Elke und Hartmut Kliemt

Schutz und Gefährdung von Rechten durch die staatliche Kriminalstrafe

Abstract: Utilitarianism has been widely accused of inadequately treating the problem of human rights. One main criticism has been, that it could not account for acceptable institutions of legal punishment. Though the utilitarian position seems to be untenable it contains some sound points – above all its consequentialist metaethics. The central weakness of "right-based" justifications of the criminal sanction on the other hand seems to be that they do not give due place to the consequences of alternative institutional settings. But it seems to be possible to establish a right-based *and* consequentialist moral theory of legal punishment leading to an acceptable practice of punishment – though not necessarily the one we are acquainted with.

Aus verschiedenen Gründen ist die staatliche Kriminalstrafe heute eine umstrittene Institution. Es sei nur an die Probleme um Willensfreiheit und Verantwortung, an die schlechten Chancen deprivierter Randgruppen der Gesellschaft oder an die Zustände in den meisten Gefängnissen erinnert. Eine breitere Öffentlichkeit hegt aus diesen und ähnlichen Gründen zumindest zeitweilig Zweifel an der moralischen Rechtfertigung staatlichen Strafens in seiner heutigen Form.

Die Forderung nach einer gänzlichen Abschaffung staatlichen Strafens würde den meisten Menschen jedoch zu weit gehen. Dennoch ist sie im Namen der Wissenschaft erhoben worden. Nach dieser Auffassung soll „Strafe" generell durch „Therapie" ersetzt werden (Menninger 1977). Solange die betreffenden Therapien jedoch ein Zwangselement enthalten, das es erlaubt, Individuen auch gegen ihren Willen – nach der bedenklichen Logik der Sache sogar prophylaktisch – zu „behandeln", liegt keine Abschaffung der Strafe, sondern eher eine mit gewissen teils zweifelhaften Reformforderungen verbundene Umbenennung dieser Institution vor. Denn die Zufügung von Zwang beinhaltet als solche und auch dann, wenn sie mit den besten Absichten erfolgt, einen Eingriff in individuelle Rechte. Insbesondere für die massiveren Fälle einer zwangsweisen Verbringung in Anstalten verschleiert der Ausdruck „Therapie" nur, daß individuelle Rechte, mögen sie auch in irgendeinem Sinne dieses Begriffes „verwirkt" sein, entscheidend beeinträchtigt werden (vgl. Murphy 1977).

Man sollte überdies nicht verkennen, daß die Forderung nach einer Therapie für Straftäter auch Ausdruck der allgemeinen gesellschaftlichen Tendenz ist, abweichendes Verhalten allein als krankhaften Defekt oder Verhaltensstörung begreifen zu können. Aber als solches kann das Verletzen von Rechtsnormen in einer freiheitlichen, vom Respekt vor Personen getragenen Rechtsordnung keinesfalls als Ausdruck krankhaften Verhaltens gewertet werden und zur Zwangstherapie eines Normbrechers führen. Das würde dem Recht einen Status rationaler Unver-

Analyse & Kritik 3 (1981), Heft 2, S. 171–193 © Westdeutscher Verlag, Opladen

letzlichkeit verleihen, den es weder aus soziologischer noch aus philosophischer Sicht verdient (vgl. Merton 1957 und Hazlitt 1964, Kap. 9).

Zu einer freiheitlichen Ordnung gehört mit Sicherheit, daß in ihr ein individuelles Anrecht aller mündigen Bürger geschützt wird, ohne vorherige Zustimmung weder therapiert noch erzogen zu werden. Therapie*angebote* stehen dem nicht entgegen. Sie beeinträchtigen die individuelle Entscheidungsautonomie nicht in ungebührlichem Maße. Anders verhält es sich jedoch, wenn man etwa Inhaftierte der Möglichkeit beraubt, sich gewissen ihnen verordneten Resozialisierungsmaßnahmen oder den ganz anders gearteten zwangsweisen Sozialisationsprozessen durch Mithäftlinge zu entziehen. Hier beinhaltet der Strafvollzug mehr als ein mit ihm notwendig verbundenes Mindestmaß an Zwang. Das verletzt zumindest prima facie die Rechte von Strafgefangenen, mag es auch geschehen, um andere Rechte zu schützen. Denn vom Standpunkt einer freiheitlichen Gesellschaft muß die Zwangsausübung auch gegenüber Straftätern als ein Übel betrachtet werden, das nur in einem zur Verhinderung schlimmerer Übel notwendigen Mindestmaß zugefügt werden darf. Damit ist das Grundproblem jeder angemessenen Theorie der staatlichen Kriminalstrafe aufgeworfen: Wie lassen sich die einander gegenüberstehenden Rechte potentieller Opfer von Straftaten und die Rechte potentieller Opfer von Strafen moralisch rational abwägen?

Dieses schwierige Problem läßt sich nicht einfach durch eine generelle Vergeltungsregel lösen. Denkt man etwa an das biblische „Auge um Auge, Zahn um Zahn", so werden daraus wohl ein bestimmter Strafrahmen (einschließlich gewisser Strafobergrenzen!) und eine Zuordnung von Delikten und Strafen erkennbar. Doch führen derart grobe Regeln angesichts vieler Delikte wie etwa dem der Vergewaltigung zu ziemlich bizarren Konsequenzen.

Eine intrinsische Zuordnung von Delikten und Strafen, auf die sich eine allgemeine Vergeltungsregel stützen könnte, scheint es nicht zu geben. Diese Zuordnung muß vielmehr hergestellt werden im Rahmen der institutionellen Ausgestaltung der staatlichen Kriminalstrafe. Will man sich dabei nicht einfach gesellschaftlichen Traditionen überlassen, sondern rationale Rechtfertigungen anstreben, so wird man zwangsläufig dazu geführt, die Folgen zu untersuchen, die unterschiedliche Ausprägungen der staatlichen Kriminalstrafe nach sich ziehen können.

Solche Folgenüberlegungen können grundsätzlich in jeder folgenorientierten Moralkonzeption sinnvoll durchgeführt werden. Wir werden uns im weiteren jedoch auf drei besonders wichtige Typen beschränken: einen reinen Utilitarismus, einen durch individuelle Rechte und Verallgemeinerungsprinzipien beschränkten Utilitarismus, den wir allerdings nur streifen werden, und eine „Rechtsfolgentheorie", die in einer von uns bevorzugten quasi-juristischen Form weniger auf den Nutzen der Strafinstitution als auf die Bedeutung der in Frage stehenden Rechte und Interessen abstellt.

1. Nutzenmehrung als oberstes Strafziel

Der Utilitarismus als jene ethische Theorie, die den Nutzen *aller* maximieren will (für eine etwas weitere *Begriffs*fassung, Smart 1967), sieht in der Strafe ein notwendiges Übel. Dieser vielleicht gängigsten Strafrechtfertigung zufolge ist die staatliche Kriminalstrafe insoweit gerechtfertigt, als der gesellschaftliche Nutzen der Strafabschreckung den Schaden, der durch das Strafübel verursacht wird, überwiegt. Sowohl die in dieser Rechtfertigungskonzeption enthaltene empirische Basisprämisse einer präventiven Wirkung der Strafdrohung als auch ihre Beschränkung auf Nutzenerwägungen sind häufig kritisiert worden. Beide Arten der Kritik sind jedoch allenfalls partiell berechtigt. Auf die erste gehen wir nur sehr kurz ein. Die zweite Kritik behandeln wir ausführlicher, da sie gerade im deutschen Sprachraum häufig vorschnell erfolgt und damit zu einer Vernachlässigung wichtiger und zutreffender Gesichtspunkte der utilitaristischen Strafkonzeption beiträgt.

1.1. Die empirische Basisprämisse der utilitaristischen Strafkonzeption

Die faktische Prämisse der abschreckenden oder generalpräventiven Wirkung der Kriminalstrafe kann man für ein gewisses Maß an Abschreckung von bestimmten Delikten wohl kaum bezweifeln (vgl. Hoerster 1974, 373 f.). Einige potentielle Täter werden sich von einigen Delikten abhalten lassen. Selbstverständlich gibt es nicht-abschreckbare Täter, und möglicherweise würden auch einige Delikte wie etwa Mord kaum häufiger begangen, wenn die Strafandrohung für derartige Delikte fortfiele. In anderen Bereichen darf man jedoch von der gesellschaftsstabilisierenden generalpräventiven Wirkung der staatlichen Kriminalstrafe ausgehen. Man denke nur an bestimmte Eigentumsdelikte. Mit großer Sicherheit hat die Strafdrohung unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen ein gewisses Maß an abschreckender Wirkung.

Wer sich von der teils geringen rationalen Motivierbarkeit der gefaßten und überführten Straftäter zu einem anderen Urteil über die Abschreckungswirkungen des Strafsystems verleiten läßt, verhält sich wie jemand, der sich ein Bild vom unternehmerischen Verhalten ausschließlich aufgrund seiner Kenntnis verschiedener Bankrotteure macht. Doch es kommt ja gerade auf diejenigen an, die durch die Strafandrohung von Normbrüchen *abgehalten* werden, und nicht auf jene, gegenüber denen sie versagt. In jedem Falle scheint weit mehr dafür zu sprechen, daß das System der staatlichen Kriminalstrafe einen wesentlichen Beitrag zu gesellschaftlicher Normkonformität leistet, als für die Gegenthese von der präventiven Wirkungslosigkeit der Strafdrohung.

Im engeren Sinne empirische Untersuchungen zur Abschreckungswirkung der staatlichen Kriminalstrafe wurden in den letzten Jahren vor allem von Ökonomen vorgenommen. Auch sie stützten diese Prämisse (für einen Überblick, McKenzie und Tullock 1975, Kap. 11, 12). *Daß* solche präventiven Wirkungen

der Strafe bestehen, reicht allerdings keinesfalls schon aus, um die Androhung und den Vollzug von Strafen tatsächlich zu rechtfertigen. Hierzu muß insbesondere die Intensität der Abschreckung abgeschätzt und in ein allgemeines Bewertungssystem eingepaßt werden. Das führt zu unmittelbar moralischen Fragestellungen.

1.2. Eine Standardversion des Utilitarismus

Die utilitaristische Lehre von der Begründung und Rechtfertigung gesellschaftlicher Institutionen, menschlicher Handlungen, normativer Forderungen etc. ist teleologischer Natur. Sie orientiert sich also an den *Folgen* dessen, was beurteilt, begründet oder gerechtfertigt werden soll. Dabei werden *sämtliche* Folgen und Nebenfolgen einbezogen. Je nachdem wie diese Folgen bewertet werden, auf welche Weise und unter welchen Gesichtspunkten ihre positive oder negative *Einstufung* erfolgt, lassen sich verschiedene Formen des Utilitarismus unterscheiden. In der „klassischen" Form des Utilitarismus werden „Schmerz" und „Lust" gegenübergestellt und so behandelt, als ließen sie sich im Sinne der Schulmathematik der Operation der Addition – also der gegenseitigen Aufrechung – unterziehen. Der Utilitarismus fordert dann, den Saldo zwischen positiven und negativen Komponenten der Summe möglichst groß werden zu lassen. Um gewisse Komplikationen, die zum eigentlichen Untersuchungsgegenstand nichts beitragen, zu vermeiden, gehen wir im folgenden von dieser klassischen Version einer utilitaristischen „Wertlehre" – „Wertlehre" hier in dem engen Sinne einer Lehre von dem verstanden, was außermoralisch in sich wertvoll ist – und der zugehörigen Handlungsvorschrift, man solle so *handeln*, daß die Summe des Nutzens maximiert wird, aus.

In einer solchen Maximierungsvorschrift und Wertlehre erschöpft sich jedoch keine der utilitaristischen Theorien (ausf. Smart 1967, 1973 – kritisch Mackie 1981, Kap. 6 – sowie Höffe 1975 und Köhler 1979). Sie tragen noch weitere wesentliche Merkmale. Einige sind ihnen allen gemeinsam, andere geben wiederum Anlaß zur Unterscheidung verschiedener Formen des Utilitarismus. Gemeinsam ist den utilitaristischen Lehren – neben der Folgenorientierung als solcher – die Art und Weise, in der sie die Folgen einbeziehen.

Zum einen unterscheiden sie sich entgegen einem gerade im deutschen Sprachraum verbreiteten Vorurteil auf das Entschiedenste von egoistischen Theorien. Denn sie betrachten stets die Folgen für die Gesamtheit *aller Menschen* (oder auch aller fühlenden Wesen). Zum anderen bemessen sie die Folgen für die Gesamtheit der Menschen nach den Wirkungen auf das (jedes!) *einzelne Individuum*. Im Rahmen einer utilitaristischen Theorie kann daher etwa die Aussage, etwas sei gut für die Gesellschaft, nur als Metapher gedeutet werden. Sie besagt genauer betrachtet, wenngleich immer noch etwas grob formuliert, daß die positiven Folgen für alle Einzelindividuen die negativen Folgen für alle Einzelnen überwiegen.

Dies bedeutet natürlich nicht – zumindest in der Regel nicht – , daß für *jedes* einzelne Individuum die positiven Folgen die negativen überwiegen. Sondern es geht um die Nutzensumme, die sich bei Summation über alle Individuen ergibt. Hieran schließen sich einige der wesentlichen Kritikpunkte am „reinen" Utilitarismus an.

Da es dem Utilitarismus – in seiner hier vorgestellten Grundform – um die Maximierung einer Nutzen*summe* geht, ist es ohne Zusatzannahmen über die Verteilung des Nutzens auf die einzelnen Individuen nicht auszuschließen – zumindest in der Theorie nicht – , daß etwa extrem ungleiche Verteilungen entstehen, die den Nutzen auf gewisse Individuen konzentrieren, während andere leer ausgehen oder gar ausdrücklich zum Nutzen wieder anderer Individuen geschädigt werden. Es kann daher vorkommen, daß Menschen in einer – nach nichtutilitaristischen Maßstäben beurteilt – extrem ungerechten Form behandelt werden, um den Nutzen anderer zu vergrößern. Das geschieht nach der erwähnten utilitaristischen Maximierungsvorschrift dann, wenn der Nutzenzuwachs bei den Nutznießern größer ist als bei den Geschädigten. Solche Fälle lassen sich insbesondere im Bereich des staatlichen Strafens konstruieren.

1.3. Gegen eine utilitaristische Strafkonzeption

Man stelle sich etwa vor – und dies ist ein beliebtes Beispiel – , in einem der amerikanischen Südstaaten sei eine weiße Frau vergewaltigt worden. Es wird bekannt, daß der Täter (ein) Neger war. Der Täter selbst kann jedoch nicht sofort ausfindig gemacht werden. Es entsteht eine starke Bewegung unter der weißen Bevölkerung. Weiße rotten sich zusammen, und es ist vollkommen klar, daß sie während kürzester Zeit gegen Schwarze „losschlagen" werden. Aufrufe zur Besonnenheit und andere Maßnahmen sind nutzlos, ausreichende Polizeikräfte zur Verhinderung von Ausschreitungen nicht vorhanden. Man weiß, daß der weiße Pöbel, wenn er einmal mit der Lynchjustiz beginnt, nicht nur einen, sondern mehrere unschuldige Opfer fordern und finden wird.

Der Bürgermeister als Utilitarist stellt folgende Überlegungen an:

1. Das Lynchen mehrerer schwarzer Personen kann ich auf direktem Wege nicht verhindern. Es fehlen die nötigen Polizeikräfte, Überredung fruchtet nichts.
2. Auf indirektem Wege kann ich das Lynchen verhindern. Dazu muß nur ein Schwarzer von der Polizei ergriffen und als überführt vorgestellt sowie im Schnellverfahren abgeurteilt und gehängt werden.
3. Ich weiß zwar, daß ein Unschuldiger derart zum Opfer gemacht wird. Daß dies geschieht, läßt sich jedoch ohnehin nicht verhindern, da in jedem Fall mindestens eine unschuldige schwarze Person getötet wird. Kann man jedoch durch das Opfer eines einzelnen das Leben mehrerer anderer retten, so ist dies mit Sicherheit ein Vorzug. Die Nutzensumme, die bei den Geretteten entsteht, übertrifft den Schaden des Opfers bei weitem. Also, könnte unser Utilitarist argumentieren, sollte der einzelne Schwarze zum Nutzen aller anderen geopfert werden.

Der Nicht-Utilitarist wird einwenden, daß niemals ein Unschuldiger zum Opfer gemacht werden darf, um andere zu schützen. Und selbst dann, wenn er nicht ganz so weit ginge, würde er doch darauf bestehen, daß ein *System* staatlichen Strafens, welches derartige Handlungen vorsieht oder nur zuläßt, nicht gerechtfertigt werden kann. Es ist vielmehr so, daß eine ethische Theorie, die solche Handlungen, wie die im voranstehenden etwas dramatischen Beispiel geschilderten, rechtfertigt, als widerlegt gelten muß. Gegner des Utilitarismus sehen daher gerade in der utilitaristischen Behandlung des Strafproblems ein Gegenargument gegen die utilitaristische Theorie insgesamt.

Die für die amerikanischen Südstaaten geschilderte Situation ist ja keineswegs logisch ausgeschlossen. Sie könnte durchaus auftreten und als empirische Information in utilitaristische Überlegungen einbezogen werden müssen. Selbst wenn ein solcher Fall bloß konstruiert sein sollte, bildet es einen Einwand gegen die utilitaristische Strafrechtfertigung, wenn sie ihn in einer Form behandelt, die unseren aufgeklärten Alltagsurteilen in extremem Maße widerspricht. Denn die Tatsache, daß der Utilitarismus folgenorientiert die Einbeziehung von empirischer Information vorsieht, bedeutet nicht die Beschränkung auf jene logischen Möglichkeiten, die wirklich eintreten oder eingetreten sind, sondern erlaubt es durchaus, auch bloß konstruierte Situationen zum Prüfstein der Theorie zu wählen. Denn der Utilitarismus nimmt ja für sich in Anspruch, prinzipiell jede moralische Frage – unter Einbeziehung der entsprechenden empirischen Informationen – lösen zu können. (Mag auch selbst der Utilitarist häufig schwanken oder unsicher sein, *ob* er die richtige Antwort im Rahmen der von ihm verfochtenen Theorie gefunden hat, *daß* seine Theorie diese Antwort im Prinzip bereithält, wird er nicht bezweifeln.) Er muß daher in der Lage sein, auch bloß gedachte Situationen adäquat zu behandeln. Andererseits wird man nicht verlangen – gerade bei einer so stark empirisch orientierten Theorie nicht – , daß *vollkommen unwahrscheinliche* Fälle zum Prüfstein gewählt werden. Es scheint ziemlich einleuchtend, praktisch unmögliche Fälle ebensowenig einzubeziehen wie logisch unmögliche. Genau diese Begrenzung der Testinstanzen kann sich der Utilitarist nun im Falle der Strafe zunutze machen – zumindest kann er dies versuchen.

1.4. Eine utilitaristische Antwort

Zunächst kann der Utilitarist, ebenso wie sein Gegner dies tun sollte, zwischen der Institution der Strafe sowie dem Strafsystem als ganzem auf der einen und dem einzelnen Bestrafungsakt auf der anderen Seite unterscheiden. Für die Analyse von Rechtfertigungsfragen müssen beide Ebenen genau auseinandergehalten werden (paradigmatisch Hart 1971).

Es ist dann zwar keineswegs als praktisch unmöglich anzusehen, daß jener geschilderte Fall in den Südstaaten der USA einmal auftritt oder aufgetreten ist. Als unwahrscheinlich erscheint es jedoch, daß die Institution der Strafe und das Gesamtsystem des Strafrechts derartige Maßnahmen, wie sie der Bürgermeister

erwägt, zur Regel erhebt – also systematisch vorsieht – *und* gleichzeitig noch den Nutzen der unter einem solchen System Lebenden maximiert. Wenn nämlich in einem Strafsystem die Institution der Strafe so ausgestaltet wird, daß die Mitglieder des Rechtsstabes ausdrücklich oder durch Gewohnheitsrecht angewiesen oder ermächtigt werden, in bestimmten Situationen auch Unbeteiligte mit einem Strafübel zu überziehen, so wird dadurch Furcht bei allen Menschen erzeugt. Niemand möchte gern unter einem derartigen System leben. Jeder muß fürchten, eines Tages zum Opfer des Systems gemacht zu werden. Hinzu tritt die Unmöglichkeit, einen Lebensplan aufzustellen und zu verfolgen, in dem vorgesehen ist, sich von Kriminalität freizuhalten. Beides, sowohl die Furcht als auch die Unmöglichkeit zu planen, sind geeignet, den Nutzen eines derartigen Strafsystems so stark zu senken, daß eine utilitaristische Rechtfertigung des Systems nicht mehr vollzogen werden kann. Auch aus utilitaristischer Sicht scheint es daher praktisch nicht möglich zu sein, ein Straf*system* zu rechtfertigen, das nicht vom Gesichtspunkt der „Schuld" bei der Straf*verhängung* ausgeht. Die Verhängung der *Einzel*strafe muß den Täter treffen. Die Maximierung des Nutzens aller scheint also zu verlangen, daß die *Institution* der Strafe die *Regel* enthält, nur den Täter für die Tat zu bestrafen.

Festzustellen ist, daß diese Art der Argumentation zumindest unter gewissen empirischen Randbedingungen zutreffen würde. In ihr wird überdies die wichtige Unterscheidung zwischen der Rechtfertigung einer Regel und der Rechtfertigung der einzelnen Regelanwendung ebenso deutlich wie die Tatsache, daß es zumindest vorschnell ist, die utilitaristische Strafrechtfertigung abzulehnen, ohne auf diese Unterscheidung einzugehen (vgl. Rawls 1975).

Die Ausrichtung auf nutzenoptimale Regeln ergibt nicht nur eine grundsätzliche Verankerung des Prinzips, („möglichst") nur Schuldige für eine Tat zu bestrafen, sondern auch eine utilitaristische Begründung dafür, wie hoch und welcher Art die in rechtlichen Regeln vorgesehenen Strafen sein sollen.

Vor allem das alte Problem, *wieviel* Abschreckung als angemessen zu betrachten ist, wird durch die Forderung nach Nutzenmaximierung einer Lösung nähergebracht. Forderungen nach beliebig hohen Strafdrohungen etwa schiebt der Utilitarismus einfach dadurch einen Riegel vor, daß der Nutzen *aller* Betroffenen einschließlich der potentiellen Straftäter einbezogen wird. Bestimmte notwendige Bedingungen jedes Nutzenmaximums müssen auch von nutzenoptimalen Strafregeln erfüllt werden. Im Idealfall sollte es vor allem nicht möglich sein, die vorgesehene Strafdrohung für irgendein Delikt zu erhöhen oder zu senken, ohne den Gesamtnutzen negativ zu beeinflussen. Zusätzliche Strafen fügen in einer solchen Situation im Vollzug mehr Schaden zu als sie an Nutzen durch zukünftig unterlassene Straftaten stiften. Umgekehrt führt im Nutzenmaximum eine Senkung der Strafen zu einer den Nutzenzuwachs der Bestraften überwiegenden Nutzensenkung durch vermehrtes Auftreten von Straftaten. Ein etwaiger Nutzengewinn bei den Opfern von Straftaten wird stets gegen einen möglichen zusätzlichen Schaden bei den Opfern von Strafen aufgerechnet. Das bedeutet, daß auch das Argument, Generalpräventionslehren könnten generell nichts über das wün-

schenswerte Ausmaß der Prävention sagen, fragwürdig wird. Zumindest deren utilitaristische Versionen erlauben es gerade nicht, Individuen beliebig hoch zum Zwecke der Abschreckung zu bestrafen.

Nach alledem dürfte eine utilitaristische Generalpräventionstheorie zur Rechtfertigung der staatlichen Kriminalstrafe insgesamt zur Ableitung weit plausiblerer institutioneller Regelungen führen, als dies häufig angenommen wird. Trotzdem bleiben nicht ausräumbare Restschwierigkeiten einer solchen Konzeption bestehen.

1.5. Nicht behebbare Restschwierigkeiten

Ein erster nicht ausräumbarer Einwand gegen eine utilitaristische Strafkonzeption besteht darin, daß diese notwendig den Schaden bzw. Nutzen der Täter gleichberechtigt mit dem der Opfer behandelt. Das erscheint vielen als offenkundig unangemessen (z.B. Nozick 1976, 66). Der Einwand läßt sich allerdings nur dann wirklich plausibel machen, wenn man Recht nicht nur als ein *Mittel* oder Instrument menschlicher Interessenwahrung betrachtet, sondern als einen unabhängig davon vorgegebenen Rahmen. Nur dann erhält man einen Maßstab, der es erlaubt, die Interessen von Rechtsbrechern abzuwerten, da sie gegen allen Interessen vorausgehende „objektiv" vorgegebene Normen verstoßen haben.

Eine solche Konzeption *objektiv* vorgegebener – etwa „intuitiv" erkennbarer – Normen erscheint jedoch als verfehlt (vgl. Mackie 1981, Kap.1 und Harman 1977, Kap. 1, 2). In Ermangelung einer „objektiven", interessenunabhängigen Rechtsbegründung ist es ziemlich zwingend, die Interessen aller *Individuen* gleich zu behandeln. Das gilt umso mehr, als die Rechtfertigung institutioneller *Regeln* grundsätzlich nur auf *potentielle* Opfer und Täter abstellen kann. Dies läßt es zwar personenunabhängig zu, höherwertige und geringerwertige Interessen zu unterscheiden. Doch kann diese Einstufung von Interessen nicht selbst noch aufgrund eines auf Interessen ruhenden Systems von Rechten erfolgen.

Wir werden weiter unten Interessen nicht über individuellen Nutzen, sondern über individuelle, der Interessenverfolgung dienende Rechte einzubeziehen suchen. Ein derartiges Abrücken von der utilitaristischen einfachen Nutzenaufrechnung beinhaltet jedoch kein Abrücken von der Vorstellung, daß die Interessen *aller* Betroffenen grundsätzlich gleiche Berücksichtigung verdienen. Denn in der Tat erscheint uns diese Position als „unausräumbar", weil richtig.

Neben dieser „unschädlichen" unausräumbaren Restschwierigkeit einer rein utilitaristischen Strafbegründung bleibt jedoch eine mit der *ausnahmslosen* Befolgung von Regeln zusammenhängende Schwierigkeit bestehen. Grundsätzlich nützliche Regeln verlieren häufig nichts oder nur unwesentlich von ihrem Nutzen, wenn sie nicht ausnahmslos, sondern nur mit gewissen sehr seltenen Ausnahmen befolgt werden. Diese Ausnahmen könnten sogar in einer ergänzenden Regel ausdrücklich vorgesehen werden, obschon diese dann unter der gleichen Einschränkung stünde. Eine derartige Zusatzregel ist nach der Logik des reinen

Utilitarismus auch gerechtfertigt, solange sie nicht das generelle Vertrauen in die grundsätzliche Regelbefolgung so sehr schädigt, daß der Nutzen der Ausnahmen aufgewogen wird. Im Falle der Strafe ist es zumindest nicht zwingend so, daß die Furcht vor äußerst seltenen Bestrafungen Unschuldiger nach einer solchen Ausnahmeregel den Nutzen dieser Ausnahmehandlungen überwiegen würde. Die Ausnahmeregel könnte ja vor allem auch im geheimen *angewandt* werden. Selbst wenn *dies* im Einzelfall „herauskommen" sollte, dürfte dadurch der langfristige Nutzen der Ausnahmeregel nicht entscheidend geschmälert werden. Gleiches gilt – und dies sogar in erhöhtem Maße – für die Möglichkeit von „einfachen" Ausnahmen, die nicht auf eine entsprechende Zusatzregel zurückgehen.

Eine zusätzliche Stütze erfährt diese Auffassung dadurch, daß in allen Strafsystemen die Möglichkeit von Fehlurteilen besteht. Jedes humane Strafsystem wird zwar von dem Gedanken bestimmt, lieber Schuldige unbestraft zu lassen, als einen Unschuldigen zu bestrafen; aber dies geht nie so weit, von aller Strafe abzusehen, nur um wirklich sicherzugehen, daß niemals ein Unschuldiger bestraft wird. Wenn die Anzahl erkannter Fehlurteile, die auch von der Bevölkerung als solche wahrgenommen werden, einen gewissen Wert nicht überschreitet, dann erzeugt die Möglichkeit, einem Fehlurteil zum Opfer zu fallen, keine oder nur so wenig Furcht, daß die utilitaristische Rechtfertigung eines derartigen Strafsystems *dadurch* nicht in Gefahr gerät.

Hieraus erkennt man *zum einen*, daß die Furcht, unschuldig zum Opfer einer Strafverhängung gemacht zu werden – zumindest, sofern diese Fälle sehr selten auftreten – nicht das größte unserer Sorgnisse ist und deshalb auch den Nutzen der Institution der Strafe nur unwesentlich einschränkt. Dies gilt vermutlich selbst für ein Strafsystem, das ausdrücklich eine Regel vorsieht, in gewissen sehr seltenen Extremfällen Unschuldige zu opfern. *Zum anderen* wird ersichtlich, daß zumindest in unseren aufgeklärten Alltagsurteilen gewisse elementare Menschenrechte – etwa das, nicht unschuldig bestraft zu werden – einen Preis besitzen. Für einen großen vorgestellten Nutzen sind wir bereit, das Risiko der Fehlbestrafung heraufzusetzen. Man könnte dies auch durch die Formulierung zum Ausdruck bringen, daß das moralische Anrecht, nicht zum Opfer einer Fehlbestrafung zu werden, von der Rechtsordnung nur bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt wird. Im Anschluß hieran zeigt sich nun *zum dritten* ein weiterer wesentlicher Gesichtspunkt. Eine utilitaristische Konzeption der Strafe berücksichtigt das Ziel, Unschuldige straffrei zu lassen, insofern und nur insofern als die Wahrscheinlichkeit, unschuldig bestraft zu werden, nach der utilitaristischen Theorie soweit herabzusetzen ist, bis eine weitere Risikoverminderung weniger Nutzenzuwachs erbringt als zu ihrer Bereitstellung verloren geht.

Dieser letztere Gesichtspunkt aber ist es vor allem, der eine nur auf das Nützlichkeitsprinzip allein gestützte Straftheorie unannehmbar werden läßt. Eine akzeptable Rechtsordnung erfordert in unseren Augen gerade, daß die Gesellschaft Nutzen*verluste* auf sich nimmt, um die Unschuldigen vor Bestrafung zu schützen. (Eine staatliche Ordnung muß Nutzenopfer insoweit vorsehen, als sie über jenen Punkt hinausgeht, an dem der Grenznutzen des Risikos einer institu-

tionell nicht ausschließbaren Fehlbestrafung durch die Grenzkosten dieses Risikos gerade aufgehoben wird.)

Ganz abgesehen von anderen möglichen Einwänden – wie etwa dem, daß der Utilitarist auch eine „Straffreiheitslotterie" nicht ausschließen könnte, wonach etwa jeder tausendste oder zehntausendste Täter freikäme – ist der letzte Angriff auf die rein utilitaristische Position in der Frage der Strafrechtfertigung so gravierend, daß diese Position insgesamt als unhaltbar erscheint. Es erweist sich als notwendig, die rein utilitaristischen Nutzenerwägungen in einen Rahmen von Gerechtigkeits- und Anrechtsüberlegungen zu stellen. Das bedeutet allerdings nicht, daß zur Vermeidung der utilitaristischen Schwierigkeiten eine Konzeption absoluter, interessenunabhängiger Rechte verfolgt werden müßte. Das Prinzip der Nutzenmehrung muß zwar um gewisse Gesichtspunkte ergänzt werden, die ein bestimmtes Maß von Nutzenverzicht verlangen und die nicht selbst noch auf eine „langfristigere" Nutzenerwartung gestützt werden können. Doch läßt sich im Rückgriff auf interessengestützte Rechte nicht ein Nutzenopfer beliebigen Ausmaßes rechtfertigen.

Es gibt mit vollkommener Sicherheit in unseren aufgeklärten Alltagsurteilen einen Punkt, von dem an wir den Schutz individueller Rechte geringer veranschlagen als den Nutzen, der aus ihrer Verletzung hervorgeht. Denn weder dort, wo das Gute extrem schwer verwirklicht werden kann, noch dort, wo es im Überfluß vorhanden ist, hat die „Alltagsmoral", die von der Fiktion unverletzlicher moralischer Rechte ausgeht, ihren eigentlichen Aufgabenbereich. Bereits Hume (1972, 24f.) wies ihr die Sphäre „mittlerer Knappheit" an Gütern materieller wie immaterieller Art zu. Wenn aber der Schutz individueller Rechte nur um den Preis extremer gesellschaftlicher Nutzenopfer möglich ist, dann verbirgt sich dahinter nichts anderes als der Sachverhalt, daß das „Gut" „Schutz individueller Rechte" in dieser Situation extrem knapp ist. Seine Kosten – d.h. der Nutzen und die Interessen, die dem Rechteschutz geopfert werden müssen – erweisen sich als unannehmbar hoch. Hier dürfen zum Schutz von Interessen Rechte durchbrochen werden, die sonst ausnahmslos gelten. Doch kann dies erst jenseits eines bestimmten Maßes echten Nutzenverzichtes zulässig sein.

Wie stark ausgeprägt diese Nutzenverzichte im einzelnen sein müssen, hängt von der konkreten gesellschaftlichen Institution und von der Bedeutung der betroffenen Rechte und Interessen ab. In jedem Falle wird man aber hinsichtlich der staatlichen Kriminalstrafe, die ganz elementare Rechte und Interessen tangiert, sehr rigide Anforderungen stellen und hohe „gesellschaftliche Opfer" für zumutbar halten, bevor man individuelle Rechte einer Mehrung des „Gemeinwohls" unterordnet. Wie diese Anforderungen näherhin beschaffen sind, wird nun zu untersuchen sein. Dabei wird auch deutlich werden, daß die in unserer Gesellschaft vorherrschende Praxis staatlichen Strafens vermutlich diese Anforderungen verletzt, indem sie zu massive strafende Rechtseingriffe zuläßt, und deshalb insoweit der Reform bedarf.

2. Folgenüberlegungen in einem Rahmen von Rechten

Jedermann hat ein wohlverstandenes Interesse daran, daß eine staatliche Ordnung bestimmte individuelle Rechte enthält, und nur dann haben die Menschen ein wohlverstandenes Interesse an der Existenz des Staates. Sofern der Staat insbesondere bei der Durchsetzung solcher Rechte selbst in diese eingreifen muß, steht er unter der generellen rechtsstaatlichen Kernforderung der Verhältnismäßigkeit. Dies ist vor allem für ein akzeptables Strafsystem von größter Bedeutung.

2.1. Grenzen des Strafens

Selbst unter der Voraussetzung größter präventiver Wirksamkeit würde uns heute die Hinrichtung von Taschendieben als barbarische Exzessivstrafe erscheinen. *Regeln*, die ein solches Strafmaß vorsähen, würden in keiner Relation zu anderen Strafdrohungen und zur Schwere des Rechtsbruches als solchem stehen. Sieht man von dem Problem ab, auch unter den Strafdrohungen eine gewisse Ausgewogenheit herbeizuführen, dann kann sich die „Schwere einer Tat" nur aus dem moralischen Gewicht jener Rechte ergeben, die durch sie verletzt wurden. Das bedeutet aber, daß die verletzten individuellen Rechte auch darüber entscheiden, wie hoch eine angemessene Strafdrohung sein kann. Eine exzessive Bestrafung Schuldiger ist unter diesem Aspekt ebenso unannehmbar wie die Bestrafung Unschuldiger, mag sie auch generalpräventiv oder gar nutzenmaximierend wirken (vgl. Goldman 1979, 48).

Derartige allgemein geteilte Intuitionen begründen zwar als solche noch nicht hinreichend die Gültigkeit moralischer Forderungen, doch kann keine akzeptable moralische Theorie sie gänzlich ignorieren – zumal dann, wenn sie praktisch wirksam werden möchte. Es ergibt sich daraus ein recht starkes prima facie-Argument, jedenfalls krasse Widersprüche zu allgemein geteilten moralischen Intuitionen zu vermeiden. Das gilt auch für die Bestimmung von Strafgrenzen.

Eine zehnjährige Freiheitsstrafe für einfachen Taschendiebstahl etwa würde immer noch als eindeutig überzogen, eine Geldstrafe von zehn Pfennigen ebenso eindeutig als zu gering erachtet werden. Doch gibt es sicherlich einen relativ großen Bereich, in dem man solch eindeutige Urteile der Unangemessenheit nicht fällen und von einer gewissen Proportionalität von Rechtsbruch und Strafe sprechen kann. Eine zentrale Mindestanforderung an jedes akzeptable Strafsystem – neben anderen notwendigen Bedingungen wie etwa der, nur im tatbestandsmäßigen Sinne „Schuldige" zu verurteilen – ist daher, daß bei der Festlegung von Strafrahmen zumindest die Höchststrafen nicht aus dem angemessenen Bereich herausfallen. Die gesellschaftlich angedrohte Reaktion sollte jedenfalls nicht eindeutig unangemessen werden können im Vergleich zur vorangegangenen Rechtsverletzung. Die durch einen Täter verletzten Rechte Dritter, die in den Tatbestandsmerkmalen implizit angesprochen werden, erlauben es, Eingriffe in die *Rechte des Täters* nur bis zu einer bestimmten, durch Nebenbedingungen fest-

gelegten Höchstgrenze anzudrohen und zu vollziehen. Darüber hinausgehende Strafen verletzen die Rechte der Täter und damit Nebenbedingungen gerechtfertigten Strafens.

Diese Möglichkeit ist keineswegs abseitig. Denkt man daran, wie etwa Wiederholungstäter im Bereich recht harmloser Eigentumsdelikte nach und nach mit immer höheren Gefängnisstrafen bis zu einer als „Sicherungsverwahrung" deklarierten Zwangsunterbringung (mit wesentlichen Strafelementen) bedacht werden können, dann dürfte das im Verhältnis zum vorausgehenden Rechtsbruch kaum mehr angemessen sein. Überdies ist die Praxis, für das gleiche Delikt im Wiederholungsfalle steigende Strafen vorzusehen, nur insoweit gerechtfertigt, als *alle* Steigerungen in dem durch das Delikt gezogenen Rahmen verbleiben. Durch die Wiederholung der Rechtsverletzung läßt sich der *Rahmen* nicht ausdehnen; denn es werden die gleichen Rechte Dritter verletzt. Überschreitet also die gesetzliche Höchststrafe den zulässigen Rahmen, dann hilft der Hinweis nicht, daß die Höchststrafe nur für „hartnäckige Wiederholungstäter" vorgesehen sei. Auch eine derartige Abschreckung muß im Rahmen des Zulässigen verbleiben. Werden Nebenbedingungen durch Strafdrohung und -vollzug verletzt, dann muß man entweder versuchen, sie durch andere Mittel gesellschaftlicher Steuerung zu ersetzen oder aber auf einen Teil der vom Strafsystem ausgehenden Präventionswirkung verzichten.

2.2. Die Substituierbarkeit von Präventionsinstrumenten

Das menschliche Verhalten unterliegt den unterschiedlichsten Einflüssen und Motiven. Entsprechend läßt sich auch ein bestimmter Grad gesellschaftlicher Normkonformität auf verschiedene Weise erreichen. Denkt man speziell an das Beispiel des Diebstahles, so bieten sich verschiedene Mittel an, die Menschen vom Stehlen abzuhalten. Religiöse und moralische „Indoktrination", Sicherheitsschlösser an Haustüren und Lenkradschlösser an Automobilen, die sichtbare Präsenz der Polizei, aber auch die Umverteilung gesellschaftlicher Reichtümer sind in diesem Zusammenhang zu nennen.

Notwendig erhebt sich die Frage, welche der verschiedenen Instrumente zur Erfüllung der gesellschaftlichen Zielsetzung hinreichenden Rechtsgehorsams eingesetzt werden sollen. Soweit diese Zielsetzung durch zielgerichtete staatliche Maßnahmen verfolgt werden soll, sind dabei wiederum Nebenbedingungen der Tauglichkeit und normativen Akzeptabilität zu beachten. Gewisse gesellschaftliche Mechanismen eignen sich kaum zum bewußten Einsatz durch den Staat, andere kann eine freiheitliche Gesellschaft nur unter Gefahr für die Freiheit selbst dem staatlichen Zugriff überlassen.

Diese Faktoren müssen bei der Wahl von Präventionsinstrumenten bedacht werden. Auch wenn Strafe nach unseren eingangs getroffenen Feststellungen nicht gänzlich zur Disposition stehen kann, bleibt doch die Frage, in welchem Umfang sie zur gesellschaftlichen Steuerung verwandt werden soll. Dabei kommt

der Möglichkeit, Strafdrohungen innerhalb des Strafsystems selbst durch andere Instrumente der Prävention zu ersetzen, im gegenwärtigen Zusammenhang besondere Bedeutung zu. Voraussetzung für eine derartige Substitution eines Teiles des Strafübels etwa durch ein erhöhtes Ergreifungsrisiko ist allerdings eine bestimmte Motivationsstruktur seitens potentieller Normbrecher. Sofern zumindest eine Untergruppe dieser Individuen durch die Beeinflussung rationaler Zukunftserwartungen motivierbar ist, kann man auch gesellschaftlich rational verschiedene Präventionsinstrumente gegeneinander abwägen und gegebenenfalls durch einander ersetzen. Doch gerade die rationale Motivierbarkeit potentieller Krimineller wird häufig in Zweifel gezogen. Dieses Urteil erscheint uns in seiner pauschalen Form jedoch als unberechtigt.

2.3. Zweckrationales Alltagshandeln beim Rechtsbruch

Soweit die staatliche Strafdrohung und das Risiko, von der Polizei gefaßt zu werden, in der Motivationsstruktur von Individuen eine Rolle spielen, kann diese vom positiven Anreiz zum Spiel mit dem Feuer bis zur nüchtern abgewogenen Kostengröße eines „Kriminellen Unternehmers" reichen.

Selbstverständlich gibt es stets solche Individuen, die nicht durch Strafdrohungen und Ergreifungsrisiken motivierbar sind. Der kleptoman Veranlagte wird durch Veränderungen in der Strafdrohung für Diebstahl ebensowenig in seinem Verhalten beeinflußt wie der weltabgewandte Eremit, der nicht nach irdischen Gütern strebt. Über Affekt- und schuldunfähige Täter muß in diesem Zusammenhang eigentlich kaum noch gesprochen werden. Alle Strafrechtsordnungen mit halbwegs humanitären Ansprüchen berücksichtigen diese Faktoren. Allerdings ist hier eine frühere Bemerkung erneut aufzugreifen: Es kann nicht angehen, im Rechtsbruch als solchem einen Indikator für irrationale Motivationen des Rechtsbrechers zu sehen. Diese Auffassung dürfte weitgehend darauf zurückzuführen sein, daß jedermann dazu tendiert, seine eigenen Werte und Zwecke für objektiv und rational erkennbar zu halten. Diejenigen, die sich aufgrund ihrer eigenen Werte und Zwecke von Kriminalität fernhalten, neigen deshalb dazu, im Verhalten des Rechtsbrechers irrationale Züge zu erkennen. Doch der Rechtsbrecher, der sich in seinem sonstigen Leben in der Regel genauso zweckrational wie die meisten anderen Menschen verhalten wird, kann sich vor dem Rechtsbruch in einer Situation befunden haben, die diesen durchaus als die nach *seinen* Werten und Zwecken gebotene Verhaltensweise erscheinen läßt. (Man vergesse hier vor allem auch die sog. „Kavaliersdelikte" wie „Trunkenheit am Steuer" oder „Umweltvergehen" nicht.)

Man sollte den Begriff des „Rationalverhaltens" ohnehin nicht mit zu starken Anforderungen belasten. Die durchschnittlichen Verhaltensweisen unseres täglichen Lebens würden einem sehr strengen Rationalitätskonzept auch nicht standhalten. Sie folgen weitgehend tradierten Praktiken, unüberprüften Verhaltensprogrammen und Motiven, die uns bei sorgfältigerer Überlegung im nach-

hinein häufig als ziemlich merkwürdig erscheinen. Dies gilt natürlich auch in starkem Maße für den *gefaßten* Rechtsbrecher. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Entschluß zum Rechtsbruch in einer Weise gefaßt wurde, die wesentlich von sonstigen Risikoentscheidungen unseres täglichen Lebens abweicht.

Es ist aufschlußreich, hier eine Parallele zum Schließen von Verträgen zu ziehen. Menschen schließen Verträge, die für sie im nachhinein die massivsten negativen Konsequenzen haben. Trotzdem ist ihr Verhalten im Augenblick des Vertragsschlusses zweckgerichtet und insofern zumindest in einem Minimalsinn rational. Die hieran anknüpfende rechtliche Praxis, Verträge, sofern gewisse allgemeine Bedingungen (etwa §§ 138, 242, 826 BGB) erfüllt sind, unter Rückgriff auf die staatliche Zwangsgewalt durchzusetzen, erscheint uns grundsätzlich als moralisch gerechtfertigt. Wir schreiben den Vertragsparteien unabhängig von ihren Motiven Verantwortlichkeit und damit „Verantwortung" für den Vertragsschluß zu und sprechen davon, daß die Parteien einander Leistung und Gegenleistung „schulden".

Diese begriffliche Parallele zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Bereich weist u.E. den richtigen Weg (vgl. auch Kneale 1969, I–III). So wie wir durch Verträge unsere Rechtsposition rational schwächen können, so können wir es durch Übergriffe auf die Rechte anderer. Die Fähigkeit zu einer ziemlich groben Einschätzung der Handlungsfolgen vor dem Übergriff reicht aus, um das betreffende Verhalten als im weiteren Sinne zweckrational zu betrachten.

Diese Einschätzung der persönlichen Folgen eines strafrechtlich relevanten Rechtsbruches ist selbstverständlich von einer nahezu unübersehbaren Vielzahl von Faktoren abhängig, die sich im Einzelfall unserer Kenntnis entziehen. Durch das Strafsystem selbst ist allerdings eine gewisse Grundstruktur und Auswahl relevanter Faktoren vorgegeben. Soweit wir individuelle Entscheidungen über das Strafsystem gezielt beeinflussen können, kann dies nur entlang gewisser, von diesem System selbst vorgegebener, Bahnen geschehen. Dies führt zum „Modell des rationalen Kriminellen".

2.4. Das Modell des rationalen Kriminellen

Im folgenden werden wir unterstellen, daß es eine Gruppe I von im Minimalsinn rational motivierbaren Individuen gibt, die durch Strafdrohung und Ergreifungsrisiko in ihrem Verhalten beeinflußt werden. Die Behandlung dieser Gruppe bildet den Maßstab für die Behandlung aller weniger rational motiverbaren Individuen. Im Zuge der Einzelfallgerechtigkeit muß der am Maßstab der Behandlung von I zu entwickelnde Rahmen je nach Motivierbarkeit mehr oder weniger ausgeschöpft werden. Dieses Problem werden wir, da es uns um die Bestimmung des Straf*rahmens* geht, vernachlässigen und für den rationalen potentiellen Kriminellen sogar voraussetzen, daß er sich in seinen Entscheidungen an Erwartungsnutzen und Erwartungskosten seiner Handlungen orientiert. Dann lassen sich die

hinsichtlich eines staatlichen Strafsystems zentralen *subjektiven* Einschätzungen eines potentiellen Rechtsbrechers im Anschluß an ein von Robert Nozick (1976, 65 ff.) vorgeschlagenes Modell durch die folgenden Variablen erfassen:

G_i: Wertschätzung des erfolgreichen Rechtsbruches und seiner Früchte durch den potentiellen Täter.

p_i: Die subjektive Wahrscheinlichkeit aus der Sicht von i, daß i bei oder nach dem Rechtsbruch gefaßt wird.

$1-p_i$: Die Gegenwahrscheinlichkeit, daß der Rechtsbrecher nicht gefaßt wird.

Als subjektiver (Brutto-)Erwartungsnutzen, den der potentielle Rechtsbrecher i seiner Tat beilegt, ergibt sich: $U_i := G_i (1-p_i)$.

Diesem Erwartungsnutzen muß er die erwarteten Kosten seiner möglichen Tat gegenüberstellen. Dazu gehören:

D_i: Der emotionelle und sonstige Aufwand, der für den Rechtsbrecher mit dem Gerichtsverfahren als solchem verbunden ist, falls er aufgespürt werden sollte.

C_i: Der subjektive Wert jenes Kompensationsbetrages, den der Rechtsbrecher dem Geschädigten zahlen muß, damit dieser so gut wie zuvor gestellt ist. Bei der Erwägung, ob eine bewegliche Sache entwendet werden soll, betrifft das nicht die Rückgabe der Sache. Da der potentielle Rechtsbrecher die Sache vor der Entwendung nicht besitzt, ist die etwaige Rückgabe der Sache von ihm nicht als von der Tat verursachte Kostengröße in Rechnung zu stellen. Die Rückgabe ist für den Rechtsbrecher *ex ante* kostenneutral. Aber es könnte sein, daß Ersatz für den Nutzenentgang oder eine Beschädigung der Sache zu leisten ist. Bei anderen Deliktsarten ergeben sich die unter C_i erfaßten „zivilrechtlichen" Ansprüche in analoger Form.

E_i: Der subjektive Wert jener Kosten, die mit der Aufspürung des Rechtsbrechers, seiner Verurteilung etc. für staatliche Institutionen verbunden und vom Rechtsbrecher zu tragen sind.

H_i: Der subjektive Wert, den der potentielle Rechtsbrecher einer dem Rechtsbruch zugeordneten Kostengröße beilegt, in der das Vergeltungs- oder Strafmoment zum Ausdruck kommt. Dabei ist H_i zu gewichten mit einem Faktor r_i, der das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Täters angibt. Doch kann dieser Faktor im Falle des rationalen Straftäters wegen dessen voller Verantwortlichkeit mit $r_i = 1$ vernachlässigt werden, ohne für die Bestimmung des Strafrahmens wesentliche normative Fragen auszuklammern.

Man gelangt insgesamt zu den subjektiven Erwartungskosten des potentiellen Rechtsbrechers $i \in I$

$K_i := p_i (C_i + D_i + E_i + 1 \cdot H_i)$.

Rationale Nutzenverfolgung verlangt, *nur dann* einen Rechtsbruch zu begehen, wenn $U_i > K_i$ gilt. Diese Bedingung ist jedoch nicht hinreichend für einen lohnenden Rechtsbruch. Es kann ja für i mit dem von ihm erwogenen Rechtsbruch unvereinbare, bessere Handlungsalternativen geben, die anstatt des erwogenen Rechtsbruches dann von ihm durchzuführen wären. Ob ein Individuum straffällig wird, hängt eben wesentlich von den Chancen ab, die sich ihm im Rahmen nicht-krimineller Aktivitäten bieten. Hat es allerdings keine, insbesondere keine

rechtskonformen, Alternativen, die ihm einen mindestens gleich hohen Überschuß des erwarteten Nutzens bieten, wie die erwogene Straftat, dann ist die Bedingung $U_i > K_i$ für i ein hinreichender Anlaß, die betreffende Strafrat zu begehen (vgl. analog McKenzie und Tullock 1975, 131 f.).

Daß die Entscheidung zum Rechtsbruch von der gesamten Alternativenmenge eines potentiellen Rechtsbrechers abhängt, verweist wiederum darauf, daß die Gesellschaft Rechtsbrüche nicht nur mit den Mitteln der Strafe begegnen kann. Dem gleichen Ziel dient ja etwa auch die moralische oder religiöse Einflußnahme der Gesellschaft. Beides hat mit Strafe nur insofern zu tun, als es diese ersetzen kann. Doch eine derartige Substitution (s.o., 2.2.) des Präventionsmittels Strafe ist nur bis zu einem gewissen Grade möglich und annehmbar. Klar ist, daß die Gesellschaft eine Pflicht trifft, sich etwa des Mittels gewisser Vermögensumverteilungen zur Abwehr von Rechtsbrüchen recht ausgiebig zu bedienen, bevor sie auf Strafe als einen eigenen Rechtseingriff zurückgreifen darf. Auch hier sind einige Opfer zumutbar. Wie groß diese sein mögen, können wir nicht im einzelnen untersuchen, doch geht die Zumutbarkeit vermutlich weiter, als gemeinhin angenommen. Es geht nicht an, stets nach (höherer) Strafe zu verlangen, wenn irgendwelche gesellschaftlichen Zielsetzungen dies als nützlich ausweisen. Man muß sich andere Präventionsmittel vielmehr einiges kosten lassen, bevor man zu einem so massiven Mittel wie der Strafe gerechtfertigt greifen darf. So gesehen, setzt gerechtes Strafen eine gerechte Gesellschaft voraus.

Da wir an diesem Ort keine Theorie der gerechten Gesellschaft insgesamt entwerfen können, wollen wir für das weitere voraussetzen, daß die Gesellschaft, in der die Institution der staatlichen Kriminalstrafe als Präventionsmittel eingesetzt wird, wenigstens im großen und ganzen in dem Sinne gerecht ist, daß individuelle Alternativenmengen abgesehen vom Strafeingriff nicht in einer individuelle Rechte ungebührlich verletzenden Weise eingeschränkt sind. Man kann dann, ausgehend vom Modell des rationalen Kriminellen, fragen, wie sich die individuellen Entscheidungsvariablen im Rahmen der Strafinstitution normativ akzeptabel so beeinflussen lassen, daß Rechtsbrüche verhindert werden.

2.5. Die gesellschaftlichen Eingriffsvariablen

Will man einen potentiellen rational motivierbaren Rechtsbrecher von einem Rechtsbruch abhalten, dann reicht es aus, die für ihn entscheidungserheblichen Variablen so zu beeinflussen, daß noch nicht einmal die notwendige Bedingung für einen Rechtsbruch $K_i > U_i$ von dem betreffenden Delikt und den angedrohten Rechtsfolgen erfüllt wird. Das Modell des rationalen Kriminellen als „subjektives" Modell einer Entscheidungssituation weist dann den Weg für die Möglichkeiten gesellschaftlicher Einflußnahme.

Wenn man von Möglichkeiten staatlicher Information einschließlich der systematischen abschreckenden Fehlinformation absieht, so kann man potentielle Rechtsbrecher grundsätzlich durch eine Veränderung jener objektiven Gegeben-

heiten beeinflussen, die den individuellen Entscheidungsvariablen zugrundeliegen. Deshalb ist es sinnvoll, entsprechend zu den individuell indizierten Entscheidungsvariablen, die gesellschaftlichen Eingriffsvariablen p, C, D, E, H einzuführen. Dabei wird vorausgesetzt, daß diese die objektiven gesellschaftlichen Sachverhalte verkörpernden Variablen eine Ordnungsstruktur aufweisen, die mit den entsprechenden individuellen Größen „gleichgerichtet" korreliert ist. Dadurch werden individuelle Wahrnehmungsfehler, Informationsdefizite, Spiel mit dem Feuer, Masochismus auf Seiten der potentiellen Rechtsbrecher und ähnliche Extremfälle relativ bedeutungslos, und man kann davon ausgehen, daß etwa eine Steigerung von p eine Erhöhung von p_i für alle $i \in I$ bewirkt, eine Senkung von H eine entsprechende Senkung der H_i, „unangenehmere" Verfahrensvorschriften zu einer Steigerung von D_i führen usw.

Die Eingriffsvariablen können allerdings nicht „kostenlos" und beliebig in normativ akzeptabler Weise festgelegt werden. Auch hier gibt es Nebenbedingungen gerechtfertigten gesellschaftlichen Handelns. Vor allem aber muß man darauf achten, keinen Etikettenschwindel zu begehen, und vermeiden, Bestandteile des Strafübels als andersartigen Eingriff auszuweisen.

So bezieht sich die Variable C nur auf die Festlegung von Regeln der Kompensation. Es geht dabei ausschließlich um im weiteren Sinne zivilrechtliche Ansprüche, die es verhindern, daß sich jemand ungerechtfertigt bereichert und legal mit der Beute davonkommen kann. Die Obergrenzen für C ergeben sich aus dem zivilrechtlichen Gesamtzusammenhang. Aus dem gleichen Grunde kann es sich nur um Ansprüche in Geld oder geldwerten Gütern handeln, wozu allerdings auch Schmerzensgeld zu zählen ist. Eine Geld*strafe* muß davon wohlunterschieden werden. Sie kann als Bestandteil von H allenfalls *zusätzlich* erhoben werden.

Noch engere Grenzen sind nach allgemeinem Verstande der staatlichen Veränderung von D gezogen. Zwar handelt es sich hier um Bestandteile des positiven Rechtes, die als solche nicht dem staatlichen zielgerichteten Zugriff entzogen sind. Doch Prävention von Normverstößen kann keinesfalls das Ziel sein, unter dem in die Regeln von Strafverfolgung und -prozeß eingegriffen werden darf.

Es gibt feste und weit geteilte Maßstäbe für faire und akzeptable Verfahrensregeln. Derartige Maßstäbe haben zumindest in den westlichen Rechtsstaaten eine so lange und überzeugende Tradition, daß es starker Gründe bedarf, an ihnen zu rütteln. Die Regeln für Strafverfolgung und -prozeß können nur unter dem Ziel weitestgehender Rechtssicherheit und höchster Schutzwürdigkeit der Interessen Beschuldigter stehen. Deshalb müssen etwaige Änderungsvorschläge zumindest mit diesem Ziel vereinbar sein. Jeder Verstoß gegen diesen Grundsatz würde unangemessene Gefährdungen individueller Rechte beinhalten. Denn die moralische Rechtfertigung und Rechtmäßigkeit von Strafprozeß und -verfolgung einschließlich der Untersuchungshaft bestehen ja gerade darin, daß sie selbst so wenig wie möglich Sanktionscharakter besitzen. Nimmt man die unverzichtbare Unschuldsvermutung wirklich ernst, dann beeinträchtigt ein Verstoß gegen dieses Prinzip angestrebter Sanktionsfreiheit einen ähnlich starken Angriff auf individuelle Rechte wie die direkte Verurteilung Unschuldiger zu Präventionszwecken.

Das wird nicht immer hinreichend beachtet. Ein Strafprozeß etwa darf im Gegensatz zu manchen anderslautenden Auffassungen nicht dazu dienen, auf den Angeklagten „einzuwirken", da dies erst nach der Verurteilung zulässig sein kann. Diese kann aber trivialerweise erst am Ende eines fairen Prozesses stehen. Im gesamten Bereich von Strafverfolgung und -prozeß müssen die Interessen Beschuldigter so eindeutig dominieren, daß D zur Erhöhung von subjektiven Erwartungskosten auf Seiten potentieller Täter nichts hergibt.

Anders verhält es sich anscheinend mit der Einflußvariablen E. Zumindest scheint der durch diese Kompensationsgröße eröffnete Spielraum regelmäßig nicht ausgeschöpft zu werden. In rechtsstaatlichen Strafsystemen gibt es im Gegenteil Tendenzen, Beschuldigte – vor allem durch die Bereitstellung von Pflichtverteidigern – zu subventionieren. Keinesfalls dürften selbst dem rechtskräftig Verurteilten stets die wirklichen oder vollen Kosten seiner Verurteilung angelastet werden.

Einer derartigen Umlegung aller Verfahrens- und Verfolgungskosten auf die einzelnen Straftäter treten faktische und normative Hindernisse entgegen. Zunächst fehlt es an der Zurechenbarkeit jenes Aufwandes, den der einzelne Rechtsbrecher verursacht hat. Zwar beschäftigt der einzelne Rechtsbrecher eine gewisse prinzipiell ermittelbare Zeit einen Teil des Rechtsstabes und seiner Einrichtungen. Aber es wäre äußerst fragwürdig zu argumentieren, er habe die Kosten *anteilig verursacht*. Man muß hier vielmehr weitgehend von gesellschaftlichen „Gemeinkosten" ausgehen, die bei der Bereitstellung eines öffentlichen Gutes – nämlich der Rechtssicherheit – anfallen.

Das öffentliche Gut der Rechtssicherheit wird von der Gesamtheit der Bürger über Steuern und Naturalleistungen in Form des freiwilligen Rechtsgehorsams „finanziert". Der Steueranteil wird dabei von Rechtsbrechern als Steuerzahlern regelmäßig (zumindest partiell) mitgetragen. Nur der Naturalleistung des Rechtsgehorsams versuchen Rechtsbrecher sich durch den Rechtsbruch zu entziehen. Doch darf man nicht übersehen, daß der *einzelne* Rechtsbruch ebensowenig Einfluß auf die Rechtssicherheit insgesamt hat wie etwa *eine* zu hoch eingestellte Ölheizung auf das ebenfalls öffentliche Gut reiner Luft. Man kann ihm deshalb nicht anteilig die gesamten Kosten zurechnen. Es hilft auch nicht, die Gruppe der Rechtsbrecher insgesamt verantwortlich zu machen, denn E soll und muß ja gerade Kompensationen für *individuell* verursachte Kosten erfassen. Von dieser individuellen Orientierung kann kein akzeptables Strafsystem in irgendeinem seiner Bestandteile abweichen – weshalb, nebenbei bemerkt, auch die Forderung nach exemplarischer Bestrafung von Einzelindividuen zum Zwecke der allgemeinen Abschreckung und Verteidigung der Rechtsordnung gegen die *Gruppe* potentieller Rechtsbrecher höchst anfechtbar ist. Die anteilige Umlegung der durch die Gruppe der Straftäter verursachten Kosten würde ebenso wie eine direkte Umlegung gegen die individuelle Orientierung des Strafsystems verstoßen.

Die individuelle Zurechnung als solche bildet hinsichtlich der eigentlichen Strafe H keine Schwierigkeit. Wenn die Regel, die die Rechtsfolgen des Rechtsbruches bestimmt, einmal festgelegt ist, dann beinhaltet sie ja gerade eine indi-

viduelle Zumessung. Natürlich gibt es hier, wie im Recht überall, Auslegungsspielräume und ähnliches. Doch das Vorhandensein von „Grauzonen" der Regelanwendung besagt nicht, daß überhaupt keine Regel mehr vorhanden wäre. Ein Problem ergibt sich jedoch aus der Festlegung der Regel selbst. Es ist das eigentliche Kernproblem bei der Ausgestaltung der Strafinstitution: Welche Rechtseingriffe sind als *Strafe*, gemessen an einem Rechtsbruch, zu rechtfertigen?

In dieser moralischen Frage der Rechtsgestaltung gibt es, ähnlich wie in den meisten juristischen Fragen, keine eindeutige, richtige Antwort, sondern nur vertretbare und unvertretbare Lösungen. Das wurde an dem früheren Beispiel des Taschendiebstahls bereits angedeutet. Zu fragen ist allerdings, ob es neben der dort vorgenommenen Ausgrenzung offenkundig unvertretbarer Zuordnungen von Rechtsbruch und Rechtsfolge auch Eingrenzungen vertretbarer Zuordnungen gibt.

Diese moralischen Zuordnungen scheint es tatsächlich zu geben. Denkt man etwa an das Beispiel der Eigentums- bzw. Vermögensdelikte, dann wäre für die Androhung einer Haftstrafe etwa folgende Überlegung einschlägig: Eigentumsrechte werden im allgemeinen geringer bewertet als Rechte auf individuelle Freizügigkeit. Das kommt in der Rechtsordnung selbst zum Ausdruck, die den Geldstrafen Haftstrafen als letztes Erzwingungsmittel nachordnet. Das Interesse an persönlicher Bewegungsfreiheit scheint in einem Zustand mittlerer Knappheit höherwertig zu sein als Eigentumsinteressen. Selbst das heute barbarisch scheinende „Auge um Auge, Zahn um Zahn" würde, sofern es überhaupt Strafe im Sinne von H und nicht nur Kompensation verlangt, allenfalls zulassen, dem Straftäter, nachdem er Kompensation geleistet hat, *Vermögens*werte in Höhe der von ihm zuvor entwendeten zusätzlich fortzunehmen. Will die Gesellschaft nicht darauf verzichten, Haftstrafen auch an Eigentums- und Vermögensdelikte zu knüpfen, dann trifft sie zumindest eine Pflicht, die Haft so zu gestalten, daß der Eingriff in individuelle Freiheitsrechte nicht zu massiv, sondern möglichst milde ausfällt. Das bedeutet natürlich vor allem, daß entsprechende Investitionen in den Strafvollzug fließen müssen. Es bedeutet aber auch, daß es einen prima facie-Grund dagegen gibt, wegen Eigentums- bzw. Vermögensdelikten Haftstrafe zu verhängen. Geldzahlungen und andere „alternative" Strafsanktionen scheinen hier angebrachter, was allerdings nichts daran ändert, daß im Falle der Zahlungsverweigerung die Anwendung von direktem Zwang in Form der Haft *als letztes Erzwingungsmittel* – also gleichsam subsidiär – gerechtfertigt bleibt. Auf dieses letzte Erzwingungsmittel kann aufgrund fundamentaler gesellschaftlicher Interessen nicht verzichtet werden. Doch sollte es eben – jedenfalls bei gewissen Delikten – nur als letzte Möglichkeit der Strafdurchsetzung und nicht zur Abschreckung als solcher eingesetzt werden. Deshalb ist es nur zu begrüßen, wenn heute Bestrebungen aufkommen, einem Verurteilten die Möglichkeit zu eröffnen, selbst bei fortgesetzter Zahlungsverweigerung die Verbüßung der schon festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe abzuwenden, indem er etwa soziale Dienste ableistet. Auch wenn gesellschaftliche Denkgewohnheiten eher in eine andere Richtung gehen, muß Freiheitsentzug im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte eine „*ultima* ratio" bleiben.

Für andere Deliktarten ist dies keineswegs ähnlich klar. Hier stellt sich die Frage, ob auf der Grundlage einer „rechtsgestützten", Rechte abwägenden Theorie nicht sogar umgekehrt „mehr" als eine Freiheitsstrafe gerechtfertigt werden könnte. Insbesondere gilt dies natürlich für die Tötungsdelikte und das Problem der Todesstrafe. In der Hierarchie betroffener Rechte – sowohl der Täter als auch der Opfer – bringt uns dies zu dem den Eigentums- und Vermögensdelikten bzw. Geldstrafen gegenüberliegenden Extrem.

Die Vermutung liegt nahe, daß mit den bisherigen Argumenten die Todesstrafe letztlich gerechtfertigt werden könnte. Auf der Basis der Zuordnung von Rechten allein ließe sich diese Strafart in der Tat nicht ausschließen. Doch erweist sich hier das Argument als schlagkräftig, daß bei gleicher Präventionswirkung stets das mildere, die Interessen der Täter weniger tangierende Mittel zu wählen ist. Sonst würde Leid zugefügt, ohne einem Interesse zu dienen. In einer Moralkonzeption, deren oberstes Ziel der Schutz individueller Interessen ist, kann das nicht annehmbar sein. Für die Todesstrafe bedeutet dies, daß sie solange der Rechtfertigung entbehrt, wie sie keine wesentlich stärkeren Präventionswirkungen aufweist als andere Strafen. Denn dann geht das individuelle Fundamentalinteresse am Weiterleben auch gesellschaftlichen Opfern vor. (Sofern man analog zu behandelnde, strafende Verstümmelungen ablehnt, ist es überdies ziemlich inkonsistent, die massivste Art einer „Verstümmelung" zu befürworten.)

Es bleibt natürlich die Frage, ob bei einer etwaigen geringen Abschreckungswirkung hoher Haftstrafen im Falle von Mord das Argument nutzloser Übelszufügung nicht eine zu starke Senkung der Strafdrohung verlangt. Selbst wenn die faktische Prämisse zutreffen sollte – man darf sich wiederum nicht zu sehr an den tatsächlichen Tätern orientieren – , kann man dieses Argument jedoch entkräften. Dazu ist auf das Verhältnis der verschiedenen Strafarten untereinander hinzuweisen. Man kommt an dieser Stelle auch in einer auf Rechte gestützten Moraltheorie nicht um gewisse Verteilungsprinzipien herum, die noch komplexer sind als die für einen fairen Interessenausgleich maßgeblichen. Nur so wird es gelingen, den nach ihrer Schwere, also nach der Bedeutung der verletzten Rechte und Interessen, geordneten Rechtsbrüchen eine entsprechende Hierarchie von Strafdrohungen gegenüberzustellen.

Dieses „Hierarchieproblem" können wir hier nicht weiterverfolgen. Doch auch das Zuordnungsproblem von Rechtsübergriffen und daran zu knüpfende staatliche Rechtseingriffe wurde bislang noch unzureichend behandelt. Die angesprochene Hierarchie könnte ja *insgesamt* nach „oben" bzw. „unten" verschiebbar sein. Hierzu bietet sich im Strafsystem selbst die Eingriffsvariable p an. Betrachten wir, da dies der für unser Strafsystem relevante Fall zu sein scheint, eine Herabstufung der gesamten Hierarchie H unter Erhöhung von p.

Will oder muß man aus Gründen normativer Akzeptabilität H reduzieren, dann kann man das Präventionsniveau nur mehr durch Erhöhung von p konstant halten. Die Erhöhung von p senkt den Erwartungsnutzen von Straftaten und steigert deren Erwartungskosten. Dies wirkt einer Herabsetzung des Präventionsniveaus in doppelter Weise entgegen. Damit geht zwar eine Umverteilung der Ko-

sten von der Gruppe der Straftäter auf die Gesellschaft insgesamt einher, doch ist es geradezu ein Indiz für die Ernsthaftigkeit der gesellschaftlichen Schutzinteressen, daß die Gesellschaft bereit ist, solche Kosten zu tragen. Bevor Steuererhöhungen so extrem werden, daß sie ähnlich fundamentale Rechte gefährden wie eine exzessive Bestrafung von Straftätern, muß in den relativ reichen Gesellschaften einiges geschehen. Auch eine Gefährdung von Rechten durch die Ausweitung der Polizeikräfte als solche – deren Regelgehorsam natürlich vorausgesetzt – kann zunächst ausgeschlossen werden. Eine exzessive Strafdrohung führt deshalb ziemlich zwangsläufig zu der Forderung, p zu erhöhen und H zu senken, falls die Gesellschaft individuelle Rechte als Nebenbedingungen ihres Handelns respektieren will.

Darüber hinaus verlangt auch die Verteilungsgerechtigkeit, Exzessivstrafen abzubauen. Zwar sind moralische Nebenbedingungen des Handelns grundsätzlich nicht Gegenstand einer Aufrechnung unter Verteilungsgesichtspunkten. Doch auch wenn man darauf verzichtet, viele „kleinere" Rechtsverletzungen, die unterblieben, als gesellschaftlichen Ertrag gegen „schwerwiegendere", seltene Eingriffe des Staates, die der Prävention dienen, aufzurechnen, kann man doch die relative Schwere der *einzelnen* Verletzungen moralischer Rechte miteinander vergleichen. Ein solcher Vergleich der geschützten mit den zu ihrem Schutz verletzten Rechten jenseits aller Häufigkeitsüberlegungen macht aber im Falle der exzessiven Kriminalstrafen das Sonderopfer der Bestraften deutlich. Deshalb verlangt *auch* die Verteilungsgerechtigkeit, Exzessivstrafen zu vermeiden.

Wenn die Verletzung der moralischen Anrechte von Individuen durch exzessive Strafdrohungen sowohl als solche als auch aufgrund der Verteilungsgerechtigkeit unzulässig ist, dann kann man dem auch nicht mit dem Hinweis auf die Vermeidbarkeit der Straffälligkeit entgehen. Das Argument von der Vermeidbarkeit der Sanktion ist schon deshalb unhaltbar, weil es Sanktionsdrohungen beliebiger Höhe rechtfertigen würde – z.B. eine Einheitstodesstrafe H. Die Vermeidbarkeit der Sanktion ist nur ein notwendiger, aber keineswegs ein hinreichender Grund zur Rechtfertigung von Regeln der Sanktionsandrohung. Denn Regeln, die die notwendige Bedingung der Vermeidbarkeit erfüllen, bieten zwar eine Möglichkeit, der Regelanwendung gezielt zu entgehen und unterscheiden sich damit von der regelmäßigen Bestrafung auch Unschuldiger. Doch den staatlichen Regeln als solchen kann man nicht ausweichen – sieht man von der abseitigen Alternative der Auswanderung ab. Man unterwirft sich ihnen nicht freiwillig wie den Statuten irgendeines Vereines. Deshalb werden exzessive staatliche Straf*drohungen* den Menschen durchaus aufgezwungen und können insofern auch die moralischen Nebenbedingungen gesellschaftlichen Handelns verletzen. Staatlicher Zwang ist generell nur zulässig innerhalb der von individuellen Rechten gezogenen Schranken. Zulässigkeit allein bildet allerdings immer noch keinen hinreichenden Grund, das Zulässige auch zu tun.

3. Die Ausschöpfung des rechtlichen Rahmens

Die zuvor diskutierten moralischen Beschränkungen, denen eine rechtfertigungsfähige Ausgestaltung der Institution der staatlichen Kriminalstrafe genügen muß, stützen sich auf ein vorausgesetztes System individueller moralischer Anrechte. Diese Rechte ergeben sich als Mittel menschlicher Interessenwahrung selbst aus grundlegenden menschlichen Interessen. Eine Ableitung solcher Rechte aus fundamentalen Interessen haben wir nicht vornehmen können (paradigmatisch Hart 1977). Insofern bleiben unsere Erwägungen zu den Nebenbedingungen staatlichen und gesellschaftlichen Handelns lückenhaft, nur dem Maßstab „intuitiver" Plausibilität unterworfen. Die Argumentationslücke jedoch, die sich aus dem Fehlen eines zureichenden Grundes für die Ausschöpfung des zulässigen Rahmens staatlichen Strafens ergibt, läßt sich in Anknüpfung an die bisherigen Überlegungen relativ leicht und sogar auf zweierlei Weise schließen.

Es läßt sich aus dem Ziel menschlicher Interessenwahrung die Pflicht ableiten, das dazu Notwendige auch zu tun. Man kann nun diese Pflicht einerseits als Verpflichtung zur *Nutzenmehrung unter Nebenbedingungen* interpretieren. Unter heutigen empirischen Bedingungen dient die Strafinstitution im Rahmen der ihr gesetzten moralischen Schranken ziemlich sicher diesem Ziel und ist damit im Sinne eines derartigen „beschränkten Utilitarismus" gerechtfertigt. Andererseits kann man die Pflicht zur menschlichen Interessenwahrung bei einer Wahrung der individuellen Rechte – wozu durchaus gewisse sog. „positive Teilhaberrechte" gehören – enden lassen. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Nutzenmehrung gibt es von dieser Warte aus nicht. Es ist aber zulässig, *innerhalb* des rechtlichen Rahmens gesellschaftlich nach Belieben zu verfahren. Gehen diese Verfahrensweisen dann auf demokratische Entscheidungsprozesse zurück und ist man gewillt, die Ergebnisse solcher Prozesse als legitimiert zu akzeptieren, dann hat man die gewünschte Legitimation für die tatsächliche Einrichtung der staatlichen Kriminalstrafe. Diese Position könnte man als „liberal-demokratisch" bezeichnen und die daraus hervorgehende Legitimation als *demokratische Strafrechtfertigung unter Nebenbedingungen*.

Daß wir die zweite Form der Rechtfertigung bevorzugen, dürfte nach unseren Ausführungen deutlich sein. Sie setzt ein positives Urteil über die Legitimität der Staatsordnung und der in ihr ablaufenden Entscheidungsprozesse voraus. Das bedeutet jedoch nicht, daß man die Staatsordnung und insbesondere die Institution der staatlichen Kriminalstrafe, so wie wir sie faktisch vorfinden, in allen Teilen für akzeptabel halten müßte. Sie sind es bloß im großen und ganzen. Unsere Institution der staatlichen Kriminalstrafe verletzt in ihrer gewachsenen Form vermutlich bestimmte Rechte von Straftätern, indem sie exzessive Strafen zuläßt. Das macht ihre Reform erforderlich. Diese Reform wird mit einiger Sicherheit eine Umverteilung von Lasten mit sich bringen, die die Gruppe der Straftäter entlastet und die Gesellschaft insgesamt stärker belastet. Entgegen landläufigen Überzeugungen zieht deshalb eine allein am Schutz und der Durchsetzung von – allerdings moralisch begründeten – Rechten orientierte Rechts-

politik eine massive Umverteilungspolitik nach sich. Das wird vollends deutlich, wenn man neben den von der Strafinstitution direkt betroffenen notwendigen Bedingungen für rationale kriminelle Akte auch die hinreichenden Bedingungen und damit die gesamten Handlungsalternativen potentieller Krimineller einbezieht. So gelangt man von dem scheinbaren Spezialproblem der Strafrechtfertigung ziemlich zwangsläufig zu weiteren gesamtgesellschaftlichen Fragestellungen.

Bibliographie

Acton, H. B. (1969), (Hrsg.), *The Philosophy of Punishment*, London and Basingstoke

Goldman, A. H. (1979), The Paradox of Punishment, in: *Philosophy and Public Affairs* 9, 42–58

Hart, H. L. A. (1971), Prolegomena zu einer Theorie der Strafe, in: H. L. A. Hart, *Recht und Moral*, Göttingen, 58–86

– (1977), Eine empirische Version der Naturrechtslehre, in: Hoerster 1977, 94–121

Harman, G. (1977), *The Nature of Morality*, New York

Hazlitt, H. (1964), *The Foundations of Morality*, Princeton

Hoerster, N. (1974), Die Philosophische Rechtfertigung Staatlichen Strafens, in: *Zeitschrift für Philosophische Forschung* 28, 368–379

– (1977), (Hrsg.), *Recht und Moral*, München

Höffe, O. (1975), (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*, München

Hume, D. (1972), *Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral*, Hamburg

Köhler, W. (1979), *Zur Geschichte und Struktur der utilitaristischen Ethik*, Frankfurt

Kneale, W. (1969), *The Responsibility of Criminals*, in: Acton 1969, 172–196

Mackie, J. L. (1981), *Ethik*, Stuttgart

McKenzie, R. B. und Tullock, G. (1975), *The New World of Economics*, Homewood/Ill.

Menninger, K. (1977), *Therapie statt Strafe*, in: Hoerster 1977, 195–208

Merton, R. K. (1957), *Social Theory and Social Structure*, Glencoe/Ill.

Murphy, J. G. (1977), *Kritik am therapeutischen Resozialisierungsprogramm*, in: Hoerster 1977, 208–221

Nozick, R. (1976), *Anarchie, Staat, Utopia*, München

Rawls, J. (1975), *Zwei Regelbegriffe*, in: Höffe 1975, 96–120

Smart, J. J. C. (1967), Utilitarianism, in: *Encyclopedia of Philosophy* 8, 206–212

– (1973), *Utilitarianism. For and Against I*, Cambridge