

Schmidtchen, Dieter

Working Paper

Prävention und Menschenwürde - oder: Kants Instrumentalisierungsverbot und die ökonomische Theorie der Strafe

CSLE Discussion Paper, No. 2002-15

Provided in Cooperation with:

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

Suggested Citation: Schmidtchen, Dieter (2002) : Prävention und Menschenwürde - oder: Kants Instrumentalisierungsverbot und die ökonomische Theorie der Strafe, CSLE Discussion Paper, No. 2002-15, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23129>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Saarbrücken, 05. 12. 2002

Prof. Dr. Dieter Schmidtchen*

Prävention und Menschenwürde -

oder:

Kants Instrumentalisierungsverbot und die ökonomische

Theorie der Strafe

1. Einleitung

In der ökonomischen Theorie der Strafe spielt die Prävention von Straftaten eine herausragende Rolle. Dabei stehen die Spezialprävention im Sinne der Individualabschreckung und Sicherung sowie die negative Generalprävention im Zentrum der Untersuchungen. Resozialisierung als weiterer Bestandteil der Spezialprävention sowie die positive Generalprävention spielen eine eher untergeordnete Rolle. Strafandrohung und Strafe werden als ein Mittel betrachtet, auf den Täter selbst oder auf potentielle Nachahmer so einzuwirken, daß weitere Straftaten unterbleiben. Strafe soll also weder die Straftat vergelten noch sie sühnen – sie soll im Wege der Abschreckung die Anreize von potentiellen Tätern so verändern, daß sich eine (gesellschaftlich) optimale Kriminalitätsrate einstellt. Dabei wird von Ökonomen – jedenfalls im ersten Analyseschritt – die Straftat als Ergebnis einer Rationalwahl interpretiert.¹ Wenn Ökonomen die Abschreckungs- und Sicherungswirkung von Strafe fokussieren, dann darf daraus nicht geschlossen werden, daß sie andere Strafzwecke, auch andere

* Lehrstuhl für Nationalökonomie, insbes. Wirtschaftspolitik, Managerial Economics, und Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Gebäude 31, Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken, Telefon 0681-302-4387, Telefax 0681-302-3591, email: csle@rz.uni-sb.de, homepage: <http://www.uni-sb.de/manec>. Ich danke meinen Kollegen Heike Jung und Heinz Koriath, meinen Mitarbeitern Roland Kirstein und Ass. iur. André Knoerchen LL.M. für wertvolle Hinweise. Sie haben mich vor einigen Irrtümern bewahrt. Für verbleibende Irrtümer „haftet“ selbstverständlich der Autor. Zitierweise: Erstmalige Zitation: Autorenname, Quelle und Erscheinungsjahr. Bezugnahme auf dieselbe Quelle bei späteren Zitationen durch Angabe des Autorennamens und Erscheinungsjahres.

¹ Es verstärkt sich die Tendenz, psychologische und verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse in das ökonomische Verhaltensmodell zu integrieren. Maßgeblich dazu beigetragen haben die Arbeiten des Nobelpreisträgers für Ökonomie Kahneman (siehe etwa *Kahneman*, *New Challenges to the Rationality Assumption*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 150 (1994), S. 18-36). Hinzuweisen ist auch auf das Konzept eingeschränkter Rationalität, das auf einen anderen Nobelpreisträger, nämlich Simon zurückgeht (*Simon*, *Bounded Rationality in: The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Band 1, London (1987), S. 266-268). Der homo oeconomicus wird Konkurrenz bekommen, aber er wird für bestimmte Fragestellungen weiterhin nützlich sein. Zum Modell eines eingeschränkt rationalen Straftäters siehe *Schmidtchen*, *Homo oeconomicus und das Recht*, in: *Haft / Hof / Wesche* (Hrsg.): *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, 19, Nomos Verlag, Baden-Baden, S. 449-469.

präventive Zwecke, als unwichtig ansehen. Jene sind bisher einfach noch nicht ins Zentrum der Forschung gerückt worden. Einiges spricht allerdings dafür, daß die an der Abschreckungs- und Sicherungswirkung exemplifizierten Thesen verallgemeinerungsfähig sind.

Mit ihrer auf die Prävention fixierten ergebnisorientierten Funktionsbestimmung der Strafe sehen sich die Ökonomen – wie die Anhänger des Utilitarismus' generell – mit einer Kritik konfrontiert, die auf Kant zurückgeht. Dieser hatte argumentiert, daß eine rein präventiv ausgerichtete Bestrafung auf eine unzulässige Instrumentalisierung des Täters hinausliefe. In moderner Sprache formuliert: Die Bestrafung des Täters wird in konsequentialistischen Theorien bloß als ein Mittel zur Erhöhung der Wohlfahrt der Gesellschaft angesehen. Jemanden – auch den Straftäter – lediglich als Mittel (wie eine Sache) und nicht als Selbstzweck zu behandeln, verstoße aber gegen die Menschenwürde; es ist unmoralisch. Aus diesem Grunde seien alle konsequentialistisch orientierten Straftheorien abzulehnen.² Die Ablehnung wird noch aus einer zweiten Quelle gespeist: Präventionstheorien der Strafe implizieren die Androhung einer Strafhöhe, die manchmal in keinem Verhältnis zur Schwere der Straftat oder der Schuld des Täters steht. Auch dieses Übermaß verstoße gegen die Menschenwürde. Beide Quellen der Ablehnung sind vom Ansatz her unabhängig voneinander. Strafen, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip respektieren, können trotzdem instrumentalistisch orientiert sein.

In diesem Beitrag wird zu zeigen versucht, daß der Einwand, Straftäter würden in der ökonomischen konsequentialistischen Straftheorie in einer gegen die Menschenwürde verstoßenden Weise instrumentalisiert, nicht zutrifft. Entgegen Kant wird argumentiert, daß vernunftbegabte Wesen wie etwa der homo oeconomicus Bestrafung zum Zwecke der Spezial- wie der Generalprävention wollen können. Die Zustimmung auch zur eigenen Instrumentalisierung entspringt dem freien Willen und ist ein Ausdruck von Rationalität.³ Den Argumentationsrahmen für die Analyse liefert die moderne Verfassungsökonomik (constitutional economics), wie sie etwa von James Buchanan ausgearbeitet wurde.⁴ Buchanan schlägt vor, zwei Ebenen (Phasen) einer Gesellschaft zu unterscheiden: die konstitutionelle und die post-konstitutionelle. Auf der konstitutionellen Ebene entscheiden Menschen über die Regeln, die auf der post-konstitutionellen Ebene für das Handeln der Menschen gelten sollen. Gefragt wird nach solchen Regeln, denen Menschen einhellig zustimmen könnten. Der Sozialvertrag wird also nicht historisch, sondern als fiktiver Vertrag interpretiert; er ist ein hypothetisches Modell, ein Gedankenexperiment.⁵ Es wird gezeigt werden, daß aus Gründen der Vernunft ein präventiv orientiertes Strafrecht zu diesen Regeln gehört. Ohne ein präventiv orientiertes Strafrecht würde der Sozialvertrag (rationalerweise) gebrochen. Dies aber würde bedeuten, daß der mit ihm intendierte Nutzengewinn nicht verwirklicht werden könnte. Strategisch denkende homines oeconomici werden dieser Gefahr durch Einrichtung eines mit Strafgewalt ausgestatteten protektiven Staates (Buchanan) begegnen. Die zentrale These lautet: Wer seiner eigenen Bestrafung zum Zwecke der Spezial- und Generalprävention aus Gründen der Rationalität, die in der Nutzenmaximierung impliziert ist, zustimmt, stimmt der eigenen Instrumentalisierung (als Möglichkeit) zu. Deshalb kann eine tatsächlich erfolgende Instrumentalisierung, wenn sie an einer Straftat anknüpft, nicht gegen die Menschenwürde verstoßen. Als Strafgrund (das „Ob“ des Strafens) gilt der Umstand, daß Strafe als Bestandteil eines hypothetischen Gesellschaftsvertrages nachgewiesen wird (Strafgrund ist die Zustimmung zur eigenen Bestrafung), dessen Aufnahme in den Katalog der Regeln rationalerweise zugestimmt werden kann. Aber es ist nicht nur die Aufnahme von Strafe in den Katalog zustimmungsfähig, sondern auch die Zustimmung zu den Straffolgen (dem „Wie“ des Strafens), nämlich (optimale) Abschreckung zum Zwecke der Prävention. Schließlich wird man zeigen können, daß ein rationales Strafrecht – wenn auch nicht ausnahmslos – auf dem Schuldprinzip aufbaut (siehe auch Baumann, S. 131 ff.).

² Die facettenreiche Diskussion, die mit der Gerechtigkeitsdebatte verwoben ist, kann hier nicht nachgezeichnet werden (Seelmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 2001, Verlag C.H.Beck, München, § 10: 184 ff.; Murphy/Coleman, The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence, 1984, New Jersey, Rowman & Allanheld Publ., ch. 2, ch. 3).

³ Eine reine Vergeltungsstrafe ohne präventive Wirkung läßt sich rational nicht begründen; sie ist sinnlos: „Die bloß vergangenheitsorientierte Vergeltung von Rechtsbrüchen, die als reiner Selbstzweck weder den einzelnen noch die Allgemeinheit zu rechtmäßigem Handeln motiviert, trägt nicht zu einem Schutz der Rechtsordnung und damit auch nicht zu einem Schutz der Interessen unseres Bürgers bei.“ Baumann, Strafe im Rechtsstaat, in Baumann / Kliemt (Hrsg.): Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg / München [Verlag Karl Alber], S. 128.

⁴ Buchanan, The Domain of Constitutional Economics in: Constitutional Political Economy, 1, (1990), S. 1-18.

⁵ Diese Idee kann heute als vorherrschend gelten. Allerdings sollte man nicht vergessen, daß in gewissen historischen Perioden beobachtbares Verhalten als Vertrag interpretiert werden kann (MacCormick, Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy, 1982, Clarendon Press, Oxford, ch. 4).

Kurt Seelmann hat in seinem lesenswerten Beitrag zur Festschrift Gagnér mit dem Titel „Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens“ vier Varianten der vertraglichen Legitimation staatlichen Strafens unterschieden: Bei der ersten steht der Übergang des Bestrafungs-Rechts vom einzelnen auf den Staat im Zentrum; bei der zweiten geht es um die bedingte Einwilligung in die spätere Bestrafung; die dritte sieht die Legitimation zum Strafen

„als Konsequenz aus dem Verlust eines Schutzrechts infolge der Verletzung eines wechselseitig bedingt abgeschlossenen Vertrages“⁶ ;

für die vierte schließlich ist ausschlaggebend

„allein die Straftat, die selbst die Einwilligung in die Bestrafung enthält“.⁷

Daneben existieren noch Kombinationen verschiedener Varianten der Vertragsmetapher (siehe Seelmann 1991: 453 ff.). Der hier vertretene Typ der Sozialvertragstheorie hat Ähnlichkeit mit der zweiten Variante Seelmanns, aber der Fokus ist ein anderer: Während Seelmann die Frage der Legitimation staatlicher Strafe behandelt, geht es in diesem Beitrag primär um die Frage der universellen Zustimmungsfähigkeit, und zwar der Zustimmungsfähigkeit zu einer präventiv orientierten Strafe. Kann ein rationaler Mensch in einem hypothetischen Sozialvertragsmodell seiner Instrumentalisierung (als Möglichkeit) zustimmen? – so ließe sich die Leitfrage dieses Beitrages alternativ formulieren. Was bei Kant der Universalisierbarkeitstest von Handlungsmaximen zu leisten hat, das erfüllt im ökonomischen Modell der Test der hypothetischen Zustimmung.⁸

Dieser Beitrag sollte nicht als Versuch verstanden werden, die ökonomische Theorie mit dem Kantschen Prinzip der Wiedervergeltung in Einklang zu bringen.⁹ Das ist unmöglich, jedenfalls dann, wenn man unter dem Prinzip mehr als die Forderung versteht, daß die Strafe an eine Tat angeknüpft werden soll. Es geht in diesem Beitrag also nicht darum, eine weitere Variante der Vereinigungstheorie zu entwerfen; was tatsächlich getan wird, ist die Übertragung eines zentralen Elementes der Kantschen Straftheorie in ein ökonomisches Modell. Dieses Element besteht in dem Kantschen Konzept der Vernunft, aus dem dieser letztlich Kriterien für die Gesetzgebung ableiten möchte.¹⁰ Der Vernunft bei Kant korrespondiert im ökonomischen Modell der homo oeconomicus. Dieser gilt als Inkarnation der reinen ökonomischen Vernunft. Es sei sogleich zugestanden, daß die Vernunft des homo oeconomicus nur partiell dem Kantschen Vernunftbegriff entspricht, weil bei jenem (wie später noch gezeigt werden wird) Vernunft auch die Fähigkeit zur moralischen Reflektion des Handelns umfaßt.¹¹ Auf der anderen Seite wird in der ökonomischen Sozialvertragstheorie ein homo oeconomicus unterstellt, der sich seiner eigenen Schwächen bewußt ist. Er weiß, daß er ohne die Einrichtung einer mit der Macht zu strafen ausgestatteten Instanz, dem protektiven Staat (Buchanan), in Versuchung geraten wird, Straftaten zu begehen. Der gesellschaftliche Verkehr auf der post-konstitutionellen Ebene stellt nämlich ohne Staat ein Gefangenendilemma-Spiel dar, bei dem die Nichteinhaltung sozialvertraglich vereinbarter Regeln die dominante Strategie ist.¹²

⁶ Seelmann, Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert, in: Stolleis, u.a. (Hrsg.): Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, 1991, C.H.Beck, München, S. 441-459.

⁷ Seelmann 1991: 452.

⁸ Man wird vermuten können, daß einhellig zustimmungsfähige Regeln auch den Kantschen Universalisierbarkeitstest bestehen werden.

⁹ Zur Begründung der Strafe bei Kant siehe: Enderlein, Die Begründung der Strafe bei Kant, in: Kant-Studien, Philosophische Zeitschrift der Kant-Gesellschaft, 76. Jg., 1985, S. 303-327; Koriath, Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, in: JURA, Haft 12, 1995, S. 625-635; Seelmann 1991; Schmitz, Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 204, 2001, Berlin.

¹⁰ Aus einem Vernunftbegriff, a priori, ohne alle Erfahrungsverhältnisse, ableiten zu wollen, ob die Maxime eines Willens zum allgemeinen Gesetz gemacht werden kann, entspricht nicht dem Denkstil der Ökonomen. Sie befürchten, daß ein solches Verfahren zu unfruchtbaren Diskussionen darüber verführt, was der Begriff „wirklich“ meint, was das Wesen der Vernunft ausmacht usw.

¹¹ Unterscheidet man bei Kant eine Vernunft im engeren und weiteren Sinne (Müller-Steinhauer, Autonomie und Besserung im Strafvollzug. Resozialisierung auf Grundlage der Rechtsphilosophie Immanuel Kants, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 4, 2001, Münster u.a., S. 77), dann besitzt der homo oeconomicus Vernunft im engeren Sinne.

¹² Eine leicht verständliche Einführung in die Spieltheorie im allgemeinen und das Gefangenendilemma-Spiel im besonderen siehe Dixit/Nalebuff, Spieltheorie für Einsteiger, Stuttgart, 1997. Eine dominante Strategie ist die beste Antwort auf jede Strategie, die andere Spieler wählen können.

Die Einbettung der Thematik dieses Beitrages in die moderne ökonomische Sozialvertragstheorie beruht auf der Hypothese, daß Kant (zumindest auch) als Sozialvertragstheoretiker begriffen werden kann (siehe Schmitz 2001: 134 ff., Koriath 1995: 633).¹³ Der Sozialvertrag ist bei ihm eine "bloße Idee der Vernunft, die aber ihre unbezweifelte (praktische) Realität hat".¹⁴

Diese Wirklichkeit der Idee erscheint als Verpflichtung an einen Gesetzgeber, "daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes habe entspringen können, und jeden Unterthan, sofern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt habe".¹⁵

Nun ist die Sozialvertragstheorie in der juristischen Literatur nicht unbestritten (siehe etwa Schmitz 2001: 140 ff.). Aber die Kritik resultiert zum Teil aus der spezifisch juristischen Perspektive. Während Juristen sich hauptsächlich mit der Frage befassen, ob und wie man aus dem Sozialvertrag eine Pflicht zur Einhaltung desselben herleiten kann (typisch MacCormick 1982: ch. 4; aber auch Seelmann 1991), tritt diese Frage bei den Ökonomen in den Hintergrund. Sie fragen – Pflicht hin, Pflicht her –, ob und inwieweit ein Sozialvertrag Anreize erzeugt, ihn zu erfüllen. Hier zeigt sich ein Unterschied in der Forschungsperspektive beider Wissenschaften. Auch stoßen die vielen kontrafaktischen Annahmen, wie etwa der „Schleier des Nichtwissens“ bei Rawls, auf Kritik. Wir werden – Buchanan folgend – auf solche Vorgaben verzichten und den Sozialvertrag aus einer „realistischen“ Handlungssituation ableiten. Im übrigen haben Alternativentwürfe zur Legitimation staatlichen Strafens auch ihre Tücken, so daß letztendlich über die Akzeptanz eines Forschungsansatzes nur im Wettbewerb mit den Alternativen entschieden werden kann.

Im folgenden wird zunächst das ökonomische Verhaltensmodell und die ökonomische Theorie der Strafe in den Grundzügen präsentiert (Kapitel 2). Die Präsentation dieses Teils ist auch dadurch motiviert, daß die Kriminologie den Nutzen des ökonomischen Paradigmas anzuerkennen scheint. So schreibt etwa Kunz (2001) trotz letztendlich kritischer Bewertung:

"Auch auf dem Gebiet der Kriminologie avanciert die Ökonomie zur neuen Leitwissenschaft".¹⁶

und ferner:

"Mit der Grundannahme einer kalkulierenden autonomen Verhaltenswahl wird - aus der Sicht der Strafrechtspraktiker endlich wieder – eine Brücke von der kriminologischen Theorie zum strafrechtlichen Prinzip individueller Verantwortung geschlagen".¹⁷

Es folgt dann in Kapitel 3 eine Darstellung von Kants Theorie der Menschenwürde. In Kapitel 4 wird gezeigt, warum der Vorwurf verfehlt ist, daß in der ökonomischen Straftheorie der Straftäter als Instrument zur Verfolgung gesellschaftlicher Ziele in einer Weise eingesetzt wird, die gegen die Menschenwürde verstößt. Kapitel 5 schließt den Beitrag ab.

2. Prävention

a) Das ökonomische Verhaltensmodell

Die Figur, welche die von den Ökonomen entworfene Welt mehrheitlich bevölkert, heißt homo oeconomicus. Wissenschaftstheoretisch gesehen handelt es sich beim homo oeconomicus um ein positives Verhaltensmodell (oder Menschenbild), das dazu dient, wirtschaftliche und gesellschaftliche Vorgänge zu erklären und zu prognostizieren.¹⁸ Es wird nicht dazu benutzt, menschliches Verhalten billigend oder mißbilligend zu bewerten. Bei der Untersuchung der Notwendigkeit und der Folgen wirtschaftspolitischer Maßnahmen wird regelmäßig auf dieses Verhaltensmodell zurückgegriffen.

¹³ Wenngleich Kants Position mehrdeutig, um nicht zu sagen widersprüchlich ist, und die Vertragsmetapher eher in den Hintergrund tritt (Seelmann 1991: 453, 457 f.).

¹⁴ Schmitz 2001: 135.

¹⁵ Kant zitiert nach Schmitz 2001: 135. Es kommt danach nicht auf eine Volksbefragung an, bei der ein künftiger Bürger sich äußert, ob er sich im Falle eines Rechtsbruchs bestrafen lassen will: "es heißt lediglich, sich die Bevölkerung als 'homo noumenon' zu denken und dann zu überprüfen, ob dessen 'reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft' einer solchen Regelung zustimmen könnte. Ist dies der Fall, dann wird der vor Gericht gestellte Verbrecher, der mit Beccaria sagt, er habe niemandem das Recht gegeben, ihn zum Tode zu verurteilen, mit der Entgegnung rechnen müssen, dies sei auch gar nicht nötig, da an seiner Stelle der einzig ausschlaggebende 'homo noumenon' sein Placet gegeben habe; daher sei die Rechtmäßigkeit des entsprechenden Gesetzes erwiesen" (Schmitz 2001: 135).

¹⁶ Kunz, Kriminologie, 3. Aufl. Uni-Taschenbücher 1758, 2001, § 21 Rn 10: 195.

¹⁷ Kunz, 2001, § 21, Rn 13: 196.

¹⁸ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1995, Tübingen, 28 ff.

Der homo oeconomicus ist ein rationaler Entscheider, der die ihm offenstehenden Handlungsalternativen in eine Rangordnung bringen kann und diejenige Alternative wählt, die er am höchsten bewertet (Nutzenmaximierung). Dabei wird unterstellt, daß der Entscheider eine Präferenzordnung besitzt, die vollständig und transitiv ist.

Das bedeutet:

- (1) Bei zwei beliebigen Handlungsalternativen A und B kann homo oeconomicus angeben, ob er A der Alternative B vorzieht, oder B gegenüber A vorzieht, oder ob er beide Alternativen als gleichwertig erachtet.
- (2) Eine derartige Rangordnung kann homo oeconomicus für alle Handlungsalternativen in einer Entscheidungssituation aufstellen (Vollständigkeitsaxiom).
- (3) Die Rangordnung ist widerspruchsfrei im folgenden Sinne: Wenn Alternative A der Alternative B vorgezogen wird und B gegenüber C, dann wird A auch C vorgezogen (Transitivitätsaxiom).

Es gehört zum Kanon ökonomischen Denkens, daß jede Entscheidungssituation durch zwei Elemente gekennzeichnet ist, die analytisch streng voneinander getrennt werden sollten: die Präferenzen (die Bewertungen zum Ausdruck bringen) und die Handlungsoptionen (die sich auf das „Können“ beziehen). Letztere werden durch sogenannte Handlungsrestriktionen ("Nebenbedingungen") erfaßt, zu denen neben "rein ökonomischen" Variablen wie Einkommen und Preisen auch die Regeln des Rechts, der Moral und der Religion gehören. Mit Hilfe der Handlungsrestriktionen wird zum einen dem Grundsachverhalt der Knappheit und zum anderen der Tatsache Rechnung getragen, daß eine Entscheidung außer durch die Präferenzen auch durch äußere Umstände (die Umwelt) determiniert wird. Was die Präferenzen anlangt, so wird Autonomie unterstellt. Das bedeutet, daß der homo oeconomicus sich in seinem Handeln von seinen eigenen, selbstgesetzten, Präferenzen leiten läßt. Dies schließt nicht aus, daß er in seinen Präferenzen auch die Interessen anderer berücksichtigt, weshalb der homo oeconomicus sowohl neidisch als auch altruistisch sein kann (siehe dazu auch Kunz 2001: § 21, RN 17: 198).¹⁹

Der Grundsatz der Präferenzautonomie wird auch in normativer Bedeutung verwendet. Hierbei wird unterstellt, daß ein Mensch (im Prinzip) selbst besser weiß als ein anderer, den Staat eingeschlossen, was seinem Wohl nutzt. Im Grundsatz der Präferenzautonomie, die auch zur Meßlatte staatlicher Politik erhoben wird, kommt der Freiheitsgedanke zum Ausdruck: Die Menschen sollen die Möglichkeit haben, ihre eigenen Ziele, Werte und Vorstellungen zu entwickeln und danach zu leben.²⁰ Gründe, die Präferenzautonomie durch paternalistisches Handeln des Staates einzuschränken, werden im Einzelnen untersucht.²¹ Dabei wird den Gefahren einer ausufernden Wertediktatur besonderes Augenmerk geschenkt.

b) *Der rationale Straftäter*

"Some persons become 'criminals' not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ".²²

Dieses Zitat des Mitbegründers der ökonomischen Analyse des Strafrechts und Nobelpreisträgers Gary Becker verdeutlicht den ökonomischen Denkstil.²³ Der rationale Straftäter begeht eine Straftat, wenn der erwartete Nutzen aus derselben den erwarteten Nutzen aus der besten alternativen Verwendung der Zeit und seiner sonstigen Ressourcen übersteigt. Man betrachte einen Diebstahl. Der erwartete Nutzen hängt von dreierlei ab: dem Nutzen der Beute für den Täter, der Wahrscheinlichkeit, verurteilt (als tatbestandsmäßig rechtswidrig und schuldhaft Handelnder identifiziert) zu werden und der Höhe der Strafe. Rechnen wir alles in Geld (was der Annahme der Risikoneutralität entspricht), dann gilt: Nutzen aus illegaler Tätigkeit = Wert der Beute minus Strafe mal Strafwahrscheinlichkeit (= Erwartungswert der Strafe). Die Straftat wird begangen, wenn der Nutzen aus ihr größer ist als der Nutzen aus legal erzieltm Einkommen. Das entgangene legale Einkommen stellt die

¹⁹ Inwieweit die dem homo oeconomicus zugeschriebenen Fähigkeiten in Verbindung mit der Annahme der Präferenzautonomie das umfassen, was Kant die „Autonomie des Willens“ nennt (*Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: *Kant*, Werkausgabe VII, hrsg. Von Wilhelm Weischedel, 1974, Frankfurt a.M., S. 81) kann hier nicht diskutiert werden. Der homo oeconomicus ist ganz gewiß nicht bloß Naturkausalitäten unterworfen wie etwa der „Tiermensch“.

²⁰ *Eidenmüller* 1995: 326 ff.

²¹ *Koboldt*, Ökonomik der Versuchung, Tübingen, 1995; siehe auch *Eidenmüller* 1995: 358 ff.

²² *Becker*, Crime and Punishment: An Economic Approach, in: *Journal of Political Economy*, 1968, S. 169 ff.; siehe dazu auch Kunz 2001: § 21, RN 17: 198.

²³ Er basiert auf der Grundannahme der Aufklärung und kann bis zu Beccaria zurückverfolgt werden (siehe *Kunz* 2001: § 11, RN 3, § 21).

Opportunitätskosten des Begehens der Straftat dar. Eine mathematische Umformung ergibt, daß eine Straftat begangen wird, wenn der Wert der Beute größer ist als die Kosten der Straftat, wobei diese als Summe aus Opportunitätskosten und erwarteter Strafe errechnet werden (zur Darstellung der rationalen Wahlentscheidung siehe auch Kunz 2001: § 21, RN 18: 199). Sind Strafwahrscheinlichkeit und/oder Strafe hinreichend groß, so lohnt sich bei gegebenem Wert der Beute und legalem Einkommen die Straftat nicht. Man sieht, die Kriminalität ist eine Funktion von Wert der Beute, Erwartungswert der Strafe und legalem Einkommen. Neben diesen drei Faktoren können in einem komplexeren ökonomischen Modell Intelligenz, Schulbildung, Herkunft, Sozialisation einer Person usw. berücksichtigt werden.²⁴ Auch Moral oder das Gefühl einer sittlichen Pflicht zum Rechtsgehorsam (moralisches und sittliches Kapital) lassen sich prinzipiell im Modell des homo oeconomicus unterbringen. Wenn Verstöße gegen Moralregeln oder die Rechtsordnung Gewissensbisse hervorrufen sollten, dann steigen die subjektiven Kosten einer Tat. Sollte trotzdem der erwartete Nutzen höher sein als die erwarteten Kosten, Gewissensbisse eingeschlossen, dann wird die Straftat begangen. Im übrigen läßt sich die verhaltenssteuernde Wirkung von Moral und sittlichen Pflichten zum Rechtsgehorsam auch ohne Rückgriff auf "Gewissensbisse" ableiten. Gewissensbisse sind interne Sanktionen eines Rechtsverstößes. Daneben mag die Furcht vor externen Sanktionen etwa in Form einer gesellschaftlichen Ächtung – übrigens ohne das Recht auf ein faires Verfahren - zum Rechtsgehorsam beitragen.

Das Beispiel des rationalen Straftäters zeigt, daß das Verhaltensmodell des homo oeconomicus offen ist für die Berücksichtigung aller möglichen Einflußfaktoren auf das Begehen von Straftaten. Es sollte im übrigen nicht unerwähnt bleiben, daß die Ökonomie mittlerweile in der Lage ist, eingeschränkte Rationalität zu modellieren, die vielfach die Begründung für den Erlaß von Gesetzesvorschriften liefert. Ein eingeschränkt rationaler Entscheider versucht seinen Nutzen zu maximieren, aber aufgrund kognitiver Grenzen kann er dies nur in beschränktem Maße. Kognitive Grenzen führen z. B. dazu, daß Entscheider Fehler begehen. Die rationale Antwort auf diese Einsicht besteht darin, internen Verhaltensregeln zu folgen.²⁵ Wir werden in diesem Beitrag weder auf die eingeschränkte Rationalität eingehen noch auf verhaltenswissenschaftliche Einsichten zurückgreifen, die etwa von Kahnemann und anderen in die Ökonomie eingebracht wurden. Deren Bedeutung soll nicht bestritten werden; aber die Erforschung solcher Einflüsse steht erst am Anfang. Im übrigen könnte es sein, daß die Annahme strikter Rationalität die Lösung der in diesem Beitrag gestellten Aufgabe eher schwieriger als leichter gestaltet.

c) Die optimale Strafe

Die traditionelle ökonomische Theorie der Strafe befaßt sich mit zweierlei: Sie versucht erstens, die optimale Strafe für kriminelles Verhalten zu bestimmen, und zweitens will sie ermitteln, wieviel der gesellschaftlichen Ressourcen in die Durchsetzung der Strafrechtsnormen investiert werden sollten. Bei beiden Fragestellungen unterstellt der Ökonom, daß gewisse Aspekte des Verhaltens oder gewisse Verhaltenskategorien als kriminell definiert worden sind. Er akzeptiert diese Entscheidung als seiner Analyse vorgegeben.²⁶ Ihn interessiert in erster Linie, wie hoch die Strafe sein muß, damit ein als kriminell bezeichnetes Verhalten auf ein effizientes Niveau gebracht wird.²⁷ Dabei greift er – in einem ersten Schritt - auf das Rationalwahlmodell unter Einschluß von Unsicherheit zurück. Als Nutzenmaximierer entscheidet der potentielle Kriminelle, ob er kriminelle Aktivitäten entfalten oder gesetzestreu handeln soll. Auf die Frage „Welche Strafhöhe ist notwendig, um einen rationalen (potentiellen) Kriminellen von der Begehung der Straftat abzuschrecken?“ wird als Antwort geliefert:

²⁴ Entorf, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Ott / Schäfer (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen, 1999, S. 1-21.

²⁵ Heiner, The Origin of Predictable Behavior, in: American Economic Review, 1983, S. 560-595.

²⁶ Zu einem Versuch, die Frage nach dem Kriterium zur Klassifizierung einer rechtswidrigen Handlung als kriminell zu beantworten, siehe Posner, An Economic Theory of Criminal Law, in: Columbia Law Review, Vol. 85, October 1985, No. 6, S. 1193-1231 und Schmidtchen, Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral, 2003.

²⁷ Es ist offensichtlich, daß die Strafe angekündigt werden muß, damit sie den erwünschten Effekt erzeugen kann. Die Bedeutung der Ankündigung wird auch von Beccaria herausgestellt. Ankündigungen sind bei diesem – in den Worten von Schmitz (2001: 131) - "Demotivationsmaßnahmen, psychische Barrieren, welche dem Hang zum Verbrechen in den Weg gestellt werden und dadurch Wohlverhalten wahrscheinlich machen sollen. Die gleiche Aufgabe haben Gerichtsverfahren und die Exekution von Urteilssprüchen". Dies würde jeder Ökonom unterschreiben können. Das gleiche gilt für Beccarias Ansicht, daß zum Zwecke der angemessenen Prävention die Strafandrohungen den Konsequenzen des Verbrechens angemessen werden müssen (siehe Schmitz 2001: 131).

Wenn die Kosten der Begehung der Straftat (einschließlich der erwarteten Strafe) größer oder gleich dem Gewinn sind, hat kein rationaler Verbrecher einen Anreiz, sich anstelle des gesetzestreu Handelns für die Begehung der Straftat zu entscheiden. Soll vermittels der Strafe von Kriminalität abgeschreckt werden, dann muß der Erwartungswert der Strafe so eingestellt werden, daß der Nutzen aus einer (zusätzlichen) Straftat kleiner ist als der aus legalem Einkommen. Ein rationaler potentieller Täter wird dann von dem Begehen der Straftat abgeschreckt (und zwar zu 100 %).²⁸

Nun ist offensichtlich, daß Gesellschaften nicht soviel Ressourcen in das Justizsystem investieren können, daß alle Straftaten unterbleiben. Daraus resultiert ein Optimierungsproblem, das jede Gesellschaft lösen muß: Welches ist die optimale Menge an Ressourcen für die Kriminalitätskontrolle und -bekämpfung? Wenn jeder Verbrecher damit rechnen müßte, daß seine Straftat sicher, d.h. mit Wahrscheinlichkeit 1, geahndet wird, wird er – bei ausreichender Strafhöhe – davon Abstand nehmen. Aber es würde vermutlich die Aufwendung von Ressourcen im Werte des Sozialprodukts erforderlich sein, um eine solche Bestrafungswahrscheinlichkeit zu realisieren. Anstelle des Einsatzes von Ressourcen kann man den gleichen Effekt durch eine Erhöhung der Strafe erreichen. Wenn ein Verbrecher risikoneutral ist, dann hat er den gleichen Anreiz, eine Strafe von 1000 zu vermeiden, die mit Wahrscheinlichkeit 1 : 100 verhängt wird, wie eine Strafe von 10, die mit Sicherheit verhängt würde. In beiden Fällen ist der Erwartungswert 10. Die Wahrscheinlichkeit, für eine Straftat zur Rechenschaft gezogen zu werden, steigt mit der Menge der Ressourcen, die eine Gesellschaft bereit ist, in die Kriminalitätsbekämpfung zu investieren. Eine Verringerung dieser Ressourcen kann durch Erhöhung des Strafmaßes kompensiert werden (Multiplikatorprinzip), so daß das gleiche Maß an Abschreckung erzeugt wird.²⁹ Die Folge davon ist, daß die Strafe im Vergleich zur Schwere der Straftat unverhältnismäßig wird - oder ungerecht. Die Kosten dieser Ungerechtigkeit gehören zu den sozialen Kosten der Abschreckung durch Strafe. Wenn man daran denkt, daß Strafen auch irrtümlich verhängt werden können, wird klar, daß diese Ungerechtigkeiten um so höher wiegen, je höher das Strafmaß ist. Es kommt hinzu, daß die Wahrscheinlichkeit eines Irrtums zunimmt, wenn der Ressourceneinsatz zur Entdeckung und Bestrafung von Straftaten reduziert wird.

Der Schutz von Rechten verursacht Kosten, die man durch den Wert der dafür in einer Gesellschaft eingesetzten Ressourcen messen kann.³⁰ Je besser der Schutz, desto höher werden die Kosten sein. Da ein perfekter Schutz von Rechten (d. h. Zahl der Rechtsverstöße = 0) prohibitiv teuer sein dürfte, muß man die zusätzlichen Kosten einer Verbesserung des Rechtsschutzes mit den dadurch vermiedenen Kosten aus Kriminalität vergleichen (siehe Becker 1968; Kunz 2001: § 21, RN 17 ff.).³¹ Das gesellschaftlich optimale Niveau an Rechtsverstößen ist deshalb nicht Null, sondern liegt dort, wo die zusätzlichen gesellschaftlichen Kosten der Kriminalitätsbekämpfung gleich den vermiedenen gesellschaftlichen Kosten der Kriminalität sind. Letztere bestimmen sich aus dem marginalen Fall der Zahl der Straftaten multipliziert mit den gesellschaftlichen Netto-Kosten pro Straftat. Mehr Kosten aufzuwenden als Kosten der Kriminalität vermieden werden, stellt eine Verschwendung knapper Ressourcen dar. Es stellt ebenfalls eine gesellschaftliche Verschwendung knapper Ressourcen dar,

²⁸ Abschreckbar ist jemand, dem man unterstellt, daß er aus Einsicht auch anders hätte handeln können, als er tatsächlich gehandelt hat. Sollte sich eine Person nicht abschrecken lassen, spricht das für langfristige Wegsperrung. Ein geistig Verwirrter ist nicht abschreckbar, damit entfällt die ökonomische Ratio für eine Bestrafung. Die Androhung höherer Strafen für Wiederholungstäter unterstellt Abschreckbarkeit von Tätern. (Zu den im Falle von Wiederholungstätern aufgeworfenen theoretischen Problemen siehe *Polinsky/Shavell*, On Offense History and the Theory of Deterrence, in: *International Review of Law and Economics*, Vol. 18 (3), 1998, S. 305-324.) Die nur empirisch zu beantwortende Frage, ob Abschreckung „funktioniert“, brauchen wir hier – gegeben die Zielsetzung des Beitrages – nicht weiterzuverfolgen. Hier vertreten Kriminologen oft andere Ansichten als Ökonomen. Siehe zu einer umfassenden Diskussion Ott / Schäfer, (Hrsg.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, Mohr Verlag, Tübingen.

²⁹ Für die Abschreckung kommt es auf den Erwartungswert der Strafe an, also das mathematische Produkt aus Strafwahrscheinlichkeit und Strafhöhe. Erhöht man den Wert einer Komponente, kann der der anderen gesenkt werden. Da die Erhöhung der Strafwahrscheinlichkeit teuer ist- man benötigt z. B. zusätzliche Polizisten – lautet die Empfehlung, die Strafe möglichst hoch anzusetzen und vornehmlich Geldstrafen zu verwenden (siehe *Becker* 1968; zu einer Kritik siehe *Posner* 1985: 1207f.) Dies ist ein Grundsatz der Strafökonomie, den man ansatzweise bereits bei *Beccaria* findet (siehe zu dessen Theorie *Schmitz* 2001: 132).

³⁰ Näherungsweise kann man diesen Wert durch die Staatsausgaben zur Abschreckung der Kriminalität messen: Diese bestehen aus Ausgaben für Polizei, Staatsanwaltschaft, Gerichte, Gefängnisse etc. Hinzuzufügen sind die Kosten privater Maßnahmen zum Schutz vor Kriminalität, etwa in Form von Türschlössern, Wachtposten.

³¹ Die Kosten der Kriminalität bestehen zum einen aus direkten Kosten des Opfers plus den Opportunitätskosten pro Straftat in Form des Ausfalls legalen Einkommens plus den direkten Kosten für die Tatvorbereitung, Tatausübung und Tatverschleierung.

wenn man zusätzliche Kosten der Kriminalitätsbekämpfung nicht aufwendet, obwohl die vermiedenen Kosten der Kriminalität höher sind.

Daß eine positive Kriminalitätsrate gesellschaftlich optimal sein kann, ist sicherlich eine der aufregendsten Ergebnisse der ökonomischen Theorie der Strafe. "Optimalität" darf aber nicht mißverstanden werden. Ökonomen befürworten nicht etwa die Kriminalität. Wir hätten sicherlich eine bessere, schönere Welt ohne Kriminalität.³² Im Paradies gäbe es keine Kriminalität. Nun leben wir aber nicht im Paradies – ein Umstand, der bei der Kriminalitätsbekämpfung in Rechnung gestellt werden muß. Wenn die Ökonomen von "optimaler" Kriminalitätsrate reden, dann betonen sie nur eine unvermeidliche Konsequenz aus dem Umstand, daß die gesellschaftlichen Ressourcen knapp sind. Es sei hinzugefügt, daß die hier präsentierte Darstellung der Theorie nur deren Grundzüge umfaßt. Selbstverständlich ist die Theorie auch in der Lage, etwa der unterschiedlichen Schwere von Straftaten Rechnung zu tragen.³³ Baurmann formuliert diese Idee so:

"Der ökonomische Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Kosten und Nutzen führt ... im Strafrecht ebenso zu einer Proportionalität zwischen Strafe und Schuld, wie ein Verhältnismäßigkeitsprinzip, das sich auf den Gedanken der gerechten Vergeltung stützt: Je größer die Schuld eines Täters, desto eher wird ein rationaler Bürger bereit sein, erhöhte Kosten für die präventive Wirksamkeit des Strafrechts hinzunehmen".³⁴

3. Menschenwürde

a) Moral- und Rechtslehre

Um das Kantsche Instrumentalisierungsverbot zu verstehen, muß ein kurzer Ausflug in die Kantsche Moral- und Rechtslehre unternommen werden. Wir werden dabei nicht in eine Grundsatzdiskussion des Verhältnisses von Rechts- und Tugendlehre bei Kant eintreten, sondern die Funktion von Rechten betonen, die an die Autonomie von Personen anknüpft.³⁵ Während die Ökonomie – insoweit in der Tradition des klassischen Utilitarismus stehend – Rechte nur als Instrumente zur Steigerung der gesellschaftlichen Wohlfahrt ansieht, sind sie bei Kant Ausdruck und Respekt des Status einer Person. Dieser Status ist wertvoll, und zwar nicht wegen irgendwelcher Konsequenzen, sondern er ist von intrinsischem Wert. Dieser überträgt sich auf die einer Person zugesprochenen Rechte. Nach Kant ist es nicht die Eigenschaft des Menschen, Präferenzen zu haben, Nutzen und Disnutzen empfinden und rational kalkulierend ein Nutzenmaximum ausrechnen zu können, die ihn zu einem moralisch relevanten Objekt macht, sondern sein Status als freie und autonome Kreatur, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, rationale Entscheidungen in einem bestimmten Sinne zu treffen. Kants Konzept der Rationalität ist sehr komplex und kann hier nur in den Grundzügen geschildert werden. Es reduziert sich ganz sicher nicht auf die in der Ökonomie übliche individuelle Nutzenmaximierung. Es beschreibt eher den Fall einer "aufgeklärten" Nutzenmaximierung, bei der die Fähigkeit zu moralischer Reflektion des Handelns impliziert ist:

"the ability to appreciate morally relevant differences and similarities in people, actions, and states of affairs and to choose to act consistently on the basis of an appreciation of those differences and similarities".³⁶

Der Maßstab für die Beurteilung der Moralität einer Handlung, also ob eine Handlung moralischen Wert aufweist, sollte nach Kant weder an den Folgen der Tat ansetzen noch an der Tat selbst. Worauf es ankommt ist vielmehr die Beschaffenheit des Wollens. In Kants Theorie der Moral spielen die Maximen des Handelns, die Beweggründe, die Gesinnung, die zentrale Rolle (siehe Kant 1974: 18 ff.; Schmitz 2001: 105). Wie aber findet man den Maßstab zur Identifizierung eines "guten", moralischen Willens? Nach Kant resultiert der Maßstab aus der Verfaßtheit der Vernunft "und daher letztlich aus

³² Einmal abgesehen von Durkheims logisch nicht ganz einwandfreier Idee, daß Kriminalität "notwendig" sei, weil die Reaktion hierauf die Norm stabilisiert.

³³ Siehe auch *Schmidtchen*, Wozu Strafrecht? Einige Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, in: *Ott / Schäfer* (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, Mohr Verlag, Tübingen, S. 49-70.

³⁴ *Baurmann*, S. 150.

³⁵ Bekanntlich hat Kant zwischen der Moralität und der Legalität einer Handlung unterschieden (siehe das Beispiel des redlichen Kaufmanns aus den Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, *Kant* 1974: 23; siehe auch *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werksausgabe Band VII, hrsg. Von Wilhelm Weischedel, 1982, Frankfurt a.M.: 318). Moralität bezieht sich auf den guten moralischen Willen des Kaufmannes; Legalität darauf, ob und inwieweit eine Handlung dem entspricht, was das Gesetz vorschreibt (siehe *Schmitz* 2001: 106). Aus dem beobachteten Handeln des Kaufmannes kann man nicht schließen, ob er „pflichtgemäß“, also moralisch gehandelt hat, oder „lediglich“ in „eigennütziger“ Absicht. Wenn man an der Steuerungswirkung von Recht interessiert ist, dann dürfte die Frage nach den Motiven des Handelns eher an Bedeutung verlieren.

³⁶ *Murphy / Coleman* 1984: 80.

dem Postulat, das Kant die 'konsequente Denkungsart' nennt – jenes Gebot also, welches uns auferlegt, jederzeit mit uns einstimmig zu denken. Deshalb dürfen nur solche Maximen in den Vorsatz aufgenommen werden, die widerspruchsfrei zu generalisieren sind" (Schmitz 2001: 105). Es sind also die Prinzipien der Vernunft, aus welchen alle Gesetze des Willens (Handlungsmaximen) abgeleitet werden müssen. Eine solche Handlungsmaxime kann schwerlich die („kurzsichtige“) Nutzenmaximierung sein, sondern das, was als kategorischer Imperativ (Maxime des guten Willens) bezeichnet wird:

"handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde. ...so könnte der allgemeine Imperativ der Pflicht auch so lauten: handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte".³⁷

Nach Kant ist eine autonome Person mehr als nur eine Einheit, die man mit ihren Präferenzen gewichtet in eine Sozialgleichung (= Wohlfahrtsfunktion) einsetzt. Denn dies hätte zur Folge, daß ihr – wie in Teilen des Utilitarismus – eine Opferrolle zugemutet wird, wenn dadurch andere mehr gewinnen als sie verliert. Ein solches Handeln wäre unmoralisch. Denn Menschen besitzen eine Eigenschaft, die sie moralisch gesehen einzigartig macht. Daraus folgen moralische Anforderungen und Rechte, die man keinem anderen Lebewesen zusprechen würde. Als Beispiel seien das Verbot genannt, sie für Nahrungszwecke zu töten, sie aus sportlichen Vergnügen zu jagen oder zu medizinischen Experimenten zu benutzen (siehe Murphy/Coleman 1984: 81). Menschen verdienen nach Kant eine besondere Art von Respekt, weil sie Menschen sind (wegen ihrer Menschheit). Aber warum? Die Zugehörigkeit zur species Mensch, kann nicht die Antwort sein, weil diese Eigenschaft allein moralisch irrelevant ist (siehe Murphy/Coleman 1984: 81).³⁸ Liefert die Eigenschaft, Gefühle zu erleben, etwa Freude und Schmerz, ein befriedigendes Kriterium? Diese Eigenschaft dürfte auch Tieren zukommen. Der Rückgriff auf die von Gott gegebene Unsterblichkeit der Seele endet in der Metaphysik und bringt uns auch nicht weiter. Nach häufig vertretener Ansicht war Kant auf der Suche nach einem säkularen Äquivalent für die Beseeltheit (siehe Murphy/Coleman 1984: 82) des Menschen, und er fand es in der Fähigkeit zur Vernunft.³⁹ Kant belegte mit Vernunft ausgestattete Wesen mit dem Ausdruck autonom und sah darin das einzigartige Kriterium zur moralischen Differenzierung. Den moralischen Status von mit Vernunft begabten Wesen nannte er Würde:

„Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur“.⁴⁰

Kants moralische Theorie baut auf der Idee auf, daß diese Würde respektiert und geschützt werden müsse (siehe Murphy/Coleman 1984: 82). Daraus folgt, daß man Menschen nicht wie Sachen (Werkzeuge) oder Tiere behandeln darf. Dieser Umstand wird in der berühmten vierten Formulierung des kategorischen Imperativs erfaßt:

³⁷ Kant 1794: 51. Es kommt dabei nicht darauf an, daß die Maxime des Willens, zum allgemeinen Gesetz gemacht, der des Willens eines anderen widerspricht, "sondern wenn sie sich selbst widerspricht (welches ich aus dem bloßen Begriffe, a priori, ohne alle Erfahrungsverhältnisse, z. B., ob Gütergleichheit oder ob Eigenthum in meine Maxime aufgenommen werde', nach dem Satz des Widerspruchs beurteilen kann), dieses ein unfehlbares Kennzeichen der moralischen Unmöglichkeit der Handlung sei" (Kant, zitiert nach Schmitz 2001: 106, Fn. 14). Dieses Zitat aus Kants Kritik an Schlosser zeigt, daß Kant eine formale, nicht aber eine materielle Ethik formuliert. Dem kategorischen Imperativ liegt der Satz vom zu vermeidenden Widerspruch zugrunde (siehe Schmitz 2001: 105, Fn. 14). Murphy/Coleman sehen in diesem Imperativ die moralische Ausprägung des Leibnizschen Prinzips vom zureichenden Grunde (siehe 1984: 107, Fn. 12). Nach Leibniz ist dieses Prinzip ein definierendes Merkmal der Rationalität. Wenn man sich eine Freiheit anmaßt, die man nicht auch anderen in ähnlichen Umständen zugestehen kann oder will (was gemäß Kants zweiter Formulierung des kategorischen Imperativs, andere nicht als bloßes Mittel zu verwenden, verboten ist), dann würde man sich anderen vorziehen, ohne ein hinreichendes Kriterium für die Präferenz angeben zu können – ein Verstoß gegen die Rationalität. In diesem Sinne gehört moralisch zu sein zum Begriff der Rationalität. Aber was sind moralisch relevante Ähnlichkeiten und Unterschiede? Wenn man A ins Gefängnis steckt, weil er schuldig ist (und Unschuldige in Freiheit beläßt), dann mag das durch einen relevanten Unterschied gerechtfertigt werden. Wenn man ihn bestraft, weil er ein Schwarzer ist, und Weiße freiläßt, dann wird man die unterschiedliche Behandlung kaum als moralisch gerechtfertigt ansehen wollen. Aber was ist der Grund? Intuition oder eine moralische Theorie, die den Unterschied in den Kriterien erklärt?

³⁸ Würde man sich mit dieser Antwort zufriedengeben, dann läge ein Fall vor, den Singer "speciesism" nennt – mit großer Ähnlichkeit zu Rassismus und Sexismus (siehe Murphy/Coleman 1984: 107, Fn. 14).

³⁹ Siehe Kants Klassifikation des Menschen als „Tiermensch“ und als „Vernunftmensch“ (Kant 1794: 550).

⁴⁰ Kant 1794: 69. „Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde“ (Kant 1794: 68; siehe auch Kant 1794: 600). Der Mensch hat keinen Marktpreis, keinen relativen Wert, sondern er besitzt einen „innern Wert, d. i. Würde“ (Kant 1794: 68).

"Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest".⁴¹

Man muß eine Person konsultieren und braucht ihre Zustimmung, bevor man sie für bestimmte Zwecke "benutzen" darf.

Die Begriffe Konsultation und Zustimmung sind allerdings nur sinnvoll, wenn man rationale Wesen vor sich hat, also Menschen. Rechte auf Konsultation und Zustimmung sind nicht nur die Voraussetzung für die Schaffung von gesellschaftlichen Wohlstand (man denke an die durch sie ermöglichte Arbeitsteilung und den Tausch!), sondern sie schützen primär den moralisch besonderen Status des Menschen. Damit soll nicht behauptet werden, daß Kant Legalität und Moralität eins setzt (siehe auch Kant 1982: 318). Während Moralität sich auf einen "inneren" Sachverhalt bezieht, nämlich die Gesinnung, geht es bei der Legalität um die Einschätzung äußeren Verhaltens:

"... handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne".⁴²

Folgt man Schmitz, dann ist

„Strafe nun nichts anderes als das Zwangsmittel, mit dessen Hilfe dieser Regel Respekt verschafft werden soll. Mithin ist das Recht gar nicht dazu in der Lage, die Menschen zu bessern. Es rührt uns gleichsam nur äußerlich an, was in unserem Inneren vor sich geht, entzieht sich seinem Zugriff“.⁴³

Wenn dies eine zutreffende Interpretation Kants bezüglich der Funktion der Strafe (in seiner Rechtslehre) sein sollte, dann deckt sich diese vollständig mit dem oben dargestellten ökonomischen Modell des rationalen Straftäters. Dort geht es auch nicht darum, einen Verbrecher strafend zu bessern, in seine Autonomie, wie sie sich in seiner Präferenzordnung manifestiert, einzugreifen. Strafe soll nicht ein gutes, moralisches Wollen erzeugen, sondern lediglich die Anreize zum Handeln äußerlich so verändern, daß ein Mensch sich rechtmäßig verhält.⁴⁴

Rechte im Kantschen Sinne sind absolute Rechte. Wenn man die Viktimisierung von Personen, hier des Straftäters, als den Prototyp von Instrumentalisierung betrachtet, dann würde ein Kantianer uneingeschränkt die Ansicht vertreten, daß eine solche Behandlung unter allen Umständen zu unterlassen ist und jede Person ein absolutes Recht auf Schutz davor besitzt. Die Ökonomie verfügt über einen Begriff, der diesen Absolutheitsaspekt umzusetzen erlaubt, nämlich die "Nebenbedingung" (constraint). Robert Nozick hat sich ausführlich mit der Frage beschäftigt, warum man die Nichtverletzung von Rechten zu einer Nebenbedingung für das Handeln macht, statt sie lediglich als ein Ziel des Handelns zu bezeichnen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß

"Nebenbedingungen für das Handeln ... Ausdruck des Kantischen Grundsatzes (sind), daß die Menschen Zwecke und nicht bloß Mittel sind; sie dürfen nicht ohne ihr Einverständnis für andere Ziele geopfert oder gebraucht werden. Der einzelne ist unverletzlich".⁴⁵

Man kann auch von einem Vetorecht sprechen oder mit Dworkin sagen

"Individual rights are ... trumps held by individuals".⁴⁶

Zusammenfassend läßt sich die Kantsche Position folgendermaßen beschreiben:

⁴¹ Kant 1974: 61. Wenn dieser Grundsatz besagen soll, daß kein Mensch dazu veranlaßt werden sollte, etwas zu tun, was *nur* den "Zwecken anderer dient, wird nur mit anderen Worten gesagt, daß Zwang vermieden werden soll. Wenn aber der Grundsatz dahin gedeutet wird, daß wir in der Zusammenarbeit mit anderen Menschen nicht nur von unseren eigenen, sondern auch von ihren Zwecken geleitet werden sollten, geraten wird bald in Konflikt mit ihrer Freiheit, wenn wir mit ihren Zielen nicht übereinstimmen" (*Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 1971, Tübingen: 170, Fn. 13, siehe auch *Nozick*, Anarchie, Staat, Utopia, 1976, München: 42 f.). Murphy/Coleman übersetzen diesen Grundsatz in die moderne Sprache: "All rational persons have a right not to be used without their consent even for the benefit of others" (*Murphy/Coleman* 1984: 83).

⁴² Kant 1982: 338.

⁴³ *Schmitz* 2001: 108.

⁴⁴ Zur Frage, ob unmoralisches Wollen ein Strafgrund sein kann, hat der Pragmatiker Kant ebenfalls eine Ansicht vertreten, der Ökonomen zustimmen könnten. Ideal wäre es, ein Gemeinwesen zu haben, in dem die Menschen unter (zwangsfreien) Tugendgesetzen stehen. Dies wäre aber nur unter „Aufopferung eines rechtlich-bürgerlichen Gemeinwesens“ zu erlangen, und seine Realisierung mit Zwangsgewalt würde zu einem Widerspruch führen (*Schmitz* 2001: 108 f.). Ein Richter, der in einem bürgerlich-rechtlichen Gemeinwesen Recht spricht, müßte „das Innerste der Gesinnungen eines Jeden durchschauen“, wenn er ihm zukommen lassen wollte, was seine Taten moralisch wert sind (*Schmitz* 2001: 109). Über solche Fähigkeiten verfügt nur Gott; die Urteile eines Richters, der sich diese Qualität anmaßt, würden unweigerlich willkürlich (*Schmitz* 2001: 109).

⁴⁵ *Nozick* 1976: 42. Nozick weist darauf hin, daß es eine unerfüllbare Bedingung ist zu verlangen, daß das Verhalten gegenüber einem Menschen so eingeschränkt werde, daß er für keinen Zweck gebraucht wird, den er nicht selbst gewählt hat (*Nozick* 1976: 42). So würde z. B. zweiseitiger Tausch stark behindert. Aber dieser Punkt scheint von Kant schon berücksichtigt worden zu sein, indem er davon spricht, daß die Menschheit "jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel" gebraucht wird.

⁴⁶ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, Cambridge, Harvard University Press: xi.

"On the Kantian view, some rights are simply not expressions of social utility; they are rather (to use the language of the philosopher Robert Nozick) absolute *side-constraints* on the pursuit of social utility – i.e., moral protections of individuals that must be unconditionally respected as one sets out to do social good, protections that preclude their being sacrificed for that social good".⁴⁷

b) Vergeltung als Strafzweck

Die Gleichheit der richterlichen Strafen nach dem strengen Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) ist nach Kant Prinzip und Richtmaß öffentlicher Gerechtigkeit (siehe Kant 1982: 453 ff.). Auf die selbstgestellte Frage

"Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaße macht?"⁴⁸

antwortet er:

"Kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Wage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldete Übel du einem anderen im Volk zufügst, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst".⁴⁹

Gleiches soll mit Gleichem vergolten werden. Im Gegensatz zu anderen Maßstäben ist dieser Maßstab nach Kant eindeutig:

"Nur das *Wiedervergeltungsrecht* (*ius talionis*) aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaterteil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischender Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten".⁵⁰

Kant erläutert die Vergeltung von Gleichem mit Gleichem anhand von Beispielen:

"Was heißt das aber: 'bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst'? Wer da stiehlt, macht aller anderer Eigentum unsicher; er beraubt sich also (nach dem Recht der Wiedervergeltung) der Sicherheit alles möglichen Eigentums; er hat nichts und kann auch nichts erwerben, will aber doch leben; welches nun nicht anders möglich ist, als daß ihn andere ernähren. Weil dieses aber der Staat nicht umsonst tun wird, so muß er diesem seine Kräfte zu ihm beliebigen Arbeiten (Karren- oder Zuchthausarbeit) überlassen, und kommt auf gewisse Zeit, oder, nach Befinden, auch auf immer, in den Sklavenstand. – Hat er aber gemordet, so muß er *sterben*. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Es ist keine *Gleichartigkeit* zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, also auch keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung, als durch den am Täter gerichtlich vollzogenen, doch von aller Mißhandlung, welche die Menschheit in der leidenden Person zum Scheusal machen könnte, befreieten Tod. – Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann".⁵¹

Diese Zitate machen deutlich, daß eine mit Wiedervergeltung begründete Strafe nach Kant der Gerechtigkeit dient. Dies ist ihr alleiniger Zweck. Eine Orientierung an den Folgen im Sinne einer Spezial- und Generalprävention scheidet aus (siehe zu Kants Kritik der Folgen- und der Täterorientierung Schmitz 2001: 102 ff.).⁵² Mit dem Wiedervergeltungsprinzip wird nicht nur eine Begründung der Strafe geliefert, es wird implizit auch die Frage der Bemessung der Strafe im

⁴⁷ Murphy / Coleman 1984: 85.

⁴⁸ Kant 1982: 453.

⁴⁹ Kant 1982: 454.

⁵⁰ Kant 1982: 454. Vermögensunterschiede stellen nach Kant kein Hindernis dafür dar, Gleiches mit Gleichem zu vergelten. So kann Kränkung der Ehrliche (des Reicherer) dem Wehtun des Hochmuts des anderen sehr gleich kommen (der Vermögende muß nicht nur öffentlich Abbitte tun, sondern dem "Niedrigeren" zugleich die Hand küssen. Auch durch Beschämung kann Gleiches mit Gleichem vergolten werden (siehe Kant 1982: 454).

⁵¹ Kant 1982: 454f.

⁵² Kants Gerechtigkeitstheorie wird als Gegenentwurf zu utilitaristischen Straftheorien empfunden. Das Verbrechen stellt eine Attacke gegen das Recht dar, und Wiedervergeltung folgt aus dem Respekt vor dem Recht (Achtung des Rechts): "The retributive theory of punishment, then, should be understood as a theory that seeks to justify punishment, not in terms of social utility, but in terms of *this* cluster of moral concepts: rights, desert(s), merit, moral responsibility, and justice ...

Thus the retributivist seeks, not primarily for the socially useful punishment, but for the *just* punishment, the punishment that the criminal (given his wrongdoing) *deserves* or *merits*, the punishment that the society has a *right* to inflict and the criminal a *right* to demand" (Murphy/Coleman 1984: 126 f.).

Grundsatz entschieden. Wenn man Grade der Verwerflichkeit des Wollens einer Tat zugesteht, dann lassen sich sogar unterschiedliche Strafhöhen für ein und dieselbe Tat mit dem Wiedervergeltungsprinzip vereinbaren. Ansatzweise läßt sich dies mit Hilfe von Nozicks $r \times H$ Struktur verdeutlichen. Vergeltungstheorien der Strafe setzen eine obere Grenze für die einer Person aufzuerlegende Strafe. Die Strafe soll dem Unwert der Tat entsprechen. Bezeichnen wir mit R die verdiente Vergeltung, mit H die Größe (Ausmaß) des durch eine Handlung angerichteten Unrechts und mit r (das Werte von 0 bis 1 annehmen kann) den Grad der Verantwortlichkeit des Täters für H , dann gilt: $R = r \times H$ (siehe Nozick 1976: 65 f.). Der Grad der Verantwortlichkeit variiert zwischen 1 (voll verantwortlich) und 0 (keine Verantwortung). Zwischenwerte sind möglich. Die Größe von H mißt das Unrecht, das etwa der Höhe des angerichteten Schadens entsprechen kann, aber nicht muß.⁵³ Die $r \times H$ Struktur kann als mathematischer Ausdruck für die Gerechtigkeit und die Verhältnismäßigkeit einer Strafe angesehen werden. Je größer das Unrecht, d. h. je größer H , desto größer die Strafe; je größer die Verantwortlichkeit, desto größer die Strafe.⁵⁴

c) Das Instrumentalisierungsverbot

Die Gründe für die Ablehnung der Instrumentalisierung der Strafe zu anderen Zwecken als der der Vergeltung liefert Kant mit seiner Idee des kategorischen Imperativs:

"Richterliche Strafe ... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, *weil er verbrochen hat*; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher *strafbar* befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: 'es ist besser, daß

⁵³ Verantwortlichkeit ist nicht mit Kausalität gleich zu setzen: "note that the compensation owed to victims will depend upon (the degree of) causation of the harmful consequences, not upon the r value of the act, the degree of responsibility for it. If someone nonnegligently and accidentally causes damage to your property, he owes you compensation, but since $r = 0$ he does not deserve any punishment for this" (Nozick, *Philosophical Explanations*, 1981, Oxford, Clarendon Press, S. 363). Die $r \times H$ Struktur erfordert noch zwei Klarstellungen. Soll H Unrecht messen oder Schaden beim Opfer? Beide Interpretationen sind möglich. Nicht jeder Schaden ist ein Unrecht (wrong); und nicht jedem Unrecht entspricht ein Schaden (z. B. victimless crime). Wenn ein Schaden mit Unrecht verknüpft ist, dann könnte man den Schaden durch H erfassen und den Unrechtsgehalt unter r fallen lassen. Absichten, Motive könnten so unabhängig vom Schaden selbst erfaßt werden. H selbst ist zweideutig, unabhängig davon, ob es als Maß für Unrecht oder Schaden interpretiert wird: Soll auf das tatsächliche Ergebnis abgestellt werden oder auf das beabsichtigte? Beide können auseinanderfallen. Zu einer möglichen Antwort siehe Nozick 1981: 389: Man könnte einen Durchschnitt bilden oder das Maximum des tatsächlichen Ergebnisses oder des Durchschnitts wählen. Schließlich sei noch auf die Frage eingegangen, ob eine auf der $r \times H$ Struktur aufbauende Vergeltungstheorie scheitert, wenn man unterstellt, daß alle Handlungen kausal determiniert sind (Abwesenheit freien Willens): "If determinism undercuts responsibility, it makes the degree of responsibility equal to zero, and so leaves $r \times H$ equal to zero; Thus it would undercut any deserved punishment" (Nozick 1981: 393). Nozicks Ausweg besteht darin, r nicht als Grad der Verantwortlichkeit zu interpretieren, sondern als Grad der objektiven Verletzung von Werten ("degree of flouting of correct values"): "That one is caused to flout correct values does not alter the fact that one *is* flouting them" (Nozick 1981: 393).

⁵⁴ Die $r \times H$ Formel erlaubt es, ein Problem der Kantschen Wiedervergeltungstheorie zu identifizieren: "*Retributive matching penalties* are penalties that not only fit the magnitude of $r \times H$, when $r = 1$, do to the wrongdoer the same H , to the extent this is feasible, as he has done" (Nozick 1981: 364). Was ist wiedervergeltende Strafe für einen Millionär, der einem Armen 100 \$ gestohlen hat? (Nozick 1981: 364.) Nach Ansicht von Nozick ist die wiedervergeltende Strafe nicht 100 \$: "Rather it is some deprivation as severe for the millionaire as a \$ 100 loss is to the poor person be victimized. However, to set penalties at exactly the amount the victim's utility is lowered would set the penalty too low for theft from millionaires" (Nozick 1981: 365). Die Dinge sind aber viel komplizierter: Um einen Ausgleich im Sinne Kants herbeizuführen, muß man die Nutzen von Täter und Opfer vergleichen können. Selbst wenn man sie kardinal messen könnte – ein interpersoneller Nutzenvergleich wäre gleichwohl (ohne Werturteil) unmöglich.

Wie sähe die gerechte Strafe aus, wenn ein Armer einem Armen 100 \$ stehlen würde? Sollten r und/oder H niedriger sein als im Millionärfall? Wenn ja, warum? Die Abschreckungstheorie vermeidet die genannten Fallstricke. Allerdings sieht sie in der Bestrafung von Tätern (nicht den Täter selbst) ein Instrument, andere von Straftaten abzuhalten. Folgt man der Vergeltungstheorie, so sind Situationen möglich, in denen die Abschreckung ausbleibt.

ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe'; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben".⁵⁵

Mit der Rede vom Strafgesetz als kategorischem Imperativ verweist Kant auf dessen oben bereits zitierte vierte Formulierung. Auch der Straftäter muß demgemäß als Person und darf niemals als Sache behandelt werden:

"Straft man wegen der für positiv gehaltenen Folgen, dann instrumentalisiert man eine Person um des Wohles anderer Personen willen. Straft man zur Besserung des Täters, dann instrumentalisiert man eine Person um ihrer selbst willen. In beiden Fällen macht man zum Mittel, was nicht zum Mittel gemacht werden darf. Daher kann die Strafe nicht auf den Täter und auch nicht auf die Gesellschaft gerichtet werden, sie muß sich ausschließlich auf die Tat selbst beziehen".⁵⁶

Dies erklärt, warum in Kants Inselbeispiel der letzte im Inselgefängnis einsitzende Mörder bestraft werden muß,

"wiewohl es bald keine Gesellschaft mehr gibt, die vor ihm geschützt oder für die der Täter resozialisiert werden müßte".⁵⁷

Kants Position ist allerdings weniger eindeutig als es auf den ersten Blick scheint. In einem Zusatz zur Erörterung der Begriffe des Strafrechts unterscheidet Kant zwischen Strafgerechtigkeit und Strafklugheit. Strafgerechtigkeit (*iustitia punitiva*) stützt sich auf das moralische Argument der Strafbarkeit, Strafklugheit dagegen auf ein pragmatisches Argument, das sich

"auf Erfahrung von dem gründet, was am stärksten wirkt, Verbrechen abzuhalten".⁵⁸

Kant vertritt zur Steuerungswirkung des Rechts eine Position, die mit der ökonomischen Theorie der Strafe kompatibel ist. Durchaus realitätsnah erkennt er, daß im Menschen der "alte Adam" schlummert und daß der Staat (und damit das Recht) notwendig ist, um ihn zu zivilisieren. Wenngleich Kant Strafzwecke jenseits der Wiedervergeltung anerkennt, muß dies nicht zwingend zu einem Widerspruch in seinem Lehrgebäude führen. Während sich Strafgerechtigkeit auf die Begründung des Inhalts der Strafe nach dem Strafgesetz als kategorischem Imperativ bezieht, also moralischer Natur ist, gehört Strafklugheit zur Klugheitslehre als dem Inbegriff der Regeln zur Erzielung von Glückseligkeit (Müller-Steinhauer 2001: 171; Kant 1974: 147 f.).⁵⁹

4. Strafe im konstitutionellen Vertrag

a) Sozialvertragstheorie

⁵⁵ Kant 1982: 453.

⁵⁶ Schmitz 2001: 110. Daraus wird deutlich, daß der Versuch, mit dem Konzept der positiven Generalprävention den Widerspruch zwischen Vergeltungstheorie und Instrumentalisierung zum Zwecke der Wohlfahrtsförderung aufzulösen, zum Scheitern verurteilt ist. Auch im Konzept der positiven Generalprävention wird der Täter instrumentalisiert. Das gleiche gilt für die Gruppe der teleologischen Wiedervergeltungstheoretiker (zum Begriff siehe Nozick 1981: 371). Bei diesen ist Bestrafung ein Akt der Kommunikation. Bestrafung hat eine "expressive" Funktion. Der Sender verurteilt (mißbilligt) durch sie und mit ihr die Tat. Er bekräftigt und signalisiert sein Wertesystem. Adressaten sind Gesetzestreue wie Gesetzesbrecher. Dem Täter wird nicht nur gesagt, daß er ein Unrecht begangen hat, es wird ihm sein Fehlverhalten gezeigt (Nozick 1981: 371). Letztlich steht dahinter die Absicht, den Täter moralisch zu verbessern; seinen Charakter zu verändern; die Einsicht in die moralische Verwerflichkeit seiner Tat dadurch zu befördern, daß man ihm das Gleiche antut. Diese Art teleologischen Denkens findet seine natürliche Grenze bei Mord: Welche Lektion soll der Mörder lernen, indem er hingerichtet wird? Die Kantsche Vergeltungstheorie umschifft diese Klippe. Aber sie rennt wie diese in Probleme hinein, die durch die folgenden zwei Beispiele verdeutlicht werden können (Nozick 1981: 384 f.): Ein Mörder erleidet nach dem Begehen seiner Tat einen Hirnschaden. Er kann sich als Folge davon weder an die Tat erinnern, noch kann er die mit der Bestrafung verbundene Botschaft verstehen: "He deserved to be punished but does he now deserve to be punished, should we now punish him?" (Nozick 1981: 384.) Wie steht es mit einem Straftäter, der bevor er gefangen wird, die Tat aufrichtig bereut, aus eigenem Antrieb das Opfer entschädigt und gute Taten der Gemeinschaft gegenüber erbringt?

⁵⁷ Schmitz 2001: 16. Die Frage, inwieweit Kant sein Bekenntnis zur unverlierbaren Personenwürde des Verbrechens ernst genommen hat, soll hier nicht weiterverfolgt werden. So behauptet etwa Enderlein, daß der Täter mit der Strafe „zur Sache herabgestuft“ werde (Enderlein 1985: 316; zu einer Kritik dieser Position siehe Müller-Steinhauer 2001: 185 ff.).

⁵⁸ Kant 1982: 487. Zum Thema Zwecke und Strafe bei Kant siehe auch Müller-Steinhauer 2001: 157 ff., 171 ff.

⁵⁹ Bestrafung zum Zwecke der Resozialisierung gehört auch hierhin. Zu einer Diskussion der Frage, ob Resozialisierung mit Kants absoluter Straftheorie versöhnt werden kann siehe Müller-Steinhauer 2001: 179 ff., 191 ff., 234 ff.

Ökonomische Sozialvertragstheorien folgen einem einheitlichen dreielementigen Schema⁶⁰: Sie enthalten verhaltenstheoretische Annahmen; sie definieren und analysieren einen Ausgangszustand, den vorvertraglichen „state of nature“; sie leiten einen Vertragsentwurf auf der Grundlage des Ausgangszustandes ab. Der Vertrag geht bei Buchanan aus der freiwilligen (einstimmigen) Vereinbarung von Menschen hervor, die als *homines oeconomici* modelliert werden. Vereinbart wird ein System von „property rights“, deren Einhaltung alle Parteien gegenüber dem Naturzustand besserstellen könnte. Die Modellierung des Naturzustandes unterscheidet Buchanans Theorie von allen anderen Sozialvertragstheorien, die mit einer Fülle von kontrafaktischen Konstruktionen arbeiten. Es handelt sich um eine „echte“ Vertragstheorie⁶¹, weil

„der denkbare Vertrag nicht in eine Ausgangssituation placiert wird, die durch Fiktionen veredelt wurde“.⁶²

Ausgangspunkt ist vielmehr ein vorvertraglicher Gleichgewichtszustand in der Anarchie, in dem alle Parteien über eine bestimmte Gütermenge verfügen, die ihnen ein gewisses Nutzenniveau liefert. Ein Gleichgewichtszustand zeichnet sich dadurch aus, daß kein Mensch einen Anreiz hat, sein Verhalten zu ändern, gegeben das Verhalten aller anderen. Dieser Gleichgewichtszustand unter anarchischen Bedingungen ist ineffizient: Es werden Ressourcen für Angriff (Raub) und Verteidigung aufgewendet, die zu keiner Wertschöpfung führen.⁶³ Spieltheoretisch handelt es sich beim Anarchiegleichgewicht um das Gleichgewicht eines Gefangenendilemma-Spiels. Ein Gefangenendilemma-Spiel hat folgende Nutzensauszahlungen für die Spieler: Sie erhalten P, wenn alle nicht-kooperativ spielen; R, wenn alle kooperativ spielen; T erhält ein Spieler, wenn er nicht-kooperativ spielt und die anderen kooperativ; die letzteren erhalten dann eine Nutzensauszahlung von S. In einem Gefangenendilemma-Spiel gilt folgende Reihung: $T > R > P > S$. Im Anarchiegleichgewicht erhalten alle die Auszahlung P. Dies sei anhand einer Matrix verdeutlicht. Wir betrachten der Einfachheit halber zwei Spieler, die wir mit A und B bezeichnen. Jeder der beiden verfügt über zwei Strategien: kooperativ spielen, d.h. Frieden bewahren; nicht kooperativ spielen, d.h. angreifen und verteidigen. Die Strategien von Spieler A sind in der Kopfspalte der Abb. 1, die des Spielers B in der Kopfzeile abgetragen. Es gibt vier Strategiekombinationen. Jeder entspricht eine Auszahlung (Nutzen) für A und B. Die Auszahlung für A ist in jeder Zelle links unten, die für B rechts oben abgetragen.

A \ B	Frieden	Angriff + Verteidigung
Frieden	R R	S T
Angriff + Verteidigung	T S	P P

Abb. 1: Das Anarchiespiel

Wegen $T > R$ und $P > S$ ist Angriff und Verteidigung eine dominante Strategie für beide Spieler; beide erhalten die Auszahlung P. Die Differenz $R - P$ kann als Maß für die Ressourcenverschwendung dienen, die mit der nicht-friedlichen im Vergleich zur friedlichen Strategie verbunden ist.

Der Sozialvertrag dient nun dazu, die im Anarchiegleichgewicht auftretende Verschwendung von Ressourcen zu vermeiden und bei allen einen Nutzengewinn zu erzeugen. Der Sozialvertrag ist zunächst ein Abrüstungsvertrag. In ihm verpflichten sich die Parteien, auf Angriffshandlungen zu verzichten (womit auch Verteidigung überflüssig wird). Damit wird ein elementares Eigentumsrecht geschaffen. Rationale Parteien erkennen, daß durch Tausch weitere Nutzengewinne zu erzielen sind. Sie werden demgemäß ein Vertragsrecht vereinbaren, das auf dem Prinzip *pacta sunt servanda*

⁶⁰ Siehe *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, 1990, Baden-Baden, S. 114.

⁶¹ Siehe *Zintl*, Individualistische Theorien und die Ordnung der Gesellschaft. Untersuchungen zur politischen Theorie von J.M. Buchanan und F.A. Hayek, 1983, Berlin, S. 29.

⁶² *Zintl* 1983: 32.

⁶³ Das Leben ist „einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz“ (*Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates. Herausgegeben und eingeleitet von Iring Fetcher, 1966, Neuwied und Berlin, S. 96).

aufbaut. Eigentumsrecht und Vertragsrecht werden auf der konstitutionellen Ebene sozialer Interaktion vereinbart. In und mit dem Sozialvertrag werden wechselseitig Versprechen abgegeben, sich auf der post-konstitutionellen Ebene kooperativ zu verhalten, also die Regeln zu beachten. Jedoch sind die Versprechen nicht glaubwürdig. Der Grund besteht darin, daß der Sozialvertrag den Charakter des Anarchiespiels nicht verändert. Es bleibt ein Gefangenendilemma-Spiel, in dem jeder Spieler zwei Strategien hat: Respektierung der vereinbarten Regeln und Verletzung der Regeln. Es zeigt sich, daß die Verletzung der Regeln für alle Spieler eine dominante Strategie darstellt, so daß der Marsch aus der Anarchie in die Zivilisation nicht stattfindet.⁶⁴ Dies mache man sich klar, indem man in Abb. 1 die Strategie Frieden durch die Strategie "Einhalten des Vertrages" und die Strategie Angriff und Verteidigung durch die Strategie "Brechen des Vertrages" ersetzt. In der Zivilisation, d. h. allseitiger Beachtung der Regeln, könnte jeder eine Nutzensauszahlung von R erzielen. Wegen $R > P$ haben alle einen Anreiz, den Zustand der Anarchie zu verlassen; $R > P$ steht für die antizipierten Nutzengewinne aus dem Marsch in die Zivilisation. Unglücklicherweise ist allseitige Kooperation kein Gleichgewicht. Wie man unschwer der modifizierten Matrix entnehmen kann, ist Brechen des Vertrages für beide tatsächlich eine dominante Strategie. Alle werden sich deshalb nicht-kooperativ verhalten. Das bedeutet aber, daß der Marsch aus der Anarchie mißlingt; alle erhalten Nutzensauszahlungen in Höhe von P. *Homines oeconomici* werden dieses Ergebnis voraussehen. Sie werden erkennen, daß sie auf der post-konstitutionellen Ebene wegen $T > R$ und $S < P$ der Versuchung erliegen werden, ihr Kooperationsversprechen zu brechen. Als strategisch Denkende werden sie deshalb im Sozialvertrag die Einrichtung einer Durchsetzungsinstanz vereinbaren, die Buchanan „protective state“ nennt. Aufgabe dieser Durchsetzungsinstanz ist es, Regelverstöße auf der post-konstitutionellen Ebene zu entdecken und zu bestrafen.⁶⁵

b) *Der protektive Staat*

Das Einrichten und Betreiben eines protektiven Staates ist nicht kostenlos zu haben. Jedes Individuum möge einen gleich hohen Kostenbeitrag leisten. Sei C der individuelle Nutzenentgang, der durch diesen Kostenbeitrag entsteht. Dann lohnt sich die Einrichtung eines protektiven Staates, wenn folgende Bedingung gilt: $R - C > P$. Der Netto-Vorteil aus der Errichtung eines protektiven Staates ($R - C$) ist größer als die Nutzensauszahlung im Anarchiegleichgewicht (P). Sei E der individuelle Disnutzen des Erwartungswertes der Strafe, dann werden alle Straftaten abgeschreckt, wenn folgende Bedingung gilt: $E > T - R$ und $E > P - S$. In diesem Falle wird die Einhaltung des Vertrages für alle zu einer dominanten Strategie. Dies kann aus der folgenden Abb. 2 abgelesen werden.

⁶⁴ Siehe dazu: Buchanan, *The Limits of Liberty*, 1975, Chicago/London, S. 26ff und Schmidtchen / Schmidt-Trenz, *The Division of Labor is Limited by the Extent of the Law*, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 1, No. 3, 1990, S. 49-71.

⁶⁵ Dies ist eine Position, die man bei Kant in seiner Schrift zum ewigen Frieden nachlesen kann. Der erste Definitionsartikel zum ewigen Frieden lautet: "Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein" (*Kant*, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in: Immanuel Kant. *Politische Schriften*. Herausgegeben von Otto Heinrich von der Gablentz, 1965 [1795], Opladen, S. 111). Und im ersten Zusatz "Von der Garantie des ewigen Friedens" schreibt er: "Nun ist die *republikanische* Verfassung die einzige, welche dem Recht der Menschen vollkommen angemessen, aber auch die schwerste zu stiften, vielmehr noch zu erhalten ist, dermaßen, daß viele behaupten, es müsse ein Staat von *Engeln* sein, weil Menschen mit ihren selbstsüchtigen Neigungen einer Verfassung von so sublimen Form nicht fähig wären. Aber nun kommt die Natur dem verehrten, aber zur Praxis ohnmächtigen allgemeinen, in der Vernunft begründeten Willen, und zwar gerade durch jene selbstsüchtigen Neigungen zu Hilfe, so daß es nur auf eine gute Organisation des Staates ankommt (die allerdings im Vermögen der Menschheit ist), jener ihrer Kräfte so gegen einander zu richten, daß eine die andere in ihrer zerstörenden Wirkung aufhält, oder diese aufhebt: so daß der Erfolg für die Vernunft so ausfällt, als wenn beide gar nicht da wären, und so der Mensch, wenn gleich nicht ein moralisch guter Mensch, dennoch ein guter Bürger zu sein gezwungen wird. Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben), auflösbar und lautet so: 'Eine Menge von vernünftigen Wesen, die insgesamt allgemeine Gesetze für ihre Erhaltung verlangen, deren jedes aber in Geheim sich davon auszunehmen geneigt ist, so zu ordnen, und ihre Verfassung einzurichten, daß, obgleich sie in ihren Privatgesinnungen einander entgegen streben, diese einander doch so aufhalten, daß in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg eben derselbe ist, als ob sie keine solchen böse Gesinnungen hätten.' Ein solches Problem muß *auf löslich* sein. Denn es ist nicht die moralische Besserung der Menschen, sondern nur der Mechanismus der Natur, von dem die Aufgabe zu wissen verlangt, wie man ihn an Menschen benutzen könne, um den Widerstreit ihrer unfriedlichen Gesinnungen in einem Volk so zu richten, daß sie sich unter Zwangsgesetze zu begeben einander selbst nötigen, und so den Friedenszustand, in welchem Gesetze Kraft haben, herbeiführen müssen." (*Kant* 1965 [1795]: 128 f.).

A \ B	Vertragstreue	Vertragsbruch
Vertragstreue	R-C R-C	S-C T-E-C
Vertragsbruch	T-E-C S-C	P-E-C P-E-C

Abb. 2: Das Zivilisationsspiel

Die Auszahlungen in den Zellen der Matrix unterscheiden sich von denen in Abb. 1 erstens dadurch, daß bei jeder Strategienkombination für jeden die Kosten C anfallen. Außerdem wird bei der Strategie Vertragsbruch noch ein Abzug in Höhe von E fällig. Werden C und E so eingestellt, daß $R - C > T - E - C$ und $S - C > P - E - C$ gelten, dann wird Vertragstreue zur dominanten Strategie.⁶⁶ Es ergibt sich ein Zivilisationsgleichgewicht, in dem alle Straftaten abgeschreckt werden.⁶⁷ Es lohnt sich allerdings nur, dieses Gleichgewicht zu implementieren, wenn die Kosten nicht zu hoch sind, d.h.: $R - C > P$ muß gelten.⁶⁸

Abschreckung impliziert Instrumentalisierung. Wer einem Abschreckungsstrafrecht zustimmt, stimmt der Instrumentalisierung (auch seiner selbst) als Möglichkeit zu. Eine Instrumentalisierung aber, die nicht gegen den eigenen Willen erfolgt, sondern im Gegenteil gewünscht wird, ist nicht nur Ausdruck der Vernunft, sondern auch der Autonomie einer Person.⁶⁹ Die Einwilligung (auf der konstitutionellen

⁶⁶ Binmore wählt einen anderen Ansatz. Er geht nicht von einem Einmalsspiel aus, sondern modelliert das, was er „game of life“ nennt, als ein wiederholtes Gefangenendilemma Spiel. Dieses hat mehrere Gleichgewichte (Folk Theorem). Der Sozialvertrag wählt eines dieser Gleichgewichte aus. Rechte und Pflichten werden installiert, um den ausgewählten Gleichgewichtspfad zu implementieren (siehe Binmore, *Game Theory and the Social Contract II: Just Playing*, 1997, MIT Press, Cambridge, S. 4 ff.).

⁶⁷ Wenn $R - C > T - E - C$ und $S - C < P - E - C$ gelten, dann hat das Spiel zwei Gleichgewichte: ein kooperatives und ein nicht-kooperatives.

⁶⁸ Im Kontext dieses einfachen Modells eines Gefangenendilemmas gibt es nur die Möglichkeit, perfekt abzuschrecken oder überhaupt nicht abzuschrecken. Nun hatten wir bereits oben im analogen Zusammenhang gesehen, daß die Abschreckung von Straftaten nur bis zu dem Punkt vorangetrieben wird, bei dem die Kosten der Abschreckung einer zusätzlichen Straftat gleich groß werden wie der resultierende zusätzliche Vorteil. Zur Integration dieser Idee in die Sozialvertragstheorie siehe *Schmidt – Trenz, Außenhandel und Territorialität des Rechts, Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels*, 1990, Nomos Verlag, Baden – Baden, S. 201 ff.

⁶⁹ Dabei kommt es – darin Kant ähnlich (siehe *Seelmann* 1991: 458) – weder auf einen empirisch zu ermittelnden noch mutmaßlichen Willen an, sondern auf einen Willen, der bei Zugrundelegung der Vernunft eines homo oeconomicus postuliert, also fingiert wird. Kant hat in seiner Auseinandersetzung mit Beccaria über die Todesstrafe bestritten, daß vernunftbegabte Wesen ihre Bestrafung wollen können. Beccaria hatte die Behauptung der Unrechtmäßigkeit aller Todesstrafen aufgestellt, weil sie im ursprünglichen bürgerlichen Vertrag nicht enthalten sein könnten: „denn, da hätte jeder im Volk einwilligen müssen, sein Leben zu verlieren, wenn er etwa einen anderen (im Volk) ermordete; diese Einwilligung aber sei unmöglich, weil niemand über sein Leben disponieren könne“ (zitiert nach *Kant* 1982: 457). Kants Urteil: „Alles Sophisterei und Rechtsverdrehung. Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine *strafbare Handlung* gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich, gestraft werden zu *wollen*. – Sagen: ich will gestraft werden, wenn ich jemand ermorde, heißt nichts mehr, als: ich unterwerfe mich samt allen übrigen den Gesetzen, welche natürlicherweise, wenn es Verbrecher im Volk gibt, auch Strafgesetze sein werden. Ich, als Mitgesetzgeber, der das *Strafgesetz* diktiert, kann unmöglich dieselbe Person sein, die, als Untertan, nach dem Gesetz bestraft wird; denn als ein solcher, nämlich als Verbrecher, kann ich unmöglich eine Stimme in der Gesetzgebung haben (der Gesetzgeber ist heilig). Wenn ich also ein Strafgesetz gegen mich, als einen Verbrecher, abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft (homo noumenon), die mich als einen des Verbrechens Föhigen, folglich als eine andere Person (homo phaenomenon), samt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft. Mit anderen Worten: nicht das Volk (jeder einzelne in demselben), sondern das Gericht (die öffentliche Gerechtigkeit), mithin ein anderer als der Verbrecher, diktiert die Todesstrafe, und im Sozialkontrakt ist gar nicht das Versprechen enthalten, sich strafen zu lassen, und so über sich selbst und sein Leben zu disponieren. Denn, wenn der Befugnis zu strafen ein *Versprechen* des Missetäters zum Grunde liegen müßte, sich strafen lassen zu *wollen*, so müßte es diesem auch überlassen werden, sich straffällig zu finden, und der Verbrecher würde sein eigener Richter sein. (*Kant* 1982: 457 f.) Selbstverständlich kann man als Verbrecher eine Stimme in der Gesetzgebung haben – man muß nur genauer als Kant von einem

Ebene) zu einer Instrumentalisierung auf der post-konstitutionellen Ebene stellt eine Maßnahme der Selbstbindung dar, die einen ähnlichen Zweck verfolgt, wie jene, die Odysseus ergriff, um nicht den Versuchungen der Sirenen zu erliegen. Sie kann niemals gegen die Menschenwürde verstoßen. Gleiches gilt für den ex post Vollzug einer Instrumentalisierung, da diesem ex ante freiwillig zugestimmt wurde. Daß Kant dieser These nicht widerspricht, zeigt das folgende Zitat:

„In der ganzen Schöpfung kann alles, was man will, und worüber man etwas vermag, auch bloß als *Mittel* gebraucht werden; nur der Mensch, und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf, ist *Zweck an sich selbst*. Er ist nämlich das Subjekt des moralischen Gesetzes, welches heilig ist, vermöge der Autonomie seiner Freiheit. Eben um dieser willen ist jeder Wille, selbst jeder Person ihr eigener, auf sie selbst gerichteter Wille, auf die Bedingung der Einstimmung mit der *Autonomie* des vernünftigen Wesens eingeschränkt, es nämlich keiner Absicht zu unterwerfen, die nicht nach einem Gesetze, welches aus dem Willen des leidenden Subjekts selbst entspringen könnte, möglich ist; also dieses niemals bloß als Mittel, sondern zugleich selbst als Zweck zu gebrauchen“.⁷⁰

Hat man ein Recht zur Selbstbindung? Hier wird der Ansicht von Nozick gefolgt,

"daß jemand sich selbst das antun darf, was, ohne seine Zustimmung von einem anderen begangen, eine Verletzung seiner Schutzzone wäre ... Zustimmung aus freien Stücken öffnet die Grenze für Überschreitungen ... Nach meiner nicht-paternalistischen Auffassung kann sich jemand *alles* antun (oder es einem anderen erlauben), es sei denn, er sei einem Dritten verpflichtet, es nicht zu tun".⁷¹

Wir haben uns bisher nur mit der Frage beschäftigt, ob ein Strafrecht Inhalt eines Sozialvertrages sein kann. Die konkrete Ausgestaltung desselben blieb offen. Um zu zeigen, daß rationale Menschen sich auf ein Strafrecht einigen würden, das auf dem Schuldprinzip aufbaut, beginne man mit folgender hypothetischen Überlegung:

"If the sole reason you have a practice of punishment is to pursue the utilitarian goal of crime control, then why not simply dispense with a guilt requirement and start punishing the innocent, or those who are insane or lack the mental states (e.g., intention) normally required for criminal culpability, or simply use preventive detention for those you think might commit crime? Start scapegoating people. That ought to scare the hell out of the potential criminals!"⁷²

Die Antwort ist eindeutig: Würde man auf das Schuldprinzip verzichten, würde man eine Gesellschaft mit derart großer Instabilität der Erwartungen kreieren, in der weder Freiheit noch das allgemeine Wohl gedeihen würden. Ein auf dem Schuldprinzip aufbauendes Strafrecht erlaubt es den Bürgern, mit hinreichender Sicherheit vorherzusagen, ob sie bestraft werden oder nicht. Das wäre im Alternativmodell anders:

"On our other model, however, citizens would have no such basis of prediction; thus it would cause social havoc and would, on such a grand scale, fail even as a general deterrence device. It would be, as John Rawls has argued, like a price system in which persons were never told the price of any commodity until they had already irrevocably purchased it. Just as this kind of price system could not control economic behavior in a rationally predictable way, so would a system allowing the punishment of the innocent fail to control criminal behavior in a rationally predictable way. Thus, on purely rule-utilitarian grounds, a requirement that criminal guilt be a necessary

"potentiellen" Verbrecher reden. Bevor jemand zum Verbrecher wird, d. h. bevor der bürgerliche Vertrag geschlossen wird (also in einer Zeit, in der es die Kategorie des Verbrechers noch nicht gibt), kann er selbstverständlich über die Regeln mitentscheiden, die später, wenn der bürgerliche Vertrag in Kraft ist, gelten sollen. Dies gilt unabhängig davon, ob man den Sozialvertrag als faktisch vollzogen oder lediglich als hypothetisch (Gedankenexperiment) interpretiert. Die Constitutional Economics à la Buchanan, die eine konstitutionelle Ebene von der post-konstitutionellen Ebene unterscheiden, vermeiden das von Kant angesprochene Problem.

⁷⁰ Kant 1974: 210. Hervorhebungen im Original

⁷¹ Nozick 1976: 64.

⁷² Murphy / Coleman 1984: 127. Allerdings läßt sich zeigen, daß schuldenunabhängige (zufällige) Strafen effizientes Verhalten erzeugen können, wenn die Menschen risikoavers sind (siehe dazu *Rasmusen*, *Moral Hazard in Risk – Averse Teams*, in: *Rand Journal of Economics*, 18, 1987, S. 428-435). Folgendes Beispiel mag diese Idee verdeutlichen: Auf einer Autobahnstrecke zwischen Ort A und Ort B gelte eine Höchstgeschwindigkeit. Die Polizei möge in der Lage sein, zwar jede Geschwindigkeitsüberschreitung zu entdecken, aber nicht den Fahrer zu identifizieren. Die glaubwürdige Androhung, Fahrer nach einem Zufallsprinzip zu bestrafen, wenn auch nur ein einziger Regelverstoß auftritt, kann von einer Geschwindigkeitsüberschreitung abschrecken. Mit zunehmender Zahl der Fahrer tritt allerdings ein negatives Anreizproblem auf: Eigenes ordnungsgemäßes Verhalten stellt keine Garantie für Straffreiheit dar, weil man nicht weiß, ob andere sich an die Regel halten. (Die generelle Vermeidung von Strafaktionen stellt ein Kollektivgut im ökonomischen Sinne dar.) Eine Verschärfung der Strafe und / oder der Strafwahrscheinlichkeit wird mit zunehmender Gruppengröße erforderlich.

condition for criminal punishment can be defended and, insofar as this is the point being made by Kant, it can be accepted without indulging in a discussion of rights as having primary value".⁷³

5. Abschluß

In diesem Beitrag wurde zu zeigen versucht, daß eine präventiv orientierte Bestrafung keinen Verstoß gegen die Menschenwürde im Sinne Kants darstellt. Einem potentiellen Täter kann unterstellt werden, daß er auf der konstitutionellen Ebene rationalerweise seiner eigenen Bestrafung im hypothetischen Sozialvertrag zugestimmt hätte. Wer aber seiner eigenen Bestrafung zustimmt, der wird nicht in einer die Menschenwürde verletzenden Weise instrumentalisiert. Das Urteil sähe anders aus, wenn die präventiv orientierte Bestrafung gegen den Willen eines Täters erfolgen würde. Das aber ist in der ökonomischen Sozialvertragstheorie nicht der Fall.

Wenn Menschen einen Staat gründen, um unter Recht und Gesetz zu leben, dann werden sie aus ökonomischer Sicht weniger an der Frage interessiert sein, wie man Menschen behandeln soll, die bereits Rechte verletzt haben, sondern wie man Rechtsverletzungen vermeiden kann.⁷⁴ Strafe wird in den Dienst der General- und Spezialprävention gestellt. Die tatsächliche Bestrafung übernimmt dann eine Hilfsfunktion. Sie ist notwendig, um die Glaubhaftigkeit der Strafandrohung zu dokumentieren.⁷⁵ Diese Position aber kann in ein Dilemma führen. Muß man Glaubhaftigkeit des Strafrechts auch dann einfordern, wenn im Einzelfall etwa in Fällen von Geiselnahme ein Abweichen von der Bestrafung Menschenleben retten könnte? Man denke an den (die) pädophilen Entführer zweier junger Mädchen, die diese freilassen würden, wenn ihnen glaubwürdig zugesichert würde, sie nicht strafrechtlich zu verfolgen. Ohne diese Zusage werden sie aus Furcht, bei einer Freilassung der Opfer später von diesen identifiziert zu werden, diese töten. Hier kommt es interessanterweise zu einer Instrumentalisierung von Opfern. Sie werden um der Glaubhaftigkeit des Strafsystems – oder bei Kant: um der Vergeltung willen geopfert. Darf man dies tun?

⁷³ *Murphy / Coleman* 1984: 128. Allerdings kann es unter bestimmten Bedingungen für einen rationalen Bürger interessant sein, auf ein Schuldprinzip im Strafrecht zu verzichten: „und zwar immer dann, wenn durch ein Strafrecht ohne Schuldprinzip die generalpräventive Wirkung der Strafe so weit steigt, daß das erhöhte Risiko, als Unschuldiger bestraft zu werden, aufgewogen wird“ (Baurmann, S. 140).

⁷⁴ Siehe auch Baurmann 1990.

⁷⁵ „I. Der Zweck der *Androhung* der Strafe im Gesetz ist Abschreckung Aller, als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen. II. Der Zweck der *Zufügung* derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, in wiefern ohne sie diese Drohung leer (unwirksam) sein würde“ *Feuerbach/Mittelmaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts, 1973 [1847], Aalen, zitiert nach *Müller-Steinhauer* 2001: 160).