

2. Die Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Utilitätsprinzips

2.1. *Der Ansatz von Bentham – Die Priorität der Prävention*

Den historisch ersten Versuch, eine durchgängige Anwendung des Folgenprinzips auf das Strafrecht mit dem Verantwortungsprinzip nicht nur zu vereinbaren, sondern den Wert des Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Folgenprinzips zu erklären und zu rechtfertigen, hat J. Bentham gemacht. Seine Argumente sind aber nicht nur von historischem Interesse, sondern vor allem in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus aktuell. Darauf werde ich im Anschluß an die Rekonstruktion der Argumente Benthams zurückkommen.

Bentham interpretiert bzw. ergänzt das Prinzip, gesellschaftliche Einrichtungen aufgrund ihrer empirischen Folgen zu beurteilen, im Sinne seines hedonistischen Utilitarismus. Der Hauptgedanke des hedonistischen Utilitarismus besteht darin, daß eine gesellschaftliche Verfassung genau dann gerecht ist, wenn sie die Summe des Glücks der Mitglieder einer Gesellschaft maximiert (zu einer ausführlichen Diskussion und präzisen Fassung des Utilitätsprinzips vgl. Köhler 1979, 65 ff.). Daraus folgt, daß die Existenz einer einzelnen gesellschaftlichen Institution genau dann gerechtfertigt ist, wenn durch sie der gesellschaftliche Nutzen vermehrt oder – da wir nach Bentham in einem „Reich der Übel“ leben müssen – der gesellschaftliche Schaden verringert wird. Das auf die Strafe bezogene Folgenprinzip (F) muß also im Sinne des Utilitarismus Benthams ergänzt werden.

Schema U₁

- F: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie eine erwünschte Wirkung hat
- F_u: Eine Wirkung ist genau dann erwünscht, wenn sie die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht
-
- U: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht

Die Erfüllung des Nutzen- bzw. Utilitätsprinzips (U) ist problematisch, denn die unmittelbare Folge der Strafe ist zunächst eine Vergrößerung des Schadens:

»Aber jede Strafe ist als solche ein Übel. Wenn sie aufgrund des Utilitätsprinzips überhaupt zugelassen ist, dann nur, insoweit sie verspricht, ein größeres Übel zu verhindern.« (Bentham 1948, 170)

Größeren Schaden verhindern als durch sie selbst angerichtet wird kann die Strafe aber nur, wenn sie die Ausführung bestimmter schädlicher Handlungen verhindert, also präventiv wirkt: „Das unmittelbare Hauptziel der Strafe ist die Kontrolle von Handlungen.“ (170 Fn) Auch auf der Grundlage eines utilitaristischen Nutzenprinzips kommt man also mit Bentham zu der Begründung eines Präventionsprinzips:

Schema U₂

U: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht

U_p: Die gesellschaftliche Nutzensumme wird durch Strafe nur dann erhöht, wenn Strafe präventiv wirkt

P: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie präventiv wirkt

Das Präventionsprinzip im Sinne Benthams (P) unterscheidet sich in einem wichtigen Punkt von P*. Prävention ist nach Bentham nämlich (nur) eine notwendige Voraussetzung für eine gerechtfertigte Strafe, d. h. die Tatsache, daß z. B. bei Sippenhaft eine höhere Abschreckungswirkung nachweisbar sein könnte, würde nach P allein noch kein hinreichender Grund für eine entsprechende Ausdehnung des Strafrechts sein. Zuvor müßte geprüft werden, ob der Schaden durch eine so extensive Strafrechtspraxis nicht größer wäre als der Nutzen einer erhöhten präventiven Wirkung. In einem berühmten Kapitel seines Buchs *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780) analysiert Bentham die Bedingungen, unter denen eine Strafe ungeeignet sei („Cases unmeet for punishment“), weil die gesellschaftlichen Kosten, die durch das Eingreifen des Strafrechts entstünden, größer seien als ein zu erwartender Nutzen. Dies wäre der Fall, wenn

1. die Strafe „grundlos“ ist, d. h. wenn durch sie kein Schaden verhindert werden kann, weil die betreffende Handlung keine nachteiligen gesellschaftlichen Konsequenzen hat;
2. die Strafe „ineffektiv“ ist, indem sie kein geeignetes Mittel darstellt, um den Schaden zu verhindern, weil sie keine präventive Wirkung entfaltet;

3. die Strafe „zu teuer“ ist, weil der durch sie angerichtete Schaden größer ist als der durch sie verhinderte;
4. die Strafe „unnötig“ ist, weil der drohende Schaden auch ohne strafrechtliche Maßnahmen zu einem geringeren Preis verhindert werden kann. (Bentham 1948, 171)

Insgesamt ist dies eine Liste, die gemessen an ihrem historischen Kontext ein bemerkenswertes Plädoyer für eine weitreichende quantitative und qualitative Einschränkung strafrechtlicher Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt ihrer Nützlichkeit ist. Im Hinblick auf eine Begrenzung der Strafe im Sinne des Verantwortungsprinzips haben sich die Nachfolger Benthams bei dem Versuch einer utilitaristischen Rechtfertigung für dieses Prinzip meistens – wie wir noch sehen werden – auf Argumente vom Typ 3 gestützt, d. h. sie wollen beweisen, daß ein Fallenlassen des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips mehr schadet als nützt. Bentham selbst allerdings glaubte, daß sich das Problem einer möglicherweise erhöhten Abschreckungswirkung der Strafe aufgrund eines Bruchs des Verantwortungsprinzips gar nicht stellt: Das Ergebnis seiner Überlegungen besteht nämlich darin, daß *ein präventiv effektives Strafrecht überhaupt nur auf der Grundlage eines Verantwortungsprinzips möglich ist*. Seine Argumente für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip sind also alle im Sinne des zweiten Punktes, nach dem Strafe dann sinnlos ist, wenn sie uneffektiv bleibt, d. h. wenn sie keine präventive Wirkung entfalten kann, um einen drohenden Schaden zu verhindern.

Wie kommt Bentham zu diesem Ergebnis? Er versucht zunächst, die Bedingungen aufzuzählen, unter denen Strafe uneffektiv bleiben muß, weil sie die Handlungspläne der von einer Strafdrohung betroffenen Personen nicht beeinflussen kann. Bentham unterscheidet dabei zwischen dem Problem, die Ausführung eines bestimmten *Typs* von Handlungen zu verhindern und dem Problem, von bestimmten *individuellen* Handlungen abzuschrecken. Demnach bleibt die Strafe uneffektiv, wenn erstens „die Strafvorschrift, obwohl sie einer Person zur Kenntnis gebracht wurde, keine Wirkung auf sie haben kann, weil diese Person durch eine Strafe nicht davon abgehalten werden kann, eine Handlung der betreffenden *Art* auszuführen“. Dies sei der Fall, 1. bei Minderjährigkeit („infancy“), bei der eine Person noch nicht die Disposition erworben hat, eine drohende zukünftige Strafe bei ihrer Handlungsplanung wahrnehmen oder berücksichtigen zu können; 2. bei Geisteskrankheiten („insanity“), wenn diese Disposition durch den Einfluß von permanenten aber unsichtbaren Ursachen zerstört ist; und 3. im Rauschzustand („intoxication“), in dem diese Disposition durch eine vorübergehende, sichtbare Ursache unwirksam gemacht worden ist (173). Zweitens muß Strafe nach Bentham uneffektiv bleiben, „wenn die Strafvorschrift . . . keine Wirkung im Hinblick auf eine bestimmte *individuelle* Handlung einer Person haben kann, weil diese Person nicht weiß, daß ihre Handlung zu denjenigen gehört, auf die sich die Strafvorschrift bezieht“. Dies sei der Fall, 1. bei nicht-intentionalem Verhalten („unin-

tentionality“), bei dem eine Person nicht weiß oder nicht intendiert, daß sie ein bestimmtes Verhalten ausführt; 2. bei einem Irrtum über die empirischen Folgen einer Handlung („unconsciousness“), durch den eine Person nicht weiß, daß ihre Handlung die Konsequenz hat, einen Schaden zu verursachen, der der Grund für ihre strafrechtliche Ächtung ist; und 3. bei einem Irrtum über Rechtfertigungsgründe („missupposal“), durch den eine Person fälschlicherweise davon ausgeht, daß der durch ihre Handlung bewirkte Schaden durch einen gleichzeitig bewirkten, auf spezielle Umstände zurückgehenden Nutzen aufgehoben wird.

Bei diesen in den zwei Gruppen aufgezählten Fällen geht Bentham also davon aus, daß eine Strafdrohung oder -verhängung nutzlos wäre, weil sie keine präventive Wirkung hätte. Aufgrund der speziellen Umstände, unter denen die unerwünschten Verhaltensweisen hier jeweils auftreten, könne man nicht erwarten, daß die betreffenden Personen durch eine Strafe von ihren Handlungen abgehalten werden, bzw. in Zukunft Handlungen, die unter ähnlichen Bedingungen stattfinden, unterlassen würden. Entweder befänden sie sich in einem geistigen Zustand, der sie gegenüber Strafdrohungen prinzipiell unempfindlich macht, oder aber sie wüßten nicht, daß ihr Verhalten zu dem Typ einer Handlung gehört, der strafrechtlich sanktioniert wird.

Nach Bentham ist es deshalb allein unter dem Gesichtspunkt der präventiven Effektivität das Resultat einer zweckrationalen Kalkulation, strafrechtliche Maßnahmen auf den Kreis von Personen zu beschränken, die für eine strafbare Handlung (mental) verantwortlich sind – wobei sich diese Position gut mit einer Interpretation des Verantwortungsbegriffs im Sinne des teleologischen Kriteriums verträgt. Zu der drastischeren Frage, ob es für die abschreckende Wirkung der Strafe nicht nützlich sein könnte, Personen zu bestrafen, die keine Täter oder Teilnehmer sind, die man also nicht einmal *kausal* für eine strafbare Handlung verantwortlich machen kann, hat sich Bentham nicht explizit geäußert, wohl deshalb, weil er die Vernünftigkeit dieser Einschränkung zu offensichtlich fand: Indem man Personen bestraft, die keine strafbaren Handlungen planen oder ausführen, kann man sie auch nicht von strafbaren Handlungen abhalten. Bentham hätte diesen Fall anstatt zur Uneffektivität wohl eher zu den Fällen gezählt, bei denen Strafe „grundlos“ ist: „Das sind solche, bei denen überhaupt kein Schaden entstand: bei denen durch die betreffende Handlung niemandem ein Schaden zugefügt wurde.“ (171)

Zusammenfassend kann man also festhalten: Nach Bentham ist es nützlich und damit vernünftig und gerecht, die Verhängung von strafrechtlichen Sanktionen gegen bestimmte Personen davon abhängig zu machen, daß diese Personen für ein strafbares Verhalten kausal und mental verantwortlich gemacht werden können, weil nur unter dieser Bedingung die präventive Effektivität der Strafe gewährleistet sei. Im anderen Fall könne durch die Strafe kein Schaden verhindert werden, sondern der Schaden würde durch eine zwecklose Strafverhängung nur vergrößert.

Man kann also das Präventionsprinzip im Sinne Benthams durch ein Verantwortungsprinzip ergänzen:

Schema U₃

- P: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie präventiv wirkt
 P_v: Strafe wirkt nur dann präventiv, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist
-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist.

Auch im Rahmen einer Argumentation, die ausschließlich auf der Grundlage des Folgenprinzips (F) steht, ohne bei einer Schuld- oder Vergeltungstheorie Anleihen zu machen, kommt man also bei einer Ergänzung dieses Prinzips durch die Annahmen der utilitaristischen Theorie Benthams zu einer Ableitung und damit Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips (V). Der Übersichtlichkeit halber fasse ich die dazu verwendeten Prämissen in dem folgenden Schema noch einmal zusammen:

Schema UB

- F: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie eine erwünschte Wirkung hat
 F_u: Eine Wirkung ist genau dann erwünscht, wenn sie die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht
 U_p: Die gesellschaftliche Nutzensumme wird durch Strafe nur dann erhöht, wenn Strafe präventiv wirkt
 P_v: Strafe wirkt nur dann präventiv, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist
-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist

Wesentlich ist, daß erstens in den Prämissen von V kein Schuld- oder Vergeltungsprinzip benötigt wird und daß zweitens das Verantwortungsprinzip aus den Prämissen ‚echt‘ abgeleitet wird, d. h. es wird nicht nur die Vereinbarkeit von V mit den Prämissen gezeigt, sondern V wird auf der Grundlage der Prämissen erst begründet und – wenn man so will – gefordert.

2.2. *Der Nachvollzug von Benthams Argumenten in der deutschen Rechtswissenschaft*

In den letzten Jahren hat es in der Bundesrepublik eine zunehmende Anzahl von Autoren gegeben, die den Versuch unternommen haben, die Funktion des Schuldprinzips auf der Grundlage einer Strafzwecktheorie zu klären bzw. im besonderen zu zeigen, daß der Zweck der Generalprävention nicht zu Konflikten mit einem strafrechtlichen Verantwortungsprinzip führt. Die vorgetragenen Argumente weisen z. T. signifikante Analogien zu den Überlegungen von Bentham auf. So vertritt beispielsweise P. Noll die Position, daß entgegen der klassischen Auffassung gerade das Schuldprinzip „eine selektive und gezieltere Anwendung der strafrechtlichen Sanktionen im Hinblick auf den Zweck der Generalprävention“ bedeute (Noll 1966, 220). Nur wenn man die Strafe auf solche Personen beschränke, die für eine strafbare Handlung verantwortlich gemacht werden können, entfalte die Verbotsnorm eine präventive Wirkung:

»Schuld setzt somit allgemein voraus, daß der Täter normativ ansprechbar, motivierbar ist. Fehlt diese Schuldvoraussetzung, ist es nicht nur ungerecht, sondern auch vom präventiven Zweck her gesehen sinnlos, den Täter zu bestrafen.« (Noll 1966, 225)

Ähnlich argumentieren C. Roxin und G. Jakobs. Während für Roxin das Schuldprinzip und eine vernünftige Kriminalpolitik in dem Ergebnis *konvergieren*, „daß es sinnlos ist, jemanden zu bestrafen, der durch Normen nicht motivierbar ist“ (Roxin 1979, 297), geht Jakobs sogar davon aus, daß Schuld *allein* „durch Generalprävention begründet“ werde (Jakobs 1976, 9). K. Lüderssen wehrt sich gegen die verbreitete Ansicht, daß ein differenziertes System individueller Zurechnungskriterien die präventive Effektivität des Strafrechtssystems beeinträchtigen müsse und formuliert Argumente für eine allgemeine „Kongruenz von Zweckmäßigungs- und Freiheitserwägungen im Prinzip der Generalprävention“ (Lüderssen 1979, 77). Vor dem Hintergrund einer solchen Kongruenz würde sich das klassische Dilemma zwischen einer folgenreorientierten Rationalisierung des Strafrechts und der Einhaltung von fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien als Scheinproblem enthüllen:

»Eine Generalprävention, die in dieser Weise das Zurechenbarkeitsprinzip in die Kalkulation ihrer Zweckmäßigkeit mit einbezieht, muß sich nicht von vornherein entgehalten lassen, sie mißachte die Maxime, daß der Mensch stets als Zweck an sich anzusehen sei.« (Lüderssen 1979, 58)

Im Gegensatz zu ihrem utilitaristischen Vorläufer Bentham lassen die zeitgenössischen Vertreter einer folgenreorientierten oder teleologischen Interpretation des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips jedoch einen entscheidenden

den Punkt im unklaren: Sie machen – jedenfalls die meisten von ihnen – nicht deutlich, ob ihre Überlegungen als Argumente für die *Vereinbarkeit* von präventiver Effektivität des Strafrechts und einem Verantwortungsprinzip zu verstehen sind, oder als Argumente für eine *Ableitung* bzw. *Rechtfertigung* des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Strafzwecks der Generalprävention. Im zweiten Fall hätten wir eine vollständige Analogie zu der Position Benthams, wie sie durch das Schema UB rekonstruiert wurde – wenn auch vielleicht ohne eine utilitaristische Terminologie. Im ersten Fall sähe ein Ableitungsschema aber wesentlich anders aus, denn es müßte eine von dem Präventionsprinzip unabhängige Begründung und Rechtfertigung für das Verantwortungsprinzip *voraussetzen*, wie sie etwa von einem Vergeltungsprinzip geliefert wird. Aufgrund bestimmter empirischer Bedingungen ergäbe sich dann eine insofern *kontingente* Vereinbarkeit zwischen dem Präventionsprinzip und einem unabhängig davon gerechtfertigten Verantwortungsprinzip.

Wenn dies die Position der zitierten Autoren ist, dann hätten sie nichts zu der Frage beigetragen, aufgrund welcher Prämissen wir das Prinzip, nur die Personen zu bestrafen, die man für eine strafbare Handlung verantwortlich machen kann, als gut begründet, gerecht und nahezu unbedingt gültig betrachten. Sie hätten dann nur – und sehr wahrscheinlich zu Recht – darauf hingewiesen, daß unter den z. Z. bestehenden empirischen Verhältnissen das strafrechtliche Verantwortungsprinzip *vereinbar* ist mit der Orientierung an einem generalpräventiven Strafzweck. Das mag unter pragmatischen kriminalpolitischen Aspekten ein wichtiges und geschicktes Argument sein, für das Problem, ob eine auf das Folgenprinzip gegründete Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips möglich ist, gibt es nicht viel her.

Es gibt in der Tat Indizien, daß diese Lesart zumindest bei einigen Autoren die richtige ist. So betont Lüderssen beispielsweise an einigen Stellen die Unabhängigkeit und Priorität eines gegenüber präventiven Zwecken selbständigen Rechtfertigungskriteriums für die Verhängung von Strafen:

»Noch einmal ist festzuhalten, daß die Überlegungen denjenigen generalpräventiven Effekten gelten, die nicht von vornherein die Autonomie des Einzelnen mißachten und aus *diesem* Grunde nicht befürwortet werden können. Die Autonomie des Einzelnen ist respektiert, wenn die Sanktionen, die er hinnehmen muß, ihm gegenüber gerechtfertigt sind. Das Interesse richtet sich also auf die generalpräventive Eignung dieser Sanktionen.« (Lüderssen 1979, 64)

Die Autonomie des einzelnen wird aber nun gerade durch ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip garantiert, das Lüderssen mit dem Prinzip der Generalprävention kongruent sieht. Es bleibt insofern unklar, ob er die Autonomie des einzelnen respektieren will, weil dies im Hinblick auf den gerechtfertigten Zweck der Generalprävention nützlich ist, oder ob er den Zweck der Generalprävention für gerechtfertigt hält, weil er auf der Grundlage eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips realisierbar ist. Im zweiten Fall ließe er aber ge-

rade die Frage offen, warum wir ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip akzeptieren sollen, bzw. warum denn nur eine Sanktion, die die Autonomie des einzelnen respektiert, gerechtfertigt ist – wenn nicht implizit wieder auf das Vergeltungsprinzip zurückgegriffen werden soll.

Ich will aber hier dem Problem, ob es sich bei diesen Autoren um Vertreter einer ‚Begründungsthese‘ oder einer ‚Vereinbarkeitsthese‘ handelt, nicht weiter nachgehen, denn in dem Kontext meiner Erörterungen geht es ausschließlich um das Problem, ob eine *Rechtfertigung* des Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Folgenprinzips möglich ist. Ich werde mich deshalb auf eine Diskussion der Position, wie sie durch das Schema UB dargestellt wird, beschränken.

2.3. Die Kritik an dem Ansatz von Bentham

Der schwache Punkt der von Bentham erstmals skizzierten utilitaristischen Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips besteht offensichtlich in der Prämisse P_v des Ableitungsschemas UB, d. h. in der Abhängigkeit der Konklusion V von der empirischen Voraussetzung, daß Strafe nur dann eine präventive Wirkung hat, wenn sie gemäß einem Verantwortungsprinzip verhängt wird. H. L. A. Hart knüpft bei seiner Kritik an der Konzeption Benthams an diese problematische Prämisse an. Er bemängelt, daß Benthams Argumente für die Behauptung, daß die präventive Effektivität der Strafe an ein Verantwortungsprinzip gebunden sei, ein „offenkundiges *non sequitur*“ sind:

»Er will beweisen, daß die *Bestrafung* von Geisteskranken, von Kindern oder von denjenigen, die unabsichtlich, unter Nötigung oder selbst im ›Notstand‹ das Recht brechen, ohne Wirkung sein muß; aber alles, was er beweist, ist (höchstens) der ganz andere Satz, daß die *Androhung* von Strafe gegenüber Personen, auf welche die genannten Bedingungen zutreffen, keine Wirkung haben wird. Es ist ohne weiteres möglich, daß zwar (wie Bentham zeigt) die *Strafandrohung ihnen* gegenüber unwirksam bleiben muß, daß aber ihre *tatsächliche Bestrafung* bei *tatverantwortlichen* Personen ein höheres Maß an Gesetzestreue gewährleistet als die Zulassung von Entschuldigungsgründen. Wenn es nur um utilitaristische Prinzipien ginge, dann würden wir die Beschränkung der Strafe auf Grund von Entschuldigungsgründen fallenlassen, und zwar ohne das Bewußtsein, irgendein wichtiges Prinzip zu opfern oder von zwei Übeln das geringere zu wählen.« (Hart 1971, 76 f.)

Diese Einwände von Hart machen deutlich, daß Benthams Argumentation für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip mit zwei unterschiedlichen Anforderungen konfrontiert ist, die sie aber nur zum Teil erfüllen kann. *Einerseits*

muß Bentham nachweisen, daß eine präventive Wirkung der Strafe bei denjenigen Personen nicht zu erwarten ist, die für ihre Handlungen nicht verantwortlich gemacht werden können. Diese Annahme ist plausibel, weil sie – bei einer expliziten Ausformulierung – in den meisten Fällen eine *analytische* Schlußfolgerung darstellt: Wenn beispielsweise eine Person unfähig ist, die Konsequenzen ihrer Handlungen bei ihrer Handlungsplanung zu berücksichtigen, dann folgt daraus (bei einer sinnvollen Explikation der verwendeten Begriffe) rein logisch, daß eine Strafdrohung bei ihr keine präventive Wirkung haben kann. *Andererseits* aber bedarf die Behauptung von Bentham, daß diese Fälle unter dem Gesichtspunkt der Nützlichkeit für eine Strafverhängung ungeeignet seien, einer weiteren, *empirischen* Voraussetzung: daß nämlich die Bestrafung von Personen, die für ihre Handlungen nicht verantwortlich gemacht werden können, *auch* keine präventiven Wirkungen auf andere, zurechnungsfähige Personen ausüben kann. Diese Voraussetzung ist schon deshalb weniger zwingend – unabhängig von ihrer tatsächlichen Wahrheit oder Falschheit –, weil sie im Gegensatz zur ersten eine empirische Annahme darstellt. Bentham selber aber erkannte diesen zweiten notwendigen Teil seiner Schlußfolgerung nicht oder hielt ihn fälschlicherweise im ersten enthalten.

Dieses Problem steht dann auch im Zentrum der Kritik, die an den späten Nachfahren von Bentham innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft geübt worden ist. So wendet C. Schöneborn gegenüber Roxin ein, daß eine Steigerung der präventiven Effektivität der Strafe aufgrund einer „Exempelstatuierung“ (Schöneborn 1976, 358) durch eine Bestrafung von Personen, die man für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich machen kann, durchaus möglich sei:

»Wer vermag schon gesichert zu behaupten, daß die Bestrafung von Anormalen nicht zur Erhaltung der Rechtstreue des normalen Adressatenkreises dienlich sein könnte. Die generalpräventive Kernthese, daß durch die Sanktionierung des Normbruchs die Unverbrüchlichkeit des jeweiligen Kodexes plakativ sichergestellt werden soll, legt eine derartige Restriktion in bezug auf die Sanktionsadressaten keineswegs nahe.« (351)

Auch B. Burkhardt ist der Auffassung, daß die empirische Basis einer strafzweckorientierten Begründung des Verantwortungsprinzips zu schwach sei:

»Selbst wenn man aber einmal akzeptieren wollte, daß Strafdrohung und Strafe gegenüber schuldunfähigen und entschuldigten Tätern nicht wirkt, so wäre damit nicht ausgemacht, daß eine Bestrafung dieser Täter nicht generalpräventiv auf *andere* wirkt.« (Burkhardt 1976, 336 f.)

Burkhardt geht davon aus, daß die Plausibilität einer teleologischen Interpretation des Verantwortungsprinzips abhängig ist von der Richtigkeit folgender – nicht unbedingt plausibler – Annahmen:

»(1) Strafe bzw. Strafdrohung kann gegenüber einem ohne Schuld handelnden Täter keine präventive Wirkung entfalten; (2) die Bestrafung eines ohne Schuld handelnden Täters kann gegenüber *Dritten* keine präventiven Effekte haben; (3) die Beweisschwierigkeiten, die sich bei subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ergeben, führen (präventiv gesehen) nicht zu Effektivitätsverlusten.« (336)

Da die empirische Wahrheit dieser Annahmen zumindest in hohem Grade zweifelhaft sei, könne eine strafzweckorientierte Begründung des Verantwortungsprinzips nicht haltbar sein.

Eine solche Kritik an der Konzeption eines durch generalpräventive Zwecke gerechtfertigten Verantwortungsprinzips, die sie nur dadurch zu erschüttern versucht, daß sie die *Falschheit* der empirischen Prämisse P_v nachzuweisen trachtet, ist aber noch *zu schwach*, denn sie impliziert, daß diese Konzeption akzeptabel ist, wenn die empirische Prämisse P_v *wahr* wäre. Selbst wenn aber die drei von Burkhardt genannten Annahmen zuträfen und es einwandfrei bewiesen wäre, daß es keinen empirisch feststellbaren Gegensatz zwischen der Verfolgung präventiver Ziele und der Erfüllung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips gäbe, wäre die Argumentation im Sinne des Schemas UB *nicht* ausreichend für eine hinreichend starke Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips! Nicht die Tatsache, daß P_v falsch sein könnte, erschüttert UB, sondern die Tatsache, daß die Ableitung von V *überhaupt* abhängig ist von der Wahrheit oder Falschheit des empirischen Sachverhalts, wie er durch P_v ausgedrückt wird. Wenn wir nach einer argumentativen Rekonstruktion unserer intuitiven Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip suchen, dann kann die Wahrheit der empirischen Behauptung, daß die präventive Effektivität des Strafrechts durch ein Verantwortungsprinzip nicht verringert wird, deshalb nicht ausschlaggebend für die Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips sein, weil wir ein solches Verantwortungsprinzip *auch dann* als gerechtfertigt betrachten würden, wenn es eine empirische Tatsache wäre, daß die präventive Effektivität des Strafrechts durch die Einhaltung eines Verantwortungsprinzips verringert wird!

Genauso wenig also, wie die Geltung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips unmittelbar von der kontingenten Tatsache abhängig sein darf, ob ein Verantwortungsprinzip die präventive Wirkung der Strafe tangiert oder nicht, darf sich die Kritik an einem solchen Modell nur auf bestimmte empirische Annahmen über dieses Verhältnis stützen.

Man kann den Versuch einer generalpräventiv begründeten Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auch damit nicht retten, indem man – wie Roxin – auf die Tatsache verweist, „daß wir über die generalpräventive Wirkung der Normen überhaupt wenig Gesichertes wissen. Gilt dies aber ganz allgemein, so ist es leicht, Vermutungen zu ersinnen, deren Unrichtigkeit sich nicht exakt nachweisen läßt. Gleichwohl darf man die Kriminalpolitik nicht auf Hypothesen stützen, für die ernstlich nichts spricht. Und um eine solche Hypothese handelt es sich bei dem Gedanken, wirksame Gene-

ralprävention durch die Bestrafung Irrer betreiben zu wollen.“ (Roxin 1979, 300) Dieses Argument ist ein Bumerang, denn es hat die Konsequenz, daß wir bei einer Verbesserung unseres empirischen Wissens gezwungen sein könnten, grundlegende rechtspolitische Prinzipien zu revidieren, die wir von einem solchen Wissen gerade nicht abhängig machen wollen. Wenn es empirisch nachweisbar wäre, daß die präventive Effektivität des Strafrechts unter einem Verantwortungsprinzip leidet, gäbe es keinen Grund mehr – unter Voraussetzung der Priorität generalpräventiver Zwecke –, an einem Verantwortungsprinzip festzuhalten. Diese Konsequenz entspräche nicht der Absicht, eine ausreichend starke Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips zu finden.

Richtig an der Überlegung von Roxin ist aber der Hinweis darauf, daß wir eine starke Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip haben, *ohne* auch nur über ein annähernd ausreichendes empirisches Wissen darüber zu verfügen, welche tatsächlichen Folgen die Einhaltung eines solchen Verantwortungsprinzips für die präventiven Wirkungen des Strafrechts im einzelnen nun hat. Es ist beim heutigen Stand der Sozialwissenschaften weitgehend unklar, ob ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip eine geringere präventive Wirkung hat als eines mit ‚striktter Zurechnung‘ bzw. umgekehrt. Das empirische Wissen über soziale Mechanismen der Prävention ist so minimal, daß man noch nicht einmal mit Sicherheit behaupten kann, das Strafrecht habe *überhaupt* eine präventive Wirkung. Ein solches einigermaßen gesichertes Wissen wäre aber die unabdingbare Voraussetzung, um eine utilitaristisch begründete Entscheidung im Sinne des Schemas UB für oder gegen ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip zu fällen. Daraus sollte man nun aber nicht vorschnell den Schluß ziehen, daß uns dann eben die Grundlage für eine rationale Entscheidung in dieser Frage offensichtlich fehle, sondern eher im Gegenteil, daß es sich hier um eine Präferenz handeln könnte, die gegenüber empirischem Wissen dieser Art *weitgehend invariant* ist! Daß man eine Entscheidung vertritt, die nur auf einem sehr mäßigen empirischen Wissen beruht, würde dann nicht bedeuten, daß man die Entscheidung bei bestimmten empirischen Informationen zurücknähme, sondern daß diese empirischen Informationen entscheidungsirrelevant sind und das Ableitungsschema UB deshalb keine angemessene Rekonstruktion unserer Entscheidungsgrundlage darstellt.

In diesem Sinne kritisiert auch Hart die Konzeption Benthams als *grundsätzlich* ungeeignet:

» . . . dieser unqualifizierte Utilitarismus gibt die tatsächlich vorhandenen starken moralischen Bedenken nicht wieder, die die meisten vernünftigen Menschen sowohl gegenüber einer Anwendung der Strafübél auf Unschuldige haben als auch gegenüber einer Bestrafung von Personen, die wegen ihres geistigen Zustands als unfähig betrachtet werden, den Forderungen des Gesetzes zu genügen.« (Hart 1968, 77)

Diese Einstellung im Namen der Gerechtigkeit oder Fairneß bliebe auch dann bestehen, wenn eine Erhöhung der präventiven Wirkung der Strafe bei einem Verzicht auf ein Verantwortungsprinzip nachgewiesen wäre. Im Fall, daß unsere Gerechtigkeitsüberzeugungen Resultate eines intuitiven Utilitarismus sind, müßten wir unter diesen Voraussetzungen ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip aber ohne moralische Skrupel aufgeben, denn gerade ein Festhalten an ihm wäre nach utilitaristischen Maßstäben dann ungerecht, weil schädlich. Selbst wenn es also ein empirisches Faktum wäre, daß die präventive Effektivität des Strafrechts nur auf der Grundlage eines Verantwortungsprinzips optimal ist, dürfte dieses Faktum bei der ethischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips keine Rolle spielen – wenn diese Rechtfertigung eine adäquate Rekonstruktion unserer intuitiven Überzeugungen sein soll, die eben gegenüber den möglichen Auswirkungen eines Verantwortungsprinzips auf die präventive Effektivität des Strafrechts ‚weitgehend‘ invariant sind. Diese Invarianz nicht nur intuitiv zu begründen und zu klären, *wie* weitgehend sie sein sollte, ist die Aufgabe der weiteren Überlegungen.

2.4. *Der Ansatz eines qualifizierten Utilitarismus – Die Priorität des gesellschaftlichen Nutzens*

2.4.1. Die handlungsutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips

Im Anschluß an Bentham hat man versucht, die Schwächen des ursprünglichen Ansatzes zu beheben, ohne utilitaristische Prinzipien aufgeben zu müssen. Der Grundgedanke dabei ist, daß eine qualifizierte utilitaristische Theorie der Strafe den Wert eines Verantwortungsprinzips nicht nur im Hinblick auf seine Auswirkung auf die präventive Effektivität der Strafe beurteilen dürfe, sondern auch im Hinblick darauf, welche Folgen eine Strafverhängung gemäß bzw. entgegen dem Verantwortungsprinzip für die Realisierung anderer gesellschaftlicher Ziele und Interessen hat. Unter dieser umfassenderen Perspektive ist die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips nicht mehr von der problematischen Prämisse P_v abhängig, sondern man hält jetzt ein Verantwortungsprinzip im Strafrecht nach utilitaristischen Kriterien deshalb für begründet, weil eine Bestrafung von Personen, die man für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich machen kann, *insgesamt* mehr Schaden als Nutzen bewirken würde – auch wenn man eine möglicherweise gestiegene präventive Effektivität der Strafe berücksichtige. Damit ist es gelungen, die utilitaristische Position von der einseitigen Fixierung auf die präventiven Wirkungen der Strafe zu lösen und den Wert solcher Wirkungen abzuwägen

z.B. gegen das Leiden unschuldiger Opfer einer Strafverhängung oder die Angst von Nicht-Betroffenen, selber zu solchen unschuldigen Opfern zu werden.

Die Berücksichtigung der gesamten erkennbaren Folgen einer Strafverhängung ist sicherlich ein wichtiger und zwingender Schritt zur Korrektur der ursprünglichen, rein präventiv orientierten utilitaristischen Analyse des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips. Sie entspricht dem Wechsel von einem Modell zielgerichteten, einseitig erfolgsorientierten Handelns zu dem Modell zweckrationalen Handelns im Sinne des Kriteriums der bestmöglichen Wahl. Bevor wir aber beurteilen können, ob damit für die utilitaristische Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips eine entscheidende Verbesserung erreicht worden ist, müssen wir zunächst auf eine wichtige Unterscheidung innerhalb der Konzeptionen für eine utilitaristische Ethik selbst eingehen.

Die utilitaristische Ethik wird im allgemeinen in zwei Varianten vertreten, dem ‚extremen‘ oder ‚Handlungsutilitarismus‘ und dem ‚eingeschränkten‘ oder ‚Regelutilitarismus‘. In ihrer extremen Version fordert die utilitaristische Ethik von dem Entscheidungsträger, daß er das Prinzip der utilitaristischen Ethik, die gesellschaftliche Nutzensumme zu maximieren, bei *jeder einzelnen* Entscheidung anwendet, d.h. er muß in jeder Situation, in der Handlungsalternativen offenstehen, im Prinzip immer aufs neue überprüfen, welche der möglichen Alternativen den größten gesellschaftlichen Nutzen zur Folge haben wird. Erlaubt ist ihm allenfalls die Verwendung von ‚Faustregeln‘, in denen sich die Erfahrung mit ähnlichen Entscheidungssituationen und Handlungstypen niedergeschlagen hat. Sie haben aber nur einen heuristischen Wert und können die Forderung nach einer genauen Überprüfung der zu erwartenden Handlungsfolgen in jedem neuen Einzelfall nicht grundsätzlich überflüssig machen.

Im Gegensatz zum Handlungsutilitarismus macht der Regelutilitarismus das allgemeine Wohl nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zum Kriterium der richtigen Handlung. Das Kriterium der gesellschaftlichen Nützlichkeit gilt bei ihm nur für allgemeine Regeln, Prinzipien, Maximen und Normen. Einzelne Handlungen rechtfertigen sich dagegen nur dadurch, daß sie unter nützliche Regeln fallen oder nicht. „Maßstab unserer Regeln sei die Nützlichkeit, Maßstab unserer Handlungen seien die Regeln“, so soll dementsprechend eine Charakterisierung des Regelutilitarismus von J. Austin lauten (vgl. Mackie 1981, 173).

Betrachten wir zunächst die Struktur einer handlungsutilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips. Nach handlungsutilitaristischen Kriterien muß bei jedem einzelnen Fall einer möglichen Strafverhängung geprüft werden, ob eine Strafe unter diesen speziellen Bedingungen die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht oder nicht. Das allgemeine Schema für eine folgenorientierte Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips kann im Sinne eines qualifizierten Handlungsutilitarismus verändert werden, indem man P_v ersetzt:

Schema UH

- U: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht
- U_v : Der gesellschaftliche Schaden, der durch Strafe verursacht wird, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich ist, ist größer als der gesellschaftliche Nutzen, der durch diese Strafe verursacht wird
-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist

Dieses Begründungsschema eines qualifizierten Utilitarismus hat gegenüber der Position Benthams den wichtigen Vorteil, daß es die unmittelbare Abhängigkeit der utilitaristischen Rechtfertigung eines Verantwortungsprinzips von dessen Auswirkungen auf die präventive Effektivität der Strafe vermeidet. In beiden Versionen einer utilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips spielen zwar empirische Argumente eine wesentliche Rolle: Bei Bentham die Behauptung, daß Strafen nur dann präventiv wirken, wenn sie auf verantwortlich Handelnde beschränkt bleiben (P_v); bei seinen Nachfolgern die Annahme, daß der gesellschaftliche Nutzen bei einem Bruch des Verantwortungsprinzips geringer sei als der angerichtete Schaden (U_v). Die größere Überzeugungskraft des qualifizierten Utilitarismus gegenüber der Position von Bentham beruht aber auf zwei Umständen. Erstens erscheint die vorausgesetzte empirische Prämisse eher zutreffend als die von Bentham unterstellte Harmonie zwischen präventiver Effektivität und Verantwortungsprinzip; zweitens schließt der qualifizierte Utilitarismus die Prämisse Benthams als einen Unterfall ein, während Bentham bei einem empirisch feststellbaren Gegensatz zwischen Effektivität der Strafe und Verantwortungsprinzip von dem Verantwortungsprinzip abrücken müßte.

Der qualifizierte Utilitarismus liefert also insofern eine stärkere Begründung für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip, weil das Festhalten an einem solchen Prinzip nach utilitaristischen Kriterien auch dann noch gerechtfertigt ist, wenn die präventiven Wirkungen des Strafrechts bei einer Beschränkung der Strafe auf verantwortlich handelnde Personen erwiesenermaßen geschwächt würden; solange jedenfalls, wie die negativen Auswirkungen einer Strafverhängung entgegen dem Verantwortungsprinzip nicht durch die positiven einer Erhöhung der präventiven Effektivität in der Nutzensumme ausgeglichen werden. Damit ist diese Position – gemessen an unseren Intuitionen – insgesamt plausibler als die ‚lineare‘ Argumentation Benthams.

Gegen die handlungsutilitaristische Konzeption werden aber eine Reihe von schwerwiegenden grundsätzlichen Bedenken erhoben. Sie münden in den Vorwurf, daß die Anwendung des handlungsutilitaristischen Prinzips in vielen Fällen zu Ergebnissen führt, die in einem diametralen Widerspruch zu fundamentalen

Gerechtigkeitsprinzipien stehen und den Bruch allgemein akzeptierter moralischer Normen implizieren. Der Handlungsutilitarist muß nämlich die Interessen und Rechte des einzelnen Individuums immer dann den Interessen der sozialen Gemeinschaft opfern, wenn dadurch die gesellschaftliche Nutzensumme insgesamt erhöht wird. Man kann realistische Beispiele konstruieren, „für die ein Akt-Utilitarist etwa sagen müßte, es sei richtig, unschuldige Menschen zu töten, sie fundamentaler Rechte zu berauben, politische Gegner zu foltern, feierlichste Abkommen zu brechen, zu betrügen, Geheimnisse preiszugeben usw.“ (Mackie 1981, 174) Solche Konsequenzen stellen sich unter den Prämissen des extremen Utilitarismus immer dann ein, wenn der Entscheidungsträger in einem speziellen Fall erkennt, daß die Ausführung einer Handlung, die gegen unsere normalen moralischen Standards verstößt, zu einem größeren gesellschaftlichen Nutzen führt als ihre Unterlassung. Zwar erkennt er im allgemeinen diese normalen moralischen Standards als Faustregeln für die utilitaristisch gebotene Entscheidung an, das enthebt ihn aber nicht der *Verpflichtung*, unter bestimmten Bedingungen von diesen Regeln abzuweichen.

Auch im Fall des qualifizierten Handlungsutilitarismus erhalten wir deshalb eine *relativ schwache* Begründung des Verantwortungsprinzips. Unter der Bedingung nämlich, daß die empirische Voraussetzung U_v nicht erfüllt ist, d. h. daß der vorhersehbare Schaden, der dem einzelnen und der Gemeinschaft durch die Bestrafung eines Unschuldigen zugefügt wird, geringer ist als der dadurch entstehende gesellschaftliche Nutzen, wäre der Grund für ein Festhalten am Verantwortungsprinzip entfallen und eine Bestrafung eines Unschuldigen nicht nur gerechtfertigt, sondern – setzt man die Maximierung des gesellschaftlichen Nutzens als verpflichtendes Ziel voraus – sogar geboten. Ein beliebtes Beispiel für so einen Fall ist eine fiktive Situation in den amerikanischen Südstaaten, in der die Bestrafung eines unschuldigen Negers viele andere vor der drohenden Lynchjustiz retten würde:

»Man stelle sich etwa vor, 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 ›loschlagen‹ 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.« (Kliemt/Kliemt 1981, 175)

Ähnliche Beispiele ließen sich im Hinblick auf exemplarische oder extensive Bestrafungen oder die bereits erwähnte Sippenhaft konstruieren. Die Annahme, es könnten empirische Verhältnisse vorliegen, bei denen das individuelle Leiden einzelner durch eine Vergrößerung der gesellschaftlichen Nutzensumme aufgewogen würde, ist keineswegs von vornherein abwegig (für etwas harmlosere Beispiele vgl. Hoerster 1971, 21 ff.).

Wenn wir nicht den Standpunkt eines überzeugten Handlungsutilitaristen wie J. J. C. Smart teilen wollen, für den das Festhalten an einem „gewöhnlichen Moralbewußtsein“ nichts weiter als ein „seichter Versuch“ ist, sich feige vor den Konsequenzen einer rationalen Ethik zu drücken (Smart 1975, 123), und der deshalb ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip nur als eine Faustregel betrachten kann, die er bei passender Gelegenheit – dann nämlich wenn eine Erhöhung der gesellschaftlichen Nutzensumme zu erwarten ist – unbeachtet läßt, dann müssen wir aus der Bewertung der oben gegebenen Beispiele den Schluß ziehen, daß auch die stärkere Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips, wie sie durch das Schema UH repräsentiert wird, nicht zufriedenstellend ist, denn unter dieser Voraussetzung sind Situationen denkbar, in denen unschuldige Personen im Interesse der Gemeinschaft geopfert werden müßten.

Diese Tatsache ist aber ausreichend, auch den qualifizierten Handlungsutilitarismus als prinzipiell ungenügende Rekonstruktion unserer intuitiven Gerechtigkeitsüberzeugungen betrachten zu können. Denn genauso, wie man bei der Diskussion Benthams feststellen konnte, daß die intuitive Plausibilität des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips unabhängig von der empirischen Frage ist, ob die präventive Effektivität der Strafe im Gegensatz oder im Einklang mit der Erfüllung dieses Prinzips steht, genauso gilt im Fall des qualifizierten Utilitarismus eine solche Unabhängigkeit gegenüber dem Problem, ob die Bestrafung eines Unschuldigen die gesellschaftliche Nutzensumme nun erhöht oder nicht. Wir empfinden die Bestrafung einer Person, die man für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich machen kann, eben auch dann als ungerecht und illegitim, wenn feststände, daß ihr individueller Schaden durch die Vorteile der großen Mehrheit ihrer Mitbürger übertroffen wird. Die empirische Voraussetzung, daß nur eine Bestrafung von tatverantwortlichen Personen die gesellschaftliche Nutzensumme erhöhen könne, ist aber *das* wesentli-

che Argument für eine utilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips im Sinne des Schemas UH.

2.4.2. Die regelutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips

Unsere Kritik an der utilitaristischen Konzeption beruht bisher auf der Strategie, eine in bestimmten *Einzelfällen* nach utilitaristischen Kriterien getroffene Entscheidung auf ihre Übereinstimmung mit anerkannten Prinzipien zu überprüfen und zu zeigen, daß die Nutzen-Schaden-Kalkulation in diesem speziellen Fall mit allgemein akzeptierten Gerechtigkeitsprinzipien kollidiert. So lassen sich dann Beispiele konstruieren, bei denen die Bestrafung eines Unschuldigen nach utilitaristischen Kriterien nützlich und damit gerecht sein kann, obwohl man in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle auch nach diesen Kriterien anders entscheiden müßte.

Im Gegensatz zum Handlungsutilitaristen verallgemeinert nun der Regelutilitarist von vornherein seine Fragestellung. Er wendet das Nutzenprinzip nicht zur Entscheidung von Einzelfällen an, sondern er will beurteilen, ob die generelle Befolgung eines bestimmten *Prinzips*, einer bestimmten *Regel*, zu einer Erhöhung der gesellschaftlichen Nutzensumme führen wird, unabhängig davon, ob die Anwendung dieses Prinzips oder dieser Regel in bestimmten Einzelfällen mehr Schaden als Nutzen zur Folge hat. Damit wird eine Argumentationsebene erreicht, auf der sich unter Verwendung utilitaristischer Kriterien über die Legitimation gesellschaftlicher Institutionen, Regeln und Normen urteilen läßt, ohne daß man – wie es für einen Handlungsutilitaristen geboten erscheint – immer nur auf den Einzelfall bezogene Entscheidungen über die Nützlichkeit von Handlungsalternativen fällen könnte.

Der entscheidende Schritt vom extremen zum eingeschränkten Utilitarismus besteht also darin, nicht mehr die Folgen der *einzelnen* Handlungen zur Grundlage ethisch akzeptabler Entscheidungen zu machen, sondern die Folgen einer *Klasse* von Handlungen. Je nachdem, unter welchem Gesichtspunkt die betreffende Klasse von Handlungen gebildet wird, erhält man verschiedene Varianten des Regelutilitarismus (vgl. Hoerster 1971, 20). So kann es einerseits darauf ankommen, ob eine Handlung zu einer Klasse von Handlungen gehört, die *in der Regel* schlechte Folgen haben, andererseits, ob die Handlung derartig ist, daß ihre *allgemeine Praktizierung* schlechte Folgen hat:

»In beiden Fällen handelt es sich bei der regelutilitaristischen Argumentation um eine Art der Verallgemeinerung. Im ersten Fall fragt man verallgemeinernd, ob die jeweiligen Folgen ähnlicher Einzelhandlungen schlecht sind; im zweiten Fall fragt man verallgemeinernd, ob die gesamten Folgen einer allgemeinen Praxis der betreffenden Handlung schlecht sind.« (Hoerster 1971, 32)

Ein Beispiel für die Anwendung dieser unterschiedlichen Gesichtspunkte wäre die Annahme, daß der Bruch von Versprechen *normalerweise* überwiegend schlechte Folgen haben wird, während Steuerhinterziehungen vor allem dann schlechte Folgen haben dürften, wenn sie *von allen* vorgenommen würden (vgl. Hoerster 1971, 21, 43).

Es ist nun wichtig zu sehen, daß sich Handlungs- und Regelutilitarismus nur dann trennscharf unterscheiden lassen, wenn der Regelutilitarist von einem Handelnden *auch dann* verlangt, einer geltenden Regel zu folgen, wenn die regelgerechte Einzelhandlung nachweislich ungünstigere Folgen hat als ihre Alternative. Verzichtet der Regelutilitarist auf diese Konsequenz, dann droht sich der Regelutilitarismus auf den Handlungsutilitarismus zu reduzieren. Betrachten wir dieses Problem im Hinblick auf die erste Variante des Regelutilitarismus. Ein Handlungsutilitarist könnte folgendermaßen argumentieren: „Nun gut, ich habe nichts dagegen, daß wir unsere Erfahrungen mit bestimmten Typen von Handlungen durch die Formulierung bestimmter Regeln zusammenfassen. Wir wissen eben beispielsweise, daß der Bruch von Versprechen in den allermeisten Fällen mehr schadet als nützt. Deshalb gibt es eine entsprechende moralische Regel und wenn man ihr folgt, kann man sicher sein, in der überwiegenden Anzahl der Fälle mehr zu nützen als zu schaden. Trotzdem handelt es sich doch nur um eine Faustregel, denn wenn ich in einer bestimmten Situation feststellen muß, daß hier der Bruch eines Versprechens insgesamt zu besseren Folgen führt als seine Einhaltung, dann gibt es doch überhaupt keinen rationalen Grund, diese Handlung zu unterlassen. Bei solchen Abwägungen kann ich natürlich berücksichtigen, daß das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit moralischer Regeln ebenfalls einen bestimmten Wert hat, der mit den positiven Konsequenzen eines Bruchs solcher Regeln abgewogen werden muß. Es ist aber nicht zu sehen, warum solche Überlegungen nicht aus einer handlungsutilitaristischen Position vorgenommen werden könnten.“

Der Regelutilitarist kann sich also nur dann gegen den Handlungsutilitaristen abgrenzen, wenn er die *Unverbrüchlichkeit* nützlicher Regeln postuliert, d. h. wenn er die Einhaltung der Regeln auch unter der Bedingung fordert, daß ihr Bruch bei Berücksichtigung *aller* Konsequenzen zu einer Erhöhung der gesellschaftlichen Nutzensumme führen würde. Bezogen auf eine regelutilitaristische Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips bedeutet das: Es reicht nicht aus, darauf hinzuweisen, daß man das strafrechtliche Verantwortungsprinzip utilitaristisch begründen kann, weil es in den meisten Fällen mehr nützt als schadet, sondern man muß hinzufügen, daß dieses Prinzip auch dann eingehalten werden soll, wenn sein Bruch in einem Einzelfall unter Berücksichtigung *aller Aspekte* nachweislich mehr Nutzen als Schaden bewirkt.

Analoges gilt für die zweite Variante des Regelutilitarismus. Auch hier droht der Rückfall auf eine handlungsutilitaristische Position, wenngleich die einschlägige Argumentation des Handlungsutilitaristen etwas komplizierter ist: „In der Tat“ könnte er zugeben „gibt es bestimmte Handlungen, die bei ei-

ner allgemeinen Praktizierung zu sehr nachteiligen Konsequenzen führen würden. Angenommen, jeder läuft über den Rasen, dann wird es irgendwann einmal ein Rasen gewesen sein. Aber diese Tatsache kann ich doch als Handlungsutilitarist bei meinen Entscheidungen mit einkalkulieren. Wenn ich erkenne, daß die Ausführung einer einzelnen Handlung, die als einzelne unmittelbar noch keine negativen Folgen hat, andere Personen zu demselben Verhalten motivieren wird und schließlich zu einem massenhaften und schädlichen Auftreten dieses Handlungstyps führen würde, d. h. wenn ich erkenne, daß die Ausführung meiner einzelnen Handlung kausal verknüpft ist mit einer schädlichen allgemeinen Ausführung dieses Handlungstyps, dann werde ich auch als Handlungsutilitarist die entsprechende Regel beachten und z. B. das Verbot, den Rasen zu betreten, respektieren. Ist aber erkennbar, daß meine Handlung keine Folgen in diesem Sinne haben wird, z. B. weil die Ausführung dieser Handlung unbekannt bleibt und sie deshalb nicht als Vorbild oder Anreiz dienen kann *und* die Nutzenbilanz dieser Handlung isoliert betrachtet positiv ist, dann gibt es keinen rationalen Grund, diese Handlung zu unterlassen und z. B. nicht über den Rasen zu eilen, um an einem dämmerigen Abend pünktlich zu einem Rendezvous zu kommen. Ich kann als Handlungsutilitarist also sehr wohl das Phänomen berücksichtigen, daß die allgemeine Ausführung bestimmter Handlungen höchst schädliche Folgen haben würde.“

Auch bei der zweiten Variante des Regelutilitarismus kann einer Reduktion auf handlungsutilitaristische Prinzipien nur dadurch vorgebeugt werden, daß die Geltung der Regel und damit die Forderung nach ihrer Beachtung *unabhängig* von der Tatsache ist, ob eine konkrete Einzelhandlung, die einen Bruch dieser Regel darstellt, tatsächlich keine schlechteren Folgen hat als ihre Alternativen – selbst wenn man *alle* Konsequenzen dieser Handlung berücksichtigt. Im Hinblick auf eine regelutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips ist also der Hinweis allein nicht ausreichend, daß ein fortwährendes Bestrafen unschuldiger Personen zu katastrophalen Auswirkungen auf das gesellschaftliche Zusammenleben führen müßte, sondern es muß die Forderung hinzugefügt werden, daß dieses Prinzip auch dann nicht gebrochen werden darf, wenn in einem Einzelfall der Bruch dieses Prinzips außerordentlich positive Folgen hätte, ohne daß die Gefahr einer Ausweitung und Wiederholung bestünde (wenn z. B. der Bürgermeister in den Südstaaten der einzige wäre, der von dem gesamten Vorgang informiert ist).

Der Regelutilitarismus führt also nur dann zu einer deutlichen Abgrenzung gegenüber der handlungsutilitaristischen Konzeption und damit zu einer deutlich ‚stärkeren‘ Rechtfertigung der Geltung von Prinzipien, Institutionen und Normen (im Gegensatz etwa zu dem bloßen Hinweis auf entfernt liegende oder komplexe Folgen von Einzelhandlungen), wenn er die Einhaltung der betreffenden Regeln von den Entscheidungsträgern auch unter der Bedingung fordert, daß alle tatsächlichen Konsequenzen aus einem Regelbruch zu besseren Folgen führen als die Einhaltung der Regel:

»Das Typische und Problematische des Prinzips der Verallgemeinerung besteht in der Tat darin, daß es die allgemeine Praxis mit ihren unerwünschten Folgen *nicht* als eine tatsächliche Konsequenz der partikulären Handlung hinstellt.« (Hoerster 1971, 46)

Jemand sollte deshalb eine bestimmte Handlung auch dann nicht ausführen, wenn diese, da die meisten anderen Personen diese Handlung *nicht* ausführen, keine schlechten Folgen hätte (Hoerster 1971, 107). Der Regelutilitarist fordert aus diesem Grund – um ein klassisches Beispiel zu nennen – von dem einzelnen Bürger auch dann die Beteiligung an demokratischen Wahlen, wenn die Beteiligung des einzelnen nachweislich weder einen bestimmenden Einfluß auf den Ausgang der Wahlen hat noch einen Einfluß auf das Wahlverhalten seiner Mitbürger. Das Universalisierungsprinzip des Regelutilitaristen ist deshalb von einer rein hypothetischen Form („*Angenommen*, jeder täte dasselbe“), während das Universalisierungsprinzip eines Handlungsutilitaristen eine kausale Form hat („Es droht die Gefahr, *daß* jeder dasselbe tut“) (vgl. Smart 1975, 123).

Diese hypothetische Form des regelutilitaristischen Universalisierungsprinzips ist innerhalb des Utilitarismus selbst aus verständlichen Gründen z. T. heftig kritisiert worden. Läuft sie doch der Grundidee des Utilitarismus zuwider, den moralischen Standpunkt keinen dezisionistischen Entscheidungen zu überlassen, sondern durch ein rationales, folgenorientiertes Argumentieren zu begründen. Der Regelutilitarist scheint die Konsequenzen aus diesem utilitaristischen Prinzip in dem Moment feige zu vermeiden, in dem es darauf angekommen wäre, sie gegen alltägliches Bewußtsein und tradierte moralische Standards durchzusetzen. Im Gegensatz dazu schwenkt er an solchen Konfliktpunkten in die Linie der traditionellen Ethik ein, die eine Entscheidung für das moralisch Richtige als unvereinbar mit der ausschließlich rationalen Kalkulation der Folgen der jeweiligen Handlungsalternativen betrachtet. Eine Regel trotz des Wissens um die negativen Konsequenzen zu befolgen, heißt für einen Handlungsutilitaristen nichts anderes, als den Geist und die Substanz der utilitaristischen Konzeption insgesamt zu verraten:

»Aber ist nicht die Annahme absurd, wir sollten auch dann die Regel einhalten, wenn wir die Konsequenzen herausgearbeitet *haben*, von der Unparteilichkeit unserer Überlegungen vollkommen überzeugt sind und *wissen*, daß in diesem Fall der Bruch von R bessere Ergebnisse zeitigen wird als die Einhaltung von R? Heißt es nicht R zu einer Art von Fetisch machen, wenn wir R auch dann einhalten, wenn ihr Bruch z. B. vermeidbares Elend verhüten wird? Ist das nicht so etwas wie abergläubischer Regelkult (psychologisch leicht erklärbar) und nicht das rationale Denken eines Philosophen? . . . Einem Philosophen stände es eher an, Unlogik in der Sprache der Moral auszumerzen und Vorschläge zu ihrer Reform zu machen, als sie als Berufungsinstanz zu nehmen und derart Verwirrungen zu verewigen.« (Smart 1975, 126, 132)

Doch wir können hier diese interne utilitaristische Auseinandersetzung auf sich beruhen lassen und damit auch die Frage, ob der Regelutilitarismus in seiner hypothetischen Form ein legitimes Kind der utilitaristischen und folgenorientierten Ethik ist oder nicht. Ich denke, daß tatsächlich einiges dagegen spricht und für eine Reduktion des eingeschränkten auf den extremen Utilitarismus. Da wir aber den Standpunkt Smarts mit seiner strikten und arroganten Ablehnung unseres ‚normalen‘ Gerechtigkeitsempfindens nicht teilen, kann der Handlungsutilitarist für uns kein akzeptabler Gesprächspartner sein. Wir werden uns deshalb die Struktur einer regelutilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips näher ansehen, denn offensichtlich muß eine solche Rechtfertigung in jedem Fall zu einer stärkeren Absicherung des Verantwortungsprinzips führen als bei einem extremen Utilitarismus. Sollte sich herausstellen, daß selbst diese Variante einer utilitaristischen Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips als nicht ausreichend betrachtet werden muß, können wir es uns ersparen, kompliziertere Argumentationen von einer handlungsutilitaristischen Position aus zu diskutieren.

Der Übergang zu einer in diesem Sinne regelutilitaristischen Konzeption gilt vielen Autoren als entscheidender Schritt vor allem auch im Hinblick auf die Rechtfertigung von Rechtsinstitutionen und das Problem einer zufriedenstellenden Begründung für das strafrechtliche Verantwortungsprinzip. J. Rawls hat 1954 in einem berühmt gewordenen Aufsatz die Struktur eines solchen regelutilitaristischen Arguments gegen allzu vorschnelle Kritiker des Utilitarismus präsentiert.

Rawls betont zunächst grundsätzlich, daß es durchaus utilitaristische Gründe dafür geben kann, eine bestimmte menschliche Praxis von einem fortwährenden folgenorientierten Abwägen von Handlungskonsequenzen freizuhalten (Rawls 1975 a, 105). Die Prinzipien einer solchen Praxis sind dann utilitaristisch durch ihre Nützlichkeit begründet, während die Rechtfertigung der einzelnen Handlungen im Rahmen dieser Praxis an den Regeln dieser Praxis und nicht an den Folgen der Einzelhandlungen orientiert ist. Wenn man in dieser Weise zwei Regelbegriffe auseinanderhalte, dann gebe es keine grundsätzliche Schwierigkeit, auch eine „rückwärtsgerichtete“ Vergeltungstheorie – und damit ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip – auf der Grundlage einer folgenorientierten, utilitaristischen Argumentation zu rechtfertigen:

»Demnach kann man sagen, daß der Richter und der Gesetzgeber verschiedene Positionen einnehmen und in verschiedene Richtungen blicken: Der eine sieht in die Vergangenheit, der andere in die Zukunft. Die Rechtfertigung dessen, was der Richter *als* Richter tut, gleicht der Vergeltungstheorie; die Rechtfertigung dessen, was der (ideale) Gesetzgeber *als* Gesetzgeber tut, gleicht der utilitaristischen Auffassung.« (Rawls 1975 a, 98)

Rawls bezweifelt nun, daß es möglich ist, regelutilitaristisch begründete Argumente zu finden, die eine Institution rechtfertigen könnten, durch die Men-

schen ohne Beachtung eines Vergeltungs- oder Verantwortungsprinzips bestraft würden (vgl. 101). N. Hoerster hat die Gründe zusammenfassend skizziert, die aus utilitaristischer Sicht für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip sprechen, indem er die schädlichen Wirkungen einer nur auf präventive Effekte abzielenden Bestrafung Unschuldiger schildert, die u. a. in einer „erheblichen Verunsicherung der potentiell Straffälligen“ bestehe:

»Jeder muß Angst haben, straffällig zu werden . . . Die Angst der potentiell straffälligen Unschuldigen vor der Bestrafung . . . dient in ihrer psychologischen Wirkung auf die Unschuldigen – anders als in ihrer psychologischen Wirkung auf die potentiellen Täter – keinem vernünftigen Zweck. Der Unschuldige hat überdies keine Möglichkeit, dem Gegenstand seiner Angst planend zu begegnen. Für ihn wird die Strafe zu einem fatalistischen Schicksalsschlag, dessen Eintritt von seinen bewußt getroffenen Entscheidungen völlig unabhängig ist . . . Ein Staat, der die Bestrafung Unschuldiger zur Regel machte, müßte befürchten, daß seine Bürger in eine ähnliche Apathie verfielen wie Bewohner von Landstrichen, die von häufigen, aber unvorhersehbaren und damit unabwendbaren Naturkatastrophen heimgesucht werden: Eine rationale Lebensplanung würde weitgehend sinnlos . . . Es mag zwar unter gewissen Voraussetzungen der Fall sein, daß die Abschreckung von *schuldhaften* Taten durch die Ausdehnung der Bestrafung auf *schuldlose* Taten noch gesteigert wird . . . Diese heilsame Wirkung würde aber vermutlich mehr als wettgemacht durch ein enormes Ansteigen der allgemeinen Lebensunsicherheit . . . Nach alledem spricht vieles dafür, die Bestrafung Unschuldiger mit Rücksicht auf genau dasselbe Prinzip für unzulässig zu halten, aus dem sich die Präventionstheorie selbst letztlich rechtfertigt: einer Abwägung der positiven und negativen Konsequenzen der fraglichen Praxis.« (1970, 277; vgl. auch Rawls 1975 a, 103)

Die Struktur einer regelutilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips läßt sich durch folgendes Schema wiedergeben:

Schema UR

- U_r : Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Strafrecht die gesellschaftliche Nutzensumme erhöht
- U_{vr} : Der gesellschaftliche Schaden, der durch das Strafrecht verursacht wird, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich sein muß, ist größer als der gesellschaftliche Nutzen, der durch ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip verursacht wird
-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist

2.5. Die Kritik an dem Ansatz eines qualifizierten Utilitarismus

Auf den ersten Blick scheint das regelutilitaristische Ableitungsschema UR die Forderung zu erfüllen, daß eine Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips ‚weitgehend‘ unabhängig von einer Veränderung der präventiven Effektivität des Strafrechts sein soll. Das gilt zumindest im Vergleich zu den anderen utilitaristischen Konzeptionen UB und UH, weil UR im Unterschied zu ihnen auch eine Vielzahl von Einzelfällen ‚verkräften‘ kann, bei denen der gesellschaftliche Nutzen einer Bestrafung Unschuldiger größer wäre als der gesellschaftliche Schaden. Die regelutilitaristische Rechtfertigung für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip ist solange nicht davon betroffen, solange der Gesamtnutzen eines Strafrechts mit Verantwortungsprinzip größer ist als der mögliche Nutzen einer denkbaren Steigerung der präventiven Wirksamkeit der Strafe durch ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip. Darüber hinaus läßt sich der dominierende Wert des Verantwortungsprinzips durch das Interesse der Normadressaten an einer rationalen Lebensplanung erklären und damit die zunächst rein intuitive Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip durch einen gesellschaftlichen Zweck argumentativ nachvollziehbar begründen.

Trotz dieser unbestreitbaren Vorzüge kann aber auch ein in dieser Weise qualifizierter Regelutilitarismus als Grundlage für die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips nicht vollständig befriedigen:

»Obwohl eine solche Antwort gegeben werden *kann*, scheint sie doch dem üblichen Widerwillen nicht gerecht zu werden, der dagegen besteht, jemanden zu ‚bestrafen«, wenn er die rechtlichen Verbote überhaupt nicht verletzt hat . . . Man kann dem Argument nicht so leicht entgehen, daß hier einige Elemente eine Rolle spielen, die auch in einem äußerst weitherzig interpretierten Utilitarismus nicht vorkommen können.« (Hart 1968, 76 f.)

Der Einwand gegen UR ist im Prinzip der gleiche, der gegen die ‚einfacheren‘ utilitaristischen Positionen vorgebracht wurde. Demnach ist auch bei der regelutilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips die Unabhängigkeit der Ableitung von V gegenüber der präventiven Effektivität des Strafrechts nicht weitgehend genug. Diese Behauptung läßt sich im Hinblick auf den Regelutilitarismus zwar nicht durch die Konstruktion eines singulären Beispiels belegen, bei dem in einem Einzelfall durch spezifische empirische Bedingungen die Bestrafung eines Unschuldigen mehr nützt als schadet, aber sie läßt sich begründen durch die Überlegung, daß gesellschaftliche Verhältnisse empirisch denkbar sind, unter denen auch die *regelmäßige* Bestrafung Unschuldiger einen größeren Gesamtnutzen bewirkt als eine durchgängige Strafverhängung gemäß dem Verantwortungsprinzip. Man könnte sich etwa vorstellen, daß durch die Projektion von Aggressionen auf

eine gesellschaftliche Minderheit, die durch ungerechtfertigte Bestrafungen unterdrückt und zum Sündenbock gestempelt wird, eine stabile ‚Befriedung‘ für die große Mehrheit der Mitglieder dieser Gesellschaft erreicht wird. Eine Erhöhung der gesellschaftlichen Nutzensumme wäre ebenfalls denkbar bei systematischer Sippenhaft anlässlich besonders schwerer Straftaten oder bei der Einführung einer ‚Straffreiheitslotterie‘, bei der jeder tausendste oder zehntausendste Täter freikäme (Kliemt/Kliemt 1981, 180).

Auch im Kontext einer regelutilitaristischen Position ist also die kontraintuitive Bevorzugung einer Mehrheit auf Kosten einer Minderheit nicht ausgeschlossen: Die empirische Prämisse U_v ist unter Bedingungen falsch, unter denen die Anerkennung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips gleichwohl geboten erscheint.

Man kann versuchen, diesen Einwand zu entkräften, indem man auf die Konstruiertheit der möglichen Gegenbeispiele verweist. Vertreter des Utilitarismus pflegen meist mit dem Argument zu reagieren, daß unsere intuitiven Gerechtigkeitsüberzeugungen ja gerade erst auf dem Hintergrund eines bestimmten empirischen Zustands der Welt – wie er etwa durch U_v ausgedrückt wird – erklärbar würden. Insofern könne man nicht einfach einen anderen, logisch zwar möglichen, aber empirisch äußerst unwahrscheinlichen Zustand unterstellen und dann die unter diesen Bedingungen gültigen bzw. nicht gültigen Prinzipien mit Intuitionen konfrontieren, die auf einer ganz anderen empirischen Basis entstanden seien (vgl. z.B. Sprigge 1965, 274).

Dieses Argument ist aber in dieser allgemeinen Form nicht stichhaltig. Erstens ist die Variation der empirischen Voraussetzungen die einzige Möglichkeit, um zu überprüfen, ob unsere intuitiven Überzeugungen tatsächlich von den empirischen Bedingungen abhängig sind, von denen sie im Rahmen ihrer utilitaristischen Begründung abhängig gemacht werden. Deshalb ist es durchaus legitim, Beispiele zu *konstruieren*, die empirisch vielleicht unwahrscheinlich sind, denn nur so kann man feststellen, ob sich die intuitive Plausibilität des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips wirklich von der empirischen Prämisse ableitet, daß die gesellschaftliche Nutzensumme durch das Strafrecht nur dann erhöht wird, wenn die Bestraften für eine strafbare Handlung verantwortlich gemacht werden können, wie es durch das Schema UR behauptet wird. Zweitens – und das ist der eigentlich entscheidende Punkt – handelt es sich bei den einschlägigen Beispielen nicht um nebensächliche Probleme, die unsere Gerechtigkeitsprinzipien nur am Rande tangieren und deshalb vernachlässigbar wären. Es handelt sich vielmehr um zentrale Probleme der Gerechtigkeit überhaupt, um die Frage nämlich, unter welchen Bedingungen es gerechtfertigt werden kann, bestimmte Mitglieder einer Gesellschaft mit besonderen Nachteilen zu belasten.

Nun wäre es andererseits aber sicherlich zu einfach, wenn man auf den Vorwurf einer zirkelhaften Argumentation nur replizieren würde, daß U_v eben eine empirische Prämisse ist und es insofern logisch möglich ist, daß U_v nicht zutrifft und die Opferung von Unschuldigen die gesellschaftliche Nutzen-

summe erhöht (so z. B. McCloskey 1965, 254 f.). Es erscheint dagegen überzeugender, wenn man bei der Diskussion utilitaristischer Konzeptionen empirisch unmögliche Fälle ebensowenig einbezieht wie logisch unmögliche (vgl. Kliemt/Kliemt 1981, 176).

Um nun dem Zweifel zu entgehen, daß Beispiele, die nach utilitaristischem Maßstab einen Bruch des Verantwortungsprinzips indizieren, alle in die Kategorie der ‚empirisch unmöglichen‘ gehören könnten, möchte ich die Liste dieser Beispiele durch einige Repräsentanten verlängern, die der Anforderung des Realismus wohl eindeutig genügen. Ein guter Beleg für die Richtigkeit dieser Einschätzung ist die Tatsache, daß die entsprechenden Argumentationen nicht fiktiv sind, sondern dem Standpunkt von zeitgenössischen Strafrechtswissenschaftlern entsprechen (für überzeugende historische Beispiele vgl. Braybrooke 1971, 450 ff.).

Bei den Gegenbeispielen für eine utilitaristische Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips, die auf eher unwahrscheinlichen Voraussetzungen zu beruhen scheinen, handelt es sich meistens – wie bei den oben angedeuteten – um Situationen, in denen Menschen bestraft werden sollen, die noch nicht einmal *kausal* verantwortlich für ein bestimmtes Tatgeschehen sind, also noch nicht einmal in einer äußeren Beziehung zu einem strafrechtlich relevanten Ereignis stehen. Zu dem Verantwortungsbegriff gehört aber gleichberechtigt auch der Aspekt der *mental*en Verantwortlichkeit, d. h. eine Person, die man für eine Tat verantwortlich machen kann, muß nicht nur in die Geschehensabläufe der Welt so eingegriffen haben, daß sie das betreffende Ereignis (mit)verursacht hat (bzw. durch Unterlassung nicht verhindert hat), sondern sie muß auch eine innere Beziehung zu diesem Ereignis haben, es müssen auch bestimmte subjektive Voraussetzungen erfüllt sein, damit wir sie als verantwortlich und zurechnungsfähig betrachten können.

Wenn wir deshalb das Problem untersuchen, unter welchen Bedingungen nach dem regelutilitaristischen Maßstab ein Bruch des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips geboten sein könnte, so sollten wir nicht nur den Aspekt der kausalen Verantwortlichkeit beachten, sondern unsere Aufmerksamkeit auch auf die mentalen Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit richten. Und da zeigt sich, daß hier eine ‚Einbruchsstelle‘ in das Verantwortungsprinzip naheliegt, die allerdings weniger auf eine offensichtliche Bestrafung klarerweise unzurechnungsfähiger Personen hinausläuft, sondern auf eine generalpräventiv motivierte *Veränderung der Kriterien für diese Zurechnungsfähigkeit selbst* – es spielt sich also von vornherein auf der für den eingeschränkten Utilitarismus einschlägigen ‚Regelebene‘ ab, bzw. läßt sich überhaupt nur unter dem verallgemeinernden Aspekt der Nützlichkeit bestimmter Regeln und Normen verstehen.

Das entsprechende regelutilitaristische Argument in diesem Zusammenhang ist einfach: Man vermutet, daß eine enge Interpretation des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit die generalpräventive Wirkung des Strafrechts zumindest in bezug auf einzelne Deliktgruppen (erheblich) verringern könnte, denn

je mehr Entschuldigungsgründe das Strafrecht vorsieht, desto eher kann ein potentieller Täter hoffen, sich unter Hinweis auf einen solchen Entschuldigungsgrund zu exkulpieren. Diese Hoffnung wird umso größer sein, je differenzierter und deshalb schwieriger feststellbar die einzelnen Kriterien für Zurechnungsfähigkeit sind.

Ein solches Argument wurde in den letzten Jahren in Deutschland vor allem im Hinblick auf die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969 vertreten. Durch dieses Gesetz wurde die Möglichkeit der Exkulpation unter Berufung auf Unzurechnungsfähigkeit ausgeweitet. In paradigmatischer Weise hat J. Krümpelmann die Kritik an dieser Änderung formuliert.

Krümpelmann bekennt, daß es für den Juristen „geradezu beunruhigend“ sei, die Meinung der Mediziner bezüglich der fehlenden Motivationsfähigkeit bei bestimmten Affekttätern zu hören (vgl. Krümpelmann 1976, 25 f.). Würde man das Schuldprinzip in diesen Fällen „streng durchführen“, dann wären Freisprüche schon bei typischen Verläufen erforderlich; damit wären kriminalpolitisch aber „die praktisch vertretbaren Grenzen überschritten . . . Es ist einfach nicht möglich, bei einem Viertel der Tötungskriminalität die Täter freizusprechen“ (26 f., 35). Insofern sei es bei der Neufassung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit nicht gelungen, „den Zielkonflikt zwischen der Durchsetzung des Schuldprinzips und den Notwendigkeiten der Kriminalpolitik zu lösen“. Die Gefahr „einer Ausuferung der Entschuldigungssachverhalte“ sei nicht gebannt worden (6 f.). Um eine solche „gefährliche Einbruchszone“ zu verhindern, sei es geboten, das Schuldprinzip nur maßvoll anzuwenden, „ohne die generalpräventive Funktion des Strafrechts zu gefährden“ (30):

»Wenn generalpräventive Notwendigkeiten die Einschränkung des Schuldprinzips überhaupt zulässig machen können, dann ist sie gegenüber der qualitativen Ausweitung der Entschuldigungssachverhalte durchzuführen.« (31)

Dies führe nach Krümpelmann sinnvollerweise dazu, daß man Schuld nur noch im Sinne eines generalisierenden Maßstabs fassen solle, dem der „individual-ethische Tadel“ fehle:

»Der Vorwurf bedeutet, daß der Täter den sozialen Verhaltenserwartungen an die Durchschnittsperson nicht entsprochen hat, nicht aber das Urteil, daß er selbst besser hätte handeln können. *Seine Bestrafung wird Mittel zum Zweck, Verantwortungssappelle an die Allgemeinheit zu entsenden.* Sie gewinnt damit geradezu Aufopferungscharakter im Sinne des verwaltungsrechtlichen Begriffs.« (32 f. – Hervorhebung von mir)

Diese Argumentation Krümpelmanns entspricht dem regelutilitaristischen Ableitungsschema UR, allerdings wird die Gültigkeit der empirischen Prä-

misse U_v bestritten: Krümpelmann geht davon aus, daß die Einhaltung des Verantwortungsprinzips („die strenge Durchführung des Schuldprinzips“) weniger nützlich ist als die generalpräventiven Wirkungen bei einer Einschränkung dieses Prinzips.

In diesem Zusammenhang ist sein Wunsch nach einer „Eingrenzung“ oder „Generalisierung“ der Zurechnungskriterien allerdings gleichzusetzen mit der Aufforderung zu einem *Bruch* des Verantwortungsprinzips. Krümpelmann gesteht offen ein, daß nach den Kriterien eines „streng durchgeführten“ Schuldprinzips viele Affekttäter freigesprochen werden müßten. Wenn er unter dieser Voraussetzung aus generalpräventiven Erwägungen eine Veränderung der Zurechnungskriterien für geboten hält, dann entspricht das dem Vorschlag, diejenigen Personen zurechnungsfähig zu *nennen*, deren Bestrafung man aus generalpräventiven Gründen für nützlich hält!

Wenn eine solche Begründung für die Festlegung von Zurechnungskriterien akzeptabel wäre, dann könnte man mit einer analogen Argumentation auch den unschuldigen Neger aus dem Südstaatenbeispiel und die Verwandten von Schwerverbrechern ‚verantwortlich‘ nennen. Hier wird die Konzeption Benthams in einer eigentümlichen Weise auf den Kopf gestellt: Bentham versuchte zu zeigen, daß generalpräventive Zwecke mit einem Verantwortungsprinzip vereinbar sind, bzw. daß eine Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Zwecks der Generalprävention möglich ist. Dieser Versuch mußte scheitern, weil die Verfolgung generalpräventiver Ziele nicht unter allen empirischen Bedingungen mit einer Einhaltung des Verantwortungsprinzips kompatibel ist. Genau diese Annahme ist auch die Grundlage für die Überlegungen Krümpelmanns. Er geht davon aus, daß eine „strenge“ Einhaltung des Verantwortungsprinzips zumindest in einem bestimmten Deliktbereich generalpräventiv nicht genügend wirksam ist. Daraus aber dann den Schluß zu ziehen, diejenigen Personen, deren Bestrafung unter diesem präventiven Gesichtspunkt nützlich wäre, durch eine Umdefinition der Zurechnungskriterien als verantwortlich zu bezeichnen, ist gemessen an der Bedeutung der verwendeten Begriffe sinnwidrig. Der Begriff der Verantwortlichkeit wird normalerweise nicht durch die Eigenschaft einer Person definiert, daß ihre Bestrafung auf *andere* Personen abschreckend wirkt oder wirken könnte. Krümpelmann hat im Grunde einen neuen Begriff eingeführt, dem er einen alten Namen gegeben hat. Bewußt oder unbewußt erreicht er mit der Beibehaltung des alten Namens, daß die fragwürdige Priorität generalpräventiver Zielsetzungen kaschiert ist, indem nicht eine offene Mißachtung des Verantwortungsprinzips gefordert wird, sondern ‚nur‘ eine Veränderung der Zurechnungskriterien. Das ist aber genauso, als wenn ein Ingenieur seinen Wunschtraum, zugleich den Kraftstoffverbrauch zu senken und die Motorleistung zu erhöhen, damit realisieren wollte, daß er vorschlägt, die Pferdestärken der Motorleistung zukünftig an dem Kraftstoffverbrauch zu messen.

Man sollte beachten, daß eine solche *generalpräventive* Umdeutung des Verantwortungsprinzips nicht mit dem im ersten Abschnitt vorgeschlagenen

teleologischen Kriterium für Verantwortlichkeit verwechselt werden darf, denn bei diesem Kriterium, dem eine *spezialpräventive* Interpretation des Verantwortungsbegriffs zugrunde liegt, geht es immer nur um die Auswirkungen einer Reaktion oder Sanktion auf denjenigen, der für eine Handlung verantwortlich gemacht wird und nicht um ihre Auswirkungen auf Dritte.

Ich will nun hier nicht diskutieren, inwieweit die empirischen Annahmen Krümpelmanns, bzw. seine Bewertung der befürchteten empirischen Folgen akzeptabel sind. Es ging mir nur darum, zu zeigen, daß Situationen, bei denen mit regelutilitaristischen Gründen ein Bruch des Verantwortungsprinzips gerechtfertigt werden kann, keineswegs immer auf unrealistischen Unterstellungen beruhen müssen, sondern sich unter Bedingungen ergeben können, die zumindest von einigen ernstzunehmenden Strafrechtlern bereits als real betrachtet werden. Gerade in dem Fall einer nur teilweisen Verschiebung der Zurechnungskriterien fällt ja eines der Hauptargumente für eine utilitaristische Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips weitgehend weg: Da es sich bei den betroffenen Personen, die durch eine Veränderung oder ‚Generalisierung‘ der Zurechnungskriterien befürchten müßten, in Zukunft auch als ‚Unschuldige‘ von einer Strafverhängung bedroht zu sein, um eine relativ kleine Anzahl von Menschen handeln dürfte (diejenigen nämlich, die sich gerade an der Grenze der Zurechnungsfähigkeit bewegen), muß der utilitaristische Sozialplaner ein „enormes Ansteigen der allgemeinen Lebensunsicherheit“ nicht mehr befürchten, denn anders als bei einem generellen Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip muß nicht „jeder“ Angst haben, unschuldig und ungeplant straffällig zu werden.

Es sind also empirische Verhältnisse durchaus vorstellbar und noch nicht einmal unwahrscheinlich, unter denen nach regelutilitaristischen Maßstäben der Bruch des Verantwortungsprinzips nützlich und damit geboten ist, weil die Prämisse U_v nicht zutrifft. Dies gilt im übrigen für beide Varianten des Regelutilitarismus, die ich im Anschluß an Hoerster erläutert habe, also sowohl für Klassen von Handlungen, die in der Regel schlechte Folgen haben, als auch für Klassen von Handlungen, deren allgemeine Praktizierung schlechte Folgen hat. Bei den einschlägigen Beispielen kann man nämlich sowohl davon ausgehen, daß eine Bestrafung unschuldiger Personen in den meisten Einzelfällen eine positive Nutzenbilanz haben würde (weil schon in jedem Einzelfall die erwünschte generalpräventive Wirkung erzielt werden kann) als auch, daß eine regelmäßige und systematische Praktizierung dieser Bestrafung Unschuldiger in einem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang keine entscheidenden zusätzlichen negativen Effekte hätte (weil der Bruch des Verantwortungsprinzips nur eine kleine Minderheit trifft und gerade durch die regelmäßige Praxis der generalpräventive Effekt verstärkt werden kann).

Aus diesen Gegenbeispielen für eine regelutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips sollte nun allerdings nicht der zu weitgehende Schluß gezogen werden, daß ein Bruch des Verantwortungsprinzips unter *allen* Bedingungen als untolerierbar empfunden wird. Wir werden

später Konstellationen diskutieren, bei denen dieser Vorbehalt m. E. nicht zutrifft (z. B. bei bestimmten Fällen von ‚strict liability‘). An dieser Stelle sollte nur gezeigt werden, daß wir einen *utilitaristisch* begründeten Bruch des Verantwortungsprinzips ablehnen, weil damit Verhältnisse gerechtfertigt werden können, in denen unschuldige Personen ihre Interessen und Rechte dem Nutzen der gesellschaftlichen Mehrheit opfern müßten.

Nach einem allgemein anerkannten Prinzip ist es staatlichen Institutionen verboten, die Normadressaten und insbesondere den Rechtsbrecher als bloßes Mittel zum Zweck zu behandeln. Dieses Prinzip richtet sich in seiner Substanz aber gegen eine Situation, in der wahr würde, was der Utilitarismus nicht ausschließen kann: daß im Namen des Allgemeinwohls einzelne ihre Rechte den Interessen anderer ohne Gegenleistung opfern müssen, daß einzelne bloßes Mittel zum Zweck der Vergrößerung der gesellschaftlichen Nutzensumme werden. Die utilitaristische Position läßt sich mit diesem fundamentalen Gerechtigkeitsprinzip auch nicht durch den (sachlich fragwürdigen) Hinweis versöhnen, daß ein strikter Gegensatz zwischen dem Nutzen des einzelnen und dem Nutzen der Gesamtheit empirisch sehr unwahrscheinlich sei. Solange es nämlich empirisch tatsächlich so ist, daß kein Konflikt zwischen dem Allgemeinwohl und dem Wohl des einzelnen entsteht, entstehen auch keine ernsthaften Gerechtigkeitsprobleme. Fundamentale Gerechtigkeitsprobleme entstehen erst mit solchen Konflikten. Gerechtigkeitsprinzipien sind also genau auf solche Situationen zugeschnitten und werden erst in ihnen relevant – dann also, wenn ihre Grundlage nach utilitaristischen Kriterien gerade entfällt. So wird das strafrechtliche Verantwortungsprinzip als Bollwerk gegen Versuche betrachtet, den einzelnen durch das Strafrecht als Mittel zum Zweck gesellschaftlichen Wohlergehens zu degradieren. Es soll seine größte Wirksamkeit also unter Bedingungen entfalten, unter denen es aufgrund seiner utilitaristischen Rechtfertigung bereits abgeschafft sein würde.

Nach der utilitaristischen Theorie *beruht* das strafrechtliche Verantwortungsprinzip auf dem empirischen und damit kontingenten Faktum, daß es (meistens) nicht nützlich ist, dem einzelnen im Namen des Allgemeinwohls zu schaden, während es seine intuitive Plausibilität im Gegensatz dazu aber dadurch erhält, daß es eine solche Opferung des einzelnen auch dann (und gerade dann) verhindert, wenn es unter dem Gesichtspunkt des gesellschaftlichen Gesamtnutzens zweckdienlich erschiene. Man kann also zur Verteidigung des Utilitarismus nicht vorbringen, daß wir unsere Intuitionen aus Verhältnissen beziehen, in denen es zufällig eine Harmonie zwischen den Interessen der Allgemeinheit und der einzelnen Individuen gibt – unsere Intuitionen für Gerechtigkeit beziehen sich gerade auf Situationen, in denen es nützlich sein könnte, das eine zugunsten des anderen zu vernachlässigen. Von einer gerecht geordneten Gesellschaft erwarten wir dann aber, daß sie „Nutzenverluste auf sich nimmt, um die Unschuldigen vor Bestrafung zu schützen“ (Kliemt/Kliemt 1981, 179). Wenn wir deshalb nach einer argumentativen Rekonstruktion unserer intuitiven Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip su-

chen, dann kann die Wahrheit der empirischen Behauptung, daß der gesellschaftliche Schaden einer Strafverhängung entgegen dem Verantwortungsprinzip größer ist als bei einer Strafverhängung gemäß dem Verantwortungsprinzip, nicht ausschlaggebend für die Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips sein, weil wir ein solches Verantwortungsprinzip *auch dann* als gerechtfertigt betrachten würden, wenn es eine empirische Tatsache wäre, daß die gesellschaftliche Nutzsumme durch ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip verringert wird.

Im Sinne solcher Überlegungen ist Hart der Auffassung, daß der Utilitarismus nur zu einer „totalen Mißrepräsentation“ unserer moralischen Präferenzen für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip führen könne. Es handele sich um ein Prinzip, das sich nicht in eine utilitaristische Kosten-Nutzen-Analyse auflösen ließe:

»Mit diesem moralischen Einwand wird normalerweise betont, daß es *ungerecht* oder *unfair* ist, eine Person, die kein Gesetz übertreten hat oder der es unmöglich war, sich an das Gesetz zu halten, als bloßes Instrument zu benutzen, um die Gesellschaft zu schützen und das allgemeine Wohl zu mehren. Ein solcher Einwand im Namen von *Fairness* und *Gerechtigkeit* gegenüber dem einzelnen würde selbst dann noch gelten, wenn wir sicher wären, daß im Falle einer ›Bestrafung‹ von jemanden, der das Gesetz nicht übertreten hat, das Faktum seiner Unschuld nicht bekannt wird oder keine große Aufregung verursachen würde, wenn es herauskäme.« (Hart 1968, 77 f.)

Es ginge demnach nicht um eine qualifizierte *Anwendung* der utilitaristischen Theorie auf ein bestimmtes Gerechtigkeitsprinzip, um es zu erklären oder zu rechtfertigen, sondern um eine *Konkurrenz* zwischen dem Utilitarismus und diesem Gerechtigkeitsprinzip:

» . . . wir würden *bewußt* wählen zwischen zwei verschiedenen Prinzipien: einem utilitaristischen Prinzip, das die Verhängung von Strafen rechtfertigt, weil dadurch die Gesellschaft vor Schaden geschützt werden kann, und einem Gerechtigkeitsprinzip, das von uns fordert, die Verhängung einer Strafe auf diejenigen zu beschränken, die das Recht gebrochen haben und die zumindest eine gewisse Fähigkeit besitzen, sich rechtskonform zu verhalten . . . Es ist in diesem Zusammenhang wichtig zu betonen . . . , daß es moralische Einwände dagegen gibt (die wenigstens so stark sind wie irgendein utilitaristisches Prinzip), Personen zu bestrafen, die durch Strafe offensichtlich nicht abgeschreckt werden können.« (1968, 78 f.)

Es ist nun möglich, das utilitaristische Nutzensummenprinzip mit Gleichheitsbedingungen, Verteilungsmaximen oder Fairneßpostulaten zu ergänzen. Dadurch mag man auch die Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips stärken können (vgl. zu einem solchen Versuch Honderich 1971,

169 ff.). Ich schließe mich hier allerdings der Auffassung Mackies (1981, 185) an, daß keine Notwendigkeit besteht, in diese Schwierigkeiten überhaupt hineinzugeraten und werde deshalb im folgenden Alternativen zu einer utilitaristischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips untersuchen.