? Solchermaßen eingestimmt ist man freilich schnell erstaunt, daß der Vorstellung der radikal klingenden Theorie keineswegs vergleichbar radikale Konsequenzen in der Praxis folgen. Wie schon in „Vorsatz und Risiko“ zeigt sich nämlich, daß praktisch alle Ergebnisse der h. M. durch den Systematisierungsvorschlag *Frischs* – und nach seiner Auffassung jetzt mit treffender Begründung – bestätigt werden¹⁴⁴.

Nun mag dem einen oder anderen dieses Ergebnis wenig verwunderlich erscheinen; nicht jeder muß daran zweifeln, ob z. B. die Strafrechtsverbote der §§ 218, 240 StGB in ihrer speziellen Ausformung als Erfolgsdelikte eine konkrete Prüfung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit überstehen würden, und mancher mag die magere praktische Ausbeute von *Frischs* Neuakzentuierung ganz einfach damit erklären, daß unser mehrfach reformiertes Strafrecht eben keine verfassungsrechtlich bedenklichen Verbote mehr enthalte. Aber auch wer so denkt, wer sich nicht daran stößt, daß seine Systematik de facto keine Begrenzung des geltenden Rechts leistet, vielleicht gar nicht bezweckt, wird *Frisch* die kritische Frage nicht ersparen können, wie sich sein Konzept de lege ferenda auswirken würde. Die Antworten zeigen, was die versprochenen Restriktionsleistungen angeht, die normativen Schwächen der Konzeption: Bei der von ihm angemahnten verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsprüfung von Strafnormen handelt es sich nämlich nur um notwendige, nicht dagegen um hinreichende – insofern allein strafrechtlegitimierende – Restriktionsbedingungen. Zugespißt formuliert: Ein Strafrecht, das ‚nur‘ denselben verfassungsrechtli-

¹⁴⁴ Vgl. dazu auch: *Küper*, GA 1987, S. 508.

chen Zulässigkeitsanforderungen genügen muß wie alle anderen staatlichen Eingriffe auch, ist zwar per definitionem verfassungsgemäß, es ist aber nicht ultima ratio, sondern eine ratio unter mehreren. Das mag zwar längst der Strafrechtswirklichkeit entsprechen¹⁴⁵, den allgemein anerkannten Prinzipien¹⁴⁶ widerspricht es.

Dementsprechend fällt die Beurteilung von *Frischs* Risikodogmatik – unter dem Blickwinkel ihres strafrechtsausweitenden oder -einschränkenden Potentials – aus: Nur wenn man sie auf ein irrationales, nicht dem Rechtsgüterschutz verpflichtetes, unverhältnismäßiges Strafrecht anwendet, wirkt sie restriktiv. Hier und heute aber kann sie mindestens ebenso gut Strafbarkeitsforderungen begründen. Insofern wird man, ähnlich wie dies bei der Würdigung der Vorschläge *Wolters* der Fall war, nicht umhin können, die entscheidenden Charakteristika der Risikodogmatik in der *Rationalisierung* des Strafrechtssystems zu sehen, einer Rationalisierung, die, das muß noch einmal betont werden, nicht per se illegitim ist, die aber normative Prinzipien der Begrenzung des bestehenden Strafrechts (oder zukünftiger kriminalpolitischer Pönalisierungsforderungen) nicht zur Verfügung stellt.

III. *Dietrich Kratzsch: „Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht“ (1985)*¹⁴⁷

„Seiner Funktion und seiner Struktur nach (ist das Strafrecht) ein Risikostrafrecht(!)“¹⁴⁸ Davon geht *Kratzsch* in seiner Kölner Habilitationsschrift „Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht“ fast schon selbstverständlich aus. Dieser Aspekt der Arbeit,

¹⁴⁵ Anklänge dazu bei *Naucke* (Strafrecht⁵, 1987, S. 54), der meint, trotz Einigkeit über den ultima ratio-Grundsatz könne – als Nebenprodukt der allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Entwicklung – Strafrecht zum Regelfall oder sogar zur sola ratio werden. Deutlicher noch bezüglich des verwandten Restriktionsprinzips des ‚fragmentarischen Charakters‘, das ebenfalls allgemein anerkannt ist. Weil die Bestimmung dessen, welche Fragmente strafbar sein sollen, so schwierig sei, würden immer mehr Fragmente unter Strafe gestellt. (a. a. O., S. 78).

¹⁴⁶ Vgl. für alle: *Jescheck*, AT⁴, 1988, S. 6, 22, 46.

¹⁴⁷ Vgl. die Rezension von *Neumann*, GA 1987, S. 279; kritisch jetzt: *F. Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 38 ff.

¹⁴⁸ *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, 1985, S. 269.

eher Grundlage denn ihr Gegenstand, ist es denn auch, der im Rahmen der hier vorgelegten Untersuchung interessiert, so daß die übrigen Ziele der Arbeit nur erwähnt, nicht aber gewürdigt werden sollen.

Es geht, so viel soll zusammenfassend mitgeteilt werden, um eine Neukonzeption des Unrechtsbegriffs und der Auslegungsmethoden im Strafrecht¹⁴⁹. Grundlage der Neukonzeption ist die „strukturelle Erfassung des Strafrechts als Steuerungssystem und soziale Handlungsorganisation“¹⁵⁰, für die *Kratzsch* auf die Erklärungsmodelle der „kybernetischen Systemtheorie und der Organisationstheorie“¹⁵¹ zurückgreift. Als konkretes „Modellbeispiel“¹⁵² dient ihm dabei die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch¹⁵³.

Welche radikalen Konsequenzen sich aus dem Verständnis des Strafrechts als Risikostrafrecht ergeben (können), kann man an der Studie *Kratzschs* deutlich ablesen¹⁵⁴. So postuliert er¹⁵⁵ ein „Prinzip: Rechtsgüterschutz durch Zufallsbeherrschung“¹⁵⁶ und erläutert unmißverständlich: „Das verfassungsrechtlich verankerte Prinzip des effektiven Rechtsgüterschutzes hat nur dann Aussicht auf Verwirklichung, wenn ... dem Zufall der Kampf angesagt wird. Drohenden Rechtsgutverletzungen muß durch ein System von Regelungen entgegengewirkt werden, das – soweit vertretbar – möglichst lückenlos ist und dem Zufall keine Chance läßt.“¹⁵⁷

Auf den ersten Blick provoziert schon die Zielvorstellung, (durch Strafrecht) den Zufall beherrschen zu wollen. Wer jedoch über den in dieser Formulierung sichtbaren Ehrgeiz lächelt oder an der – durchaus hineinlesbaren – Anmaßung Anstoß nimmt, wird *Kratzsch* nicht gerecht. In der Risikogesellschaft mit ihrem umfassenden Risikowissen, das langfristige Risiken ebenso verarbeitet

¹⁴⁹ Zur Notwendigkeit einer solchen Neukonzeption: *Kratzsch*, a. a. O., S. 35–184 und zusammenfassend: S. 339–448.

¹⁵⁰ A. a. O., S. 5.

¹⁵¹ A. a. O., S. 5 und ausführlich: S. 185–392.

¹⁵² A. a. O., S. 35.

¹⁵³ A. a. O., S. 35–85; seine Vorschläge dann auf S. 428–448.

¹⁵⁴ Vgl. ähnlich – und ebenfalls kritisch: *F. Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, 1991, S. 38 ff..

¹⁵⁵ Dies im Rahmen der Erörterung seiner „Grundlinien einer Neubestimmung des Unrechtsbegriffs“ (*Kratzsch*, a. a. O., S. 118–124).

¹⁵⁶ *Kratzsch*, a. a. O., S. 119.

¹⁵⁷ A. a. O., S. 119 f.

wie komplexe Risikokumulationen und -zusammenhänge, verweisen die Unterschiede zwischen Unglück und Zufall auf der einen, Unrecht und steuerbarem Verhalten auf der anderen Seite¹⁵⁸.

Entscheidend ist jedoch, worauf *Ulfrid Neumann* nüchtern, aber in aller Deutlichkeit hingewiesen hat: Zumindest diese Version von Risikostrafrecht gibt sich offensichtlich nicht mehr mit der Funktion zufrieden, „Rechtsgüter vor *verantwortlich verübten*“¹⁵⁹ Verletzungen zu bewahren; vielmehr soll es die Aufgabe des umfassenden Schutzes von Rechtsgütern übernehmen.¹⁶⁰

Angesichts solcher Aufgabenzuschreibungen und Optimalisierungsanforderungen an Strafrecht (allgemein) und Rechtsprechung (konkret)¹⁶¹, wird man skeptisch bleiben, ob die Zauberworte Kybernetik und Systemtheorie tatsächlich ein Ende strafrechtsdogmatischer Streitigkeiten¹⁶² und eine Optimierung des Rechtsgüterschutzes bedeuten. Näher liegt die Assoziation zu *Goethes* Zauberlehrling, die *Felix Herzog*¹⁶³ offenbar angesichts der von *Kratzsch* vorgelegten Skizze eines Strafrechts beschleicht, das als „Großregler“ „Großstörungen“ entgegenwirkt und so die „Gesamtordnung“ aufrechterhält¹⁶⁴. Risikodogmatik, wie sie von *Kratzsch* vorgeführt wird, hat mit traditionell verstandenem Strafrecht wenig zu tun, kann viel treffender beschrieben werden als ein „systemtheoretisch ‚aufgeklärtes‘ absolutistisches Polizeistrafrecht“¹⁶⁵. Diese Wertungen, das muß deutlich gesagt werden, ergeben sich nur auf der Grundlage eines Verständnisses von Strafrecht, das sich als solches den Herausforderungen der „Gesellschaft der Großgefahren“ nicht stellt¹⁶⁶. Wer diese Selbstbescheidung des Strafrechts nicht für notwendig oder möglich hält, wird *Kratzschs* Präventionssystem die Bewunderung nicht verhehlen können. In jedem Fall aber gebührt

¹⁵⁸ Vgl. dazu schon im 3. Kapitel, S. 109 ff. und S. 148.

¹⁵⁹ Hervorhebung: C.P.

¹⁶⁰ *Neumann*, GA 1987, S. 279.

¹⁶¹ *Kratzsch* meint, die Praxis daran erinnern zu müssen, daß sie eine „Rechtspflicht ... zur optimalen Regelung ihres Auslegungsverhaltens“ habe (a. a. O., S. 59).

¹⁶² Ähnlich *Neumann*, GA 1987, S. 280.

¹⁶³ *F. Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, 1991, S. 38: „Welche Geister heraufbeschworen werden, wenn das Strafrecht als Risikostrafrecht mit präventiven Aufgaben verstanden wird, ...“.

¹⁶⁴ Diese Begriffe bei *Kratzsch*, a. a. O., S. 284.

¹⁶⁵ *F. Herzog*, a. a. O., 1991, S. 39.

¹⁶⁶ Vgl. dazu oben im 6. Kapitel, S. 236 ff.

ihm Dank dafür, daß durch seine Vorschläge der die Strafrechtsdiskussion – auf den Ebenen von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft – beherrschende harmonistische Ansatz, wonach die Probleme der Risikogesellschaft mit dem mehr oder weniger unveränderten, traditionellen Strafrecht in den Griff zu bekommen seien, als Illusion entlarvt ist.

IV. Zusammenfassung zur Risikoerhöhungstheorie als allgemeines Merkmal der Zurechnung

1. Die strafbarkeitsausweitende Tendenz der Risikoerhöhungslehre

Als Fazit ist zunächst kritisch zu notieren, daß nicht nur die Risikoerhöhungslehre im engeren Sinn, sondern auch die Risikoerhöhungstheorie als Grundlage einer allgemeinen Zurechnungslehre tendenziell – und zwar *de lege lata* und *de lege ferenda* – strafbarkeitsausweitend ist. Die Gründe dafür waren ebenfalls deutlich geworden. Eine Lehre, die sich selbst als funktional im Sinne des Rechtsgüterschutzes versteht, die an die Funktionalität des Strafrechts als Mittel des unmittelbaren Rechtsgüterschutzes glaubt und die Strafrecht so legitimiert, kann in Anbetracht der Gefährdungslagen der Risikogesellschaft kaum eine strafrechtsrestriktive Position einnehmen.

2. Der für sich einnehmende Ausgangspunkt der Risikoerhöhungslehre

Trotzdem nehmen zahlreiche Aspekte dieser Lehre im Ansatz für sich ein. Sie vereinigt eine ganze Anzahl von Einsichten und Ansichten über das Strafrecht: Und genauso, wie sich der Risikobegriff durch seine Perfektionierung und Rationalisierung des Rechtsgüterschutzgedankens als der tiefere Grund für die strafbarkeitsausweitende Tendenz darstellte, ist es in erster Linie der Risikobegriff als Orientierungspunkt, der die Lehre im positiven Sinn ‚modern‘ macht.

- Der Risikobegriff verweist – wie schon erwähnt – unmittelbar auf die Funktion des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen¹⁶⁷; eine Funktion, die zwar ein Potential zur Strafrechtsausweitung hat, die aber auch ein Potential zur Restriktion eines (z. B. moralisierenden) Strafrechts hat.
- Der Risikobegriff nimmt diese Aufgabe des Rechtsgüterschutzes durch Strafrechtsverbote insofern ernst, als er sich durchgängig um normtheoretische Plausibilität bemüht,
- er berücksichtigt die verminderte Bedeutung des ‚Erfolges‘ innerhalb des Unrechtsbegriffs¹⁶⁸ und betont die Rolle des risikoschaffenden oder -erhöhenden ‚Verhaltens‘¹⁶⁹.
- er baut auf einem Menschenbild auf, das die Freiheit zu Risiko-Entscheidungen voraussetzt¹⁷⁰,
- und kann schließlich (jedenfalls im Ansatz) angemessen mit der Erkenntnis umgehen, daß – entgegen dem Grundsatz des *neminem laede* – eine große Anzahl vorsätzlicher und fahrlässiger Gefährdungen für das Strafrecht irrelevant ist¹⁷¹.

Die Gegenüberstellung zeigt, woran es der Risikoerhöhungslehre mangelt. Sie verfügt über kein überzeugendes Prinzip der Begrenzung eines – auf Rechtsgüterschutz festgelegten – Strafrechts. Sie ist, anknüpfend an eine Formulierung *Jakobs'*, zwar ein „unentbehrliches“, aber kein hinreichendes „Mittel zur Definition unerlaubten Verhaltens“¹⁷².

¹⁶⁷ So ausdrücklich *Wolter* (Objektive Zurechnung, 1981, S. 24) in Abgrenzung zum Beispiel zur Lehre *Welzels*: „Es ist nicht die primäre Funktion des Strafrechts, elementare sozialetische Handlungswerte und dadurch nur mittelbar auch Rechtsgüter zu schützen.“

¹⁶⁸ Vgl. die Übersicht bei *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, 1985, S. 86 ff.

¹⁶⁹ Vgl. die einleitenden Bemerkungen bei *Frisch* (Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986, S. 24 ff.) und die Anmerkungen *Wolters* (Objektive Zurechnung, 1981, S. 190, und S. 362.)

¹⁷⁰ Vgl. dazu die insofern nur auf den ersten Blick verwundernde Koalition von absoluter Strafbegründung und Risikoerhöhungslehre bei *E.A. Wolff* (Kausalität, 1965) und *Kahlo* (Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1991).

¹⁷¹ Vgl. z. B. die Ausführungen *Frischs* zur Art des für das Strafrecht relevanten Risikos (Vorsatz und Risiko, 1983, S. 118 ff.), zu den für das Gefahrurteil relevanten Maßstäben (a. a. O., S. 128 ff.) und zum Maß des relevanten Risikos (a. a. O., S. 138 ff.).

¹⁷² *Jakobs*, AT², 1991, 7/103, S. 237.

D. Risikodogmatik III: Der ‚Risikovoratz‘

I. Rückblick – Ausblick – Überblick

Das 7. Kapitel und die beiden ersten Abschnitte dieses Kapitels waren Fragen der objektiven Zurechnung gewidmet. Im Laufe des vergangenen Jahrhunderts hat dort, das ist als erstes wichtiges Ergebnis festzuhalten, ein schleichender Paradigmenwechsel eingesetzt: Aus dem Tatstrafrecht¹⁷³ ist mehr und mehr ein Risikostrafrecht geworden. An die Stelle der Kausalität, die in einem einfach strukturierten Weltbild¹⁷⁴ verwurzelt war, ist, nachdem sie zunächst durch den Gedanken ‚erlaubter Risiken‘ ergänzt und durch die ‚Risikohöherungslehre‘ (im engeren Sinn) in Teilbereichen verfeinert wurde, der Gedanke der objektiven Zurechnung qua Risikoschaffung beziehungsweise Risikohöherung getreten. Notiert zu werden verdient auch ein zweites Ergebnis. Die zur Rechtsfigur des ‚erlaubten Risikos‘ führende Erkenntnis, daß menschliches Verhalten stets riskant ist, war tendenziell strafbarkeitseinschränkend¹⁷⁵. Dagegen hat die Risikohöherungslehre (im engeren und im weiten Sinn), unbeschadet ihrer immanenten Rationalität, strafbarkeitsausweitende Effekte.

Im nun folgenden dritten Abschnitt dieses Kapitels geht es um die subjektive Zurechnung im Strafrecht. Als ‚Schuldstrafrecht‘ knüpft es jegliche Strafbarkeit an vorwerfbares Verhalten. Damit ist die subjektive Zurechnung ‚Nadelöhr‘, durch das jede Verurteilung muß. Es ist daher nicht ‚nur‘ von systematischem und dogmengeschichtlichem, sondern von *vitale*m Interesse, ob das Risi-

¹⁷³ Dabei wird allerdings nur auf eine vielen Bedeutungen dieses Begriffs angepielt, auf das Anknüpfen des Strafrechts an Taten i. S. von strafrechtlich relevanten Erfolgen.

¹⁷⁴ Dieses Weltbild war zum (kleineren) Teil realistisch, soweit ‚die Welt‘ tatsächlich weniger komplex war; zum (größeren) Teil spiegelte es wider, daß die Komplexität – z. B. die Nebenfolgen, Fernwirkungen und Interdependenzen von Handlungen – noch nicht erkannt wurde. Interessanterweise ist das Kausalitätsparadigma seinerseits ein Produkt der Aufklärung, das (heute wieder aktuelle) ‚Zurechnungslehren‘ abgelöst hat.

¹⁷⁵ Das ist insofern unpräzise, als es im wesentlichen nicht um reale Einschränkungen ging, sondern darum, daß schon bisher strafloses Verhalten straflos blieb, bzw. daß neuartige Schaden und Gefährdungen als strafrechtlich (weitgehend) irrelevant bezeichnet wurden.

kodenken auch in diesen Bereich eingedrungen ist und welche Auswirkungen dieser Prozeß gegebenenfalls gehabt hat. Ist, mit anderen Worten, nicht nur aus dem Tatstrafrecht, sondern auch aus dem Schuldstrafrecht ein Risikostrafrecht geworden?

Es liegt nahe, diese Frage schon deswegen zu bejahen, weil aus einem Strafrecht, das sich schwerpunktmäßig mit *vorsätzlich* herbeigeführten *Verletzungen* befaßt hat, eines geworden ist, das heute – in der Praxis jedenfalls – von *fahrlässigen*¹⁷⁶ Verletzungen und *Gefährdungen* geprägt ist. In diesen Bereichen (folgenlosen oder folgenreichen) ‚riskanten‘ Verhaltens ist die Bezeichnung Risikostrafrecht¹⁷⁷ jedoch fast trivial; es geht insoweit nur um seine Bewertung. Dagegen verspricht die Untersuchung der Vorsatzdogmatik, einer Kernstücks der Strafrechtsdogmatik auch schon vor den Zeiten der sich ankündigenden Risikogesellschaft, Ertrag für die These, daß die Risikoorientierungen die Rechtsdogmatik generell und strukturell – in eine bestimmte Richtung – beeinflusst haben.

II. Vorsatzdogmatik – ein aktuelles und relevantes Thema?

Indizien für einen solchen Einfluß der Risikodogmatik sind schnell gefunden. Schon die Formulierung, der mit Eventualvorsatz handelnde Täter zeichne sich dadurch aus, daß er „das Risiko der Tatbestandsverwirklichung nicht psychisch verdrängt, sondern innerlich akzeptiert“¹⁷⁸ habe, weist in Richtung eines Risikovoratzes, könnte aber als ‚Beweis‘ nicht gelten, weil es um den Sonderfall¹⁷⁹ des *dolus eventualis* geht¹⁸⁰. Eindeutig in Richtung Risikodogmatik verweist dagegen die Arbeit *Frischs*, die den Vorsatz grundsätzlich

¹⁷⁶ Zu diesem das Strafrecht heute quantitativ dominierenden Gebiet hatte *Engisch* 1930 (Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 239) noch gemeint: „Man müht sich ab mit der ... Frage, ob in der Fahrlässigkeit ... überhaupt irgendwelche Schuld zu entdecken sei, ob sie nicht in einem Verstandesfehler wurzele und darum überhaupt keine Strafe verdiene, sondern nur zu polizeilichen Maßnahmen führen dürfe.“ Die Gründe der Karriere liegen in der „fortschreitenden Industrialisierung und der Zunahme des Kraftfahrzeugverkehrs“ (*Wessels*, AT²¹, 1991, S. 204 (§ 15, I)).

¹⁷⁷ Kritisch zum Risikostrafrecht in Form der abstrakten Gefährdungsdelikte jüngst: *F. Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991.

¹⁷⁸ So *Lackner*, StGB¹⁸, § 15 I.3.b.aa.

¹⁷⁹ Anders jetzt *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. VII.

¹⁸⁰ Derselbe Einwand könnte auch gegenüber der ausdrücklichen Erwähnung von „Risikovoratz“ bei *Schlehofer*, NJW 1989, S. 2017 ff., erhoben werden.

verstehet als das „Wissen um das der Handlung eignende und (normativ) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko“¹⁸¹.

Mißt man die Bedeutung einer Thematik an der Aufmerksamkeit, die ihr die Strafrechtswissenschaft widmet¹⁸², steht die – positive – Antwort auf die in der Überschrift gestellte Frage fest. Kaum ein Themenbereich hat sich über einen so langen Zeitraum gleichbleibender Aufmerksamkeit erfreut¹⁸³. Auch wenn dazu die Freude am „Glasperlenspiel“¹⁸⁴ beigetragen haben dürfte, zeigen Titel und Inhalt einer Reihe von einschlägigen Beiträgen gerade der letzten Jahre, daß es sich zwar um meist vertraute Fragen handelt, die jedoch – oft aus aktuellem Anlaß¹⁸⁵ – wieder wirklich „im Brennpunkt strafrechtlichen Interesses“ stehen¹⁸⁶.

¹⁸¹ So zusammenfassend: *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 341.

¹⁸² Ob man das sollte, ist fraglich. Die Relevanzstrukturen der Strafrechtswissenschaft und der Strafrechtspraxis weichen offensichtlich – und von der Praxis oft beklagt – voneinander ab: Jedenfalls spiegelt das Aufmerksamkeitsgefälle, das von den ausführlichsten behandelten AT-Grundsatzprobleme über die schon weniger intensiv durchdrungenen Fragen des Besonderen Teils des StGB und des Strafprozeßrechts bis hin zu den deutlich vernachlässigten Gebieten des Nebenstrafrechts, des Strafzumessungs-, Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts reicht, nicht die praktische Bedeutung der jeweiligen Rechtsprobleme.

¹⁸³ So auch: *Brammsen*, JZ 1989, S. 71 ff. [71].

¹⁸⁴ *Frisch*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, S. 533 ff. [536]. Ähnlich schon *Schmidhäuser*, JuS 1980, S. 241 ff. [248], der vom „gebetsmühlenartigen Abklappern der Theorien“ spricht.

¹⁸⁵ Das gilt vor allem für die Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit: *Hafi* (ZStW 88 (1976), S. 365 ff.) knüpft dabei an aktuelle Probleme der Wirtschaftskriminalität an, *Kleb-Braun* (JA 1986, S. 310 ff.) nimmt Fälle des Codekartenmißbrauchs zum Anlaß, zur „Krise des Innern“ im Strafrecht“ Stellung zu beziehen. Die Problematik der Strafbarkeit HIV-ansteckungsgefährdenden Verhaltens schließlich hat zu einer ganzen Reihe von überwiegend vorsatzdogmatischen Beiträgen geführt. Vgl. *Herzberg*, NJW 1987, S. 1461 ff.; *ders.*, JuS 1987, S. 777; *Prittowitz*, JA 1988, S. 486 ff.; *Hillenkamp*, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 351 ff.; *Schlehofer*, NJW 1989, S. 2017 ff.; *Frisch*, JuS 1990, S. 362 ff. und *ders.*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, S. 533 ff.

¹⁸⁶ *Frisch*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, S. 533 ff. [533].

III. Der Gegenstand der Auseinandersetzung

In der Sache geht es um den Begriff des Vorsatzes¹⁸⁷ und seinen Nachweis im Strafprozeß. Zwar scheint sich der Streit unverändert an der Existenzberechtigung und dem Inhalt des voluntativen Vorsatzelements zu entzünden, und auch die konkrete Rechtsfrage, anhand derer das Problem erörtert wird, die Abgrenzung zwischen *dolus eventualis*¹⁸⁸ und bewußter Fahrlässigkeit, hat sich nicht verändert¹⁸⁹. Trotzdem hat die Debatte gerade anhand der Debatte um den ‚Ansteckungsvorsatz‘ des HIV-Infizierten klargestellt, worum wirklich gestritten wird.

1. Puppes Aufsatz „Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*“ als Anknüpfungspunkt für die Risikovorsatzdiskussion

Mit gewohnter intellektueller Schärfe und Gründlichkeit hat jüngst *Ingeborg Puppe* die Diskussion über den Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis* einer Durchsicht und Kritik unterzogen. Nicht als erste¹⁹⁰, aber mit überzeugenden Formulierungen, entlarvt sie den Streit um die Existenzberechtigung eines eigenständigen voluntativen Vorsatzelements als „Gegensatz, der weniger tief ist, als es auf den ersten Blick den Anschein hat.“¹⁹¹ Denn beide sich konträr

¹⁸⁷ Als weiterer Streitpunkt wird – insbesondere seitdem *Frisch* 1983 seine Arbeit über „Vorsatz und Risiko“ vorgelegt hat – der Bezugsgegenstand des Vorsatzes genannt (vgl. etwa: *Brammsen*, JZ 1989, S. 71 ff. [71].) Die von *Frisch* betonte Neuakzentuierung – Bezugspunkt des Vorsatzes soll nicht der objektive Tatbestand oder seine Merkmale sein, sondern das tatbestandsmäßige Verhalten (a. a. O., S. 118 ff. und *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1986) – dürfte dagegen in der Formulierung *Küpers* (GA 1987, S. 479 ff. [504]) „offene Türen“ einrennen.

¹⁸⁸ Der häufig synonym verwendete Begriff des ‚bedingten Vorsatzes‘ ist (zumindest) mißverständlich, weil das Vorsatzdelikt unbedingten Handlungswillens fordert, vgl. *Schönke-Schröder-Cramer*, StGB²³, 1989, § 15, Rn. 72; *Bockelmann* (AT³, 1979, S. 83) hält beide Ausdrücke aus diesem Grund für irreführend.

¹⁸⁹ Allerdings wird das Problem inzwischen – und das weist schon auf die Richtung der Entwicklung hin – auch diskutiert als Frage der Grenze zwischen Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz. Dazu sogleich im Text.

¹⁹⁰ Vgl. in diesem Sinn schon: *Frisch*, Karlheinz-Meyer-GS, 1990, S. 533 ff. [539 f.]; *Hassemer*, Armin-Kaufmann-GS, 1989, S. 289 ff. [306]; *Prittowitz*, JA 1988, 486 ff. [495 f.].

¹⁹¹ *Puppe*, ZStW 103 (1991), S. 1.

gebenden Auffassungen anerkennen ein vom Wissenselement unabhängiges, von *Puppe* treffend als „Einstellungselement“¹⁹² gekennzeichnetes Vorsatzmerkmal. Dieses Element übernehme, so *Puppe* weiter, die ganze Last der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ohne daß bisher überzeugend dargelegt sei, was – positiv formuliert – unter ihm zu verstehen sei. Vor allem das ‚billigende Inkaufnehmen‘, an dem die Rechtsprechung seit langem¹⁹³ festhalte, sei ein „Leerbegriff“, der jedem berechtigten¹⁹⁴ oder unberechtigten¹⁹⁵ rechtspolitischem Anliegen zur Geltung ver helfe. Dem Verdikt *Puppes*, in einem rechtsstaatlichen Strafrecht sei ein solcher Begriff inakzeptabel, wird man schwerlich widersprechen können.

Zu fragen bleibt, welche – rechtsstaatlich akzeptablen – Alternativen existieren. In einer kühnen aber wohl zutreffenden Zusammenfassung analysiert *Puppe*, das alles entscheidende Einstellungselement laufe auf den „psychologisch-faktischen Sachverhalt hinaus, daß derjenige unvorsätzlich (und also in der Regel: fahrlässig) handle, der im entscheidenden Moment das Wissen um die Risiken so verarbeitet, respektive verdrängt habe, daß es nicht mehr handlungsrelevant sei.

Puppe meint, die Frage des Nachweises dieser Einstellung stelle den Richter vor prinzipiell unlösbare Probleme¹⁹⁶; damit seien aber kaum geringere Manipulationsmöglichkeiten eröffnet als mit der Formel vom „billigenden Inkaufnehmen“. In letzter Konsequenz müßte ein ernstgenommenes, rechtverstandenes voluntatives Vorsatzelement zu einer massenhaften Ablehnung des Vorsatzes in *du-bio pro reo* führen.

Damit ist der Weg frei für ihre eigene Lösung. *Puppe* meint, die psychische Erleichterung, die der die Risiken verdrängende Täter verspüre, müsse vom Recht nicht noch honoriert werden¹⁹⁷. In

¹⁹² *Puppe*, a. a. O., S. 2.

¹⁹³ Vor allem seit BGHSt 7, 363 ff.

¹⁹⁴ *Puppe* nennt hier die restriktive Vorsatzauslegungstendenz bei Affekttätern (a. a. O., S. 7 ff.)

¹⁹⁵ Hier wird die Vorsatzzuschreibung in den HIV-Fällen genannt, die *Puppe* als „signifikantes Beispiel dafür bezeichnet, wie willkürlich man mit der Vorsatzbeschreibung im Sinne des billigenden Inkaufnehmens umgehen kann, wenn es gilt, rechtspolitisch wünschenswerte Ergebnisse zu erreichen“ (a. a. O., S. 8). Ähnlich auch *Frisch* (a. a. O., S. 563).

¹⁹⁶ A. a. O., S. 11.

¹⁹⁷ A. a. O., S. 12 f.

Wirklichkeit komme es für das Recht gar nicht darauf an, wie der Täter in dem „Konflikt zwischen seinem Begehren und fremder rechtlich geschützter Integrität psychisch verarbeitet(e)“¹⁹⁸, maßgeblich sei vielmehr, ob sein „Verhalten, interpretiert als das eines Vernunftwesens, Ausdruck solcher Billigung ist.“¹⁹⁹

Den damit festgelegten normativen Ausgangspunkt ihres Vorsatzbegriffes konkretisiert *Puppe*, indem sie zwischen Vorsatzgefahren und Fahrlässigkeitsgefahren²⁰⁰ differenzieren will:

„Es gibt also Gefahren, bei deren Setzung nicht nur ein bestimmter einzelner Täter, sondern nach allgemeinen Maßstäben rational und vernünftig Handelnde nicht nur vage, sondern ernsthaft darauf vertrauen kann, daß sie sich nicht realisieren. Das sind ihrer Qualität nach Fahrlässigkeitstaten. es gibt andere Gefahren, die ein rational Handelnder nur dann eingeht, wenn er mit ihrer Realisierung einverstanden ist. Das sind ihrer Qualität nach Vorsatzgefahren.“²⁰¹

2. Kritik an *Puppes* Vorschlägen als Ausgangspunkt für eine Stellungnahme zum Risikovorsatz

Die Überzeugungskraft dieses Vorschlags von *Ingeborg Puppe* kann mit der ihrer analytischen Kritik an den bisherigen Vorschlägen nicht Schritt halten. Das ausschlaggebende Gegenargument gegen ihren normativen Vorsatzbegriff liegt auf der Hand: Die offene Zuschreibung subjektiver Verantwortlichkeit je nach dem ‚objektiven‘ Grad der Gefahr ist zutiefst ungerecht und widerspricht dem Prinzip individueller Vorwerfbarkeit. Es geht ja nicht – wie *Puppe* halb psychologisierend, halb moralisierend Glauben macht – um das Honorieren des erfolgreich verdrängenden Täters – ein Bild, das sofort Assoziationen mit der Figur des sich vorwerfbar schuldunfähig machenden Täters hervorruft –, sondern darum, ob ein Rechtssystem im Wissen darum, daß bei einem Handelnden handlungsrelevantes Risikowissen nicht vorlag, behaupten (und vorwerfen) soll dürfen, dieser habe vorsätzlich gehandelt.

¹⁹⁸ A. a. O., S. 14.

¹⁹⁹ A. a. O.

²⁰⁰ A. a. O., S. 17.

²⁰¹ A. a. O., S. 17 f.

Diese Ungerechtigkeit erscheint freilich in *Puppes* Modell aus zwei Gründen als hinnehmbar. Erstens, weil die von ihr vorgeschlagene gefahrorientierte Vorsatzzuschreibung im Vergleich zu der von ihr treffend beschriebenen Praxis willkürlicher (bzw. rechtspolitisch motivierter) Vorsatzzuschreibung immer noch vorzugswürdig erscheint. Und zweitens, weil sie behauptet, der tatsächliche Nachweis des Einstellungsmoments beim Vorsatze stelle den Richter vor *prinzipiell* unlösbare Aufgaben, so daß es so oder so nur um Zuschreibung gehe, wenn man nicht den massenhaften Freispruch in dubio pro reo in Kauf nehmen will.

Entwirrt man diese Mischung pragmatischer und theoriegeleiteter Überlegungen, dann verliert ihr Vorschlag sehr schnell an Überzeugungskraft.

Pragmatisch betrachtet ist der Eintritt der von *Puppe* behaupteten „letzten Konsequenz“, daß der Vorsatz massenhaft in dubio pro reo abgelehnt werden müsse, ganz und gar unwahrscheinlich. Vielmehr hat die Rechtspraxis es schon in der Vergangenheit verstanden, Indizien für das Vorliegen des ausschlaggebenden Einstellungsmoments zu benennen und vernünftige Zweifel an seinem Vorliegen sehr wohl von unvernünftigen unterscheiden können. Getragen von berechtigter Empörung über die rechtspolitisch motivierte Manipulierbarkeit des Vorsatzbegriffs übersieht *Puppe*, daß in der zahlenmäßig weit überwiegenden Anzahl der Fälle ein Bedürfnis nach solcher Manipulation gar nicht besteht.

Die berechtigte Kritik an Leerformeln der von Rechtsprechung und Lehre vorgeschlagenen Vorsatzdefinitionen muß also keineswegs zwingend zur Aufgabe zwingen. Es geht nicht um ‚Alles oder Nichts‘, es geht nicht um Feststellung oder Zuschreibung von Vorsatz, und es geht nicht um illegitime versus legitime Zuschreibung, sondern es geht um Präzisierungen einer grundsätzlich den richtigen Weg eingeschlagen habenden Praxis, die nicht ohne Zuschreibungen auskommt, wenn sie nicht unmittelbar Zugängliches feststellen will. Es geht dabei auch um Präzisierungen, die – so weit wie möglich – sicherstellen sollen, daß der derzeit mögliche rechtspolitisch motivierte Mißbrauch der Vorsatzdogmatik erschwert wird.

3. Der Risikovorsatz – ein treffender Ausgangspunkt der Vorsatzdogmatik

Vor diesem Hintergrund soll zunächst klargestellt werden, daß der – insbesondere von *Frisch* hervorgehobene – risikodogmatische Ausgangspunkt, wonach Gegenstand des Vorsatzes nicht der Tatbestand, sondern nur ein für Rechtsgüter riskantes Verhalten sein kann, außerordentlich überzeugend ist.

Ausgehend davon findet dann jedoch sehr schnell eine Weichenstellung statt. Finden über den Risikovorsatz normative Risikomaximen Eingang in den Bereich subjektiver Zurechnung – wie das in *Puppes* Vorschlag offen, in der Rechtspraxis bei brisanten Fällen neuer Risiken verdeckt der Fall ist oder nutzt die Vorsatzdogmatik vorhandenes empirisches Material anderer Disziplinen zur Selbst- und Fremdwahrnehmung von Risiken, um den Prozeß subjektiver Zurechnung auch im Strafrecht rationaler und gerechter zu gestalten?

Die Entscheidung für einen Vorsatzbegriff, der nur bewußt falsche Risikoentscheidungen umfaßt, steht nach dem bisher Gesagten fest. Der zentrale Punkt innerhalb der Vorsatzproblematik ist daher, wie zunehmend erkannt wird, nicht im Begrifflichen zu suchen, sondern im Prozessualen²⁰². Damit rücken die entscheidenden Gesichtspunkte ins Blickfeld: Was sind denn die Maßstäbe, nach denen vernünftige Risikomaximen von unvernünftigen getrennt werden. Die Fixierung auf Risiken spricht dafür, daß die unrealistische Zuschreibung von Verantwortung für Risiken, die es immer schon gab, eher zunehmen wird.

Im folgenden sei daher auf einige systematische Fehler bei der Verantwortungszuschreibung hingewiesen, die auch im Bereich strafjuristischer Vorsatzzuschreibung von einiger Relevanz sein dürften.

²⁰² So auch: *Frisch*, Karlheinz-Meyer-GS, 1990, S. 554 ff., der meint, die Entwicklung einer adäquaten Dogmatik der Vorsatzfeststellung sei notwendig (554).

IV. Probleme der Durchführung subjektiver Zurechnung – Attributionstheoretische Ansätze

Schon bei der Rekonstruktion der Dogmatik subjektiver Zurechnung ergeben sich weitgehende Parallelen zu alltäglichen Verantwortungszuschreibungen, wie sie von der Attributionstheorie²⁰³ erforscht werden. Von besonderem Interesse ist es daher, daß die Attributionstheorie, die im übrigen „die Gemeinsamkeiten zwischen alltäglicher und wissenschaftlicher Handlungsanalyse (betont)“ und auch „die alltägliche Attribution von Kausalität und Verantwortung als prinzipiell rationales Verhalten (verstehet)“²⁰⁴, sich ausgiebig auch mit Attributionsfehlern befaßt hat. Über diese Forschungen hat *Lothar Kublen* jüngst ausführlich berichtet und auf die Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung auch im Strafrecht angewendet. Das von *Kublen* zunächst vorsichtig formulierte Ergebnis birgt erheblichen Sprengstoff für das Strafrecht – zugleich kann mit seinen Befunden erklärt werden, warum die Problematik im Strafrecht der Risikogesellschaft an Bedeutung gewinnt.

1. Die Vergleichbarkeit alltäglicher und strafrechtlicher Verantwortungszuschreibungen

Kublen nähert sich dem Thema vorsichtig. Ergebnis einer mehrseitigen Analyse und grundsätzliche Voraussetzung der Anwendbarkeit der attributionstheoretischen Befunde auf strafrechtliche Verantwortungszuschreibungen²⁰⁵ – ist die – sicher nicht selbstverständliche, aber doch von vornherein konsensfähig erscheinende – Feststellung,

²⁰³ Vgl. zu den Erkenntnissen im einzelnen im 2. Kapitel, S. 107 ff.

²⁰⁴ *Kublen*, Nachträgliche ex ante-Beurteilung, S. 354 f.

²⁰⁵ *Kublen*, ex ante, S. 361 f. problematisiert die Anwendbarkeit auf strafrechtliche Verantwortungszuschreibung ausdrücklich, meint aber abschließend: „Solange empirische Untersuchungen zur strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung fehlen wird man eher davon ausgehen müssen, daß auch Juristen nicht gegen die Beurteilungsfehler gefeit sind, die in der alltäglichen Verantwortlichkeitszuschreibung gemacht werden.“ (a. a. O., S. 362 m. w. N. auf Autoren, die explizit die Attributionstheorie auf juristische Verantwortungszuschreibungen anwenden (so: *Thomas/Parpal*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1987, S. 853) oder der Sache nach auf das Phänomen systematischer Fehleinschätzungen der ex ante Sicht verweisen (so: *Stratenwerth*, *Eb-Schmid-Fs.*, S. 398, Fn. 21.).

daß nach den Regeln der strafrechtlichen wie der moralischen Verantwortungszuschreibung über die Fehlerhaftigkeit von Verhaltensweisen ex ante zu urteilen ist.²⁰⁶

2. Der zentrale Befund der Attributionsfehlerforschung²⁰⁷

Bei diesen – denkwürdig nachträglich zu erfolgenden – Urteilen aus der ex ante Perspektive, schleichen sich nun, das ist der zusammengefaßte Befund der empirischen Attributionsforschung, systematisch Fehler ein. Diese Fehler führen allesamt – darin liegt die oben schon angedeutete Bisanz für das Strafrecht – zu einer „unangemessen strengen Verhaltensbeurteilung“²⁰⁸.

Im einzelnen lassen sich die systematischen Fehleinschätzungen in drei Haupteffekte einordnen, die bereits im 2. Kapitel vorgestellt wurden. Von ausschlaggebender Bedeutung im Strafverfahren könnte die Feststellung einer grundsätzlich zu strengen ex-ante Beurteilung des Handelns von Beobachtern sein, die sogenannte actor-observer Differenz²⁰⁹.

Kublen verweist darauf, daß dieser Effekt sich umdreht, wenn es um die Verantwortlichkeit für positiv bewertete Folgen geht, und diskutiert die (unter anderem deswegen) naheliegende Frage, ob bei grundsätzlicher Anerkennung des Phänomens der actor-observer Differenz der Beurteilungsfehler nicht eher beim Akteur (der in den Experimenten sein Tun ja ebenfalls nachträglich aus der ex ante Perspektive rekonstruiert) liegen dürfte. Eine solche Interpretation, wonach Menschen dazu neigen, Erfolge sich, Mißerfolge anderen oder der Umwelt zuzuschreiben, ist alltagstheoretisch überaus plausibel und dürfte dementsprechend auch einen festen Platz in den Köpfen der Richter haben. *Kublen* weist aber, obwohl er seine Sympathien für diese alltagstheoretische Erklärung durchaus durchblicken läßt, darauf hin, daß die Attributionsforscher mit guten Gründen – und ohne das Phänomen von Selbstrechtfertigungen zu leugnen – der Auffassung sind, die actor-observer Differenz beruhe

²⁰⁶ *Kublen*, ex ante, S. 353.

²⁰⁷ Vgl. dazu schon ausführlich im 2. Kapitel, S. 107 f.

²⁰⁸ *Kublen*, ex ante, S. 355.

²⁰⁹ Vgl. im 2. Kapitel, S. 110 f.

wesentlich auf fehlerhafter Verantwortungsattribution durch den Beobachter. Das läßt sich nicht nur experimentell belegen, sondern auch plausibel erklären. Zu einen werde der soziale Druck, dem der handelnde Mensch ausgesetzt ist, von Beobachtern regelmäßig (und dramatisch) unterschätzt²¹⁰. Zum anderen sprechen kognitive Unterschiede zwischen rekonstruierendem Akteur und rekonstruierendem Beobachter, die sich auf die in der Handlungssituation verfügbaren Information und die Informationsverarbeitung beziehen, für Beurteilungsfehler des Beobachters²¹¹.

3. Zusammenfassung dieser Befunde vor der Folie von Entscheidungstheorie und Risikoforschung

Es ist unschwer zu übersehen, daß Menschen – also auch Strafrjuristen – in der Beobachterperspektive dazu neigen, rationalere Entscheidungen zu erwarten. Und ebenso klar, wenn auch deprimierend, ist, daß Akteure sich oft nicht rational entscheiden. Dieser Befund klingt vertraut. Er greift ein Thema auf, daß die Risikoforscher im Zusammenhang mit vor allem technikbezogenen Risikoentscheidungen seit langem beklagen – und inzwischen auch weitgehend erklärt haben. Es gibt eine erhebliche Differenz zwischen rationalen Entscheidungen und tatsächlich in Handlungssituationen getroffenen Entscheidungen. Im strafrechtlichen Zusammenhang läßt sich feststellen, daß schon die Anklage eine Anfrage ist, warum sich der Handelnde nicht vernünftig, nämlich normgemäß verhalten habe. Schlimmer ist, daß diese – im Prinzip noch nichts vorentscheidende – Frage systematisch fehlerhaft beantwortet zu werden droht. Wir haben, so könnte man es sagen, Entscheidungsmodelle im Kopf, mit denen wir die Entscheidungen des

²¹⁰ Das haben die berühmt gewordenen Experimente *Milgrams* gezeigt: Das Erschrecken über die Beeinflussbarkeit reflektiert ja unsere „ganz unrealistischen Annahmen über die Fähigkeit von Akteuren, sozialem Druck zu widerstehen“ (*Kuhlen*, a. a. O., S. 357).

²¹¹ Vgl. im einzelnen bei *Kuhlen*, S. 357 f.: Der Akteur hat mehr Informationen über sein Innenleben (die der Beobachter aus dem Handeln erschließen muß), der Beobachter kann sich auf Beobachtung und Beurteilung (also auf Informationsverarbeitung) konzentrieren, muß also seine kognitiven Fähigkeiten nicht auf das Handeln als solches konzentrieren.

Abweichlers beurteilen. Das, was vom Normprogramm zwingend vorgeschrieben Rekonstruktion einer Entscheidung sein muß (empirische Entscheidungsforschung), wird von *normativen* Entscheidungstheorien massiv beeinflusst. In diesem Rahmen wird zudem deutlich, was schichtspezifische Unterschiede zwischen der Population des Rechtsstabes und der von bestimmten Abweichlergruppen ausmachen kann.

ZUSAMMENFASSENDE KRITIK AM
RISIKOSTRAFRECHT UND VORÜBERLEGUNGEN
ZUM GEGENENTWURF

A. Rückblick – Ausblick

Aufbauend auf den im ersten Teil der Untersuchung ausgebreiteten Grundlagen, war das Ziel des zweiten Teil die kritische Rekonstruktion von Kriminalität und Kriminalpolitik, Straf(rechts)theorien und Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft. Im nun folgenden und die Untersuchung abschließenden dritten Teil soll der Gegenentwurf eines normativ akzeptablen Strafrechts unter den Bedingungen der Risikogesellschaft, der in der Charakterisierung und Kritik des Risikostrafrechts an vielen Stellen schon deutlich geworden ist, konkretisiert werden.

Ausgangspunkt dieses Gegenentwurfes ist das Verständnis und die Kritik des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts, das sich im Lauf der vergangenen Jahrzehnte herausgebildet hat. Beides soll in einem ersten Abschnitt (B.) zusammengefaßt werden, bevor im zweiten Abschnitt (C.) die Grundlagen des Gegenentwurfes benannt (I.) und ihre Konsequenzen für Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik (II.) angedeutet werden.

B. Der Ausgangspunkt des Gegenentwurfes:
Zusammenfassende Würdigung und Kritik des
‚heimlichen‘ Risikostrafrechts

I. Das Risikostrafrecht als Teil der Risikogesellschaft

So wie die unterschiedlichen und zum Teil widersprüchlichen Gefahr-Befunde den gesellschaftlichen Risikodiskurs geprägt haben, haben sie, das ist das Ergebnis der Untersuchung im zweiten Teil, vermittelt durch den Risikodiskurs, auch den strafrechtlich-kriminalpolitischen Risikodiskurs geprägt. Das wird diejenigen kaum überraschen, die Strafrecht als gesellschaftliches Subsystem begrei-

fen. Erstaunlich ist aber, wie genau sich der außerstrafrechtliche und der strafrechtliche Risikodiskurs entsprechen, was im folgenden Schaubild verdeutlicht werden soll.

Modell ‚Gefahrgesellschaft‘: Großgefahren als Nebenfolgen des technischen Fortschritts	→	Strafrecht der Prävention
Modell ‚verunsicherte Gesellschaft‘: Zunahme ‚objektiver‘ Sicherheit und subjektiver Unsicherheit	→	symbolisches Strafrecht
Modell ‚Risikogesellschaft‘: Spezifischer Umgang mit Gefahren: Aus ‚Gefahren‘ werden ‚Risiken‘; mehr Entscheidungsmöglichkeiten produzieren mehr Risiken	→	Risiko- Dogmatik

Analog zu dem z. B. von *Beck* propagierten Modell der Risikogesellschaft als Gefahrgesellschaft übernimmt das Strafrecht die Funktion als ein prominentes Instrument der Prävention. Analog zum Befund der verunsicherten Gesellschaft übernimmt das Strafrecht die Funktion symbolischer Versicherung. Und analog zur ebenso risikoschaffenden wie risikoabschaffenden Risiko-Rationalität der Risikogesellschaft (i. e. S.) hat sich ein rationales und funktionales Risikostrafrecht, eine Risikodogmatik, herausgebildet.

Genau wie die verschiedenen Argumentationslinien der Diskussion um die Risikogesellschaft – zum Teil kontrovers – nebeneinander herlaufen und letztlich nur zusammengenommen die Diagnose Risikogesellschaft rechtfertigen, genauso koexistieren die unterschiedlichen Risikodiskurse im Strafrecht. In der Wirklichkeit der Strafgesetzgebung, Strafrechtsprechung und Strafrechtswissenschaft finden sich überwiegend Mischformen dieser Modelle, was am Beispiel des Umweltstrafrechts, des Prototyps von Risikostrafrecht, verdeutlicht werden kann.

Umweltstrafrecht ist insofern Risikostrafrecht im Sinne von Risikodogmatik als durch den vorherrschenden Deliktstyp der fahr-

lässigen Begehung der Bereich erlaubter Risiken verkleinert wird, als es nicht mehr auf Schaden, sondern auf Risikoerhöhung ankommt, als kumulative Gefahren durch Kumulationsdelikte beantwortet werden und als zunehmend die Identität von Gefährdungs- und Verletzungsverboten, Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz behauptet wird.

Umweltstrafrecht ist aber auch Risikostrafrecht im Sinn von Strafrecht der Prävention. Es bezieht seine Rechtfertigung, gerade auch dort, wo traditionelle Zurechnungsprinzipien verlassen werden, aus dem hehren Zweck, der Erfüllung nicht *irgendeiner*, sondern einer *Menschheitsaufgabe*.

Drittens ist Umweltstrafrecht auch in dem Sinn Risikostrafrecht als es weitgehend symbolisches Strafrecht ist. Zum Teil wird es – fürsorglich oder zynisch – als Mittel symbolischer Versicherung eingesetzt, zum Teil erweist sich jedenfalls, daß es *nur* symbolische Funktion hat: Der Gesetzgeber kann darauf verweisen, nicht untätig gewesen zu sein, und sein gutes Gewissen färbt auf das gesellschaftliche Gewissen ab.

II. Das Risikostrafrecht in der Tradition des Strafrechts

Was zeichnet das Risikostrafrecht aus (1.), wie kam es dazu (2.), wie ist seine Bilanz (3.) und was wird an ihm kritisiert (4.)?

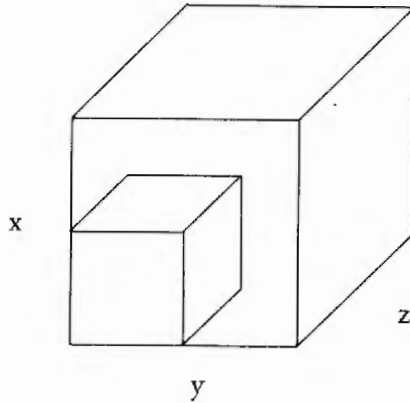
1. Charakterisierung des Risikostrafrechts

Das Risikostrafrecht steht ohne Zweifel in der Tradition des modernen Zweckstrafrechts. Es ist insofern modern, als es sich als Mittel zum Zweck (beziehungsweise zu Zwecken) versteht und legitimiert. Von seinen Vorgängern unterscheidet es sich dadurch, daß der (im Gedanken des Zweckstrafrechts allerdings schon angelegte) Paradigmenwechsel vom ‚Bösen‘ zum ‚Gefährlichen‘ als Gegenstand des Strafrechts offen vollzogen ist. Die Zwecke, denen das Risikostrafrecht dienen will, sind, risikosoziologisch gesprochen, einerseits die Risikominimierung, andererseits die Vermittlung von Sicherheit. In der Sprache von Straftheorie und Kriminalpolitik geht es um Prä-

vention, Rechtsgüterschutz durch Verhaltenssteuerung auf der einen, um Normstabilisierung auf der anderen Seite. Das Menschenbild, das dem Risikostrafrecht zugrundeliegt, ist, entscheidungstheoretisch ausgedrückt, das des rationalen Entscheiders; in der Tradition des Strafrechtsdiskurses geht es um den nicht determinierten und dem Gebot des *neminem laede* verpflichteten Menschen.

Angesichts der elementaren und wohl unbestritten legitimen Aufgaben des Strafrechts und angesichts seines aufgeklärten, den Menschen ‚ernst nehmenden‘ Menschenbildes, ist es ein Strafrecht, das ein gutes Gewissen hat. Auch das charakterisiert das Risikostrafrecht. Fragt man etwas detaillierter nach dem kriminalpolitischen und strafrechtsdogmatischen Profil des Risikostrafrechts, dann zeigen sich folgende Merkmale:

Das Risikostrafrecht ist funktional. Entkriminalisierung ist daher angesagt, wo weder Rechtsgüterschutz- noch Versicherungsbedarf besteht. Das klingt gut; es kennzeichnet aber die vorherrschende Wahrnehmung der offenen und ‚heimlichen‘ Risikostrafrechtler, daß das Strafrecht von nicht-funktionalen Kriminalisierungen inzwischen weitgehend befreit ist. Dementsprechend geht es *de facto* derzeit um Neukriminalisierungen. Dabei findet das, was man mit gleichem Recht als Strafrechtsverschärfung und als Verbesserung des Strafrechtsschutzes ansehen kann, auf allen drei in Frage kommenden Dimensionen des ‚Strafrechtswürfels‘ statt, der zur Verdeutlichung des Gesagten skizziert werden soll:



Legende:
 x-Achse: Zahl und Art der durch Strafrecht geschützten Rechtsgüter
 y-Achse: Art der kriminalisierten Beeinträchtigung des Rechtsguts, z.B. Zerstörung, Verletzung, konkrete Gefährdung, abstrakte Gefährdung
 z-Achse: Art der kriminalisierten subjektiven Einstellung zu der Beeinträchtigung des Rechtsguts, z.B. Absicht, Vorsatz, Fahrlässigkeit

Das Schaubild soll verdeutlichen, daß es sich bei dem – je nach Standpunkt beklagten oder geforderten – Mehr an Strafrecht nicht um einen linearen Prozeß der Zunahme geht. Vielmehr werden *neue Rechtsgüter* (z.B. die Umwelt oder die Volksgesundheit) durch Strafrecht geschützt, Rechtsgüter werden durch *Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes* (z.B. die Zunahme der Gefährdungsdelikte) geschützt, und schließlich werden sie parallel zu der Vorverlagerung nicht nur gegen rechtsgutfeindliche, sondern auch gegen rechtsgutgefährdende Einstellungen (*Abnahme der Anforderungen an die Vorwerfbarkeit*) geschützt.

Mit dem zuletztgenannten Merkmal ist der Übergang von der Kriminalpolitik zur Strafrechtsdogmatik schon getan, wie es das Risikostrafrecht insgesamt kennzeichnet, daß die Übergänge zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, zwischen Prävention und Schuld fließend sind. Die Strafrechtsdogmatik des Risikostrafrechts ist funktional, und da die Aufgabe des Strafrechts die Risikominimierung ist, ist die funktionale Strafrechtsdogmatik eine Risikodogmatik. Eine Straftat begeht nach dem (Selbst-) Verständ-

nis des Risikostrafrechts, wer vorwerfbar für ein Rechtsgut unerlaubte Risiken schafft oder unerlaubt Risiken erhöht.

2. Die Entwicklung hin zum Risikostrafrecht

Die Entwicklung des Strafrechts hin zu einem Risikostrafrecht ist alles andere als überraschend. Sie spiegelt die Logik der Risikogesellschaft ebenso wider wie die Logik des modernen Strafrechts. Was damit gemeint ist, kann anhand einiger Begriffspaare, die Strafrecht und Risikogesellschaft miteinander verbinden, gezeigt werden:

- Dem Rechtsgüter bedrohenden Gefahrenpotential der Risikogesellschaft steht das Rechtsgüter schützen-wollende Anliegen des Strafrechts gegenüber,
- die verunsicherte Risikogesellschaft trifft auf ein Orientierung anbietendes Strafrecht,
- die Rationalität einer auf normativen Entscheidungsmodellen basierenden Risikominimierungslogik harmoniert mit dem fundamentalen „neminem laede“-Gebot des Strafrechts,
- die Einsicht der Risikogesellschaft schließlich, daß summa summarum ungewollte Nebenfolgen von Handlungen mehr Schaden anrichten als Handlungen mit rechtsgutsschädigender Tendenz, daß Nichtwissen gefährlicher ist als Falschwissen, korrespondiert mit der Einsicht des Strafrechts in die Fragwürdigkeit seiner traditionellen Aufgabe, die ‚Bösen‘ zu verfolgen (Stichworte: Selektive Zuschreibung von bösem Willen; Tendenz, gerade das anscheinend Böse (das als böse erlebte) als krank zu entschuldigen).

3. Bilanz des Risikostrafrechts

So gut man also nachvollziehen kann, *warum* sich das Strafrecht den überlebenswichtigen Präventionsaufgaben nicht verweigern kann, so mager fällt die Bilanz des Risikostrafrechts aus. Angesichts der qualitativ und quantitativ neuen Bedrohungen der Risikogesellschaft versagt es. Ob es um Umweltzerstörung oder Waffenexport,

um Drogenmißbrauch oder Terrorismus geht – in keinem der neuen Aufgabenfelder kann das Strafrecht sichtbare Erfolge aufweisen. Einziges Argument für seinen Einsatz bleibt die – spekulative – These, ohne Strafrecht wäre alles noch schlimmer.

Ergebnis dieses Scheiterns des Strafrechts dort, wo Wirkungen sinnvoll und legitim wären, ist ein Vertrauensverlust in die Leistungsfähigkeit des Strafrechts bei den Normadressaten und beim Rechtsstab. Ergebnis des Scheiterns sind auch Reparaturversuche, die die Wirksamkeit des Mittels Strafrecht verbessern sollen.

4. Kritik am ‚heimlichen‘ Risikostrafrecht

Gesetzgeber, Praxis und Wissenschaft, die an dieser Strafrechtsentwicklung mitgewirkt haben, erfahren zunehmend und von zwei Seiten Kritik: Den einen ist das ‚heimliche Risikostrafrecht‘ zu wenig Risikostrafrecht, den anderen ist es zu weitgehend schon Risikostrafrecht:

a) Die Kritik aus der Perspektive eines konsequenten Risikostrafrechts

Die Verfechter eines konsequenten Risikostrafrechts kritisieren das ‚heimliche‘ Risikostrafrecht, das grundsätzlich an der Kategorie individueller Zurechnung festhält als ‚antiquiert‘, weil es sich auf die bedrohlichen Gegenwartsrisiken nicht genügend einlasse und daher nicht nur nutzlos, sondern sogar schädlich sei. Im eingangs schon vorgestellten Zitat *Becks* ist diese Position eindrucksvoll zusammengefaßt:

„Weltweite Gefährdungslagen stehen gegen Einzelstoffnachweis, Internationalität der Schadstoffproduktion gegen Einzelbetrieb- und Einzeltätarnachweis; Individualstrafrecht widerspricht Kollektivgefährdung; ‚Ursachen‘ im altväterlich industriellen Sinne sind mit der Globalität der Gefährdung abgeschafft worden.“¹

¹ Beck, Gegengifte, S. 214.

Weiter heißt es zum Schaden, den die Gerichte anrichten:

„Gerichte – ein zu Paragraphen und Instanzen undurchschaubar verdichtetes Ja zu allem, was an Neuem aus Wissenschaft, Wirtschaft und Technologie hervorkommt. Beschneidungen im Nebensächlichen legitimieren die Hauptentwicklung. Eine bessere Form der symbolischen Entgiftung einer gerade deswegen unveränderlichen Gefährdungswirklichkeit gibt es nicht.“²

Die Konsequenzen dieser Kritik liegen auf der Hand: Wenn die Notwendigkeit des Kausalitätsnachweises aus Alltäterschaft Allfreispruch macht, müssen sich die Beweislasten ändern; wenn auf allen Ebenen Arbeitsteiligkeit vorherrscht, darf das Strafrecht nicht auf dem Prinzip individueller Zurechnung bestehen. Und wenn es nicht mehr um ‚Bösewichte‘, sondern um nüchtern kalkulierende Gefährdungstäter geht, dann muß sich das Strafrecht darauf eben einstellen.

b) Die gleichzeitige Kritik der rechtsstaatlich-liberalen Strafrechtswissenschaft

Gleichzeitig muß sich das ‚heimliche Risikostrafrecht‘ von den Verteidigern eines sich individueller Gerechtigkeit verpflichteten rechtsstaatlich-liberalen Strafrechtsmodells genau den gegenteiligen Vorwurf anhören: Es lasse sich zu sehr auf die an das Strafrecht herangetragen Aufgaben ein und verlasse dabei zunehmend die Kategorien individuell gerechter Zurechnung: Die Entwicklung von den Verletzungsdelikten zu zunächst konkreten, dann abstrakten Gefährdungsdelikten bis hin zu Risiko- und Kumulationsdelikten habe in weiten Bereichen des Strafrechts Probleme der Kausalität und der individuellen Zurechenbarkeit irrelevant gemacht. Die Konkretisierung des Schuldvorwurfs durch Präventionsaspekte, die Dominanz der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, und die Versuche, den Prototyp des Vorsatzes im – von der bewußten Fahrlässigkeit kaum unterscheidbaren – dolus eventualis zu sehen, komme dem Bedürfnis der Risikogesellschaft nach Bestrafung der Gefährlichen weit entgegen.

² A. a. O., S. 98.

5. Konsequenzen

Das Strafrecht hat sich also zwischen alle Stühle gesetzt. Das verführt dazu, es mit der Behauptung zu verteidigen, gerade die Vorwürfe von *beiden Seiten* zeigten die Vernunft des eingeschlagenen Mittelweges an. Denjenigen, die ein ‚konsequentes‘ Risikostrafrecht einfordern, könne und müsse man entgegenhalten, es lasse sich eben *nicht alles* mit Strafrecht lösen, und denjenigen, denen schon das Getane zu viel ist, könnte man antworten, man müsse doch auch mit dem Strafrecht *alles* versuchen und daher flexibel sein. Aber dieser scheinbare Ausweg wäre ein Irrweg.

Der alles andere als vielversprechende Ausgangspunkt des hier zu skizzierenden Gegenentwurfes ist nämlich, daß *beide* Kritikpunkte im Kern zutreffend sind: Was gleichzeitig den einen zu wenig und den anderen zu viel ist, stellt sich bei nüchterner Betrachtung als (letztlich halbherziger) Versuch dar, auf neue Problemlagen einzugehen, ohne alte Autorität zu verlieren. Das Strafrecht verspricht den einen Effektivität, den anderen Gerechtigkeit, und kann es, gerade weil es sich an beide Versprechen gebunden fühlt, weder den einen noch den anderen recht machen. Dieser Befund verbietet es, einfach weiter so zu machen wie bisher, weiterhin zu versprechen, sowohl die Zukunft zu steuern als auch der Vergangenheit gerecht zu werden.

Was aber soll das Strafrecht statt dessen machen? Soll es versuchen, wenigstens *einer* Kritik gerecht zu werden? Man kann sagen: Da das *Strafrecht* angesichts wichtiger Aufgaben versagt, muß es geändert werden. Wer so denkt, erklärt nicht nur das Versagen mit bestimmten Eigenschaften des ‚antiquierten‘ Strafrechts, sondern setzt den Glauben daran voraus, daß ein modernisiertes Strafrecht die gestellten Aufgaben effektiv und legitim lösen kann.

Man kann aber auch sagen: Da das rechtsstaatlich-liberale Strafrecht angesichts *bestimmter Aufgaben* überfordert ist und versagt, muß es sich diesen Aufgaben verweigern. Wer so argumentiert, hat Wichtiges noch nicht mitgeteilt. Denn diese Position kann auf zwei durchaus unterschiedlichen Prämissen beruhen. Wer sie vertritt, kann behaupten, man *dürfe* die als gerecht erkannten Prinzipien (z.B. individueller Zurechnung) nicht aufgeben, selbst wenn ihre Preisgabe die Lösung der anstehenden Probleme leisten

könne³. Anhänger dieser Position kann aber auch sein, wer sein Beharren auf den Prinzipien im wesentlichen damit begründet, man *brauche* diese Prinzipien nicht aufzugeben, weil auch dieses Opfer an Rechtsstaatlichkeit den erhofften Effekt nicht erbringen werde.

Damit ist klar, welche Entscheidungen getroffen werden müssen, bevor an die Formulierung eines Gegenentwurfes gegangen werden kann.

- Soll und kann man die Kritik des konsequenten Risikostrafrechts am ‚heimlichen‘ Risikostrafrecht übernehmen?
- Oder soll man sich der rechtsstaatlich-liberalen Kritik am ‚heimlichen Risikostrafrecht‘ anschließen, was die weitere Entscheidung notwendig macht, ob man diese Kritik aus der Perspektive des ‚konsequenten Anti-Risikostrafrechts‘ einer absoluten Straftheorie führt, oder aus der Perspektive des grundsätzlich sich der Prävention verpflichteten, aber bezüglich der Modernisierungsleistung skeptischen Strafrechts?
- Sind die Entscheidungen gegen ein konsequentens Risikostrafrecht, gegen ein absolut begründetes Strafrecht und für ein Zweckstrafrecht gefallen, dann bleibt die weitere wichtige Frage, ob am Risikobegriff als für das Strafrecht zentralen Begriff festgehalten werden soll, oder ob dieser Begriff und das dahinterstehende Konzept als die für die Krise Verantwortlichen im Strafrecht keinen Platz haben.
- Und schließlich ist, unabhängig davon, wie diese Entscheidung ausfällt, angesichts der Erfahrung des überforderten Risikostrafrechts nach normativ überzeugenden Strafrechtsbegrenzungsprinzipien zu fragen.

³ Man könnte geradezu von einer Variante des berühmten Insel-Beispiel Kants (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, II. Teil, 1. Abschnitt, E, S. 455) sprechen, in dem nicht die von der Gerechtigkeit geforderte Strafe, sondern gerade die gerechte Nichtverhängung der Strafe zweckwidrig verlangt wird. Der (zumindest geforderte) Abschied von Kant und Hegel (*U. Klug*) dürfte etwas mit der bitteren Erfahrung zu tun haben, daß das Insel-Beispiel als solches praxisfern ist, aber realiter nach ihren eigenen Prämissen ungerechte Bestrafungspraxen stabilisiert hat, daß aber umgekehrt die hier vorgestellte, durchaus lebensnahe Variante des Beispiels trotz allseitiger Beschwörung des Gerechtigkeitsprinzips ständig von der Strafrechtswirklichkeit konterkariert wird.

C. Vorüberlegungen zum Gegenentwurf

Die Antworten auf diese Fragen sollen in einem ersten Abschnitt (I.) die Grundlagen des Gegenentwurfes verdeutlichen; in einem zweiten Abschnitt (II.) werden die Konsequenzen für Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft gezogen.

I. Die Grundlagen

1. Ablösung des ‚heimlichen‘ durch ein konsequentes Risikostrafrecht

So überzeugend das ‚heimliche‘ Risikostrafrecht von Verfechtern eines konsequenten Risikostrafrechts kritisiert werden kann, so sehr fragt sich, ob man daraus die Konsequenz ziehen sollte, sich tatsächlich für ein konsequentes Risikostrafrecht zu entscheiden. Zu fragen wäre zunächst, wie Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik in einem solchen konsequenten Risikostrafrecht aussehen würden:

Bekämpft würden die bedrohlichen Gefährdungs- und Stimmungslagen (Verunsicherungen), Ziel wäre die Risikominimierung und dadurch (zumindest aber statt dessen) die Verunsicherungsminimierung.

Konkret würde das bedeuten: Natürlichen oder juristischen Personen würde zum Vorwurf gemacht, daß ihre Risikoentscheidungen – gemessen an einem normativen Risikoentscheidungsmodell – nicht rational seien und daß sie dadurch Risiken für fremde Rechtsgüter erhöht hätten. Unter Risikominimierungsaspekten käme es nicht so sehr darauf an, ob sich das Risiko zu einem Schaden realisiert habe; wenn aber ein verunsichernder Schaden eintrete, bedürfte es einer Reaktion auch dann, wenn keine Risikomaxime verletzt worden sei. 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. Wenn überhaupt abgestuft würde, dann ergäbe die konsequente Analyse von Risikoverhaltensdefiziten und ihrem Gefahrenpotential, daß die größte Gefahr von *fehlendem* Risikowissen ausgeht (weil die Notwendigkeit von Alternativverhalten verkannt wird), gefolgt von unterschätzten Risiken. Die realen Gefahren absichtlicher Gefährdungen fallen demgegenüber nicht ins Gewicht, so daß die Hauptaufgabe des Risikostrafrechts wäre, Risikounwissen zu stigmatisieren und dadurch Risikobewußtsein zu produzieren.

Ein solches konsequentes Risikostrafrecht ist – vornehmlich aus normativen Gründen – abzulehnen. Es ist denjenigen gegenüber, die bestraft werden, nicht zu rechtfertigen und es basiert auf der vollkommen unbewiesenen These, daß ein solcherart modernisiertes Strafrecht die erwünschten Effekte erzielen könnte. Einem solchen Entwurf ist entgegenzuhalten, daß es gar nicht in erster Linie antiquierte Zurechnungsregeln sind, die zum Scheitern des Strafrechts geführt haben. Vielmehr ist auf die zunehmenden Erkenntnisse über die beschränkte Steuerungsfähigkeit des Rechts hinzuweisen.

Abzulehnen ist dieses Modell aber auch, weil es in sich widersprüchlich ist. Einerseits geriert es sich als sozialtechnologisch und am individuellen Tadel desinteressiert. Fragt man aber danach, warum ausgerechnet das Strafrecht die Probleme der Risikogesellschaft lösen helfen soll, kommt über kurz oder lang immer das Argument, gerade der Tadel, der Schuldvorwurf und die damit mögliche Skandalisierung ließen auf Wirkungen hoffen, wo andere Instrumente versagen.

2. Ablösung des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts durch ein mit dem Risikostrafrecht auch gleich das Zweckstrafrecht abschaffendes, absolut begründetes Strafrechtsmodell

So reizvoll ein absolut begründetes Strafrechtsmodell (wieder geworden) ist, weil es den Problemen und Aporien des Risikostrafrechts ein in sich schlüssiges Konzept eines begrenzten und (mögli-

cherweise) an Gerechtigkeit orientierten Strafrechts entgegengesetzt, so unabweisbar ist die Kritik, daß es sich um ein den Problem- und Konfliktlinien und auch dem Erkenntnisstand des vorindustriellen Zeitalters entsprechendes Konzept handelt. Ein Konzept von Strafrecht, das nicht mitteilt, wozu es tut, was es tut, ist normativ inakzeptabel, auch wenn es dabei gerecht verfährt.

Das dürfte auch früher schon so gewesen sein, könnte aber in anderen historischen Situationen, in denen andere Gefährdungslagen vorherrschten und ein weitgehender Konsens über die Aufgaben des Strafrechts bestand, verborgen geblieben sein. In Zeiten, in denen Gesellschaft und Recht vor größeren Herausforderungen stehen, verliert ein Modell, das letztlich nur auf seine Schlüssigkeit verweisen kann, an Glanz und Attraktivität.

Um diesen pragmatischen Einwand anhand des erwähnten Inselbeispiels *Kants* zu illustrieren: Je unwahrscheinlicher es ist, daß das Inselvolk die Insel tatsächlich verläßt (je hypothetischer also der Fall), desto akzeptabler ist für viele die Bestrafung des „letzten Mörders“, wenn damit einem so hohen Wert wie der ‚Gerechtigkeit‘ gedient ist. Machen dagegen die Lebensbedingungen auf der Insel das Leben dort unmöglich (handelt es sich also nicht um einen nur hypothetischen Fall), dann wird die Hochschätzung der Gerechtigkeit als Selbstzweck abbröckeln, zumal, wenn es (auch im Strafrecht) darum geht, Bedingungen für ein Weiterleben auf der Insel zu schaffen.

Zudem lehrt die historische Erfahrung, daß das Strafrecht zu keinem Zeitpunkt zweckfrei war, ganz unbeeindruckt davon, als wie zweckfrei es von der Straftheorie behandelt wurde. Im Gegenteil: Die Zwecke, denen Strafrecht zu Zeiten diente, als es wohlfeil war, von der zweckfreien Majestät des Rechts zu sprechen, erscheinen aus heutiger (und nicht nur heutiger) Sicht mehr als fragwürdig. Zumindest aber wird man einwenden können, daß die offene Zweckdiskussion sowohl unter demokratischen als auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten der ‚Mogelpackung‘ eines zweckfrei legitimierten und illegitime Zwecke dienenden Strafrechts vorzuziehen ist.

Weiter darf – das freilich bleibt eine individuelle Wertung – der rechtskulturelle Fortschritt, der darin zu sehen ist, daß staatliches Zwangshandeln nur unter Verweis auf positive Folgen zu rechtfertigen ist, nicht aufgegeben werden. Er darf vor allem auch dann nicht aufgegeben werden, wenn sich die – nicht zu leugnenden –

Schwächen der Legitimation durch Folgenorientierung herausstellen. Es trifft ja zu, daß die anspruchsvolle Forderung nach Legitimation durch Folgenorientierung zum Satz, der Zweck heilige die Mittel, pervertierbar ist und pervertiert zu werden ständig droht, und es trifft auch zu, daß die Konstruktion der Legitimation durch Folgenorientierung die Notwendigkeit zusätzlicher Legitimationsanforderungen (wie z.B. die Übereinstimmung mit Gerechtigkeitsprinzipien) nicht gerade verdeutlicht.

All das hindert jedoch nicht daran, an dem – im übrigen auch historisch naheliegenden – Verständnis kumulativer Legitimationsanforderungen festzuhalten. Ein Strafrecht, das positive Folgen zeitigt, aber ungerecht ist, ist ebensowenig akzeptabel wie eines, das, ganz losgelöst von den realen Zusammenhängen dieser Welt, einfach nur ‚gerecht‘ ist.

3. Kritik des ‚heimlichen‘ Risikostrafrechts aus der Perspektive eines Zweckstrafrechts, das für den Begriff und das Konzept ‚Risiko‘ keinen Platz hat

Damit stellt sich die – vielleicht wichtigste – Frage, ob man aus der vielfältigen und berechtigten Kritik am Risikostrafrecht die Konsequenz ziehen muß, das ‚Risiko‘ ganz aus dem Strafrecht zu verbannen. Strafrecht und Risiko, so könnte man meinen, passen nicht zueinander. Eine Erklärung, jedenfalls für den zuletztgenannten Aspekt hat, wie oben näher ausgeführt⁴, *Rudolf Wiethölter* mit seiner These angeboten, in der Risikoidee erschließe sich die Ablösung der individuellen Gerechtigkeit durch die soziale⁵. Da nur die Vorsatzhaftung dem Prinzip individueller Gerechtigkeit verpflichtet sei, das Deliktsrecht aber zunehmend mit Unglücksschäden befaßt werde, sei der Konflikt vorprogrammiert.

*Wiethölter*s Charakterisierung und Kritik des Risikodeliktsrechts kann ohne Einschränkung auf das Risikostrafrecht übertragen werden und kritisiert präzise, was am Risikostrafrecht unter normativen Gesichtspunkten fragwürdig ist: Der Satz „Schaden zu ersetzen

⁴ Siehe oben im 3. Kapitel, S. 147 f.

⁵ *Wiethölter*, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 65.

ist auch dann noch gerecht, wenn es nicht gerecht wäre, ins Gefängnis zu gehen“ gilt unabhängig von der Größe der Schäden oder Gefahren. Anders gesagt: Wer gefährlich ist, wird nicht dadurch ‚böse‘, daß er *sehr* gefährlich ist.

Ob das allein schon Grund genug ist, das ‚Risiko‘ aus dem Strafrecht zu verbannen, ist aber fraglich. Denn so überzeugend die Unterscheidung *Wiethölter*s zwischen individueller und sozialer Gerechtigkeit ist, so viel seine und *Essers* Befunde an dem verunglückten Risikostrafrecht erklären können, so offen ist die Frage, ob es auch im Strafrecht (wie im Deliktsrecht des Zivilrechts) nur um „individuelle Gerechtigkeit“ dem Täter gegenüber geht. Das ist für sich genommen eben keine ausreichende Legitimationsgrundlage des Strafrechts. (Anders die Lage im Zivilrecht, wo das Merkmal individueller Gerechtigkeit dem von vornherein unstrittigen Zweck des Schadensausgleichs dient. Es bleibt jedoch die Frage, warum diese Entwicklung so stattgefunden hat, warum ‚böse‘ und ‚gefährlich‘, warum ‚Unrecht‘ und ‚Unglück‘ nicht weiterhin unterschieden wurden (a), warum nicht angemessenere Prinzipien der Schadensverteilung – Gefährdungshaftung und Versicherungssysteme – entwickelt wurden (b).

- a) Zu den Gründen, warum in der Risikogesellschaft tendenziell aus ‚Unglücken‘ Unrecht wird

Zwei Erklärungen bieten sich an, wenn man nach Gründen sucht, warum Unrecht nicht Unrecht und Unglück nicht Unglück geblieben ist: Zum einen könnten *tatsächlich* die Grenzen zwischen Unglück und Unrecht zunehmend verschwimmen (aa), zum anderen könnte es – wie sozialpsychologische Untersuchungen nahelegen – so sein, daß in der Risikogesellschaft Bedürfnisse und Neigungen bestehen, Unglück als Unrecht zu *erklären* (bb).

- aa) Die zunehmende Ununterscheidbarkeit von ‚Unglück‘ und ‚Unrecht‘

Die These der zunehmenden Ununterscheidbarkeit von ‚Unglück‘ und ‚Unrecht‘ provoziert die Rückfrage, worin denn früher der

Unterschied zwischen beiden Phänomenen gelegen habe. Am klarsten scheint der Unterschied, wenn man mit ‚Unglück‘ Schäden meint, die naturwüchsig, ohne daß ein Mensch dafür auch nur kausal geworden ist, eintreten. Vom Blitz getroffen zu werden, von einer Seuche ‚dahingerafft‘, Opfer von Sturm, Überschwemmung oder Dürre, Hitze oder Kälte zu sein, all das bezeichnen wir üblicherweise als ‚Unglück‘. Doch diese Unterscheidung erweist sich schnell als zu eng. *Wiethölter*, von dem hier das Begriffspaar übernommen wurde, spricht vom Unglück auch da, wo Menschen kausal eingegriffen haben: „Einstand für Unglück“ zum Zweck des Schadensausgleichs ist in dem von ihm erörterten Zusammenhang die Domäne der Gefährdungshaftung, die sich damit von der Fahrlässigkeits- und Vorsatzhaftung, bei denen es um wiedergutmachenden „Einstand für Unrecht“⁶ geht, unterscheidet. Damit bezieht er sich auf *den* Klassiker *Josef Essers*⁷ über „Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung“⁸, der im Vorwort der Neuauflage (1969) sogar vorschlägt, technische Risiken als „Schicksal“ und „Verhängnis“ zu sehen und beklagt, man suche auch dort voll „Empörung nach dem Täter“⁹.

In der Risikogesellschaft mit ihrem kumulierten und ständig wachsenden Kausalitäts- und Risikowissen scheinen diese Unterscheidungen hinfällig zu werden. Sogar bei den klassischen, scheinbar ‚naturwüchsigen‘ Unglücksfällen beginnt die Suche nach den Tätern – und endet keineswegs erfolglos. Dabei war und ist der berühmte Neffe, der sich den – an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit statistisch etwas wahrscheinlicheren – Blitzschlag zunutze macht (und damit Unglück zu Unrecht werden läßt), um seinen Erbonkel gewinnträchtig loszuwerden¹⁰, noch auf das Konto ‚Lehrbuchkrimineller‘ Energie zu verbuchen. Anders ist das bei Naturkatastrophen, die plötzlich als Verbrechen wahrgenommen werden. Hier handelt es sich um Problemkreise, die zwar mit der der Strafrechtswissenschaft als Gegenstand offenbar lieb gewordenen

⁶ *Wiethölter*, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 52.

⁷ Vgl. so jetzt: *Luhmann*, Soziologie des Risikos, S. 69, Fn. 17.

⁸ *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, 1941 (2. Auflage, 1969).

⁹ *Esser*, Gefährdungshaftung, S. IX.

¹⁰ Nachweise zu dieser Diskussion im 7. Kapitel, S. 274, Fn 51.

normalen Mikrokriminalität nicht viel zu tun haben, dafür aber umso ernster und dringlicher sind: Das Wissen um die Verbreitungswege von Aids hat die Katastrophe zum Verbrechen gemacht¹¹, Stürme und Überschwemmungen und die dadurch entstandenen Schäden erscheinen zunehmend als Ergebnis menschlichen Tuns oder Unterlassens, gleichgültig ob man – in einem zeitlichen Rahmen von Jahren und vielleicht Dekaden – an korrupte Regierungen denkt, die – so das manchmal bedrückend realistische Klischee – lieber goldene Betten für wenige als Sturmflutschutzwälle für viele bauen lassen¹², oder ob man – in einem noch größeren zeitlichen Rahmen operierend – die industrialisierten Länder anklagt, durch ihre ozonschichtzerstörende Industrie- und Wohlstandspolitik Ursachen für solche Naturkatastrophen gesetzt zu haben¹³. Und dasselbe gilt in verstärktem Ausmaß, wenn von vornherein feststeht, daß es um vom Menschen in Gang gesetzte Abläufe geht.

Mit dem Wissen um Zusammenhänge und Risiken ist also die von *Wiethölter* noch behauptete Möglichkeit der dogmatisch „scharfe(n) Grenze“ zwischen „Einstand für Unglück und Einstand für Unrecht“ verschwommen¹⁴: Die erkannte Möglichkeit eines Unglücks macht das Nichtvermeiden des Unglücks zum Unrecht. Das alles hat durchaus seine Logik¹⁵, aber es hat das (Straf-) Recht gleichwohl grundlegend verändert.

¹¹ Vgl. den Essay von *Susan Sontag*, *Aids und seine Metaphern*, 1989, insbesondere S. 26 ff.

¹² Analog die Problematik bei Hungersnöten.

¹³ Solche Argumente haben insbesondere die Diskussion über die letzte Tausende von Todesopfern fordernde Überschwemmung in Bangla Desh bestimmt.

¹⁴ Zudem ist, was hier nicht Gegenstand ist, durch die dogmatische Entwicklung auch die von ihm behauptete „radikale“ Verschiedenartigkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit nivelliert worden.

¹⁵ Entsprechend die Tendenzen im Versicherungswesen, die sich immer weiter von Unglücksversicherungen in Richtung Unrechtsversicherungen entwickeln. Zu Versicherungen gegen Strafen im Umweltstrafrecht, *Faure/Heine*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 16 (No. 58, Jan. 1991), S. 39 ff.

bb) Bedürfnisse und Tendenzen, ‚Unglück‘ als ‚Unrecht‘ zu interpretieren

Einiges spricht dafür, daß diese den Unterschied zwischen Unglück und Unrecht gewissermaßen zu Recht¹⁶ nivellierende Erklärung allein das Phänomen nicht erklären kann. Hinzu dürften – das legen die im 2. Kapitel mitgeteilten sozialpsychologischen Erkenntnisse nahe – Bedürfnisse und Tendenzen treten, auch vom Unrecht unterscheidbares Unglück einem Menschen als Unrecht zuzuschreiben.

Zu erinnern ist an die ‚severity-responsability-relation‘¹⁷ mit der Gefahr einer unzulässigen erfolgsorientierten Verantwortlichkeitszuschreibung, an das Phänomen des ‚creeping determinism‘¹⁸, wonach wir dazu neigen, die Wahrscheinlichkeit dessen, was sich wirklich abgespielt hat, ebenso zu überschätzen, wie wir die Wahrscheinlichkeit alternativer Entwicklungsmöglichkeiten unterschätzen, sowie an die Wahrnehmungs- und Bewertungsdifferenz zwischen ‚actor‘ und ‚observer‘¹⁹, die sich ebenfalls zu Lasten des Akteurs auswirkt.

cc) Zusammenfassung attributionstheoretisch orientierter Ansätze, die Tendenzen des Risikostrafrechts, aus Unglücken Unrecht zu machen, zu verstehen

Wenn diese sozialpsychologischen Befunde sich erhärten lassen, dann eröffnet sich damit die faszinierende Möglichkeit, die Entstehung des Risikostrafrechts in der Risikogesellschaft zu verstehen, sie zu kritisieren und gleichzeitig die Rolle zu umreißen, die das Risiko im Strafrecht spielen kann.

– Wenn immer leichtere Sorgfaltsverstöße in der Risikogesellschaft zu immer gewichtigeren Schäden führen können, dann wird auf der Grundlage der attributionstheoretischen These von der ‚se-

¹⁶ Es bleibt jedoch die Kritik daran, daß bei der Bestimmung des Unrechts aus der Perspektive des Risikos die traditionellen Stufen der Vorwerfbarkeit, nach denen die Verantwortungszuschreibung für vorsätzliches Tun (ge-)wichtiger und vorwurfsvoller ist, mißachtet werden.

¹⁷ Vgl. im 2. Kapitel, S. 108.

¹⁸ Vgl. im 2. Kapitel, S. 109.

¹⁹ Vgl. im 2. Kapitel, S. 110.

verity-responsability-relation' sehr plausibel, daß sich die Justiz kollektiven Bedürfnissen nach Verantwortungszuschreibung gegenüber sieht – und ihnen im übrigen auch selber ausgesetzt ist.

- Wenn ein Aspekt der Risikogesellschaft darin besteht, daß unser Wissen über kausale Zusammenhänge – vor allem auch bezüglich nichtintendierter Nebenfolgen – ständig zunimmt, dann wird sehr plausibel, daß der Effekt des ‚creeping determinism‘ zu einer Anzahl systematisch verzerrter Verantwortungszuschreibungen führt, wenn wir die Nebenfolgen menschlichen Verhaltens beurteilen.
- Und die ‚actor-observer‘ Differenz erklärt zwanglos – zumal, wenn man das steigende Risikobewußtsein in der Risikogesellschaft hinzudenkt –, daß die Kategorie des Unglücks den Menschen in der Risikogesellschaft nicht mehr angemessen erscheint²⁰.

b) Zur Frage, warum die Antworten der Risikogesellschaft nicht lauten: Gefährdungshaftung und Versicherungssysteme

Daneben gibt es freilich noch andere Gründe für diese Entwicklungen. Die dem sachlichen Problem sehr viel angemessenere ‚schuld‘-unabhängige Gefährdungshaftung sah und sieht sich mit erheblichen Widerständen konfrontiert: Im – gesamtgesellschaftlich gesehen – zentralen Problembereich technischer Risiken wird für den Unternehmer die Gefährdungshaftung zur unkalkulierbaren – und daher in der Regel auch nicht-versicherbaren – Gefahr, die er verständlicherweise nicht übernehmen will. Gesellschaft und Politik haben diesem Wunsch nachgegeben²¹ und dabei nicht bedacht, daß

²⁰ Hier schließt sich freilich der Kreis. Dieses Unangemessen-Erscheinen der Kategorie „Unglück“ korrespondiert ja mit der beschriebenen (vgl. oben S. 378) realen Entzauberung von Unglücken. Gleichwohl erscheint eine Strafanzeige vorsätzlicher oder auch nur fahrlässiger Tötung gegen einen Landesminister, der bestimmte als nützlich und menschenlebenrettend erkannte Maßnahmen nicht ergriffen hat, in den Medien in der Rubrik „Buntes und Vermischtes“, weil (den meisten von uns) der persönliche Vorwurf absurd erscheint.

²¹ Das kann man sowohl mit dem politischen Einfluß wirtschaftlicher Macht – beziehungsweise einer Verflechtung von wirtschaftlicher und politischer Macht – erklären, als auch mit Fehleinschätzungen der Gesellschaft, bezüglich der Reichtums- und Risikoverteilung.

auch sie unkalkulierbare Gefahren, die der Unternehmer – zu Recht – scheut, nicht in Kauf nehmen sollte²².

Zudem wurde gegen diese Kombinationslösung von Gefährdungshaftung und Haftungsversicherung immer wieder eingewendet, sie verzichte auf die normative Kraft der Haftung qua Verantwortlichkeit²³, auf die man angesichts wachsender Anforderungen an Sorgfalt nicht verzichten könne.

4. Zur Rolle des Risikos im Strafrecht

Nicht das Eindringen von Risikoorientierung hat also das Strafrecht in eine Krise gestürzt, sondern die Überwältigung des Strafrechts durch die Rationalität und die Dynamik des Risikokonzeptes. Im präventiven Strafrecht ist das Ansetzen an der Risikoentscheidung des Normadressaten im Prinzip geboten, allerdings müssen (und können) in einem Strafrecht, in dem es um individuelle und individuell gerechte Zurechnung geht, auch die Verantwortungszuschreibungen für Risikoentscheidungen gerecht sein. Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik sind in diesem Modell dadurch geprägt, daß sie konsequent den Grundsätzen individueller Gerechtigkeit verpflichtet sind. Das heißt nicht, daß sich das Strafrecht als Ganzes nicht dem Ziel, bedrohliche Gefährdungslagen zu vermeiden, verpflichtet fühlt; und es bringt auch nicht mit sich, daß Gegenstand des Vorwurfs nicht sein könnte, Rechtsgüter anderer oder aller gefährdet zu haben. Auch die These, daß es entscheidend darauf ankomme, ob ein ‚Erfolg‘ eingetreten ist, kann sich auf die Grundsätze individueller Gerechtigkeit nicht berufen.

Trotzdem unterscheidet es sich deutlich von dem soeben beschriebenen Modell eines konsequenten Risikostrafrechts. Es verweigert sich Risikominimierung versprechenden Vorhaben, wenn sie mit den Grundsätzen individuell gerechter Zurechnung nicht vereinbar sind. Das macht eine große Frustrationstoleranz notwendig. In diesem Modell muß, wenn man am Ziel der Risikominimierung fest-

²² Darin liegt der zutreffende Kern der Vorschläge *Becks*, Tätigkeiten mit nicht versicherbaren Risiken gar nicht zu erlauben, vgl. in: *Die Zeit* Nr. 18/1991 vom 26. 4. 1991, S. 66 und in: *Der Spiegel*: Nr. 33/1991, S. 50 f.

²³ Vgl. etwa: *Esser*, Gefährdungshaftung, Vorwort zur 2. Aufl.

hält, unter Umständen mitangesehen werden, daß die größten Gefahren vom Strafrecht gerade nicht erfaßt werden können. Im Einzelnen bedeutet das:

- Auch wenn Risiken nicht von natürlichen, sondern von juristischen Personen drohen, besteht es darauf, nur individuelles Fehlverhalten zu sanktionieren.
- Auch wenn Risikounwissenheit für die Gesellschaft gefährlicher ist als falscher Umgang mit Risikowissen, auch wenn fahrlässig falscher Umgang damit gefährlicher ist als vorsätzlich oder gar absichtlich falscher Umgang, stellt es seine individuell gerechten Bewertungsmaßstäbe nicht nach Risikominimierungsbedarf um.
- Und gleichgültig, wie wichtig die Einübung in rationales Risikoentscheidungsverhalten ist, kann die Differenz zwischen sozialadäquaten und rationalen Risikomaximen einen Vorwurf nicht begründen.

II. Die Konsequenzen

Was bedeutet das für Kriminalpolitik und Strafrecht in der Risikogesellschaft?

1. Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft

Die Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft muß von vier Faktoren geprägt sein:

- Ausgangspunkt ist, daß bestimmte wichtige Aufgaben subsidiär dem Strafrecht zugewiesen werden können, wenn der Einsatz des Mittels Strafrecht Erfolg verspricht.
- Raum für das Strafrecht ist nur dort, wo Risikoentscheidungen individuell gerecht zugeschrieben werden können. Jenseits aller Humanisierung und Liberalisierung des Strafrechts impliziert Strafrecht einen individuellen Tadel.
- Zu berücksichtigen ist auch die Einsicht in die begrenzte Steuerungsfähigkeit des Strafrechts. Das Strafrecht der Risikogesellschaft muß die risikosoziologische Einsicht in die dominierende Rolle der Nebenfolgen nicht nur verwerten (indem es Menschen

auch strafrechtlich für voraussehbare Nebenfolgen verantwortlich hält), sondern auch auf sich selber anwenden, also auch nach – eventuell die beabsichtigten Folgen des Strafrechtseinsatzes dominierenden – Nebenfolgen des Strafrechtseinsatzes fragen.

- Zu beachten ist schließlich, daß der Einsatz des Strafrechts nur dort sinnvoll ist, wo es – nach außen vermittelbar – um individuell gerechte Verantwortungszuschreibungen für Risikoentscheidungen geht. Es darf sich nicht in eine Situation bringen lassen, in der ein aus Gründen individueller Gerechtigkeit gebotener Freispruch skandalisiert werden kann. Überall dort übernimmt das Strafrecht die in der Risikogesellschaft dysfunktionale Rolle des Übertünchens systemischer Fehler und der symbolischen Versicherung, wo eigentlich Verunsicherung am Platz ist.

2. Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft

Der Begriff des Risikos ist ein für die objektive und subjektive Zurechnung im Strafrecht nützlicher Begriff, weil er das Potential hat, gerechte Verantwortungszuschreibungen zu produzieren. Der tiefere Grund dafür liegt darin, daß es im Strafrecht um schädliches oder gefährliches menschliches Verhalten geht, daß solches Verhalten aber sinnvoll als Risikoentscheidungsverhalten rekonstruiert werden kann. Das bedeutet: Risikoschaffungen oder Risikoerhöhungen können Gegenstand strafrechtlicher Vorwürfe sein.

- Der Bereich der erlaubten Risiken muß erheblich verkleinert werden. Das ist freilich in erster Linie eine Aufforderung an Gesetzgeber und Politik, den Bürgern klarzumachen, daß erlaubte Risiken zu „normalen Katastrophen“²⁴ führen. Es heißt nicht, daß an sich erlaubte Risiken im Strafrecht zu unerlaubten werden.
- Die objektive und subjektive Zurechnung von Risiken dagegen muß restriktiv gehandhabt werden. Voraussetzung der Strafbarkeit bei Erfolgsdelikten ist nach dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht die Risikoerhöhung, sondern das Bewirken des Erfolges durch vorwerfbares Verhalten. Dazu braucht man die

²⁴ Im Sinne der Untersuchung von Charles Perrow, a. a. O.

Risikoerhöhungslehre nicht. Entgegen den Beteuerungen ihrer Protagonisten handelt es sich um ein strafbarkeitsausweitendes Konzept, das aus Verletzungsdelikten Gefährdungsdelikte macht. Die behauptete kriminalpolitische Unerträglichkeit des Gegenmodells (Freispruch in dubio pro reo, wenn nicht feststeht, daß der Erfolg durch die Sorgfaltswidrigkeit bewirkt wurde) ist nicht überzeugend dargelegt.

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-Einstellungen gegenüber Risiken festgelegt hat.

LITERATURVERZEICHNIS

(Hinweise zur Zitierweise: Unterstreichungen im Buchtitel weisen auf eine vom Titel abweichende Zitierweise im Text hin.)

- Albrecht, Peter-Alexis*: Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, in: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1988, S. 182 ff.
- Anders, Günther*: Die Antiquiertheit des Menschen, 1. Band: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution; 2. Band: Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der dritten industriellen Revolution (1980), 7., bzw. 4. Auflage, München, 1987.
- Arendt, Hannah*: Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen, München, 1964.
- Arzt, Gunther*: Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, Tübingen, 1976.
- : siehe bei: *Roxin, Claus*.
- / *Weber, Ulrich*: Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrheft 1, 2. Auflage, Bielefeld, 1981.
- Atteslander, Peter/Bender, Christiane*: Aids und das Risiko der Intimität, in: *Ernst Burkell* (Hrsg.), Der Aids-Komplex, 1988, S. 144 ff.
- Baecker, Dirk*: Information und Risiko in der Marktwirtschaft, Frankfurt am Main, 1988.
- Bamberg, Günter/Coenenberg, Adolf Gerhard*: Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 6. Auflage, München 1991.
- von Bar, Ludwig*: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, insbesondere im Strafrechte, Leipzig, 1871.
- : Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetz, Berlin, 1907.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bielefeld, 9. Auflage, 1985.
- Baurmann, Michael*: Kriminalpolitik ohne Maß – Zum Marburger Programm Franz von Liszts, in: Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 42/1984, S. 54 ff.
- : Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmenrecht, Opladen, 1987.
- Beck, Ulrich*: Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt, 1986.
- : Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, Frankfurt, 1988.

- : Die Industriegesellschaft schafft sich selber ab – Wovon noch kaum ein Soziologe geträumt hat: Die Moderne wird sich selbst historisch und hat doch gerade erst begonnen, in: FAZ vom 19. 10. 1990, S. 35.
- : (Hrsg.) Politik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, 1991.
- : Die vertraute Katastrophe – Das unkalkulierbare Risiko wird zur Gewohnheit, in: Die Zeit Nr. 18/1991 vom 26. 4. 1991, S. 59 f.
- : Das große Expertensystem – Wie unmodern ist die moderne Gesellschaft?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10. 7. 1991, S. N3.
- : Die blaue Blume der Moderne, in: Der Spiegel Nr. 33/1991 vom 12. 8. 1991, S. 50 f.
- Bender, Christiane*: siehe bei *Atteslander, Peter*.
- Berlitz, Claus*: siehe bei *Schumann, Karl F.*
- Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung, Band II: Schuld und Vorsatz, Teilband 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. Auflage, 1914; Band IV: Die Fahrlässigkeit, Leipzig, 1919.
- Blanke, Thomas*: Zur Aktualität des Risikobegriffes, in: Leviathan 1990, S. 134 ff.
- Blinkert, Baldo*: Kriminalität als Modernisierungsrisiko? Das ‚Hermes-Syndrom‘ der entwickelten Industriegesellschaften, in: Soziale Welt 1988, S. 397 ff.
- : „Wer bin ich?“ Soziale Verankerung und Individualisierung bei Verwaltungsinspektoren, Soziologiestudenten und Straftätern, in: *Hans Oswald* (Hrsg.) Macht und Recht, Festschrift für *Heinrich Popitz* zum 65. Geburtstag, Opladen, 1990, S. 313 ff.
- Bock, Michael*: Recht ohne Maß. Die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft, Berlin, 1988.
- : Vorüberlegungen zur rechtspolitischen Bewältigung der Risikogesellschaft, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 10, 1989, S. 255 ff.
- : Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 103, 1991, S. 636 ff.
- Bockelmann, Paul*: Studien zum Täterstrafrecht, 1. Teil, Berlin, 1939.
- : Strafrechtliche Untersuchungen Göttingen, 1957.
- : Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen, 1968, S. 252 ff. (wiederabgedruckt in: *Herbert Jäger* (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozeß, Frankfurt am Main, 1980, S. 11 ff.
- : Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 1979.
- Bonß, Wolfgang*: Unsicherheit und Gesellschaft – Argumente für eine soziologische Risikoforschung, in: Soziale Welt 1991, S. 258 ff.
- Boogaart, Hilde v.d./Seus, Lydia*: „Towards a socialist crime prevention“: Kriminalpolitische Konzepte der Neuen Realisten, in: Kriminologisches Journal 1988, S. 265 ff.

- Botke, Wilfried*: Rezension von: *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 2452.
- Brammsen, Joerg*: Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik? in: Juristenzeitung 1989, S. 71 ff.
- Brüggemeier, Gerd/Joerges, Christian* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen, 1984.
- Bruns, Manfred*: AIDS, Prostitution und Strafrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 693 ff.
- Bundeskriminalamt (Hrsg.): Polizeiliche Kriminalstatistik 1990, Wiesbaden, 1991.
- Burchard, Friedrich von*: Das Umgehungsgeschäft beim Waffenexport in Drittländer aus strafrechtlicher Sicht, Frankfurt/Bern/New York/Paris, 1987.
- Burdeau, Georges*: Les libertés publiques, 4. Auflage, Paris, 1972.
- Burger, Jerry M.*: Motivational Biases in the Attribution of Responsibility for an Accident: A Meta-Analysis of the Defensive-Attribution Hypothesis, in: Psychological Bulletin 1981, S. 496 ff.
- Burkel, Ernst*: (Hrsg.) Der Aids-Komplex. Dimensionen einer Bedrohung, Frankfurt am Main/Berlin, 1988.
- Bussmann, Kai-D.*: Das moderne Experiment Strafrecht – Vom Strafrecht der Lebenswelt zum Strafrechtsozialer Systeme, in: Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 65/1989, S. 1 ff.
- Calliess, Rolf-Peter*: Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungrechtliche Gebot der Tatbestimmtheit, in: Neue Juristische Wochenschrift 1985, S. 1506 ff.
- Clark, William C.*: Witches, Floods and Wonder Drugs: Historical Perspective on Risk Management, in: *Richard C. Schwing/Walter A. Albers* (Hrsg.), Societal Risk Assessment: How safe is safe enough?, 1980, S. 287 ff.
- Coenenberg, Adolf Gerhard*: siehe bei *Bamberg, Günter*.
- Cramer, Peter*: Unfallprophylaxe durch Strafen und Geldbußen? Vorschläge zu einer Neugestaltung des Sanktionensystems im Bereich des Verkehrsrechts, Paderborn, 1975.
- : siehe bei *Schönke-Schröder*.
- Cressey, D.R.*: siehe bei *Sutherland, E.H.*
- Degener, Wilhelm*: Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht. Speziell: Zur strafbarkeitsbegründenden sowie zur strafrahmenprägenden Bedeutung des tatbestandlichen Erfolgeintritts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 103, 1991, S. 357 ff.
- Dencker, Friedrich*: Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? in: Strafverteidiger 1988, S. 262 ff.
- : Erfolg und Schuldidee. Zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht, in: *Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Wolfgang Schöne/Eberhard Struensee*

- /Diethart Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, S. 441 ff.
- Denninger, Erhard: Der Präventionsstaat, in: Kritische Justiz 1988, S. 1 ff.
- : Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und staatliche Technologiesteuerung durch Recht, in: Axel Honneth/Thomas McCarthy/Claus Offe/Albrecht Wellmer (Hrsg.), Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Frankfurt, 1989, S. 627 ff.
- Dohna, Alexander Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle, 1905.
- : Zum neuesten Stand der Schuldlehre, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 32. Band, 1912, S. 323 ff.
- Dörner, Dietrich: Die Logik des Mißlingens. Strategisches Denken in komplexen Situationen, Reinbek, 1989.
- Douglas, Mary/Wildavsky, Aron: Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technical and Environmental Dangers, Berkeley/Los Angeles/London, 1982.
- Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurzkommentare, Band 10, 45. Auflage, München, 1991.
- Dubiel, Helmut: Autonomie oder Anomie. Zum Streit über den nachliberalen Sozialcharakter, in: Johannes Berger (Hrsg.), Die Moderne – Kontinuitäten und Zäsuren (Soziale Welt, Sonderband 4), 1986, S. 263 ff.
- Eibl-Eibesfeldt, Irénäus: Der Mensch – das riskierte Wesen, Zur Naturgeschichte menschlicher Unvernunft, 4. Aufl., München/Zürich, 1991.
- Eisenberg, Ulrich: Kriminologie, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985.
- Engisch, Karl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin, 1930.
- : Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in: Ernst v. Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Richard Lange (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Band 1, 1960, S. 401 ff.
- Eser, Albin: Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges, in: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, S. 505 ff.
- : Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung. Rückblick und Tendenzen, in: Arthur Kaufmann/Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer, Frankfurt, 1988, S. 109 ff.

- Esser, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. (unveränderte, mit einem aktuellen Vorwort versehene) Auflage, München, 1969.
- Evangelische Akademie Hofgeismar: siehe bei Tilman Evers.
- Evers, Adalbert: Risiko und Individualisierung – Was in Ulrich Becks „Risikogesellschaft“ unbegriffen bleibt, in: Kommune Heft 6/1989, S. 33 ff.
- Evers, Adalbert/Nowotny, Helga: Über den Umgang mit Unsicherheit – Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft, Frankfurt, 1987.
- Evers, Tilman: (Hrsg.), „Organisierte Unverantwortlichkeit“ Zur Rechts- und Institutionenkritik bei Ulrich Beck; Hofgeismarer Protokolle, Tagungsbeiträge aus der Arbeit der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 286, 1991 (Dokumentation einer Tagung der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 17.-19. November 1989).
- Ewald, François: L'état providence, Paris, 1986.
- : Die Versicherungs-Gesellschaft, in: Kritische Justiz 1989, S. 385 ff.
- Exner, Franz: Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig/Wien, 1910.
- Faure, Michael/Heine Günter: The Insurance of Fines: The Cases of Oil Pollution, in: The Geneva Papers on Risk and Insurance, 16 (No. 58, January 1991), S. 39 ff.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799 (Neudruck Aalen, 1966).
- Fincke, Martin: Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden. ‚Erlaubtes‘ Risiko bei eingeplantem fatalen Ausgang, Heidelberg/Karlsruhe, 1977.
- Fischhoff, Baruch: Hindsight & Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement under Uncertainty, in: Journal of Experimental Psychology, Human Perception and Performance 1975, S. 288 ff.
- : Beyth, Ruth: ‚I Knew it Would Happen‘ Remembered Probabilities of Once-Future Things, in: Organizational Behaviour and Human Performance 1975, S. 1 ff.
- Forsthoff, Ernst (Hrsg.): Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968.
- : Verfassungsprobleme des Sozialstaats, in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968, S. 145 ff.
- : Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München, 1971.
- Frehsee, Detlev: Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin, 1987.
- : Zur Abweichung der Angepaßten, in: Kriminologisches Journal, 1991, S. 25 ff.
- Freund, Georg: Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“. Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale, Heidelberg, 1987.

- : Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.1986 – 4 StR 633/86 – (Juristische Rundschau 1988, S. 115 f.), in: Juristische Rundschau, 1988, S. 116 ff.
- : Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht, in: Goldammer's Archiv 1991, S. 387 ff.
- Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko.* Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außer-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.
- : Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, 1986.
- : Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BGHSt 36,1; in: Juristische Schulung 1990, S. 362 ff.
- Fritzsche, Andreas F:* Wie sicher leben wir? – Risikobeurteilung und -bewältigung in unserer Gesellschaft, Köln, 1986.
- Frommel, Monika:* Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, in: Juristenzeitung 1980, S. 559 ff.
- Frommel, Monika:* Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften, Berlin, 1987.
- Fuchs, Werner/Klima, Rolf/Lautmann, Rüdiger/Rammstedt, Otthein/Wie-nold, Hanns* (Hrsg.), Lexikon zur Soziologie, Reinbek, 1975.
- Gallas, Wilhelm:* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 67. Band, 1955, S. 1 ff.
- Gardner, Howard:* Dem Denken auf der Spur, Der Weg der Kognitions-wissenschaft, Stuttgart, 1989.
- Geilen, Gerd:* Anmerkung zu BayObLG, Urteil vom 21.11.1972 – RRgeg 7 St 222/72 – (Juristenzeitung 1973, S. 319 f.), in: Juristenzeitung 1973, S. 320 ff.
- Giehring, Heinz:* Politische Meinungsäußerungen und die Tatmodalitäten des Werbens und der Unterstützung in den §§ 129, 129a StGB, in: Strafverteidiger 1983, S. 296 ff.
- : Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention, in: Kriminologisches Journal 1987, S. 2 ff.
- Göppinger, Hans:* Kriminologie, 4. Aufl., München, 1980.
- Görlitz, Axel/Voigt, Rüdiger:* Grenzen des Rechts, Jahresschrift für Rechts-politologie, Pfaffenweiler, 1987.
- Gössel, Karl Heinz:* Rezension von: *Jürgen Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktiona-len Straftatsystem, Berlin, 1981, in: Goldammer's Archiv 1982, S. 563 ff.
- Graul, Eva:* Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Straf-recht, Berlin, 1991.

- Gropp, Walter:* Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrer-tagung 1985 in Frankfurt a.M., in: Zeitschrift für die gesamte Straf-rechtswissenschaft, Band 97, 1985, S. 919 ff.
- Gross, Werner:* Sucht ohne Drogen. Arbeiten, Spielen, Essen, Lieben. Frank-furt am Main, 1990.
- Guth, Hans Werner:* siehe bei *Karl F. Schumann*.
- Habermas, Jürgen:* Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main, 1981.
- : Die neue Unübersichtlichkeit, Frankfurt, 1985.
- Haffke, Bernhard:* Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, S. 165 ff.
- Haft, Fritjof:* Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berück-sichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 88. Band, 1976, S. 365 ff.
- Hälschner, Hugo:* Das gemeine deutsche Strafrecht, Band 1, Bonn, 1881.
- Halfmann, Jost:* Technik und soziale Welt im Widerspruch. Zur Unwahr-scheinlichkeit der Technokratie, in: *Jost Halfmann/Klaus Peter Japp* (Hrsg.), Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale, Opladen, 1990, S. 12 ff.
- /Japp, Klaus Peter: Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentia-le. Elemente einer soziologischen Risikoforschung, Opladen, 1990.
- Halter, Hans:* Das Virus muß nur noch fliegen lernen. SPIEGEL-Reporter Hans Halter über den langen Weg in die Aids-Katastrophe, in: Der Spiegel Nr. 47/1987 vom 16.11.1987, S. 240 ff.
- Hamm, Rainer:* Referat auf dem 57. Deutschen Juristentag, Strafrechtliche Abteilung, in: Sitzungsbericht L zum 57. Deutschen Juristentag (Mainz 1988), München 1988, S. L 61 ff.
- : Im Zweifel für die Natur ... und gegen das Strafrecht im Umweltschutz, in: Die Zeit Nr. 44/1989 vom 27.10.1989, S. 64.
- Hansen, Jochen:* siehe bei *Noelle-Neumann, Elisabeth*.
- Hardwig, Werner:* Die Zurechnung, ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg, 1957.
- : Betrachtungen zum erfolgsqualifizierenden Delikt, in: Goldammer's Archiv 1965, S. 97 ff.
- Hassemer, Winfried:* Generalprävention und Strafzumessung, in: *Hasse-mer/Lüderssen/Naucke*, Hauptprobleme der Generalprävention, Frank-furt am Main, 1979, S. 29 ff.
- : Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Erster Teilband, 1980, S. 229 ff.

- : Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: *Hassmer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, Heidelberg, 1983, S. 39 ff.
- : (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht, Neuwied/Darmstadt, 1984.
- : Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, in: *Strafverteidiger* 1984, S. 38 ff.
- : Prävention im Strafrecht, in: *Juristische Schulung* 1987, S. 257 ff.
- : (Hrsg.) Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1987.
- : Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989, S. 553 ff.
- : Kennzeichen des Vorsatzes, in: *Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, S. 289 ff.
- : Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1990.
- : Vorbemerkungen und §§ 1,2 StGB, in: *AK-StGB*, Neuwied, 1990.
- : Das Schicksal der Bürgerrechte im ‚effizienten‘ Strafrecht, in: *Strafverteidiger* 1990, S. 328 ff.
- / *Lüderssen, Klaus* (Hrsg.): *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band III, Strafrecht, München, 1978.
- / *Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang*: Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt am Main, 1979.
- / Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, Heidelberg, 1983.
- / *Meinberg, Volker*: Umweltschutz durch Strafrecht, in: *Neue Kriminalpolitik* 1989, S. 46 ff.
- Heilmann, Klaus /Urquhart, John*: Keine Angst vor der Angst – Risiko: Element unseres Lebens und Motor des Fortschritts, München, 1983.
- Heine, Günter*: siehe bei *Faure, Michael*.
- Heinz, Wolfgang*: Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung – Auswirkungen der sanktionenrechtlichen Regelungen des 1. und 2. StrRG 1969, sowie des EGStGB 1974 auf die Sanktionspraxis, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 94. Band, 1982, S. 651 ff.
- Hermann, Dieter/Janssen, Helmut*: ‚Selective Incapacitation‘ – eine Kritik, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1990, S. 227 ff.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), in: *Juristische Rundschau* 1986, S. 6 ff.
- : Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids? in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, S. 1461 ff.
- : Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts – zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88 – in: *Juristenzeitung* 1989, S. 470 ff.
- Herzog, Felix*: Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1987.
- : Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg, 1991.
- Hesse, Hans Albrecht*: Der Schutz-Staat geht um, in: *Juristenzeitung* 1991, S. 744.
- Hettinger, Michael*, Rezension von *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, 1986, in: *Juristenzeitung* 1990, S. 231 f.
- Hillenkamp, Thomas*: Risikogeschäft und Untreue, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1981, S. 161 ff.
- : Beweisnot und materielles Recht, in: *Christian Broda/Erwin Deutsch/Hans-Ludwig Schreiber/Hans-Jochen Vogel* (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied, 1985, S. 861 ff.
- von Hippel, Fritz*, Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, *Recht und Staat*, Heft 129, 1946.
- : Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen, 1955.
- von Hippel, Robert*: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in: *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, Band III, Berlin 1908, S. 373 ff.
- : Deutsches Strafrecht, Band 2: das Verbrechen, Berlin, 1930.
- Hirsch, Fred*: Die sozialen Grenzen des Wachstums, Reinbek, 1980.
- Hirsch, Hans Joachim*: Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74. Band, 1962, S. 78 ff.
- Hirsch, Joachim*: Der Sicherheitsstaat. Das „Modell Deutschland“, seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen, 2. überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main, 1986.
- Hoerster, Norbert*: Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, in: *Juristenzeitung* 1989, S. 10 ff.
- Hösch, Friedrich*: Drogen verbieten? Eine Analyse aus der Sicht der Ökonomie der Kriminalität, in: *Ellen Schlüchter/Klaus Laubenthal* (Hrsg.), *Recht und Kriminalität*, Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990, S. 345 ff.
- Hondrich, Karl Otto*: „Ein unsichtbarer Gast sitzt mit am Tisch“, *Karl Otto Hondrich über Ulrich Becks ‚Risikogesellschaft‘* in: *Der Spiegel* Nr. 21/1987, S. 237 ff.
- : Risikosteuerung durch Nichtwissen. Paradoxien und Alternativen der Aids-Politik, in: *Ernst Burkell* (Hrsg.), *Der Aids-Komplex*, 1988, S. 121 ff.
- Horn, Eckhard*: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

- Hruschka, Joachim:* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: *Karl Heinz Gössel/Hans Kauffmann*: (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, München, 1985, S. 191 ff.
- Huber, Ernst Rudolf:* Rechtsstaat und Sozialstaat, in: *Ernst Forsthoff* (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, S. 589 ff.
- Isensee, Josef:* Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, 1983.
- Jäger, Herbert:* Glosse über Lehrbuchkriminalität, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1973, S. 300 ff.
- : (Hrsg.) Kriminologie im Strafprozeß, Frankfurt am Main, 1980.
- : Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, in: *Herbert Jäger* (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Frankfurt am Main, 1980, S. 173 ff.
- : Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, Frankfurt am Main, 1982 (um ein Vorwort und zwei neue Texte erweiterter Neudruck der Erstausgabe, 1967.)
- : Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, Frankfurt am Main, 1985 (wiederabgedruckt in: *ders.*, *Makrokriminalität*, Frankfurt am Main, 1989.
- : Makrokriminalität, Frankfurt am Main, 1989.
- Jänsch, Günter:* siehe bei *Jaufmann, Dieter*.
- Jakobs, Günther:* Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, in: *Hans Göppinger/Paul H. Bresser* (Hrsg.), *Sozialtherapie – Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht* (Kriminologische Gegenwartsfragen 15), Stuttgart, 1982, S. 127 ff.
- : Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, 1972.
- : Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97. Band, 1985, S. 751 ff.
- : Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin/New York, 1991.
- Janssen, Helmut:* siehe *Hermann, Dieter*.
- Japp, Klaus Peter:* siehe *Halfmann, Jost/Japp, Klaus Peter*.
- Jaufmann, Dieter/Kistler, Ernst/Jänsch, Günter:* Jugend und Technik. Wandel der Einstellungen im internationalen Vergleich, Frankfurt, 1989.
- Jellinek, Georg:* *Allgemeine Staatslehre*, 1900.
- Jescheck, Hans-Heinrich:* *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 4. Auflage, 1988.
- : Einführung, in: *StGB, Beck-Texte im dtv*, München, 25. Auflage, 1991, S. IX ff.
- Joas, Hans:* Das Risiko der Gegenwartsdiagnose, in: *Soziologische Revue*, Nr. 11/1988, S. 1 ff.
- Johnson, E./Tversky, Amos:* Affect, Generalization, and the Perception of Risk, in: *Journal of Personality and Social Psychology*, Band 45, 1983, S. 20 ff.
- Jonas, Hans:* Das Prinzip Verantwortung, Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt am Main, 1979, hier zitiert nach der Taschenbuchausgabe, Frankfurt am Main, 1984.
- Jones, Edward E./Nisbett, Richard E.:* The Actor and the Observer: Divergent Perceptions of the Causes of Behaviour, in: *Edward E. Jones u. a.* (Hrsg.), *Attribution: Perceiving the Causes of Behaviour*, New Jersey, 1971, S. 79 ff.
- Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid* (Hrsg.): Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, 1991.
- Kablo, Michael:* Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff, Berlin, 1991.
- Kaiser, Günther:* *Kriminologie*, 2. Auflage, Heidelberg, 1988.
- / *Kerner, Hans-Jürgen/Sack, Fritz/Schellhoss, Hartmut* (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, 2. Auflage, Heidelberg, 1985.
- Kant, Immanuel:* *Die Metaphysik der Sitten* (Band VIII der Werkausgabe), Frankfurt am Main, 1977.
- : Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (1784), hier zitiert nach „Kants Werke“, Akademie-Textausgabe (unveränderter Abdruck von „Kants Gesammelten Schriften. Herausgegeben von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften“, Band VIII, 1912/23), S. 35 ff.
- Kargl, Walter:* Handlung und Ordnung im Strafrecht, Berlin, 1991.
- Kaufmann, Armin:* Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und die Gesetzgebung, in: *Juristenzeitung* 1971, S. 569 ff.
- Kaufmann, Arthur:* *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961.
- : Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: *Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas* (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Aalen, 1961, S. 200 ff.
- : Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg/Karlsruhe, 3. Auflage, 1981, S. 1 ff.
- : Kritisches zur Risikoeerhöhungslehre, in: *Theo Vogler u. a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, S. 273 ff.
- Kaufmann, Franz-Xaver:* Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem – Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. Auflage, Stuttgart, 1973.

-: Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie, in: Bayerische Rückversicherung Aktiengesellschaft (Hrsg.), Gesellschaft und Unsicherheit, Karlsruhe, 1987.

Kaulitzki, Reiner: siehe bei *Schumann, Karl F.*

Kerner, Hans-Jürgen: siehe bei *Kaiser, Günther.*

Kienapfel, Diethelm: Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff, Frankfurt am Main, 1966.

Kindhäuser, Urs: Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main, 1989.

-: siehe auch bei: *Tiedemann, Klaus.*

-: Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, in: Universitas 3/1992, S. 22

Kistler, Ernst: siehe bei *Jaufmann, Dieter.*

Kleb-Braun, Gabriele: Codekartenmißbrauch und Spargeldfälle aus ‚Volljuristischer‘ Sicht. 2. Teil: Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes und die ‚Krise des Innern‘ im Strafrecht, in: Juristische Arbeitsblätter 1986, S. 310 ff.

Klein, Ansgar/Legrand, Hans J./Leif, Thomas: Gegenexperten in der Risikogesellschaft, 1990.

Kleinknecht, Theodor: siehe bei *Meyer, Karlheinz,*

Klingholz, Reiner: Aids – Immunologie und Evolution, in: *Ernst Burkel* (Hrsg.), Der Aids-Komplex. Dimensionen einer Bedrohung, Frankfurt am Main/Berlin, 1988, S. 13 ff.

Klug, Ulrich: Abschied von Kant und Hegel, in: *Jürgen Baumann* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36 ff.

Knight, Frank: Risk, Uncertainty and Profit, Boston, 1921.

Koch, Herbert: Jenseits der Strafe, Tübingen, 1988.

Köhler, August: Probleme der Fahrlässigkeit, München, 1912.

Köhler, Michael: Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg, 1982.

-: Rezension von *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, in: Juristenzeitung 1985, S. 671.

König, René: siehe bei *Sack, Fritz.*

Körner, Harald Hans: Betäubungsmittelgesetz, 3. Auflage, München, 1990.

Kratzsch, Dietrich: Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin, 1985.

Krauß, Detlef: Sicherheitsstaat und Strafverteidigung, in: Strafverteidiger 1989, S. 315 ff.

Kretschmer, W.: Soziale Konstruktion technischer Risiken – Gesellschaftlicher Umgang mit nuklearen Katastrophen – Gesellschaftlicher Umgang mit den Problemen Waldsterben und Gentechnologie. Bericht an das WZB, Forschungsschwerpunkt III, Berlin 1989.

Kries, Johannes von: Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben, in: Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Band 12, 1888, S. 179 ff, 287 ff. 393 ff.

Krüger, Jens/Ruß-Mohl, Stefan (Hrsg.) Risikokommunikation. Technikakzeptanz, Medien und Kommunikationsrisiken, Berlin 1991.

Kube, Edwin: Zum Entscheidungsverhalten von Straftätern – Konsequenzen für die Straftatenverhütung –, in: *Hans-Jürgen Kerner/Günther Kaiser*, Kriminalität. Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten, Festschrift für *Hans Göppinger* zum 70. Geburtstag, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong, 1990, S. 561 ff.

Kübler, Friedrich (Hrsg.): Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden, 1984.

Küper, Wilfried: Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1987, S. 479 ff.

-: Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten, in: *Wilfried Küper/Ingeborg Puppe/Jörg Tenckhoff* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York, 1987, S. 247 ff.

Kürzinger, Josef: Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion, Berlin, 1978.

-: Kriminologie. Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen, Stuttgart, 1982.

Kuhlen, Lothar: Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1986, S. 389 ff.

-: Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte (zugleich Anm. zu BGH NStZ 1990, 588), in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1990, S. 566 ff.

-: Rezension von: *Urs Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1990, S. 477 ff.

-: Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, 1991, S. 341 ff.

Kuhlmann, Albert: Einführung in die Sicherheitswissenschaft, Köln, 1981.

Kunz, Karl-Ludwig: Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeit ihres Ersatzes, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 103, 1986, S. 182 ff.

Lackner, Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München, 19. Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Herrmann Maassen begründeten Werkes, 1991.

Lamprecht, Rolf: Schreibtischtäter und Rechtsstaat, in: Der Spiegel Nr. 8/1991, S. 53 f.

Lau, Christoph: Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definitionen von Risiken, in: Soziale Welt 1989, S. 418 ff.

- Lay, Conrad*: Normale Katastrophen – Von den alltäglichen und unvermeidlichen Risiken der Großtechnologie, in: *Kommune* 4/1988, S. 68 ff.
- : Sind Risiko und Unsicherheit neu oder kehren sie immer wieder? in: *Leviathan* 1988, S. 288 ff.
- Legrand, Hans, J.*: siehe bei *Klein, Ansgar*.
- Leif, Thomas*: siehe bei *Klein, Ansgar*.
- Lenckner, Theodor*: siehe bei *Schönke/Schröder*.
- Lindenlaub, E.*: siehe bei *Robrmoser, G.*
- Liszt, Franz von*: Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: *ders.*: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, Berlin 1905. Nachdruck, Berlin 1970, S. 75 ff.
- Löffler, Alexander*: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Leipzig, 1895.
- Lüderssen, Klaus*: Strafrecht und Dunkelziffer, in: *Recht und Staat*, Heft 412, Tübingen, 1972.
- : Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 85. Band, 1973, S. 287 ff.
- : Alltagskriminalität und Grenz-moral, in: *Kriminologisches Journal* 1974, S. 201 ff.
- : Erfolg-zurechnung und ‚Kriminalisierung‘ in: *Arthur Kaufmann/Günter Bemmman/Detlef Krauß/Klaus Volk* (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, S. 181 ff.
- : Die generalpräventive Funktion des Delikt-systems, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979, S. 54 ff.
- : Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen. Aufsätze zur Vermittlung von Theorie und Praxis, Frankfurt am Main, 1981.
- : Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das Strafrecht, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? Heidelberg, 1983, S. 67 ff.
- : Kriminologie. Einführung in die Probleme, Baden-Baden, 1984.
- : (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat. Frankfurt am Main, 1985.
- : „Wär’ der Gedank’ nicht so verwünscht gescheit, man wär’ versucht, ihn herzlich dumm zu nennen.“ in: *Rechtshistorisches Journal* 5, 1986, S. 343 ff.
- : Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik, in: *Strafverteidiger* 1987, S. 163 ff.
- : Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, Frankfurt am Main, 1989.
- : Kommentierung zu §§ 137-150, in: *Peter Rieß* (Hrsg.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin/New York, 24. Auflage, 1989.
- : Die im strafrechtlichen Umgang mit Aids verborgenen Motive – Hypermoral oder Gesinnungsethik? in: *Strafverteidiger* 1990, S. 83 ff.

- : Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht? in: *Juristische Arbeitsblätter* 1991, S. 222 ff.
- /–: *Sack, Fritz*: (Hrsg.) Abweichendes Verhalten I. Die selektiven Normen der Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1975.
- /–: (Hrsg.) Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1: Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, Frankfurt am Main, 1975.
- /–: (Hrsg.) Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 2: Strafprozeß und Strafvollzug, Frankfurt am Main, 1977.
- /–: (Hrsg.) Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht, Frankfurt am Main, 1980.
- /–: (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Erster Teilband, 1980.
- : siehe auch bei *Hassemer, Winfried*
- Luhmann, Niklas*: *Rechtssoziologie* 1, Reinbek bei Hamburg, 1972.
- : *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.
- : Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? in: *ders.* *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, 1981, S. 73 ff.
- : Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt am Main, 1986.
- : Sicherheit und Risiko, in: *Die politische Meinung* 1986, Heft 229, S. 18 ff.
- : Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? 3. Auflage, Opladen, 1990.
- : Risiko auf alle Fälle, Schwierigkeiten bei der Beschreibung der Zukunft, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 2. 1. 1991, S. 3.
- : *Soziologie des Risikos*, 1991.
- Lyotard, Jean-F.*: *Das postmoderne Wissen*, Graz u. a., 1986.
- Maiwald, Manfred*: Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtssystematik, in: *Theo Vogler* u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, S. 405 ff.
- Martinson, Robert*: What works? Questions and Answers about Prison Reform, in: *Public Interest*, Spring 1974, S. 24 f.
- Maurach, Reinhart*: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Karlsruhe, 1971.
- Mayer, Hellmuth*: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart/Köln, 1953.
- : Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Bonn, 1954, S. 259 ff.
- : Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin, 1962.
- : *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Stuttgart, 1967.
- Mayer-Maly, Theo*: *Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, München 1981.
- Meckel, Fritz*: Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, Dissertation, Gießen, 1968.

- Meinberg, Volker*: Mängel und Alternativen des geltenden Umweltstrafrechts, in: *Recht und Politik* 1984, S. 183 ff.
- : Empirische Erkenntnisse zum Vollzug des Umweltstrafrechts, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 100. Band, 1988, S. 112 ff.
- : siehe bei *Hassemer, Winfried*.
- Meinel, Johannes M.*: Umweltstrafrecht und Umweltkriminalität in den USA, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1988.
- Merkel, Rudolf*: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, Straßburg, 1895.
- Meurer, Dieter*: Umweltschutz durch Umweltstrafrecht? *NJW* 1988, S. 2065 ff.
- : Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, in: *Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin/New York, 1989, S. 533 ff.
- Meyer, Karlheinz/Kleinknecht Theodor*: *Strafprozeßordnung*, München, 39. Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werks, 1989.
- Milgram, Stanley*: *Das Milgram Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität*. Reinbek, 1974.
- Miricka, August*: Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig, 1903.
- Mittasch, Helmut*: Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, 8. Band, 1943, S. 46 ff.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat*: *Vom Geist der Gesetze*, 2. Bände (herausgegeben von *Ernst Forsthoff*), Tübingen, 1951.
- Moore, Mark/Estrich, Susann/McGillis, Daniel/Spelman, William*: Dangerous Offenders. The Elusive Target of Justice, Cambridge, Massachusetts/London, England, 1984.
- Müller, Max Ludwig*: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges in Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen, 1912.
- Müller-Dietz, Heinz*: Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: *Theo Vogler u. a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, S. 813 ff.
- : siehe bei *Jung, Heike*.
- Münch, Richard*: Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6, 1985, S. 19 ff.
- Naucke, Wolfgang*: Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Berlin, 1964.
- : Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, Karlsruhe, 1975.
- : Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, Wiesbaden, 1979.
- : Generalprävention und Grundrechte der Person, in: *Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen/Wolfgang Naucke*, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979, S. 9 ff.
- : Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten IV*, Frankfurt am Main, 1980, S. 68 ff.
- : Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1984, S. 199 f.
- : Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 9. 8. 1984 – 4 StR 459/84 (Strafverteidiger 1985, S. 186 f.), in: *Strafverteidiger* 1985, S. 187 f.
- : Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: *W. Hassemer* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 15 ff.
- : Strafrecht. Eine Einführung, Frankfurt am Main, 5. Auflage, 1987.
- : Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: *Gerhard Deimling* (Hrsg.), *Cesare Beccaria*, Hamburg, 1989, S. 37 ff.
- : Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1990, S. 244 ff.
- : Literaturbericht Rechtsphilosophie, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102. Band, 1990, S. 80 ff.
- / *Bake, Uwe und weitere 14 Teilnehmer des Strafrechtlichen Seminars, Prof. Dr. W. Naucke/Kiel*: Verteidigung der Rechtsordnung (§§ 14,23 StGB) Kritik an der Entstehung und Handhabung eines strafrechtlichen Begriffs, Berlin, 1971.
- Neumann, John von/Morgenstern, O.*, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton, 1944.
- Neumann, Ulfrid*, Rezension von *D. Kratzsch*, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1987, S. 278 ff.
- : siehe bei: *Jung, Heike*.
- Niese, Werner*: *Streik und Strafrecht*, Tübingen, 1954.
- Nisbett, Richard E.*: siehe bei *Jones Edward E.*
- Noelle-Neumann, Elisabeth/Hansen, Jochen*: Medienwirkung und Technikakzeptanz, in: *Joachim Scharioth/Harald Uhl* (Hrsg.), *Medien und Technikakzeptanz*, München, 1988, S. 33 ff.
- /-: Technikakzeptanz in drei Jahrzehnten – in der Bevölkerung und in den Medien, in: *Jens Krüger/Stephan Ruß-Mohl* (Hrsg.), *Risikokommunikation. Technikakzeptanz, Medien und Kommunikationsrisiken*, Berlin, 1991, S. 91 ff.
- Noll, Peter*: Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77. Band, 1965, S. 1 ff.
- Nowakowski, Friedrich*: Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in: *Juristenzeitung* 1958, S. 388 ff.
- Nowotny, Helga*: siehe bei *Evers, Adalbert*.

- Oehler, Dietrich*: Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: *Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas* (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961, S. 232 ff.
- Otto, Harro*: Rezension von: *Klaus Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1967, S. 95 f.
- : Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, in: Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 417 ff.
- Paehler, Hans*: Abschreckung, in: Deutsche Richterzeitung 1990, S. 20 f.
- Parpal, Mary*: siehe bei: *Thomas, Ewart A.C.*
- Perrow, Charles*: Normale Katastrophen. Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik, Frankfurt am Main, 1989.
- Peters, Hans-Peter*, Durch Risikokommunikation zur Technikakzeptanz? Die Konstruktion von Risikowirklichkeiten durch Experten, Gegenexperten und Öffentlichkeit, in: *Jens Krüger/Stephan Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, Berlin 1991, S. 11 ff.
- Peters, Karl*: Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, in: Recht und Staat, Heft 276/277, 1963.
- Pfeiffer, Christian*: Und wenn es künftig weniger werden? (Eröffnungsvortrag), in: Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe e.V. (Hrsg.), Und wenn es immer weniger werden? 1987, S. 9 ff.
- Pfeiffer, Dietmar K./Scheerer Sebastian*: Kriminalsoziologie. Eine Einführung in Theorien und Themen, Stuttgart u. a., 1979.
- Pfeiffer, Gerd*: siehe bei: *Schünemann, Bernd*.
- Philipp, Lothar*: Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 85. Band, 1973, S. 27 ff.
- : Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1974.
- Popitz, Heinrich*: Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, in: Recht und Staat, Heft 350, Tübingen, 1968.
- Preuß, Ulrich K.*: Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, Frankfurt am Main, 1984.
- : Sicherheit durch Recht – Rationalitätsgrenzen eines Konzepts, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1989, S. 3 ff.
- Preuß, Wilhelm*: Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin, 1974.
- Priest, George L.*: The New Legal Structure of Risk Control, in: Daedalus 119/4 (1990), S. 207 fff.
- Prittowitz, Cornelius*: Einfuhr und Durchfuhr von Betäubungsmitteln – Versuch und Vollendung dieser Delikte – in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1983, S. 350 ff.
- : Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß, Frankfurt am Main, 1984.

- : Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung, in: Strafverteidiger 1984, S. 302 ff.
- : Aidsbekämpfung – Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts, in: Kritische Justiz 1988, S. 304 ff.
- : Die Ansteckungsgefahr bei AIDS – Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken, in: Juristische Arbeitsblätter 1988, S. 427 ff. und 486 ff.
- : Das ‚Aids-Urteil‘ des Bundesgerichtshofs, in: Strafverteidiger 1989, S. 123 ff.
- Puppe, Ingeborg*: Anmerkung BGH Beschluß v. 20.11.1986- 4 StR 633/86 – in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1987, S. 363 f.
- : Kausalität – Ein Versuch, kriminalistisch zu denken, in: Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, Band 107, 1990, S. 141 ff.
- : Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 103, 1991, S. 1 ff.
- Püttner, Georg*: Der informale Rechtsstaat, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, S. 63 ff.
- Radbruch, Gustav*: Rechtsphilosophie, 8. von *Erik Wolf* und *Hans-Peter Schneider* besorgte Auflage, Stuttgart, 1973.
- Raiffa, Howard*: Decision Analysis. Introductory Lectures on Choices under Uncertainty, Reading, Massachusetts, 2. Aufl., 1970.
- Randow, Thomas von*: Falsch verstandene Risiken. Plädoyer für eine adäquatere Darstellung von Gefahren in den Medien, in: Die Zeit Nr. 1/1991 vom 28.12.1990, S. 58.
- Ranft, Otfried*: Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom ‚rechtmäßigen Alternativverhalten‘, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 1425 ff.
- Rehberg, Jürg*: Zur Lehre vom ‚Erlaubten Risiko‘, Zürich, 1962.
- Rengier, Rudolf*: AIDS und Strafrecht, in: Juristische Ausbildung Jura 1989, S. 225 ff.
- Riesman, David/Denney, Reuel/Glazer, Nathan*: Die einsame Masse. Eine Untersuchung der Wandlungen des amerikanischen Charakters, Hamburg, 1958.
- Rieß, Peter*: Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozeßordnung, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz. Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877. Köln, 1977, S. 373 ff.
- Robbers, Gerhard*: Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte. Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden, 1987.
- Roeder, Hermann*: Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau, Berlin, 1969.

- Rogall, Klaus: Kommentierung zu §§ 133-136a StPO, in: *Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter*, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Neuwied/Frankfurt am Main, 2. Aufbaulieferung, 1987.
- : Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln; Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, S. 505 ff.
- Rohrmoser, G./Lindenlaub, E. (Hrsg.), Fortschritt und Sicherheit, Stuttgart/New York, 1980.
- Roxin, Claus: Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 74. Band, 1962, S. 411 ff.
- : Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363 ff., in: Juristische Schulung 1964, S. 53 ff.
- : Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Juristische Schulung 1966, S. 377 ff.
- : Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, 1970, S. 133 ff.
- : Wandlungen der Strafrechtswissenschaft, in: Juristische Arbeitsblätter 1980, S. 221 ff.
- : Der Allgemeine Teil des materiellen Strafrechts, in: *Claus Roxin/Gunther Arzt/Klaus Tiedemann*: Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, Heidelberg, 1983.
- : Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, München, 21. Auflage, 1989.
- : Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, in: *Michael Stolleis/Monika Frommel/Joachim Rückert/Rainer Schröder/Kurt Seelmann/Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, 1991, S. 341 ff.
- / Arzt, Gunther/Tiedemann, Klaus: Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, Heidelberg, 1985.
- Rudolphi, Hans-Joachim: Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: *Walter Stree/Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München, 1978, S. 73 ff.
- / Horn, Eckard/Samson, Erich: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1989.
- Rümelin, Max: Der Zufall im Recht, Freiburg i.Br./Leipzig, 1896
- Ruß-Mohl, Stefan: siehe bei *Krüger Jens*.
- Ruhrmann, Georg: Analyse von Technik- und Risikoberichterstattung – Defizite und Forschungsperspektiven, in: *Jens Krüger/Stephan Ruß-Mohl* (Hrsg.), Risikokommunikation, Berlin, 1991, S. 145 ff.

- Sack, Fritz: Probleme der Kriminalsoziologie, in: *René König* (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Stuttgart, 2. Auflage, 1978, S.192 ff.
- : Kriminalität, Gesellschaft und Geschichte: Berührungspunkte der deutschen Kriminologie, in: *Kriminologisches Journal* 1987, S. 241 ff.
- / König, René: Kriminalsoziologie, Frankfurt am Main, 1968.
- : siehe bei *Lüderssen, Klaus*.
- : siehe bei *Kaiser, Günther*.
- Samson, Erich: Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1972.
- : Rechtliche Modelle zur Regelung des Risiko-Nutzen-Problems, in: *G. Rohrmoser/E. Lindenlaub* (Hrsg.), Fortschritt und Sicherheit, Stuttgart/New York, 1980, S. 289 ff.
- : Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, in: *Strafverteidiger* 1991, S. 182 ff.
- : siehe bei *Rudolphi, Hans-Joachim*.
- Schaffstein, Friedrich: Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen, 1970, S. 169 ff.
- Schellbass, Hartmut: siehe bei *Kaiser, Günther*.
- Scheerer, Sebastian: Neue soziale Bewegungen und Strafrecht, in: *Kritische Justiz* 1985, S. 245 ff.
- : Atypische Moralunternehmer, in: *Kriminologisches Journal*, 1. Beiheft 1986, S. 133 ff.
- : Rezension von *Detlev Frehsee*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, in: *Kriminalsoziologische Bibliographie*, Heft 67, 1989, S. 68 ff.
- : siehe bei *Pfeiffer, Dietmar K.*
- Schlehofer, Horst: Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, S. 2017 ff.
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2. Auflage, Tübingen, 1984.
- : Form und Gehalt der Strafgesetze. Veröffentlichung der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, Hamburg, 1988.
- : Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, in: *Juristenzeitung* 1989, S. 419 ff.
- Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 3. Auflage, 1983.
- Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen (Text von 1932), Berlin, 1963.
- Schneider, Hans Joachim, Rezension von: *Karl F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1991, S. 327 ff.

Schöch, Heinz: Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: *Theo Vogler u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin, 1985, S. 1081 ff.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter: Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Auflage, München, 1991.

Schöps, Hans Joachim: Dauerhaft ist nur die Trennung. Über den Zerfall stabiler Beziehungen, in: *Der Spiegel* Nr. 2/1991, S. 100 ff.

Scholz, Rupert: Technik und Recht, in: *Dieter Wilke* (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin/New York, 1984, S. 691 ff.

Schreiber, Hans-Ludwig: Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1981, S. 46 ff.

-: siehe bei Wachsmuth, Werner.

Schroeder, Friedrich-Christian: Kommentierung der §§ 15–18 StGB, in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Auflage, 1980.

Schünemann, Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, in: *Juristische Arbeitsblätter* 1975, S. 435 ff., 511 ff., 647 ff., 715 ff., 787 ff.

-: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, in: *Goltdammer's Archiv* 1985, S. 341 ff.

-: Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung – Eine Zwischenbilanz, in: *Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer* (Hrsg.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, S. 373 ff.

-/ Pfeiffer, Gerd (Hrsg.): *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988.

Schulz, Lorenz: „Die Zeit drängt“ in: *Lorenz Schulz* (Hrsg.), *Ökologie und Recht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1991, S. 127 ff.

Schumacher, Willi: Gutachten in der Strafsache LG Frankfurt 43 Js 11411/81 (zitiert bei Jäger, Makrokriminalität, Frankfurt, 1989, S. 133.)

Schumann, Karl F.: Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg, 1989.

-: Positiv denken – das neue Verständnis von Generalprävention, in: *Neue Kriminalpolitik*, Heft 1/1990, S. 35 f.

-/ Berlitz, Claus/Guth, Hans Werner/Kaulitzki, Reiner: *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, Neuwied, 1987.

Seebald, Rudolf: Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, in: *Goltdammer's Archiv* 1969, S. 193 ff.

Seelmann, Kurt: Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, S. 1257 ff.

Seidel, Dietmar: Risiko in Produktion und Forschung, Berlin, 1968.

Seus, Lydia: siehe bei Boogaart, Hilde v.d.

Sigusch, Volkmar: (Hrsg.) Aids als Risiko. Über den gesellschaftlichen Umgang mit einer Krankheit, Hamburg, 1987.

Sombart, Werner: *Der moderne Kapitalismus*, 2 Bände, 5. Auflage, München/Leipzig, 1922 (Erstaufgabe: 1916).

Sontag, Susan: *Aids und seine Metaphern*, München/Wien, 1989.

Spandel, Günter: Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der *Conditio-sine-quanon-Formel* im Strafrecht, Herborn, 1948.

Spirakos, Dimitrios: Folter als Problem des Strafrechts. Kriminologische, kriminalsoziologische und (straf-)rechtsdogmatische Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Folterschutzkonvention und der Pönalisierung der Folter in Griechenland, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1990.

Starr, Chauncey: Social Benefits versus Technological Risk, in: *Science*, Band 165, 1969, S. 1232 ff.

Steinert, Heinz: Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom ‚Strafbedürfnis der Bevölkerung‘ und seinen Produzenten nicht einschüchtern zu lassen, in: *Lüderssen/Sack*, *Abweichendes Verhalten* IV, 1980, S. 302 ff.

Stratenwerth, Günter: Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht in: *Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas* (Hrsg.) Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961, S. 383 ff.

-: Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: *Lackner/Leferenz/Eb.Schmidt/Welp/E.A.Wolff* (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin/New York, 1973, S. 227 ff.

-: Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1981.

-: Rezension von W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg, 1986, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Band 104, 1987, S. 466 f.

Sutherland, Edwin H./Cressey, Donald R.: *Principles of Criminology*, Chicago/Philadelphia/New York, 1960.

Svarez, Carl Gottlieb: *Vorträge über Recht und Staat* (herausgegeben von Hermann Conrad und Gerd Kleinbeyer), Köln, 1960.

Tarnowski, Hans: Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig, 1927.

Teichmann, H., Der Stand der Entscheidungstheorie, in: *Die Unternehmung* 25 (1971), S. 127 ff.

Teubner, Gunther: Verrechtlichung. Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *Friedrich Kübler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden, 1984, S. 289 ff.

-: Krise des regulatorischen Rechts? Konkurrierende Modelle des post-instrumentellen Rechts, in: *Gerd Brügge/Christian Joerges* (Hrsg.),

- Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen, 1984, S. 94 ff.
- : Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main, 1989.
- Thomas, Ewart A.C./Parpal, Mary: Liability as a Function of Plaintiff and Defendant Fault, in: Journal of Personality and Social Psychology, 1987, S. 843 ff.
- Thyrén, Johan C.W.: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, in: Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie, Band I, Lund, 1894.
- Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Band 1, Allgemeiner Teil, Reinbek, 1976.
- : Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland (Recht und Staat, Heft 480/481), Tübingen, 1978.
- : siehe bei Roxin, Claus.
- /Kindhäuser, Urs: Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1988, S. 337 ff.
- Torp, Carl: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 23. Band, 1903, S. 84 ff.
- Tröndle, Herbert: siehe bei: Dreher, Eduard.
- Trouet, Klaus: Strafandrohung als Mittel zur Durchsetzung außenwirtschaftlicher Zielsetzung, in: Ellen Schlüchter/Klaus Laubenthal (Hrsg.), Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990.
- Tversky, Amos/Kahnemann, Daniel: Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability, in: Cognitive Psychology 1973, S. 207 ff.
- Ulsenheimer, Klaus: Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg, Bonn, 1965.
- Urquhart, John: siehe bei Heilmann, Klaus.
- Vieth, Peter: Die Durchsetzung des Sicherheitsgurtes beim Autofahren, Veröffentlichungsreihe der Forschungsgruppe Gesundheitsrisiken und Präventionspolitik im WZB, P88-203, Berlin, 1988.
- Vilsmeier, Markus: Empirische Untersuchung des Sanktionsrisikos von Delikten auf die Entscheidungsprozesse von Straftätern, Dissertation Regensburg, 1988.
- Voigt, Rüdiger: siehe bei Görlitz, Axel.
- Voß, Michael: Anzeigemotive, Verfahrenserwartungen und die Bereitschaft von Geschädigten zu informeller Konfliktregelung. Erste Ergebnisse einer Opferbefragung, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1989, S. 34 ff.
- Voß, Monika: Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach, 1989.

- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Sicherheit und Wahrscheinlichkeit, in: Neue Juristische Wochenschrift 1982, S. 2094 ff.
- Wagner, Joachim: Strafprozeßführung über Medien, Baden-Baden, 1987.
- Wagner, Peter: Sind Risiken und Unsicherheit neu oder kehren sie wieder? in: Leviathan 1988, S. 288 ff.
- Walster, Elaine: Assignment of Responsibility for an Accident, in: Journal of Personality and Social Psychology 1966, S. 73 ff.
- Walther, Susanne: Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und ‚Opfer‘ bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg, 1991.
- Wambach, Manfred Max (Hrsg.): Der Mensch als Risiko. Zur Logik von Prävention und Früherkennung, Frankfurt am Main, 1983.
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. revidierte Auflage mit textkritischen Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelmann, 2 Halbbände und Erläuterungsband, Tübingen, 1976.
- : Wirtschaftsgeschichte. Abriß der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 4. Auflage, Berlin, 1981 (Erstaufgabe: 1923).
- Weber, Ulrich: siehe bei Arzt, Gunther.
- Weber, Ulrich: siehe bei Baumann, Jürgen.
- Weingarten, Elmar/Sack, Fritz/Schenkein, Jim (Hrsg.): Ethomethodologie. Beiträge zu einer Soziologie des Alltagshandelns, Frankfurt am Main 1976.
- Welsch, W.: Unsere postmoderne Moderne, 2. Auflage, Weinheim, 1988.
- Welzel, Hans: Studien zum System des Strafrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 58. Band, 1938, S. 491 ff.
- : Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Auflage, Göttingen, 1952.
- : Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, Karlsruhe, 1961.
- : Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin, 1969.
- Wessels, Johannes: Strafrecht Allgemeiner Teil, 21. Auflage, Heidelberg, 1991.
- Westphalen, Daniela: Karl Binding (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten, Frankfurt/Bern/New York/Paris, 1989.
- Wiethölter, Rudolf: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe, 1960.
- Wildavsky, Aron: siehe bei Douglas, Mary.
- Winter, Gerd: Perspektiven des Umweltrechts, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1988, S. 659 ff.
- Wolf, Erik: Gustav Radbruchs Leben und Werk, in: Erik Wolf/Hans-Peter Schneider (Hrsg.), Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie, Stuttgart, 8. Auflage, 1973, S. 17 ff.
- Wolf, Rainer: Der Stand der Technik – Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzgesetzes, Opladen, 1986.

- : Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: *Leviathan* 1987, S. 357 ff.
- Wolff, Ernst Amadeus: Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung, Heidelberg, 1965.
- Wolski, Sabine: Soziale Adäquanz. Schutzzweck der Norm, Verwerflichkeitsklausel, erlaubbares Risiko, 'rechtsfreier Raum', Strafwürdigkeit, Verfolgungsverzicht bei 'geringer Schuld' – ein methodologisches und verfassungsrechtliches Problem mit vielen Facetten, München, 1990.
- Wolter, Jürgen: Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981.
- : Kommentierung von § 151 StPO, in: *Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter*, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgebiet, Neuwied/Frankfurt am Main, 4. Auflieferung, 1990.
- : Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges. Überlegungen zur gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch, in: *Goltammer's Archiv* 1991, S. 531 ff.
- : Beweisverbote und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines Tatverdächtigen – BGH NJW 1991, 2651, in: *Jura* 1992, S. 520 ff.
- Young, Jock: Radikale Kriminologie in Großbritannien: Die Entfaltung eines konkurrierenden Paradigmas, in: *Kriminologisches Journal*, 1988, S. 247 ff.
- Zeckhauser, Richard: Majority Rule with Lotteries on Alternatives, in: *Quartely Journal of Economics*, 83. Band, 1969, S. 696 ff.
- Zimmermann, Rainer, Aids als Versicherungsrisiko, in: *Ernst Burkel*, (Hrsg.), *Der Aids-Komplex*, 1988, S. 277 ff.
- Zipf, Heinz: Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82. Band, 1970, S. 637 ff.
- : Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied und Berlin, 1970.
- : Rezension von *M. Voß*, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103. Band, 1991, S. 448 ff.

PERSONENINDEX

- Albrecht 52, 180, 197, 206, 243, 251, 253
 Anders 127, 264
 Arendt Hannah 196
 Arrow 102
 Arzt 43, 210
 Atteslander 28
- Baecker 33
 Bamberg 82, 90 f., 95–102
 Bar L.v. 272, 275 f., 282, 284, 288–291, 297 f., 307
 Baumann 84, 276, 279, 283, 294, 329
 Baurmann 199, 204
 Beck 36 f., 45, 49–60, 62–64, 75–77, 79, 81, 94, 115–120, 127, 134–136, 157, 161 f., 181, 199, 241 f., 244, 247 f., 251–253, 307, 316, 365, 370, 383
 Bender 28
 Berlitz 212
 Bernoulli 98
 Beyth 109
 Binding 29, 268 f., 272, 275 f., 278, 280, 282, 289, 292, 299, 307
 Bister 207
 Blanke 33, 49, 54
 Blinkert 91, 181–194, 241, 250, 252
 Bock 132–134, 228, 230, 235, 244, 251, 262
 Bockelmann 32, 279, 294, 296, 355
 Bonß 33 f., 49, 80, 90, 92, 95
 Boogart v.d. 191
 Bottke 341
 Boylston 67
 Brackert G. 50
 Brammsen 354 f.
 Bruns Manfred 286, 287
- Burchard v. 248
 Burdeau 137
 Burger 108
 Burkel 28
 Bussmann 31, 37, 79, 150 f., 162, 243, 254
- Calliess 175
 Clark 72
 Coenberg 82, 90 f., 95–102
 Cramer 205, 304, 314, 321, 355
 Cressey 184 f.
- Degener 344
 Dencker 344 f.
 Denninger 135, 138, 147, 161 f., 171, 241, 244
 Dohna Graf zu 276, 279, 298
 Dörner 89, 316
 Douglas 35
 Dubiel 181, 241
- Eibl-Eibelsfeld 289
 Eisenberg 183, 186, 188–190
 Engisch 276, 299 f., 353
 Eser 40 f., 43, 175, 211
 Esser 148, 379, 383
 Evers 36, 49, 55–57, 59 f., 62–64, 76–80, 241, 259, 314
 Ewald 33
 Exner 276, 298
- Faure 380
 Feuerbach P.J.A. 212, 227
 Fincke 329
 Fischhoff 109
 Forsthoff 136, 158
 Frehsee 177, 179, 192 f., 295 f.
 Freund 87, 89

- Frisch 30–32, 249, 274, 277, 320, 335, 341–347, 351, 353–355, 359
 Fritzsche 35, 49, 51, 69 f., 72, 81, 89, 92–94, 104, 106, 176
 Frommel 169, 175, 219, 220
- Gallas 276
 Gardner 110
 Gehlen 289
 Geilen 329
 Giehring 212
 Göppinger 178 f.
 Görlitz 134
 Gössel 336, 338
 Graul 45, 339 f.
 Gropp 206
 Gross 248
 Guth, H.-W. 212
- Habermas 37, 181
 Haffke 255
 Haft 354
 Halfmann 35, 49, 80, 95
 Hälschner 275 f.
 Halter 312
 Hamm 247, 250
 Hansen 306
 Hardwig 323, 326, 328
 Hassemer 31, 40, 79, 87, 122, 152 f., 155, 162, 169 f., 172 f., 177, 186, 188, 199, 201 f., 204, 207 f., 210–215, 216 f., 219, 221, 224–229, 232–235, 237–239, 240 f., 244 f., 254 f., 296, 321, 355
 Hegel 157, 217, 221, 373
 Heilmann 49, 65, 67–70
 Heine 380
 Heinz 40
 Hermann 210
 Herzberg 28, 273, 277, 287, 354
 Herzog Felix 28, 31, 73, 139, 154, 156–160, 162, 214, 217, 220, 221, 243–245, 251, 254 f., 321, 336, 347–349, 353
 Hesse 135, 149, 161
- Hettinger 341
 Hilgendorf 5
 Hillenkamp 274, 354
 Hippel F.v. 39
 Hippel R.v. 275, 276, 308
 Hirsch F. 181
 Hirsch J. 135, 137, 161
 Hirsch H.J. 292
 Hoerster 84
 Hondrich 28, 37, 52, 60, 67
 Horn 322
 Hösch 248
 Hruschka 87
 Huber E.R. 158
- Isensee 135
- Jäger 42, 177, 194–197, 274
 Jakobs 139, 152, 180, 196 f., 207 f., 214–217, 219, 221, 224–232, 245, 256, 329, 334, 351
 Jänsch 306
 Jannsen 210
 Japp 49, 80
 Jaufmann 306
 Jellinek G. 262
 Jescheck 39, 41, 44, 175, 201, 276, 280, 321, 347
 Joas 60
 Johnson 111, 112
 Jonas Hans 130, 176, 253, 264
 Jones 110
- Kahlo 323, 324, 328, 351
 Kahnemann 10
 Kaiser 186, 188
 Kant I. 55, 373, 376
 Kargl 140
 Kästner Erich 66, 289
 Kaufmann Arnim 339
 Kaufmann Arthur 324 f., 329, 335
 Kaufmann F.X. 49, 73 f., 78, 155, 157, 159, 253, 255, 258, 265
 Kaulitzki 212
 Kienapfel 270, 278–281
- Kindhäuser 5, 31, 32, 73, 154–156, 161 f., 206, 241, 249, 255, 257, 341
 Kistler 306
 Kleb-Braun 87, 354
 Klein 94, 116
 Kleinknecht 41
 Klingholz 312
 Klug 373
 Knight 98
 Koch 43
 Köhler A. 299
 Köhler M. 322, 341 f.
 Körner 248
 Kratzsch 31, 248, 320, 335 f., 347–349, 351
 Krauß 135, 138, 149, 161 f., 253 f.
 Kretschmer 80
 Kries v. 275
 Krüger 49, 80, 95
 Kube 84
 Kuhlen 45, 108–111, 122, 155 f., 249, 313, 360–362
 Kuhlmann 92
 Kunz 203, 205
 Küper 324, 334, 341, 342, 346, 355
 Kürzinger 188, 190
- Lackner 30, 31, 42, 267, 277, 323, 327, 333, 353
 Lamprecht 242, 341
 Lau 51, 61, 80 f., 311
 Lay 37, 49, 57–60, 62, 76, 92
 Legrand 94, 116
 Leif 94, 116
 Lenckner 30, 276
 Liszt F.v. 170, 322
 Löffler 298, 324
 Lüderssen 41, 45, 87, 127, 140, 172 f., 180, 184, 188, 193, 205 f., 211–213, 218, 220 f., 226, 245, 262, 294 f., 296, 324, 344
 Luhmann 28 f., 33, 36 f., 49, 52, 54 f., 80, 82, 94–96, 107 f., 120–127, 139, 160–162, 180, 200, 207, 232, 241, 243, 251, 289, 379
- Lymann 207
 Lyotard 171
- Maiwald 267, 274, 277, 280, 282 f., 292 f.
 Martinson 211
 Maurach 304
 Mayer-Hellmuth 39, 262, 268, 276
 Mayer-Maly 262
 McGillis 210
 Mead 207
 Meckel 267, 270, 272, 276, 301–303, 314
 Meinberg 129
 Meinel 118
 Merkel Rudolf 268
 Meurer 334
 Meyer 41
 Milgram 111, 362
 Miricka 276
 Mittasch 325
 Montesquieu 137
 Moore 210
 Morgenstern 90, 98, 101
 Müller Max L. 276, 298, 299
 Müller-Dietz 262
 Münch R. 146
- Naucke 39, 140, 159, 170, 172, 175, 180, 203 f., 214, 220, 321, 347
 Neumann U. 347, 349
 Neumann v. 90, 98, 101
 Niese 277
 Nisbett 110
 Noelle-Neumann 306, 315
 Noll 276
 Nowakowski 276
 Nowotny 36, 49, 57, 62–64, 76, 78–80, 241, 259
- Oehler 276
 Otto 29, 249, 327–329

Paehler 203
 Parpal 360
 Perrow 35 f., 57–60, 66, 71, 92–94,
 308 f., 312, 314–317, 385
 Peters H.-P. 35, 66, 68, 72, 76, 79,
 93–95, 249, 307, 313
 Peters K. 87
 Pfeiffer Chr. 188
 Pfeiffer D.K. 173, 186, 207
 Philipps L. 30, 82, 87, 279 f.
 Philipps U. 50
 Popitz 184, 185, 295
 Preuß U.K. 138, 243, 250
 Preuß W. 267 f., 270, 273, 274, 275,
 276 f., 280, 292 f., 301
 Priest 125
 Prittwitz 28, 41, 87, 250, 273, 287,
 321, 354
 Puppe 119, 355–359
 Püttner 120

 Radbruch 211
 Raiffa 90
 Randow v. 69, 71
 Ranft 332
 Rehberg 267, 270, 272
 Rengier 274, 288
 Renn 104
 Riesman 157–159
 Rieß 41
 Robbers 136 f.
 Roeder 270, 272, 276 f., 291, 293 f.
 Rogall 41, 45
 Roxin 29 f., 38, 41, 86, 323–326,
 330 f., 328, 333 f.
 Rudolphi 282, 327, 336, 339
 Ruhrmann 71
 Rümelin 313
 Ruß-Mohl 49, 80, 95

 Sack 169, 172, 174, 187, 191, 238
 Samson 249, 300, 306, 329
 Schaffstein 329
 Scheerer 44, 151, 173, 180 f., 186,
 207
 Schlehofer 249, 273, 353 f.
 Schmidhäuser 84, 276, 291, 336,
 354
 Schmidt Eb. 39, 41
 Schmitt Carl 136
 Schneider H.-J. 232, 234
 Schöch 206, 233
 Scholz R. 30
 Schöps 190
 Schreiber H.-L. 42, 332
 Schroeder 329
 Schulz L. 264
 Schumacher 197
 Schumann K.F. 212, 222, 228,
 231 f., 234
 Schünemann 154, 274, 288,
 328–331, 333–335
 Schütz 207
 Scott 207
 Seebald 329
 Seelmann 45
 Seidel 270, 307
 Seus 191
 Sigusch 28
 Sombart 34
 Sontag 380
 Spelman 210
 Spindel 334
 Spirakos 40
 Starr 106
 Steinert 40
 Stratenwerth 199, 204, 292, 327 f.,
 329, 336, 341, 343, 362
 Stree 327
 Sutherland 184 f.
 Svarez 137

 Tarnowski 276
 Teichmann 91
 Teubner 139–146, 158 f., 161, 243,
 251
 Thomas 362
 Thyren 275 f.
 Tiedemann 181, 205 f.
 Torp 276

Traube Klaus 36, 309
 Tröndle 327 f.
 Trouet 247
 Tversky 110–112

 Ulsenheimer 329
 Urquhart 49, 65, 67, 68, 69, 70

 Vieth 262
 Vilsmaier 84
 Voigt 134
 Voß Michael 190
 Voß Monika 83, 255

 Wachsmuth 332
 Wagner J. 40
 Wagner P. 35
 Walster 108, 109
 Walther 270
 Wambach 289
 Weber Max 34, 129
 Weber U. 43, 84, 276, 279, 283,
 294, 329

Welsch 151
 Welzel 32, 276 f., 291 f., 315
 Wessels 328, 353
 Westphalen 268
 Wiethölter 147, 160, 278, 377–380
 Wildavsky 35
 Winter 139
 Wolf E. 211
 Wolf R. 127–132, 136, 139, 161,
 242, 244, 251
 Wolff Christian 137
 Wolff E.A. 327 f., 351
 Wolski 270
 Wolter 30, 31, 32, 136, 249, 276 f.,
 320, 322, 335–342, 347, 351

 Young 191

 Zeckhauser 102
 Zimmermann 28
 Zipf 273, 293, 294

SACHINDEX

- Abschaffung des Strafrechts 38, 203, 205
- Abschreckung, spezielle – 203 (Fn. 12), 210; siehe auch: negative Generalprävention
- absolute Straftheorie 202 ff., 220 f., 375 f.
- abweichendes Verhalten 177, 180, 182, 295
- Actor-Observer Differenz 110 f., 361 f., 371 f., 382
- Aids 27, 69, 106, 271, 312, 380; siehe auch: HIV-Infektion
- Angst 66, 73, 75, 106
- Ansteckungsvorsatz 28, 249
- Antiquiertheit des Rechts 129, 242, 341, 372
- Anzeigeverhalten 189 ff.
- Arbeitsteiligkeit 371
- Atomkraft: siehe bei Kernenergie
- Attributionstheorie 107 ff., 112, 360 ff., 381
- Aufklärung und
 –, Generalprävention 212
 –, Unterschätzung der Nebenfolgen 55
 –, Recht auf Sicherheit 136
 –, relative Straftheorien 204
 –, Strafrecht 260
- Aussetzung der Freiheitsstrafe 122 f.
- Autopoiesis und Recht 140 ff.
- autoritärer Gehorsam 250
- Banalität des Bösen und Gefährlichen 196
- bedingter Vorsatz: siehe bei: dolus eventualis
- Bernoulli-Prinzip 98
- Betäubungsmittelstrafrecht 45 (Fn. 100), 240 (Fn. 13), 247 f., 250, 257
- Beweislast 119, 125, 248, 371
- Beweiswürdigung 87, 334
- Blitzschlag 69, 379
- Creeping Determinism 109 ff., 381 f.
- Crime-pays-These 182, 193 (Fn. 112)
- Dangerous Offenders 210 (Fn. 36)
- Deal 45 (Fn. 103), 250
- Demokratie 72, 120, 134, 162, 295, 313
- dolus eventualis 30, 32, 70, 353, 355 ff.
- Dunkelfeld 179, 186 (Fn. 81), 188, 296
- Effektivitätskrise des Strafrechts 44 f., 116 ff., 139, 150 f., 162, 177 (Fn. 32), 242 ff., 370, 372
 –, Generalprävention 212 ff.
 –, Spezialprävention 209 ff.
- Eignungsdelikte 338 f.; siehe auch: Risikodelikte
- Entscheidung
 –, Fahrlässigkeit als 85
 –, Grundproblematik 88 f.
 –, intellektuelle Anforderungen 89
 –, Normadressaten 84
 –, Risiko, bei 91, 97 ff.
 –, Strafjustiz 86 ff.
 –, Strafgesetzgeber 83 f.
 –, Straftat als riskante 84 ff., 181

- , Überforderung des Menschen, bei 89
- , Unsicherheit, bei 91, 99 f.
- , Verhalten als 289
- , Vorsatz als 85
- , Zukunft als 167
- Entscheidungstheorie 34, 81 f., 85, 90 ff., 102, 279, 367
- Erbonkel-Fall 274, 379
- Erfolg 344 f., 351, 373, 383
- erlaubtes Risiko 29, 267 ff.
 - , altes Rom 268 f.
 - , Begriff, Geschichte 272 (Fn. 38)
 - , Begriff, Leistungsfähigkeit 277 ff.
 - , Dogmengeschichte 275
 - , DDR-Rechtswissenschaft 270 (Fn. 29)
 - , Entscheidungstheorie 279
 - , Fälle, klassische 272
 - , Formalbegriff 280
 - , Gemeinwohl 273, 297
 - , Grundsatz der Hanse 269 f.
 - , HIV-Infektion 286 ff.
 - , Industriegesellschaft 267 f., 301 ff.
 - , Interessenabwägung 298 f.
 - , Kausalität 275
 - , Kernenergie 285
 - , normale Katastrophen 308 ff., 318, 385
 - , Partikularinteressen 273
 - , Rechtfertigungsgrund 276, 337
 - , Risikoforschung 291
 - , Risikogesellschaft 308 ff.
 - , Risikowissen 318
 - , Sozialadäquanz 276 f., 291 ff.
 - , Strafbarkeitseinschränkung 318 f., 352
 - , Straftatsystem 275 ff
 - , Straßenverkehr 273, 304 f.
 - , Tatbestand, Warnfunktion 319
- ex ante-Perspektive 107 ff., 122, 337, 361
- Fahrlässigkeit
 - , Entscheidung, als 85
 - , Gerechtigkeit, soziale 148
 - , Feststellung 87
 - , Kausalität 333
 - , Risikoerhöhungslehre 324 ff.
 - , Risikoforschung 85
 - , Versuch, strafbarer 333, 337
- Fahrlässigkeitsgefahren 357
- Fernmoral 176
- Fiktion
 - , Risiko 99
 - , Sicherheit 96 (Fn. 68)
- Folgenorientierung 121 ff., 200, 202 f., 246 f., 377
- fragmentarischer Charakter des Strafrechts 258
- Freiheitsstrafen, Entwicklung der 40
- Funktion
 - , Begriff, sozialwissenschaftlich 169 (Fn. 5)
 - , Strafrecht 157, 202
- funktionales Strafrecht 320, 340, 350, 367
- Gefahrbegriff 55 ff., 63
- Gefährungsdelikte 153 ff.
 - , Grundlagen, sozialtheoretische 157 ff.
 - , konkrete, Abschaffung 337
 - , Legitimation 31 f., 154 ff.
 - , Risikoerhöhungslehre 329 f.
 - , Risikostrafrecht 321
 - , Strafrecht, symbolisches 257 f.
 - , Verletzungsdelikte, Verwandlung 330
- Gefährdungshaftung 124, 285, 307, 379, 382 f.
- Gefährdungslagen 383
 - , Begriff 171 (Fn. 9)
- Gefährdungsverbot 282, 332, 337, 366
- Gefährdungsvorsatz 32, 366
- Gefahrenabwehr und Vorsorgeprinzip 131
- Gefahrgesellschaft 56 f., 61, 168, 365
- Gegenexperten 94, 116
- Generalprävention 84; siehe auch: positive Generalprävention und negative Generalprävention
- Gentechnologie 59, 272, 311
- Gerechtigkeit 147 f., 160, 357, 377, 383
- Gesetz der großen Zahl 313
- Gesundheitsgefährdung 321
- Großsteuerungsstrafrecht 245 ff.
- Grundrecht auf Sicherheit 135–137, 147
- Haftungsprinzipien, Funktionen 148
- Herrschaftstheorie, Strafrechtskritik 150
- HIV-Infektion 27, 70, 249 (Fn. 61) 263, 264 (Fn. 14), 273, 286 ff., 354 (Fn. 185), 355, 356 (Fn. 195)
- Hochrisikosysteme 35, 60
- Humanität der Strafen 39
- Impfung, Risiken 67
- in dubio pro reo 153, 243 (Fn. 40), 329, 332 ff., 356, 358
- Individualisierung 182 f., 193, 250
- individuelle Zurechnung 117, 125, 199, 248 f., 383
- Industriegesellschaft 50, 246, 270, 301 ff., 305 ff.
- Insel-Beispiel Kants 373 (Fn. 3), 376
- Integrationsprävention 216, 225, 228
- Irreversibilität 50, 180
- Just-World-Hypothese 108 (Fn. 122 f.)
- Justizkritik 118, 120, 252
- Kausalität 248 f., 371, 385
 - , erlaubtes Risiko 275
 - , Fahrlässigkeit und Erfolg 333 f.
 - , Gefährdung, Globalität 117
 - , Gefährdungsdelikte 371
 - , generelle 339
 - , Mehrdeutigkeit 119
 - , Risikogesellschaft, Entwertung 131
 - , Risikorecht, Verzicht auf 125
 - , Unterlassungsdelikte 326 f.
 - , Weltbild, Verwurzelung 352
- Kernenergie 51, 58 f., 68, 72 (Fn. 120), 248, 272, 285, 288, 311
- konformes Verhalten als Kriminalität 177
- Konstruktivismus 141
- Kosten-Nutzen-(Wahrscheinlichkeits-) Analyse 34, 91, 167, 250, 252; siehe auch: Risikoformel
- Kriminalisierung 150, 172 ff., 295 f.
- Kriminalität
 - , Angepaßter 192
 - , Banalität der – in der Risikogesellschaft 196
 - , Begriff 172 f.
 - , Modernisierungsrisiko 181 ff.
 - , Prozeß, autokatalytischer 183 f.
 - , Risikogesellschaft 172 ff.
 - , Risikogesellschaft, Tätergruppen 178 ff.
 - , Risikogesellschaft, Tatspezifika 176 ff.
 - , Sozialstatus 179
 - , Ubiquität 295
 - , Verhalten, konformes 195
 - , Wirtschaftswachstum 183 f.
- Kriminalitätswachstum 183 ff., 198

- Kriminalstatistik; siehe bei: Polizeiliche Kriminalstatistik
 Krise des Strafrechts 38 ff., 43 f.
 kulturelle Evolution 264
 Kumulation 54, 89, 176 f., 249 (Fn. 63), 305 ff., 313, 318, 349, 366
 Kumulationsdelikte 45 (Fn. 101), 249, 366, 371
- Langzeitschäden 107, 249 (Fn. 63)
 Legitimationsbedürfnisse der Strafrechtjuristen 173, 211
 Legitimität des Strafrechts 39, 43 (Fn. 94)
 -, Effizienz 158
 -, Großsteuerung 245 ff.
 -, Logik 156
 -, positive Generalprävention 208
 -, selektive Kriminalisierung 296
 -, Zwecksetzung 204
 Leinenfänger-Fall 271 (Fn. 35), 272 (Fn. 40), 308 (Fn. 205)
 Logik des Mißlingens 89, 316
- magna charta des Verbrechers 322
 Makrokriminalität 177 (Fn. 30), 194 ff.
 Maximin-Regel 100 (Fn. 88)
 Mehrheitsprinzip und Entscheidungstheorie 102
 Mikrokriminalität 194 ff., 380
 Milgram-, Experimente 111, 362 (Fn. 210)
 Minimax-Regel 100 (Fn. 88)
 Modernisierung 50, 158, 182
 -, Nebenfolgen 52, 54
 -, Risiken 56
 -, Selbsterstörungspotential 53
 -, Strafrecht, Druck auf 153
 Moralunternehmer, moderne 180, 181 (Fn. 55)
- Nächsten-Ethik 176 f.
 Naturkatastrophen 113, 379 f.
 navigare necesse est 269 f., 310
 Nebenfolgen 52, 54 f., 61, 200, 209, 222, 234, 250, 316, 369, 384 f.
 negative Generalprävention 206, 229, 241
 -, idealistische Theorie 207
 -, Nebenfolge positiver Generalprävention 216
 -, positive Generalprävention, Verhältnis 227 ff.
 -, Kriminalität der Risikogesellschaft 180 f., 198
 -, Wirtschaftsstrafrecht 180 (Fn. 48)
 neminem laede 282, 369
 Nichtwissen 171, 184 f., 295 (Fn. 157)
 normale Katastrophen 36, 57 ff., 308 ff., 318, 385
 normativer Gehorsam 250
 Normtheorie 154, 246, 342 f., 345, 351
 Nothing works 211 ff.
- objektive Zurechnung 29, 322
 -, erlaubtes Risiko 275
 -, Kritik Frischs 344
 -, Risikoerhöhungslehre 249
 -, Risikorealisation 338
 Ökologie 120, 134, 251
 ökonomische Analyse des Rechts 141 f.
 Optionspolitik des Rechts 145
 Orientierungssicherheit 123, 236, 250
 Orientierungsunsicherheit 73, 157, 255
- Pflichtwidrigkeitszusammenhang 324 f., 330, 332 f., 334
 Polizeiliche Kriminalstatistik 186 ff., 191
 Polizeistrafrecht 250, 349
- positive Generalprävention 40, 206 ff.
 -, Begriff 213 ff.
 -, Elemente, absolute 220 f.
 -, Elemente, relative 222 ff.
 -, Empirieresistenz 219, 230 ff., 232 ff.
 -, Interaktionismus, symbolischer 207
 -, Kritik 217 ff.
 -, Kritik, zusammenfassende 234 ff.
 -, Modell Hassemers 208, 216 f., 223 ff., 228 f., 232 ff.
 -, Modell Jakobs' 207 f., 215 f., 223 ff., 226 ff., 230 ff.
 -, Nachweisbarkeit 229 ff., 232 ff.
 -, Normvertrauen, Einübung 227
 -, Opferperspektive 224
 -, Rechtsprechung, Formulierungen 214 f.
 -, Risikogesellschaft, Straftheorie 234
 -, symbolischer Charakter 228
 -, Systemtheorie 207
 -, Täterperspektive 224 f.
 -, Theorie, Rekonstruktion 220 ff.
 -, Täuschungsaspekt 235
 -, Umgang mit Abweichung 224, 225 f., 228
 -, Umgang mit Normen 223 f.
 -, Zeitgemäßheit 208
- Postmoderne 151, 171
 Präventionsdilemma 240 f.
 Präventionsstaat 135 ff., 147 ff., 260
 Präventionsstrafrecht 161 f., 242 ff.
 -, Begriff 237 ff.
 -, Legitimität 243 f.
 -, Großsteuerungsstrafrecht 245 ff.
 -, Anachronismus 253
- , Gefahrgesellschaft 365
 -, Risikostrafrecht 169
 Präventivwirkung des Nichtwissens 184 ff.
 Primat des Rechts 130
 Prinzip Verantwortung 130, 253, 264 (Fn 15)
- Quantifizierung menschlichen Lebens 92 f.
- Rational Choice Approach 180, 182, 193, 198
 Rationalisierung 182, 184, 250
 Rationalität
 -, Modelle 71
 -, Monopol, Risikoforscher 66 (Fn. 105)
 -, Risiko 35 f., 71 (Fn. 118)
 -, Risikodogmatik 340
 -, Risikoforscher 35, 94
 -, Risikoverhalten 103
 -, Risikowahrnehmung 318
 -, Strafgesetzbuch 41
 -, Strafgesetzgeber 83
- Rauchen 69, 312
 Recht
 -, Antiquiertheit 127, 242
 -, autopoietisches System 140 ff.
 -, Hoffnungsträger 115
 -, Optionspolitik 145
 -, Primat, betontes 128
 -, Primat, bedrohtes 130
 -, reflexives 141 ff.
 -, Risiko, Spannungsverhältnis 160
 -, Risikogesellschaft 127 ff.
 -, Risikoinstanz 125
- Recht/Unrecht-Code 123 f., 161
 Rechtsbewußtsein 74, 253, 258
 Rechtsgüterschutz 31, 41, 240, 246, 258, 338, 342, 347
 -, Gefährdungsdelikte 155
 -, Grenzen 343

- , Risikobegriff 351
- , Recht der Risikogesellschaft 152
- , Risikoerhöhungslehre 335
- , Risikostrafrecht 245, 349
- , Strafrechtsexpansion 347
- , Strafrechtsrestriktion 347
- , Strafrechtswert 369
- Rechtsgutsicherheit 147, 244
- Rechtskritik 116 ff., 120 ff.
- Rechtsordnung, Verteidigung 214 f.
- Rechtssicherheit im Risikorecht 147
- Rechtsstaat 120, 147, 149, 152 f.
- regulatives Recht 145 f.
- regulatorisches Trilemma 158 f., 251
- Resozialisierung 205 f., 211 ff., 218, 229
- Restrisiko 124, 287
- richterliche Unabhängigkeit 116
- Risiko/Risiken
 - , Abnahme 314 f.
 - , ausdrücklich gestattete 283
 - , erlaubtes: siehe bei: erlaubtes Risiko
 - , Errungenschaft, als 34
 - , HIV-Infektion 286 ff.
 - , Industriegesellschaft, in der 301 ff., 311
 - , Lebensrisiko, allgemeines 289
 - , Motor des Fortschritts 66 f.
 - , neue 313 ff.
 - , normale 291
 - , notwendige 290
 - , prognostisches 93, 105
 - , Rationalität 35 f., 71 (Fn. 118)
 - , Risikogesellschaft, in der 308 f., 311
 - , selbstverständlich erlaubte 282
 - , Spannungsverhältnis zum Recht 160
 - , statistisch-aktuarisches 93 (Fn. 46), 105, 285
 - , Straffälligkeit, erneuter 122
 - , Straftat 84 ff.
 - , Technik, der 72
 - , Ubiquität 66
 - , unvermeidliches 288
 - , Versicherung 33
 - , Wissensabhängigkeit 56
 - , Zunahme 64, 315 ff.
- Risikobegriff
 - , Beck 55 ff.
 - , Etymologie 33 f.
 - , Evers/Nowotny 56, 63
 - , Fiktion 99
 - , Luhmann 107, 121 (Fn. 43)
 - , nichtstrafrechtlicher 33 ff.
 - , Normtheorie 345
 - , Rechtsgebiete, andere 30
 - , strafrechtlicher 29 ff.
- Risikobetroffenheit 269 f., 311 f.
- Risikodelikte 249, 338 f., 371
- Risikodogmatik 262 ff., 322
 - , Begriff 261 f.
 - , Felder, potentielle 320 f.
 - , Frischs 341 ff.
 - , Funktionalität 340
 - , Geburtsstunde 267
 - , Gefährdungsdelikte 321
 - , Polizeistrafrecht 349
 - , Rationalität 340
 - , Risikogesellschaft (i. e. S.) 365
 - , Strafrechtsausweitung 338 ff., 346 f.
 - , Strafrechtsbegrenzung 338, 345
 - , Wolters 338 ff.
- Risikoeinstellungen 65 ff., 93, 103 ff.
- Risikoentscheidung(en)
 - , ex ante Perspektive 122, 123 (Fn. 53)
 - , ex post Bewertung 107 f.
 - , Risikoerhöhungslehre 351
 - , Risikostrafrecht 351

- , Risikowissen 71 f.
- , sozialer Druck 111
- , Überforderung durch 70
- , Verantwortungszuschreibung 107 ff.
- , vorwerfbare 374
- , und Vorsatz 386
- , Zurechnungsvoraussetzung, als 386
- Risikoerhöhungslehre 29, 249, 323 ff.
 - , Fahrlässigkeitsdelikte 324 ff.,
 - , Funktionalität 335
 - , in dubio pro reo 32
 - , Kriminalpolitik 328 f.
 - , moderne Lehre, als 350 f.
 - , Rationalität 335
 - , Strafrechtsausdehnung, durch 328 ff., 350 ff.
 - , Strafrechtsbegrenzung, durch 330, 351
 - , Unterlassungsdelikte 326 f.
 - , Zurechnungslehre, allgemeine 249, 335 ff.
- Risikoerlaubnis 284 ff.
- Risikoformel 66, 78, 91 f., 94, 98
- Risikoforscher 35, 64, 75, 76, 81, 362
- Risikoforschung 35, 81, 92 ff., 103 ff., 365
- Risikogeschäfte 274
- Risikogesellschaft
 - , Begriff 36 f., 79
 - , Begriff, polemischer 57
 - , Logik der 369
 - , Modell Becks 50 ff., 365
 - , Modell Evers/Nowotnys 62 ff., 365
 - , Modell Luhmanns 121
 - , Modell Risikoforscher 65 ff., 365
 - , Modell, Untersuchung, der 75 ff.
 - , Modelle, konkurrierende 79 f.
 - , Organisationssoziologie 57 ff.
- , Paradoxon der 74
- , Recht in der 127 ff.
- , risikobeherrschende 63 f.
- , Risikodogmatik 365
- , Straftheorie der 234
- , Theorie 79
- , verunsicherte 68 ff.
- , Utopie 51 f., 53 (Fn. 33), 79
- Risikoidee
 - , Gerechtigkeit 147 f., 377
 - , Rechtsentwicklung 147 f.
- Risikoindex 71
- Risikokommunikation 76 f., 95
- Risikokosten 270 f., 312 f.
- Risikomaximen 123, 161
 - , Vorsatz und 359
- Risikorealisation 337 f., 340, 342
- Risikorecht 124 ff., 130 ff.
- Risikoperspektive 304
- Risikopolitik 162
- Risikoschaffung 337 f., 340, 342
- Risikosoziologie 80, 95
- Risikostrafrecht 31
 - , Attributionstheorie 112
 - , Begriff 261 f., 336
 - , Bilanz 369 f.
 - , Charakterisierung, zusammenfassende 366 ff.
 - , Gefährdungsdelikte 153 ff.
 - , heimliches 370 ff.
 - , individueller Tadel im 375
 - , konsequentes 370 ff.
 - , Kratzsch 347 ff.
 - , Kritik, postmoderne am 151
 - , modernes 152 f.
 - , Präsenz, präventive 180
 - , Präventionsstrafrecht 169
 - , Rechtsstaat 152 f.
 - , Risikogesellschaft 364
 - , Schuldstrafrecht 353
 - , Tatstrafrecht 352
 - , Typen 341 (Fn. 118)
 - , Umweltstrafrecht als 365 f.
 - , Vorsatz im 32
 - , Zweckstrafrecht 170

Risikoverbote 311
 Risikoverelendung 53
 Risikoverhalten 93, 104 ff.
 -, gesellschaftliches 68 ff.
 -, gesundes und neurotisches 103 f.
 Risikoverteilung 51 f., 270, 307, 312 f.
 Risikovorsetz 352 ff.
 Risikowahrnehmung 70, 93,
 -, Experten 312 f.
 -, gesellschaftliche 68 ff.
 -, Recht und 129
 -, Risikogesellschaft, in 311
 -, Stimmungen 111 f.
 -, Unterschiede, individuelle 103 f.
 -, Unterschiede, situative 105 ff.
 Risikowissen 384
 -, Demokratisierung 72, 313
 -, erlaubtes Risiko und 318
 -, Experten 312 f.
 -, Herrschaft kraft 129 (Fn. 237)
 -, kontraproduktives 71
 -, Risikoentscheidungen 71 f., 105 f.
 -, Risikogesellschaft, in 311
 -, Strafwürdigkeit 375
 -, Verzerrung des – durch Medien 71 f.
 -, Zufallsbeherrschung 348
 -, Zunahme 315
 Rückfallkriminalität 210

 Sachzwang 62
 Schuldprinzip 118
 Schuldstrafrecht 131, 199, 340, 353
 Schuldunfähigkeit 42
 Schutz-Staat 135 ff., 149, 161
 Selbstzerstörung 50 f., 53, 61, 77 f.
 Severity-Responsability-Relation 108 f., 381 f.
 short-sharp-shock-Theorie 203 (Fn. 12), 205
 Sicherheit
 -, Bedürfnis nach 157, 159, 265
 -, falsche 248
 -, Fiktion 96 (Fn. 68)
 -, Gefährdungsdelikte und 155
 -, Grundrecht auf 135–137, 147
 -, innere und äußere 137 f.
 -, Rückversicherung oder Selbstsicherheit 259 f.
 -, Verständnisse, unterschiedliche 77 f.
 Sicherheitsgesetze 137, 138 (Fn. 137), 254
 Sicherheitsrisiko 76
 Sicherheitsstaat 135, 138, 149, 161 f., 253 (Fn. 85), 260
 sittenbildende Kraft des Strafrechts 262 (Fn. 6), 263
 Sozialadäquanz 276 f., 291 ff.
 soziale Kontrolle 208
 Sozialstaat 149, 246
 Spezialprävention 84, 203 ff., 241
 -, negative 205, 210 f.
 -, Resozialisierung 211 ff.
 -, Scheitern 204 (Fn. 14)
 -, Theorie, idealistische 207
 -, Wegsperrern 210
 Spieltheorie 101
 Steuerungsprobleme 139 ff., 146, 150 f., 384
 Strafen
 -, Humanität der 39
 -, Versicherung gegen 380 (Fn. 15)
 Straffälligkeit 183
 Strafgesetzbuch, Entwicklungen im 174 f.
 Strafgesetzgebung 83 f.
 Strafjustiz, Entscheidungen der 86 ff.
 Strafrecht
 -, Effektivität 43
 -, Legitimität 39, 43 (Fn. 94)
 -, Logik des modernen 369
 -, wertkonservatives 262
 -, wertprogressives 262 f.

 -, sittenbildende Kraft 262 (Fn. 6)
 -, Krisen: siehe bei: Krisen
 -, Steuerungsmittel, als 44
 -, Sekundärschäden 44
 Strafrechtsentwicklung 38 ff., 264
 Straftat als Risiko 84 ff., 98, 181
 Strafverfahrensrecht 40
 Strafzweckdiskussion 200 ff.
 Straßenverkehr 68 f., 106, 175, 179, 205, 273, 304 (Fn. 183), 305 (Fn. 191), 314
 Subsidiarität des Strafrechts 338, 384
 subjektive Zurechnung 30, 42, 85, 87, 322, 352 ff.
 -, Durchführung 360 ff.
 -, Entscheidungstheorie 85
 -, Risikoforschung 85 f., 87
 symbolische Entgiftung 118, 132, 254, 371
 symbolischer Interaktionismus 207, 231
 symbolisches Strafrecht 253 ff.
 -, Aspekte, verschiedene 255 ff.
 -, Aufklärung 260
 -, Begriff 237 ff.
 -, Kriminalitätswachstum 235 (Fn. 163)
 -, positive Generalprävention 228
 -, Verunsicherung 365
 Systemtheorie 120 ff., 139 ff., 207

 Taking Crime Seriously 191 f.
 Täterorientierung der Kriminologie 178
 Tatbestand, Warnfunktion 319
 Tatstrafrecht 153, 352
 Tatvergeltung siehe bei: Vergeltung
 Technik 316, 379
 Technikakzeptanz 72
 Tschernobyl 36, 51

 Ubiquität
 -, Kriminalität 295
 -, Risiken 66
 ultima ratio Prinzip 128, 156 (Fn. 234), 241, 345 f.
 Umweltstrafrecht 128, 132, 150, 175, 179, 247, 257, 263, 365 f.
 Unglück und Unrecht 109 f., 112 f., 148 (Fn. 187), 349, 378 ff.
 Universalrechtsgüter 152
 Unsicherheit 62, 72 ff., 78, 254
 Unterlassungsdelikte 326 f.
 Urbanisierung 189
 Urbanismus 189

 Verantwortung 131
 -, siehe auch: Prinzip Verantwortung
 Verantwortungszuschreibung
 -, alltägliche und strafrechtliche 360 f.
 -, Fehler, systematische 359 ff.
 -, Gefahren, für 249 (Fn. 64)
 -, individuell gerechte 385
 -, kognitiver Prozeß 110 f.
 -, Rationalität 360
 -, Risikoentscheidungen 107 ff.
 -, Unglücken 109 f.
 Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht 204
 Vergeltung 39, 217, 221 f. (Fn. 102)
 Verhältnismäßigkeitsprinzip 83, 153, 346
 Verletzungsverbot 366
 Vermögensgefährdung 321
 Verrechtlichung 74, 128, 258, 264
 versari in re illicita 284, 324, 331
 Verschulden 125, 131
 Versicherung
 -, nützliche 248, 258, 385
 -, Risiko und 33
 -, Risikogesellschaft 382
 -, symbolisches Strafrecht 365
 Versicherungsgesellschaft 33 (Fn. 44), 190
 Verstrafrechtlichung 321

Verunsicherung 72 ff.
Verursacherprinzip 117, 119
vivere necesse est 310
Völkermord 256 f.
Vorsatz 32
 →, Ansteckungs- 28
 →, „bedingter“; siehe bei: dolus eventualis
 →, Begriff, normativer 357
 →, Bezugspunkt 343, 355
 →, Dogmatik, Aktualität und Relevanz 353 f.
 →, Entscheidung, als 85
 →, Feststellung 87
 →, Gerechtigkeit, individuelle 148, 357
 →, Indizien für 358
 →, Nachweis 356 ff.
 →, Risiko (Frisch) 342 ff.
 →, Risiko-; siehe bei Risikovor-satz
 →, Risikoforschung 85
 →, Risikowissen 357
 →, Verdrängen 30, 356, 357
 →, Zuschreibung 359 ff.

Vorverlagerung des Strafrechts-schutzes 176, 181, 245, 368
Wahrscheinlichkeit 70, 90, 93, 98
Wiedergutmachung 204 f. (Fn. 14)
Wirtschaftswachstum und Krimi-nalität 183 f.
Wirtschaftsstrafrecht 150, 175, 179, 180 (Fn. 48), 205, 247, 257, 263
Zufall 31, 312, 348 f.
Zurechnung
 →, objektive; siehe bei objektive Zurechnung
 →, personale in der Risikogesell-schaft 131
 →, Risikogesellschaft 119
 →, subjektive; siehe bei subjektive Zurechnung
Zurechnungslehre 42, 336 ff.
Zuschreibungsfehler 88
Zweckstrafrecht und Risikostraf-recht 170, 366