

3. Die Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auf der Grundlage von Gerechtigkeitsprinzipien

3.1. Der Ansatz von Hart – Die Priorität der Freiheit

Harts eigene Überlegungen sollen einen Ausweg aus dem Dilemma bieten, entweder eine zwar rationale, folgenorientierte und damit intersubjektiv überprüfbare utilitaristische Position beziehen zu können, die aber nur zu einer schwachen, intuitiv unplausiblen Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips führt, oder aber eine starke Begründung damit erkaufen zu müssen, daß man sie auf die metaphysische Grundlage eines Vergeltungsprinzips stellt. Er zweifelt zunächst eine Voraussetzung an, die vielen folgenorientierten Überlegungen zum strafrechtlichen Verantwortungsprinzip ausgesprochen oder unausgesprochen als Basis dient. Demnach sei der herausragende oder sogar alleinige Zweck des Strafrechts die Verhinderung krimineller Handlungen und alle Konzeptionen zur Ausgestaltung der strafrechtlichen Institutionen im allgemeinen und im einzelnen müßten sich nach diesem Zweck ausrichten. Hart will zwar nicht bestreiten, daß die Prävention tatsächlich der wesentliche Zweck des Strafrechts und damit die Grundlage seiner Existenz ist, er wehrt sich aber dagegen, das Strafrecht und die Strafverhängung allein unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, ob sie ein möglichst taugliches Mittel für diesen Zweck sind. Nach seiner Auffassung bedeutet die Entscheidung für ein *Rechtssystem* als Mittel zur Erreichung präventiver Zwecke gleichzeitig die Entscheidung für ein weiteres wichtiges gesellschaftliches Ziel: den Mitgliedern der Gesellschaft die Chance zu geben, ihr Leben möglichst weitgehend gemäß einer individuellen, autonomen Handlungsplanung zu leben – die Gewährleistung also einer persönlichen Entscheidungs- und Handlungsfreiheit. (Die autonome Lebensplanung als grundlegendes Persönlichkeitsrecht stellt J. L. Mackie sogar in das Zentrum der ethischen Theorie, vgl. Mackie 1978, 355 ff.; 1981, 216 ff.)

Hart erläutert seine Behauptung anhand einer Analogisierung von strafrechtlichen und zivilrechtlichen Problemen. Nach seiner Auffassung besteht die wesentliche Aufgabe des Zivilrechts darin, die Möglichkeiten der Rechtsadressaten zu erweitern, durch individuelle Entscheidungen ihre Zukunft zu planen und zu bestimmen:

»Diese Institutionen ermöglichen es nämlich dem Individuum, (1) die rechtlichen Vereinbarungen, die es getroffen hat, mit Hilfe der gesetzlichen Zwangsmittel zu realisieren und (2) den Rest seines Lebens mit der Sicherheit oder wenigstens dem Vertrauen . . . zu planen, daß seine Vereinbarungen tatsächlich erfüllt werden . . . Kurz gesagt: Die Funktion dieser zivilrechtlichen Institutionen besteht darin, den Präferenzen des Individuums in bestimmten Bereichen Wirksamkeit zu verleihen.« (1968, 45)

Auf der Grundlage dieser Aufgabenstellung sei es klar, daß im Zivilrecht ein Verantwortungsprinzip gelten müsse, durch das z. B. Willenserklärungen, die unter bestimmten einschränkenden mentalen Bedingungen zustande gekommen sind, als rechtlich ungültig und nicht bindend erklärt werden: „Weil eine Transaktion, die unter solchen Bedingungen vorgenommen wurde, keine wirkliche Wahl repräsentieren wird.“ (1968, 45)

Würde das Zivilrecht solche mentalen Faktoren bei der Frage der Gültigkeit zivilrechtlicher Transaktionen unberücksichtigt lassen, verkleinerte es damit die Chance eines Individuums, die Zukunft in seinem Interesse zu planen. Entscheidungen, die unter äußerem Zwang, geistigen und psychischen Störungen, Unwissenheit oder durch suggestive Beeinflussung anderer zustande kommen, sind eine Festlegung, an deren Festschreibung im Hinblick auf eine rationale Zukunftsplanung der Handelnde kein Interesse haben kann. Der Wert der zivilrechtlichen Institutionen als Mittel der Vergrößerung der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit würde ohne ein zivilrechtliches Verantwortungsprinzip deutlich gemindert – wenn nicht zerstört.

Übertrage man diese Einsichten auf das Strafrecht, so werde klar, daß man das *Recht* als Mittel zur Verhinderung unerwünschter Handlungen nicht nur unter der Perspektive eines Systems von möglichst effektiven Verhaltensstimuli begreifen und beurteilen dürfe, sondern als ein Mittel, das von vornherein auch dem gesellschaftlichen Zweck dienen muß, die Entwicklung des Lebens der Normadressaten möglichst weitgehend von ihren persönlichen Präferenzen und Entscheidungen bestimmen zu lassen. Das Strafrecht könne man demnach nicht ausschließlich unter dem Aspekt seiner präventiven Effektivität betrachten, sondern müsse als „choosing system“ verstanden werden, innerhalb dessen jeder Normadressat seine Handlungsentscheidung unter Kenntnis der jeweiligen Konsequenzen frei treffen kann. Damit werde auch die Bedeutung spezifischer mentaler Voraussetzungen für die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen bzw. eines Verantwortungsprinzips in Analogie zum Zivilrecht deutlich. Das Strafrecht könne seine Funktion als „choosing system“ nur dann erfüllen, wenn es seine Sanktionen auf Handlungen beschränke, die unter der Voraussetzung einer freien Entscheidung und der Kenntnis der Handlungskonsequenzen zustande gekommen sind. Wenn es die Aufgabe des Strafrechts sei, bestimmte Handlungsweisen durch Einfluß auf die Handlungsplanungen und Entscheidungen der Normadressaten zu verhindern, dann dürfe eine Strafe auch nur dann verhängt werden, wenn eine solche Planung und Entscheidung möglich gewesen ist:

»Ich meine vor allem, daß es inadäquat und irreführend ist, wenn man sich unter dem Strafrecht nur ein einfaches Instrument vorstellt, mit dem die Individuen möglichst effektiv zu erwünschten Verhaltensweisen angetrieben werden sollen. In Wirklichkeit leitet ein Rechtssystem, wenn es Zurechnung generell von Entschuldigungsgründen abhängig macht, individuelle Entscheidungen und Verhaltensweisen nur an. Es liefert den Individuen zwar Gründe für eine Wahl rechtskonformen Handelns – die Entscheidung überläßt es aber ihnen selbst.« (1968, 44)

Die Beschränkung kriminalrechtlicher Sanktionen auf Personen, die man für ihre Handlungen verantwortlich machen kann, habe damit genau wie im Zivilrecht die Funktion, die Effektivität informierter und selbstbestimmter Entscheidungen im Hinblick auf eine Gestaltung der persönlichen Zukunft zu steigern (vgl. 1968, 46). In diesem Sinne vergrößere ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip die Fähigkeit einer Person, die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen, mit der sie eine kriminalrechtliche Sanktion treffen wird, weil ihre eigene Entscheidung eine der „operativen Faktoren“ ist, aufgrund derer eine solche Sanktion gegen sie verhängt werden könnte (vgl. 1968, 47). Gäbe es diese Beschränkung der Strafe auf in diesem Sinne freiwillig begangene Taten nicht,

»so müßte der einzelne damit rechnen, seine Pläne durchkreuzt zu sehen durch die Bestrafung von Handlungen, die er unabsichtlich, in Unkenntnis, durch Zufall oder im Irrtum begangen hat. Ein derartiges System strikter Haftung für alle Delikte würde, sofern überhaupt möglich, nicht nur die Zahl der Bestrafungen enorm ansteigen lassen, sondern auch die Möglichkeit des einzelnen einschränken, im voraus besondere Zeiten zu bestimmen, in denen er straffrei leben wird. Das ist so, weil wir uns kaum darauf verlassen können, daß wir in einem bestimmten Zeitraum nicht unabsichtlich, zufällig usw. eine Straftat begehen werden; wohingegen viele von uns sich hinreichend kennen, um zu der Annahme berechtigt zu sein, daß sie sich für eine bestimmte Zeit in der Zukunft nicht absichtlich strafbar machen werden, und dementsprechend ihr Leben einrichten können.« (Hart 1971, 82)

Die Hartschen Argumente für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip lassen sich in folgendem Schema zusammenfassen:

Schema H

- F: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie eine erwünschte Wirkung hat
- F_f: Strafe hat eine erwünschte Wirkung nur dann, wenn die Möglichkeit einer rationalen Lebensplanung der Normadressaten erhalten bleibt
- F_{vf}: Die Möglichkeit einer rationalen Lebensplanung der Normadressaten bleibt nur dann erhalten, wenn die Bestraften für eine strafbare Handlung verantwortlich sind

-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist

Die Interpretation des Rechts als „choosing system“ im Sinne Harts scheint im Hinblick auf eine Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips sowohl gegenüber der Schuldvergeltungstheorie als auch gegenüber dem Utilitarismus wichtige Vorteile zu bieten:

1. Harts Überlegungen knüpfen in ähnlicher Weise wie die Schuldvergeltungstheorie an der intuitiven Überzeugung an, wonach die Geltung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips zumindest weitgehend unabhängig von seinen Auswirkungen auf die präventive Effektivität des Strafrechts sein soll. Anders aber als die Schuldvergeltungstheorie vermag Hart diese Überzeugung durch intersubjektiv nachvollziehbare und überprüfbare Argumente zu rechtfertigen und zu erklären. Diese Argumente stützen sich auf die empirisch feststellbaren Folgen strafrechtlicher Interventionen einerseits (F_{vt}) und eine Bewertung dieser Folgen auf der Grundlage eines Fairneß- oder Gerechtigkeitsprinzips andererseits (F_t).
2. Im Vergleich mit den verschiedenen Varianten utilitaristischer Rechtfertigungen eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips erzielt die Hartsche Konzeption eine bessere Übereinstimmung mit unserem intuitiven Gerechtigkeitsempfinden, denn sie ist gegenüber den spezifischen empirischen Bedingungen, von denen eine utilitaristische Rechtfertigung des Verantwortungsprinzips abhängt, invariant. Die Hartschen Argumente für Entschuldigungsgründe im Strafrecht gelten nämlich auch dann, wenn (im Hinblick auf die Position Benthams) die präventive Effektivität des Strafrechts durch ein Verantwortungsprinzip nachweislich gesenkt würde oder wenn (im Hinblick auf die Positionen eines qualifizierten Utilitarismus) die gesellschaftliche Nutzensumme durch die Bestrafung von Unschuldigen nachweislich vergrößert würde. Dieser Unterschied geht darauf zurück, daß bei Hart die präventiven Wirkungen des Strafrechts *von vornherein* nur unter der Bedingung optimiert werden dürfen, daß die Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit der strafrechtlichen Interventionen und damit die Möglichkeit für eine rationale Lebensplanung der Rechtsadressaten erhalten bleiben. Der Wert dieser Garantie darf nach Hart nicht durch den Wert möglicher Effektivitätssteigerungen des Strafrechts aufgewogen werden. Anders ausgedrückt: Die Erfüllung des Gerechtigkeitsprinzips durch ein Verantwortungsprinzip geht den Forderungen des Präventionsprinzips voraus.

3.2. *Die Kritik an dem Ansatz von Hart*

Genau diese Grundlage für die Vorzüge der Hartschen Position gegenüber dem Utilitarismus ist es aber auch, die seine Bilanz in einem wichtigen Punkt schwächt. Ich habe bereits positiv hervorgehoben, daß Hart bei seiner Recht-

fertigung von Entschuldigungsgründen nicht bei unserer intuitiven Überzeugung stehenbleibt, daß Unschuldige eben nicht bestraft werden dürften. Als rationalen Grund für diese Überzeugung nennt er vielmehr den Wert des Rechtssystems als Garanten für die Möglichkeit, persönliche Lebensläufe so weit wie möglich von den autonomen Entscheidungen der Normadressaten abhängig zu machen. Diese Argumentation wird gegenüber dem Utilitarismus aber erst aufgrund der Annahme durchschlagend, daß der Wert dieser Eigenschaft des Rechtssystems *prinzipiell nicht* von dem Wert seiner präventiven Effektivität überstiegen werden kann. Damit werden diese Werte in einer eindeutigen Hierarchie geordnet, die so beschaffen ist, daß die Realisierung des höheren Wertes nicht durch die des niedrigeren substituiert werden kann. Der Zweck der Prävention darf nur und insoweit befolgt werden, wie die Garantie der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit gewährleistet ist bzw. nicht beeinträchtigt wird.

Entscheidend für die weiteren Überlegungen ist, daß Hart für diese Hierarchie bzw. für seine Gewichtung dieser Werte keine Begründung gibt, sondern diese Rangordnung *voraussetzt*. Es ist naheliegend, ihm zu unterstellen, daß er diese Werteordnung für intuitiv überzeugend hält und keiner weiteren Rechtfertigung bedürftig. Was Hart mit seiner rationalen Rekonstruktion also erreicht hat, ist sozusagen eine Verlagerung der Intuition ‚nach hinten‘: Man muß jetzt intuitive Überzeugungen nicht mehr unmittelbar zu Hilfe nehmen, wenn man die Auffassung verteidigen will, daß Unschuldige nicht bestraft werden sollen. Man kann diese *Maxime rational*, d.h. mit Argumenten begründen, indem man sie im Sinne des Schemas H aus der Vorrangigkeit des Zwecks der Sicherung der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit gegenüber präventiven Zielen ableitet. Für eine Begründung dieser Vorrangigkeit selbst liefert uns Hart aber keine weiteren Argumente.

Wenn diese Interpretation richtig ist, dann hat Hart nicht zu einer Explikation der Aussage beigetragen, daß die Geltung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips *weitgehend invariant* gegenüber der empirisch variablen präventiven Effektivität der Strafe ist. Aus Harts Argumenten würde dann die sehr viel stärkere Aussage folgen, daß die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips *vollkommen* unabhängig von der empirischen Frage ist, inwieweit die Existenz eines solchen Prinzips die präventive Effektivität der Strafe berührt. Nun könnte man die Meinung vertreten: „Um so besser. Was uns bisher gestört hatte, war ja, daß die vorliegenden Konzeptionen alle zu einer zu schwachen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips geführt haben. Die Argumente von Hart liefern eben eine noch stärkere Begründung als wir hoffen durften.“ Dieses Lob wäre aber vorschnell, denn Harts Begründung ist *zu stark*. Eine vollkommene Unabhängigkeit des Verantwortungsprinzips von Problemen der strafrechtlichen Effektivität wäre nicht plausibel und auch nicht vernünftig, wie eine einfache Überlegung zeigen kann.

Das Interesse an einer Verhinderung bestimmter Handlungen durch die

präventiven Wirkungen des Strafrechts läßt sich nämlich in analoger Weise interpretieren wie das Interesse, aufgrund dessen normalerweise ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip einem Strafrecht mit ‚striktter Haftung‘ (oder gar Sippenhaft) vorzuziehen ist. In beiden Fällen geht es darum, möglichst wirksam zu verhindern, daß das Leben durch Ereignisse beeinflußt oder bestimmt wird, die bei der Handlungsplanung unvorhersehbar und von der eigenen Entscheidung unabhängig sind. In der Perspektive des Normadressaten muß er seine Freiheit gleichermaßen von unerwünschten Handlungen anderer Privatpersonen wie von unvorhersehbaren staatlichen Eingriffen bedroht sehen. Beide sind potentielle Einschränkungen seiner Möglichkeiten einer rationalen Lebensplanung auf der Grundlage seiner persönlichen Bedürfnisse und Präferenzen. In seinem Interesse ist also erstens ein präventiv möglichst effektives Mittel zur Verhinderung bestimmter unerwünschter Handlungen anderer Personen, das aber zweitens selber nicht genau die Folgen für seine Freiheit haben darf, deretwegen es eingesetzt worden ist. Ein Strafrechtssystem ohne ein Verantwortungsprinzip hätte aber genau diese Folgen, denn es teilt die Eigenschaft mit kriminellen Eingriffen in die Rechte einer Person, daß es unvorhersehbar und unabhängig von ihren Entscheidungen ihr Leben einschränkt und bestimmt.

Da die Interessen an einem präventiv effektiven Strafrecht und einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip in dieser Weise ineinander übersetzbar sind, kann die unter ‚normalen‘ Bedingungen bestehende Präferenz für ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip unter bestimmten empirischen Voraussetzungen allerdings ins Wanken geraten: Wenn man befürchten müßte, daß die präventive Effektivität des Strafrechts durch ein Verantwortungsprinzip so leidet, daß die Wahrscheinlichkeit für eine Beeinträchtigung durch eine kriminelle Handlung größer wird als im anderen Fall durch eine Strafverhängung, die einen als Unschuldigen trafe. Rawls bringt in diesem Zusammenhang das Beispiel einer kurz bevorstehenden bürgerkriegsähnlichen Auseinandersetzung zwischen bewaffneten Banden, die nur durch eine auf ‚striktter Haftung‘ beruhende Anwendung des Waffengesetzes verhindert werden kann (Rawls 1975 b, 273). Ein anderes, weniger dramatisches, dafür aktuelles Beispiel ist die Behandlung von leichten Verkehrsverstößen, z. B. der Nichtbeachtung des Parkverbots. Auch hier könnte die Berücksichtigung von Entschuldigungsgründen dazu führen, daß die Freiheit des einzelnen durch eine zunehmende Zahl von Parksündern mehr bedroht wird als durch die Gefahr, als Unschuldiger (z. B. bei unvermeidbarem Verbotsirrtum) einen Strafzettel bezahlen zu müssen. (Die Tatsache, daß wir unter bestimmten außergewöhnlichen Bedingungen einen Bruch des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips für moralisch akzeptabel halten, betonen auch Honderich 1971, 78 ff., Kliemt/Kliemt 1981, 179 und Glover 1970, 167 ff.)

Diese Beispiele und die vorhergegangenen Überlegungen verdeutlichen ein Problem, das Hart weitgehend unberücksichtigt gelassen hat. Demnach kann es nicht sinnvoll sein, die Erhaltung der Möglichkeiten zu einer rationa-

len Lebensplanung der Normadressaten *in jedem Fall* dadurch garantieren zu wollen, daß man an einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip festhält. Es sind nämlich empirische Bedingungen denkbar, unter denen eine Erfüllung des Fairneß- oder Gerechtigkeitspostulats F_v gerade nur dann möglich ist, wenn man ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip *fallenläßt*. Unter diesen Bedingungen ist dann nicht nur die empirische Prämisse F_{vf} falsch, sondern das strafrechtliche Verantwortungsprinzip ist darüber hinaus durch seinen negativen Einfluß auf die präventive Effektivität der Strafe sogar die Ursache für eine Einschränkung der Möglichkeiten für eine rationale Lebensplanung. Die begrenzte Substituierbarkeit des Werts eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips durch den Wert der präventiven Effektivität der Strafe ist also gerade unter dem übergeordneten Gesichtspunkt der möglichst weitgehenden Erhaltung einer selbstbestimmten, von individuellen Entscheidungen getragenen Lebensplanung der Normadressaten geboten. Eine so eindeutige Hierarchisierung dieser Werte, wie sie Hart nahelegt, ist deshalb nicht gerechtfertigt.

Was folgt daraus für die Position Harts? Zunächst eine Annäherung zwischen seiner Position und dem Utilitarismus. Denn auch Hart muß bei seiner Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips mit einer empirischen Prämisse arbeiten, durch die – und das ist bei der Prämisse F_{vf} des Schemas H nicht auf den ersten Blick ersichtlich – eine Abhängigkeit der Geltung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips von der präventiven Effektivität der Strafe hergestellt wird. Man hat gesehen, daß eine solche Abhängigkeit im Prinzip auch sinnvoll ist, obwohl sie eben nicht ‚sehr weitgehend‘ sein soll. Die Frage stellt sich nun, ob man Hart bei der Behandlung dieses Problems gegenüber dem Utilitarismus auch im Licht der formulierten kritischen Einwände noch einen Fortschritt zubilligen kann.

Der Utilitarist muß dafür plädieren, ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip zu opfern, wenn die gesellschaftliche Nutzensumme durch die präventiven Wirkungen eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zu vergrößern ist. Hart müßte bereit sein, auf ein Verantwortungsprinzip zu verzichten, wenn dadurch die Möglichkeiten einer rationalen Lebensplanung verbessert werden. Ist das nun eine stärkere oder schwächere Bedingung als die des Utilitaristen?

Diese Frage ist deshalb nicht entscheidbar, weil die Bedingung von Hart in der Fassung von F_{vf} nicht präzise genug ist, um genau festlegen zu können, aufgrund welcher Sachverhalte die Voraussetzungen für eine Ableitung von V nicht mehr erfüllt sind: Geht es um die Möglichkeiten einer rationalen Lebensplanung *aller* Normadressaten? Einer *Mehrheit*? Einer (bestimmten) *Minderheit*? Eines *einzelnen*? Kann die Verschlechterung dieser Möglichkeiten bei einigen durch ihre Verbesserung bei anderen aufgewogen werden? usf.

Der Utilitarist könnte jedenfalls im Gegenangriff für sich reklamieren, daß man seine Position auch als eine mögliche Explikation des Vorschlags von Hart verstehen kann. Demnach wäre ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip

genau dann gerechtfertigt, wenn unter seiner Herrschaft die Summe des gesellschaftlichen Nutzens, der sich im Sinne Harts jeweils aus den individuellen Spielräumen zu einer rationalen Lebensplanung ergeben könnte, größer wäre als bei einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip („Die Möglichkeit einer Person, ihre Zukunft zu planen, ist ein großes utilitaristisches Gut.“ Sprigge 1965, 282).

Hart fand utilitaristische Kriterien dieser Art prinzipiell zu schwach, weil sie Vorteile einer Mehrheit auf Kosten von einzelnen nicht ausschließen. Allerdings kann er, wie man jetzt feststellen muß, eine genügend präzierte Alternative nicht vorlegen. Diesen Versuch möchte ich im folgenden Abschnitt unternehmen.

3.3. *Der Ansatz der Vertragstheorie – Die Priorität des individuellen Nutzens*

3.3.1. Die Minimalversion einer Vertragstheorie

Eine zufriedenstellende Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips soll abschließend auf der Grundlage eines einfachen Modells der *Vertragstheorie* versucht werden. Es soll aber hier nicht ausführlich über allgemeine konzeptuelle Unterschiede zwischen Utilitarismus und Vertragstheorie diskutiert werden, sondern wir wollen solche Probleme strikt auf unsere Fragestellung beziehen. Wie man sehen wird, ist diese Einschränkung möglich und nützlich, denn sie entledigt uns der Notwendigkeit, allzuweit in grundsätzliche Probleme einer Gerechtigkeitstheorie abzuschweifen.

Wie der Utilitarismus will auch die Vertragstheorie diejenigen gesellschaftlichen Normen und Institutionen auszeichnen, die gerecht sind oder zumindest gerechter als mögliche Alternativen. Im Gegensatz zum Utilitarismus macht die Vertragstheorie eine Entscheidung über den Wert einer gesellschaftlichen Einrichtung aber nicht unmittelbar abhängig von der Summierung des durch sie bewirkten sozialen Nutzens und Schadens, sondern von der Zustimmung oder Ablehnung, die eine solche Einrichtung durch die von ihr betroffenen Personen in einer durch bestimmte Bedingungen gekennzeichneten Vertragssituation erfahren würde. Durch diese Konstruktion erhält das zu lösende Entscheidungsproblem eine gewisse strukturelle Vereinfachung: Der Entscheider ist nicht mehr ein ‚neutraler‘, utilitaristischer Sozialplaner, der die individuellen Nutzenfunktionen aller Mitglieder einer Gesellschaft kennen und berücksichtigen muß, sondern die einzelnen Mitglieder einer Gesellschaft werden selbst zu den Trägern der Entscheidung für oder gegen eine bestimmte gesellschaftliche Institution, die sie auf der Grundlage ihrer Interessen beurteilen können. Damit wird auch der typische Vorwurf gegen den Utilitarismus

umgangen, die Austauschbarkeit und wechselseitige Anrechenbarkeit aller Interessen und Zielsetzungen durch den gemeinsamen Maßstab eines allgemeinen (quantitativen) Nutzenbegriffs unterstellen zu müssen.

Man könnte den Unterschied zwischen Vertragstheorie und Utilitarismus zusammenfassend so charakterisieren, daß im Utilitarismus der Wert einer gesellschaftlichen Einrichtung an ihrem gesellschaftlichen Nutzen gemessen wird, während in der Vertragstheorie der Maßstab für den gesellschaftlichen Nutzen und Wert einer Institution der Grad ihrer Anerkennung durch die Mitglieder der Gesellschaft ist. In gewisser Hinsicht entspricht damit die Vertragstheorie auch eher als das utilitaristische Modell den tatsächlichen Mechanismen gesellschaftlicher Legitimationsprozesse – wobei freilich offen ist, inwiefern diese Tatsache ein Kriterium für die Güte einer ethischen Theorie sein kann.

Die spezifischen Probleme jeder vertragstheoretischen Konzeption fangen an, wenn die wesentlichen Merkmale jener Entscheidungs- oder Einführungssituation angegeben und präzisiert werden sollen, denn nicht jede *faktische* Zustimmung oder Ablehnung kann unter allen Bedingungen als ethisch relevant betrachtet werden. Der notwendige Konsens über den Wert einer gesellschaftlichen Institution käme unter dieser Voraussetzung nie zustande. Willensäußerungen, die von falschen Meinungen, irrationalen Überzeugungen oder ideologischen Verblendungen getragen werden, können deshalb nicht berücksichtigt werden. *Jede* Version einer Vertragstheorie muß die Rationalität der Entscheidungsträger und ihrer Entscheidungen als notwendige Voraussetzung für eine Vertragssituation fordern, bzw. im Sinne einer idealisierenden Bedingung in der Theorie berücksichtigen. Darüber hinaus glauben die meisten Vertragstheoretiker aber auch, daß bestimmte äußere Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine Entscheidungssituation als ethisch relevante Vertragssituation akzeptiert werden kann. Oft stehen diese äußeren Bedingungen in einem diametralen Gegensatz zu den tatsächlichen empirischen Voraussetzungen von Entscheidungssituationen und werden deshalb von vornherein als methodische Konstrukte eingeführt. Berühmte Beispiele sind der Naturzustand bei Hobbes und der fiktive Urzustand bei Rawls, in dem die Individuen ihre Entscheidungen hinter einem „Schleier des Nichtwissens“ fällen müssen.

Solche stark idealisierenden Bedingungen sollen garantieren, daß die getroffenen Entscheidungen nicht durch ethisch irrelevante empirische Besonderheiten und soziale Interessenlagen der beteiligten Personen beeinflusst werden und ein umfassender Konsens unmöglich wird. Die Probleme im Zusammenhang mit diesen Idealisierungen bestehen einerseits in ihrer Realitäts- und Praxisferne, denn es drängt sich natürlich die Frage auf, warum das, „was fiktive Individuen in einem fiktiven Zustand möglicherweise beschließen würden, für unser reales Leben Verbindlichkeit besitzen“ soll: „Versprechen oder Verträge fiktiver Personen können trivialerweise nur die fiktiven Personen binden.“ (Kliemt 1980, 76 f., ähnlich Dworkin 1984, 252 ff.) Andererseits besteht bei der freien Konstruktion eines solchen Ausgangszustandes die Gefahr,

daß man das (erwünschte) spätere Ergebnis in den Konstruktionsprinzipien bereits voraussetzt.

Im Zusammenhang mit einer vertragstheoretischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips muß man die Probleme einer solchen idealisierenden Konzeption nicht diskutieren. Ich werde das Entscheidungsproblem bei einer Beurteilung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips nämlich so formulieren, daß *keinerlei* auf äußere Bedingungen bezogene Idealisierungen eingeführt werden müssen, die Entscheidungsträger ihre Entscheidung über die Geltung eines Verantwortungsprinzips also in voller Kenntnis aller empirischer Fakten, einschließlich ihrer Interessen und ihrer Position in der Gesellschaft, fällen können. Vorausgesetzt werden muß allerdings, daß sie als vernünftige Personen ihre Präferenzen kennen und demgemäß auf der Grundlage ihres empirischen Wissens eine Entscheidung in Übereinstimmung mit den Kriterien der rationalen Entscheidungstheorie treffen. Eine Entscheidung über kriminalrechtliche Institutionen zählt im übrigen auch Rawls zu denjenigen Entscheidungsproblemen, bei denen der Schleier des Nichtwissens bereits weitgehend gelüftet werden muß, ohne daß er allerdings genaue Angaben macht, *welche* Art von Wissen zur Verfügung stehen soll (Rawls 1975b, 265 ff.).

Geht man davon aus, daß eine ethisch relevante Entscheidung über die Einführung oder Abschaffung einer gesellschaftlichen Einrichtung nur bei genauer Kenntnis der betroffenen Personen über ihre individuellen Interessen, ihre soziale Position und die Gesellschaft, in der sie leben, getroffen werden darf, dann entsteht ein ernstes Problem: Unter diesen Voraussetzungen ist es nämlich äußerst unwahrscheinlich, daß unter den Entscheidungsträgern ein Konsens zustande kommt, vor allem dann, wenn die Vor- und Nachteile der zur Entscheidung stehenden Institution ungleich verteilt werden sollen. Um diese Situation in einer ethisch zufriedenstellenden Weise aufzulösen, benötigt man ein allgemeines *Gerechtigkeitsprinzip*, durch das die Menge der zustimmungsrelevanten Personen festgelegt wird. Eine solche Funktion erfüllt das von Rawls formulierte *Differenz-* oder *Unterschiedsprinzip*. Demnach ist eine ungleiche Verteilung gesellschaftlicher Güter nur dann gerechtfertigt, wenn die bei dieser Verteilung am wenigsten Bevorzugten besser gestellt sind als bei einem Zustand der Gleichverteilung: „Ungerechtigkeit besteht demnach einfach in Ungleichheiten, die nicht jedermann Nutzen bringen . . . wenn die besseren Aussichten unangemessen sind, wenn ihre Verschlechterung das Los der am stärksten Benachteiligten verbessern würde.“ (Rawls 1975b, 83,99) Gemäß diesem Prinzip ist also eine gleiche Verteilung der gesellschaftlichen Vor- und Nachteile geboten, „falls es keinen Zustand gibt, in dem (alle) Beteiligten besser daran sind“ (96). Wenn man von dem Grundgedanken der Vertragstheorie ausgeht, daß eine gesellschaftliche Einrichtung durch die Anerkennung der betroffenen Personen legitimiert wird, dann hat eine Anwendung des Differenzprinzips die Konsequenz, daß die Anerkennung derjenigen Personengruppe ausschlaggebend ist, die bei der Einführung dieser Einrichtung am

schlechtesten gestellt wird, denn sie wird einer gesellschaftlichen Veränderung nur dann zustimmen, wenn ihre soziale Lage durch sie verbessert wird. Die gesellschaftlich am meisten benachteiligte Gruppe oder Klasse erhält also gemäß diesem Gerechtigkeitsprinzip ein ‚Vetorecht‘.

Damit haben wir die Bausteine für unsere Minimalversion einer Vertragstheorie beisammen. Diese Minimalversion reicht aus, um die zentralen Probleme einer folgenorientierten Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips zu lösen. Die Minimalversion besteht aus zwei Elementen:

1. Das Zustimmungsprinzip: Eine gesellschaftliche Institution ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie von den zustimmungsrelevanten Gesellschaftsmitgliedern anerkannt wird.
2. Das Differenzprinzip: Eine ungleiche Verteilung gesellschaftlicher Vor- und Nachteile ist genau dann gerechtfertigt, wenn die am wenigsten bevorzugten Gesellschaftsmitglieder diese ungleiche Verteilung anerkennen.

Am Schluß dieses Abschnitts werde ich noch einige allgemeine Bemerkungen zum Status des Differenzprinzips machen. Vorher aber möchte ich die Nützlichkeit dieses Prinzips bei der Lösung der hier behandelten Probleme zeigen.

3.3.2. Die vertragstheoretische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips

Im Rahmen einer Vertragstheorie muß das Problem, ob eine bestimmte gesellschaftliche Einrichtung gerechtfertigt werden kann, in ein Entscheidungsproblem für die von dieser Einrichtung betroffenen Personen umformuliert werden. Gemäß den Voraussetzungen werden die betroffenen Personen der Einführung einer gesellschaftlichen Einrichtung nur dann zustimmen, wenn sie von den Folgen dieser Einrichtung unter Berücksichtigung aller Opportunitätskosten eine Erhöhung ihrer individuellen Nutzensumme erwarten. In unserem Fall geht es um die Entscheidung, ob man als Normadressat einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip oder einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip zustimmen soll. Von strafrechtlichen Institutionen sind verschiedene Personengruppen in unterschiedlicher Weise betroffen. Um im folgenden die Handlungsalternativen auf die wesentlichen Entscheidungsprobleme zu vereinfachen, werde ich als entscheidungsrelevante Folgen des Strafrechts nur seine präventiven Wirkungen bzw. – im Fall eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip – seine Bedrohung für Unschuldige berücksichtigen. Von anderen möglicherweise entstehenden sozialen Vor- und Nachteilen (wie etwa einer Vergrößerung oder Verkleinerung der Bürokratie, finanziellem Aufwand etc.) wird also abstrahiert. Es wäre aber keine prinzipielle Schwierigkeit, auch solche Faktoren mit einzubeziehen. Man müßte dann nur eine gewisse unübersichtliche Kompliziertheit in Kauf nehmen.

In einem ersten Schritt werde ich das Entscheidungsproblem für diejenigen Gruppen der Normadressaten formulieren, die 1. nicht die Absicht haben, strafbare Handlungen zu begehen; 2. nicht das Opfer einer strafbaren Handlung oder strafrechtlichen Sanktion sind und 3. über das Ausmaß ihrer Bedrohung durch strafbare Handlungen bzw. strafrechtliche Sanktionen begründete Wahrscheinlichkeitsschätzungen anstellen können (Gruppe 1). Der Übersichtlichkeit halber werde ich die in Frage kommenden Handlungsalternativen und ihren jeweiligen Nutzen für den Entscheider mit der in der Entscheidungstheorie üblichen Entscheidungsmatrix im Sinne des Bernoulli-Kriteriums darstellen. Eine solche Matrix könnte für die Entscheider der Gruppe 1 folgendes Aussehen haben:

Matrix 1

	U ₁ KΛΓS	U ₂ SΛΓK	U ₃ KΛS	U ₄ ΓKΛΓS	
	0,1	0,5	0	1	Nutzerwartungswert
SmV ₁	$\frac{30}{100}$	0	0	$\frac{70}{100}$	$\frac{30}{100} \cdot 0,1 + \frac{70}{100} \cdot 1 = 0,73$
SoV ₁	$\frac{14}{100}$	$\frac{24}{100}$	$\frac{6}{100}$	$\frac{56}{100}$	$\frac{14}{100} \cdot 0,1 + \frac{24}{100} \cdot 0,5 + \frac{6}{100} \cdot 0 + \frac{56}{100} \cdot 1 \approx 0,7$

Entschieden werden soll über die Alternative, entweder ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip (SmV) oder ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip (SoV) einzuführen. Für die Klärung der Struktur dieses Entscheidungsproblems ist es dabei gleichgültig, ob diese Alternative sich auf das Strafrecht im allgemeinen, einen deliktsspezifischen Ausschnitt oder nur auf eine Verschärfung der subjektiven Zurechnungskriterien bezieht. Die Handlungsalternativen sind in der Vorspalte der Matrix eingetragen. In der Kopfzeile der Matrix sind die sich einander ausschließenden Umweltzustände aufgeführt, die eintreten können und die der Normadressat bei seiner Entscheidung berücksichtigen muß (U₁-U₄). Der Umweltzustand U₁ entspricht dem Sachverhalt, daß der Entscheider das Opfer einer kriminellen Handlung wird (K); U₂, daß er als Unschuldiger das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion wird (S). Der Umweltzustand U₃ bedeutet, daß der Normadressat sowohl unter einer kriminellen Handlung als auch als Unschuldiger unter einer strafrechtlichen Sanktion lei-

den muß. Unter der Bedingung U_4 schließlich bleibt er unbehelligt und hat optimale Möglichkeiten zu einer von externen Zwängen unbeeinflussten autonomen Lebensplanung. Je nach dem Eintritt einer dieser Möglichkeiten entsteht für den Entscheider ein bestimmter Nutzen, dessen Größe abhängig ist von den subjektiven Nutzenwerten, die er den verschiedenen Umweltzuständen zuordnet. Diese Nutzenwerte stehen in der dritten Zeile der Matrix. U_4 ist das günstigste Ergebnis und erhält den höchstmöglichen Nutzenwert 1; U_3 ist das ungünstigste mit dem Nutzenwert 0. Dazwischen sollen U_1 und U_2 mit den Werten 0,1 und 0,5 liegen (die absolute Größe der subjektiven Nutzenwerte spielt für die folgenden Ausführungen nur eine nebensächliche Rolle). Wesentlich für das Entscheidungsproblem ist, daß die Wahrscheinlichkeiten, mit denen die einzelnen Umweltzustände U_1 - U_4 eintreten, durch die Wahl der Handlungsalternative beeinflußt werden. Es geht uns ja darum, herauszufinden, inwieweit die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips abhängig ist von seinen möglichen Auswirkungen auf die präventive Effektivität der Strafe. Bei der Konstruktion der einschlägigen Entscheidungssituation muß man deshalb die empirische Prämisse voraussetzen, daß die Bedrohung durch kriminelle Handlungen tatsächlich in Abhängigkeit von einem strafrechtlichen Verantwortungsprinzip variiert. Aus diesem Grund weiche ich von der üblichen Darstellung der Entscheidungsmatrix etwas ab und schreibe die variierenden Wahrscheinlichkeiten in das Innere der Matrix, während die Nutzenwerte als konstant bei den Umweltzuständen notiert sind.

Nach der Matrix 1 ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Entscheider bei der Handlungsalternative SmV_1 das Opfer einer kriminellen Handlung wird $3/10$; daß er unbehelligt bleibt $7/10$. Zur Vereinfachung gehen wir von der Annahme einer korrekten Anwendung des Verantwortungsprinzips aus, so daß bei der ersten Handlungsalternative auch eine irrtümliche Bestrafung Unschuldiger ausgeschlossen ist, die Wahrscheinlichkeit für die Umweltzustände U_2 und U_3 also 0 ist. Die Handlungsalternative SmV_1 hat aufgrund der Daten für den Entscheider einen Nutzenerwartungswert von 0,73. Der Nutzenerwartungswert einer Alternative ist für einen rationalen Entscheider ausschlaggebend; er ergibt sich aus der Summe der mit den jeweiligen Wahrscheinlichkeiten multiplizierten Nutzenwerte der Umweltzustände.

Die zweite Handlungsalternative besteht aus einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip (SoV_1). Wir nehmen an, daß unter dieser Voraussetzung die präventive Effektivität des Strafrechts größer ist als bei SmV_1 und die Bedrohung durch strafbare Handlungen von $3/10$ auf $2/10$ sinkt. Andererseits entsteht damit die Möglichkeit, daß der Entscheider als Unschuldiger das Opfer einer strafrechtlichen Maßnahme wird. Die Wahrscheinlichkeit dafür soll $3/10$ sein. Aus den Wahrscheinlichkeiten für S und K errechnen sich die Wahrscheinlichkeiten für die Umweltzustände U_1 - U_4 :

$$\begin{aligned}
 w(U_1) &= w(K \wedge \neg S) = 2/10 \times 7/10 = 14/100 \\
 w(U_2) &= w(S \wedge \neg K) = 3/10 \times 8/10 = 24/100 \\
 w(U_3) &= w(K \wedge S) = 2/10 \times 3/10 = 6/100 \\
 w(U_4) &= w(\neg K \wedge \neg S) = 8/10 \times 7/10 = 56/100.
 \end{aligned}$$

Daraus ergibt sich für die Alternative SoV₁ ein Nutzenerwartungswert von 0,7 – weniger als bei der Alternative SmV₁. Die erhöhte Nutzenerwartung, die in einer Effektivierung der präventiven Wirkungen des Strafrechts begründet ist, wird also mehr als wettgemacht durch die Möglichkeit, daß der Entscheider als Unschuldiger strafrechtlich sanktioniert werden könnte. Im Sinne der Hart-schen Interpretation des vom Strafrecht bewirkten Nutzens und Schadens wären demnach die Chancen einer rationalen Lebensplanung bei der Alternative SoV₁ mehr in Frage gestellt als bei SmV₁. Es ist für den Entscheider deshalb unter diesen Bedingungen nicht rational, der Einführung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zuzustimmen. Käme es bei einer vertragstheoretischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips nur auf die Zustimmung der Mitglieder der Gruppe 1 an, dann wäre es bei Voraussetzung der Alternativen in Matrix 1 gerechtfertigt.

Es gibt aber empirische Bedingungen, unter denen es für die Entscheider der Gruppe 1 nicht rational wäre, einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip zuzustimmen. Das ist immer dann der Fall, wenn der Nutzenerwartungswert bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip größer ist als bei einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip. Diese Konstellation ist beispielsweise gegeben, wenn durch einen Verzicht auf ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip die präventiven Wirkungen der Strafe stärker erhöht würden als bei SoV₁. Einer solchen Situation entspräche folgende Entscheidungsmatrix:

Matrix 2

	U ₁ K ∧ ¬S	U ₂ S ∧ ¬K	U ₃ K ∧ S	U ₄ ¬K ∧ ¬S	
	0,1	0,5	0	1	Nutzenerwartungswert
SmV ₁	$\frac{30}{100}$	0	0	$\frac{70}{100}$	0,73
SoV ₂	$\frac{7}{100}$	$\frac{27}{100}$	$\frac{3}{100}$	$\frac{63}{100}$	$\frac{7}{100} \cdot 0,1 + \frac{27}{100} \cdot 0,5 + \frac{3}{100} \cdot 0 + \frac{63}{100} \cdot 1 \approx 0,77$

In diesem Fall wird die Wahrscheinlichkeit für K von $3/10$ bei SmV_1 auf $1/10$ bei SoV_2 gesenkt. Die Wahrscheinlichkeit für S soll mit $3/10$ den gleichen Wert wie bei SoV_1 haben. Auf dieser Grundlage ergibt sich für die Alternative SoV_2 ein Nutzererwartungswert von $0,77$ – sie ist damit der Alternative SmV_1 vorzuziehen. Bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip könnte also der Entscheider mehr Vorteile als bei der Alternative erwarten, bzw. würde – im Sinne Harts – seine Möglichkeiten einer rationalen Lebensplanung wahrscheinlich verbessern. (Analoge Entscheidungen kämen zustande, wenn die Wahrscheinlichkeit für S bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip gering wäre oder wenn der Schaden durch S niedriger eingeschätzt würde, bzw. der durch K höher.)

Würde man bei einer vertragstheoretischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips allerdings nur Entscheider der Gruppe 1 berücksichtigen – die quasi hinter einem teilweisen Schleier des Nichtwissens entscheiden –, dann käme man im Prinzip immer zu denselben Ergebnissen wie ein qualifizierter Utilitarismus, denn (vorausgesetzt, die subjektiven Wahrscheinlichkeiten der Entscheider sind richtig) eine Gewichtung und Bewertung der Handlungsalternativen SmV und SoV nach dem Kriterium der Maximierung der gesellschaftlichen Nutzensumme entspricht derjenigen nach dem Kriterium der Nutzererwartungswerte für den einzelnen Entscheider. Wenn die Wahrscheinlichkeitsschätzungen richtig sind, ist eben der Nutzen und Schaden auf die Gruppe der Normadressaten anschließend faktisch so verteilt, wie es den Wahrscheinlichkeiten für Vor- und Nachteile im Hinblick auf das einzelne Mitglied dieser Gruppe entspricht. In diesem Fall wäre also eine vertragstheoretische Konstruktion als methodische und inhaltliche Alternative zum Utilitarismus überflüssig, da beide Konzeptionen zu demselben Resultat führen. Unser Ziel wäre verfehlt, eine im Vergleich zum Utilitarismus stärkere Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips zu erhalten: Immer dann, wenn nach utilitaristischen Kriterien ein Festhalten am strafrechtlichen Verantwortungsprinzip nicht mehr gerechtfertigt wäre, wäre es auch für den individuellen Entscheider der Vertragstheorie nicht mehr rational, einem solchen Verantwortungsprinzip zuzustimmen.

Der Unterschied zwischen Vertragstheorie und Utilitarismus kommt erst zum Tragen, wenn man berücksichtigt, daß auf der Grundlage der zwei Prinzipien, durch die unsere Minimalversion einer Vertragstheorie charakterisiert wurde – des Zustimmungsprinzips und des Differenzprinzips –, mit den Mitgliedern der Gruppe 1 noch nicht die für die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips zustimmungsrelevante Personengruppe benannt worden ist. Nach dem Differenzprinzip sind nämlich diejenigen Personen zustimmungsrelevant, die bei einer ungleichen Verteilung von gesellschaftlichen Vor- und Nachteilen am schlechtesten gestellt, bzw. am wenigsten bevorzugt sind. Wenn man davon ausgeht, daß unter den Bedingungen eines Strafrechts mit Verantwortungsprinzip die Personen, die nicht die Absicht haben, eine strafbare Handlung zu begehen, insoweit in gleicher Weise betroffen

sind, als sie alle mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit von strafbaren Handlungen bedroht sind, dann würde durch die Einführung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zumindest ein Teil dieser Personengruppe mehr Nachteile in Kauf nehmen müssen als der Rest: diejenigen, die als Unschuldige *tatsächlich* von einer strafrechtlichen Maßnahme betroffen werden. Diese Ungleichheit bei der Verteilung von gesellschaftlichen Vor- und Nachteilen wäre aber gemäß dem Differenzprinzip nur dann zu rechtfertigen, wenn diese Ungleichheit *jedermann* Nutzen bringt, vor allem also auch denen, die bei dieser Konstellation in die ungünstige Lage gekommen sind, ohne eigenes Verschulden den Nachteil einer Bestrafung erdulden zu müssen. Daraus folgt, daß es für eine vertragstheoretische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips nicht auf seine Anerkennung durch die Mitglieder der Gruppe 1 ankommt, sondern auf die Zustimmung derjenigen Personen, die mit Sicherheit wissen, daß sie unter der Herrschaft eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip als Unschuldige von strafrechtlichen Sanktionen getroffen werden (Gruppe 2). Nur wenn die Entscheider der Gruppe 2 der Einführung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zustimmen würden, wäre es nach vertragstheoretischen Kriterien gerechtfertigt, die dadurch entstehenden gesellschaftlichen Ungleichheiten (im Vergleich zu einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip) in Kauf zu nehmen.

Dem könnte man entgegenhalten, daß sich die Mitglieder der Gruppe 2 aus ehemaligen Mitgliedern der Gruppe 1 rekrutieren, denn bevor eine Bestrafung für sie zur Gewißheit wurde, konnte sie von ihnen nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden. In einer Situation, wie sie etwa durch Matrix 2 dargestellt wird, hätten sich dann aber auch die späteren Mitglieder der Gruppe 2 (die davon ja kein Wissen haben können) als rationale Entscheider der Gruppe 1 für die Einführung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip aussprechen müssen. Daraus könnte man folgern, daß ihre Entscheidung in Kenntnis des Risikos stattgefunden hat, und es somit auch gerechtfertigt sei, sie später mit gesellschaftlichen Nachteilen zu belasten. Wie bei einer Lotterie mit den besten Gewinnchancen, bei der aber ein paar Teilnehmer eben doch mehr verlieren als gewinnen werden.

Nun kann man das Differenzprinzip aber gerade als ein Gerechtigkeitsprinzip verstehen, mit dem *verhindert* werden soll, daß die Entscheidungen über gesellschaftliche Verfassungen und Institutionen nach dem Muster der Entscheidung über die Teilnahme an einem Glücksspiel gefällt werden – das schlechte Lebenslos, auch wenn es entgegen begründeter Erwartungen gezogen wird, läßt sich nur schwer wieder korrigieren, und es gibt wenig, was angesichts einer solchen Lage zur Respektierung einer früheren, unter Unsicherheit getroffenen Entscheidung motivieren kann. Gemäß dem Differenzprinzip sollen Entscheidungen über gesellschaftliche Einrichtungen nicht in einer fiktiven Situation *vor* der Einführung einer solchen Einrichtung gefällt werden, sondern die Anerkennung oder Ablehnung durch die Betroffenen soll auch in der Praxis Bestand haben. Dafür ist es nötig, daß möglichst niemand seine Ent-

scheidung bereuen muß – das wäre aber zwangsläufig der Fall, wenn man die Auswirkungen von sozialen Institutionen auf die eigenen Interessen nur auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitsschätzungen beurteilen sollte.

Das Entscheidungsproblem der Normadressaten der Gruppe 2 ist dadurch gekennzeichnet, daß sie unter der Bedingung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip mit Sicherheit als Unschuldige das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion werden, die Wahrscheinlichkeit von S also 1 ist. Ansonsten sollen für sie die gleichen empirischen Bedingungen bestehen wie bei der Entscheidungssituation der Matrix 2, in der es für die Entscheider der Gruppe 1 rational ist, einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip zuzustimmen. Die Entscheidungsmatrix sieht dann folgendermaßen aus (bei $w(K) = 1/10$):

Matrix 3

	U ₁ K ∧ T S	U ₂ S ∧ T K	U ₃ K ∧ S	U ₄ ¬K ∧ T S	Nutzenerwartungswert
	0,1	0,5	0	1	
SmV ₁	$\frac{30}{100}$	0	0	$\frac{70}{100}$	0,73
SoV ₂	0	$\frac{90}{100}$	$\frac{10}{100}$	0	$\frac{90}{100} \cdot 0,5 + \frac{10}{100} \cdot 0 = 0,45$

Bei der Alternative SoV₂ wird also der Entscheider mit einer Wahrscheinlichkeit von 9/10 das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion (U₂) und mit einer Wahrscheinlichkeit von 1/10 sowohl das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion als auch einer strafbaren Handlung (U₃). Der Nutzenerwartungswert der Alternative SoV₂ ist mit 0,45 erheblich kleiner als bei SmV₁. Für einen rationalen Entscheider der Gruppe 2 ist es deshalb im Unterschied zu einem Mitglied der Gruppe 1 nicht sinnvoll, die Alternative eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zu wählen – bei ansonsten gleicher Konstellation der entscheidungsrelevanten Daten. In diesem Fall ergibt sich also eine deutliche Differenz zum Utilitarismus, denn die gesellschaftliche Nutzensumme wird bei der Alternative SoV₂ weiterhin größer sein als bei SmV₁; trotzdem wäre nach den Voraussetzungen ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip vertragstheoretisch nicht gerechtfertigt, da diese Rechtfertigung von der Zustimmung der Entscheider der Gruppe 2 abhängt.

Auf dieser Grundlage läßt sich eine Präzisierung der Position von Hart

formulieren, die eindeutig einen nicht-utilitaristischen Charakter hat: Demnach wäre ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip nur dann gerechtfertigt, wenn auch die als Unschuldige von der Strafe betroffenen Personen durch ein solches Strafrecht mehr Möglichkeiten zu einer rationalen Lebensplanung hätten als bei der Alternative eines Strafrechts mit Verantwortungsprinzip.

Es lassen sich nun in der Tat empirische Bedingungen denken, unter denen auch die Entscheider der Gruppe 2 vernünftigerweise ein Strafrecht *ohne* Verantwortungsprinzip wählen würden. Eine Berücksichtigung dieser Möglichkeit bei einer folgenorientierten Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips war ja auch das ausdrückliche Ziel unseres Rekonstruktionsversuchs. Es sind Situationen vorstellbar, in denen auch der Schaden eines unschuldig Bestraften durch den Nutzensgewinn aufgewogen wird, den er von den verstärkten präventiven Wirkungen des Strafrechts erwarten kann. Denken wir an das Beispiel bürgerkriegsähnlicher Auseinandersetzungen bei Rawls oder an das Problem der Parksünder. Die Entscheidungsmatrix für einen Entscheider der Gruppe 2 könnte in so einem Fall folgendermaßen aussehen:

Matrix 4

	U ₁ K \wedge \neg S	U ₂ S \wedge \neg K	U ₃ K \wedge S	U ₄ \neg K \wedge \neg S	
	0,1	0,5	0	1	Nutzenerwartungswert
SmV ₂	$\frac{70}{100}$	0	0	$\frac{30}{100}$	$\frac{70}{100} \cdot 0,1 + \frac{30}{100} \cdot 1 = 0,37$
SoV ₂	0	$\frac{90}{100}$	$\frac{10}{100}$	0	0,45

Diese Entscheidungsmatrix repräsentiert empirische Voraussetzungen, unter denen bei einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip (SmV₂) eine große Gefahr besteht, das Opfer einer strafbaren Handlung zu werden ($w(K) = 7/10$). Auf diesem Hintergrund würde die Verringerung dieser Bedrohung auf eine Wahrscheinlichkeit von 1/10 bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip (SoV₂) so ins Gewicht fallen, daß selbst für denjenigen, der dann als Unschuldiger von einer strafrechtlichen Maßnahme betroffen wird, der Nutzenserwartungswert der Alternative SoV₂ größer ist als der von SmV₂. Auch die Entscheider der Gruppe 2 als die am wenigsten Bevorzugten bei der Alterna-

tive SoV₂ würden also der Einführung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip zustimmen müssen (die Entscheider der Gruppe 1 ohnehin). Es bestünde eine Situation, in der gemäß dem Differenzprinzip gesellschaftliche Ungleichheit Vorteile für alle, auch die am meisten Benachteiligten, bringt.

Analoge Alternativen lassen sich konstruieren, wenn man die Nutzenwerte der verschiedenen Ergebnisse variiert, also etwa U₁ einen sehr hohen Schaden und U₂ einen sehr geringen zuschreibt. Während diese Konstellation beispielsweise einer Bedrohung durch bewaffnete Auseinandersetzungen entsprechen könnte, bei der jeder Waffenbesitzer ohne Rücksicht auf seine Absichten zeitweilig interniert wird, betrifft Matrix 4 eher das Problem der Bekämpfung von Bagatelldelikten, bei denen ihre große Zahl mit einem jeweils relativ geringen Schaden korreliert ist.

Man muß sich vor Augen halten, daß eine Situation, in der es für die Entscheider der Gruppe 2 rational sein könnte, für ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip einzutreten, aus verschiedenen Gründen ziemlich unwahrscheinlich ist – von dem Problem der Bagatelldelikte einmal abgesehen. Eine solche Option setzt nämlich voraus, daß die präventive Wirkung des Strafrechts ausgerechnet durch einen Verzicht auf das Verantwortungsprinzip erheblich gesteigert werden kann *und* daß es keine alternativen sozialen Strategien gibt, die geringere Opportunitätskosten verursachen (diese in praktischer Hinsicht sehr wichtige Handlungsalternative habe ich aus Einfachheitsgründen nicht in die Entscheidungsmatrizen aufgenommen). Darüber hinaus führt ein Faktor, der die präventive Wirkung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip u. U. steigern könnte – Erhöhung der Strafen – gleichzeitig dazu, daß sich der Schaden der unschuldig Betroffenen in gleichem Maße erhöht und damit ihre Zustimmung fraglich wird.

Bei einer differenzierteren Analyse der einschlägigen Entscheidungssituationen müßte man allerdings auf der anderen Seite berücksichtigen, daß sich die möglichen Vorteile des Entscheiders bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip nicht unbedingt auf die Art der Delikte beziehen müssen, von deren strikter Zurechnung er selber betroffen ist. Die Tatsache, daß es eine allgemeine Regel geben könnte, spezifische Deliktbereiche generell mit einer strikten Zurechnung zu versehen, kann für ihn von Nutzen sein, auch wenn diese Nutzenrechnung für die Deliktart allein, bei der er von Sanktionen bedroht ist, nicht gilt. So könnten für einen Milchverkäufer, der durch strikte Zurechnung auch dann bestraft wird, wenn er ohne eigenes Verschulden verdorbene Milch verkauft, dennoch die Vorteile einer solchen Regelung überwiegen, weil es entsprechende Bestimmungen für andere Gewerbe gibt, die ihn beispielsweise als Kunden eines Bäckers vor verschimmelten Brötchen schützen. Die Berücksichtigung solcher Vernetzungen kann die Kalkulation des Entscheiders also wieder zugunsten eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip verschieben. Diesen Feinheiten, bei denen auch hier vor allem die Differenzen zwischen einer Nutzenabwägung bei Einzelhandlungen und einer Nutzenabwägung bei Regeln und Institutionen im Vordergrund stehen müß-

ten, möchte ich nicht weiter nachgehen. Mir geht es nur darum, die grundsätzlichen Unterschiede in der Entscheidungssituation bei Geltung eines Differenzprinzips im Gegensatz zu einem utilitaristischen Nutzensummenprinzip deutlich zu machen.

Die Annahme, daß ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip nur unter außergewöhnlichen Bedingungen gerechtfertigt werden kann, war der Ausgangspunkt für meinen Rekonstruktionsversuch. Ich habe mein Ziel jetzt erreicht. Ich habe eine Explikation für die ‚weitgehende Unabhängigkeit‘ der Geltung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips von der präventiven Effektivität der Strafe gefunden, die einerseits mit unserem intuitiven Gerechtigkeitsempfinden besser übereinstimmt als die utilitaristischen Positionen, andererseits den Fehler Harts vermeidet, eine vollkommene Unabhängigkeit zu unterstellen, bzw. die Grenze für diese Unabhängigkeit im dunkeln zu lassen. In einem Satz zusammengefaßt lautet diese Explikation, daß ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip *nur dann* gerechtfertigt ist, wenn die von einem solchen Strafrecht am meisten Benachteiligten ihre individuelle Nutzenerwartung durch die Einführung dieses Strafrechts verbessern können. Die Freiheit einer Person darf nur dann eingeschränkt werden, wenn sie dadurch insgesamt mehr Freiheit erhält!

Bevor ich abschließend eine schematische Darstellung und allgemeine Charakterisierung meines Vorschlags einer vertragstheoretischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips versuche, müssen noch zwei naheliegende Probleme erörtert werden, mit denen diese Position konfrontiert ist, ohne daß sie allerdings hier im Detail behandelt werden könnten.

Es drängt sich möglicherweise der Eindruck auf, daß die vertragstheoretische Konzeption im Zusammenhang mit unserer Fragestellung zu absurden Konsequenzen führt, wenn man die abstrahierende Bedingung einer einfachen Modellgesellschaft mit nur zwei vom Strafrecht betroffenen Gruppen fallenläßt. Neben diesen zwei bisher berücksichtigten Gruppen gibt es nämlich mindestens noch zwei weitere soziale Gruppen, die von der zur Debatte stehenden institutionellen Alternative unmittelbar betroffen sind und die der Gruppe 2 den Rang als *die* zustimmungsrelevante Gruppe streitig machen könnten: Erstens die Gruppe derjenigen Personen, die als *Opfer* von strafbaren Handlungen betroffen sind, und zweitens die Gruppe derjenigen Personen, die als ‚Schuldige‘ strafrechtlichen Maßnahmen ausgesetzt sind.

Im Fall der ersten von diesen Gruppen wäre folgende Argumentation denkbar: Vorausgesetzt, es gilt die skizzierte Minimalversion der Vertragstheorie mit der zusätzlichen Forderung, daß die betroffenen Personen ihre Entscheidung in Kenntnis aller entscheidungsrelevanten Daten treffen sollen. Diese Forderung darf dann nicht nur für die von strafrechtlichen Maßnahmen unschuldig betroffenen Personen gelten, sondern auch für diejenigen, die das Opfer von strafbaren Handlungen werden. Ihre Entscheidung zwischen einem Strafrecht mit und einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip muß deshalb unter der Bedingung gefällt werden, daß sie ihr Schicksal bei der jeweiligen Al-

ternative kennen. Gemäß dem Differenzprinzip ist der Kreis der zustimmungsrelevanten Personen dann sicherlich innerhalb dieser Gruppe zu suchen, denn die bei einem Strafrecht mit geringerer präventiver Wirkung am schlechtesten gestellten Personen wären z. B. die Opfer von Kapitalverbrechen.

Diese Argumentation führt offenkundig zu einem absurden Ergebnis, denn aus der hypothetischen Perspektive solcher Verbrechenopfer wären alle nur denkbaren gesellschaftlichen Maßnahmen, und seien sie mit den höchsten sozialen Kosten verbunden, akzeptabel, wenn sie zur Verhinderung z. B. eines Tötungsdelikts (oder anderer vergleichbarer Schäden) geführt hätten, deren Opfer diese Personen geworden sind. Die Zustimmung zu jeder Art von Terrorstrafrecht wäre aus der Interessenlage solcherart Benachteiligter vernünftig und gerechtfertigt, denn kein Gerechtigkeitsprinzip kann von einem Mitglied einer sozialen Gemeinschaft fordern, für das Wohlergehen der anderen sein Leben nicht nur zu riskieren, sondern mit Sicherheit zu lassen. Mit der gleichen Argumentation könnte etwa auch aus der Perspektive jedes Schwer- oder Todkranken ein soziales Gesundheitssystem gefordert werden, das *nahezu alle* gesellschaftlichen Ressourcen benötigt, denn zur Verhinderung des eigenen Todes müssen dem Bedrohten andere Nachteile in der sozialen Versorgung weitgehend gleichgültig sein.

Eine Gerechtigkeitstheorie, die zu solchen Resultaten kommt, ist sicherlich falsch. Entweder ist also unser vertragstheoretisches Modell unbrauchbar oder aber in seiner eben skizzierten Anwendung steckt ein Fehlschluß.

Dieser Fehlschluß ist in der Annahme impliziert, daß die Frage sinnvoll sei, ob jemand als Opfer einer strafbaren Handlung Institutionen befürworten würde, die verhindert *hätten*, daß er in eine solche Lage kommt. Unsere oben verwendeten Entscheidungsmatrizen gehen davon aus, daß die Entscheidungsträger jeweils nur Wahrscheinlichkeitsschätzungen darüber anstellen können, in welchem Maß sie durch strafbare Handlungen bedroht sind. In dieser Situation entscheiden sie zwischen alternativen gesellschaftlichen Institutionen, die den Grad dieser Bedrohung beeinflussen können. In der *gleichen* Lage befindet sich aber auch derjenige, der tatsächlich das Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist. Auch er kann über seine *zukünftige* Beeinträchtigung durch strafbare Handlungen nur aufgrund der gleichen Wahrscheinlichkeitsschätzungen urteilen wie seine Mitbürger, die das Glück haben, von strafbaren Handlungen bislang verschont worden zu sein. Insoweit besteht für ihn kein Anlaß, andere Entscheidungen zu fällen als sie (mal abgesehen von möglichen Komplizierungen, daß er seine Nutzenbewertungen aufgrund seiner Erfahrungen ändert oder daß die Ereignisse von ‚Opfer-einer-strafbaren-Handlung-sein‘ stochastisch nicht unabhängig sind). Was aber seine *gegenwärtige* Beeinträchtigung angeht, so kann er sie durch die Einführung einer Institution, die in der Vergangenheit den aktuellen Sachverhalt verhindert hätte, nicht rückgängig machen. Auch von da ergibt sich für ihn also keine andere Entscheidungsgrundlage als für seine nichtbetroffenen Mitbürger.

Anders wäre die Situation nur dann, wenn eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt mit Sicherheit voraussähe, daß sie unter den gegebenen Bedingungen das Opfer einer strafbaren Handlung wird und dieses Ereignis durch eine entsprechende gesellschaftliche Veränderung noch verhindert werden könnte. Für die Konstruktion einer Entscheidungssituation unter dieser Voraussetzung könnte man mit dem Argument plädieren, daß eine Vertragstheorie von einer optimalen Information über alle entscheidungsrelevanten Daten ausgehen müsse und deshalb den Schleier des Nichtwissens so weit wie möglich anheben solle – wie auch im Fall der unschuldig Verurteilten der Gruppe 2.

Dieses Argument ist aber falsch, denn der Schleier des Nichtwissens läßt sich in Wirklichkeit *so weit* nicht anheben. Das Opfer einer strafbaren Handlung zu werden, bedeutet eben in den meisten Fällen, in einer nicht-kalkulierbaren und nicht-vorhersehbaren Weise durch Handlungen anderer Personen in seiner Freiheit beeinträchtigt zu werden. Darin besteht ja das soziale Problem dieser Handlungen (zumindest dann, wenn man sich bei der Festlegung von strafbaren Handlungen auf dieses vernünftige Kriterium beschränkt). Es wäre also unrealistisch, die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Art des Strafrechts von einem Wissen abhängig zu machen, das man in dieser Form niemals haben kann. Genauso wie eine Vertragstheorie zuviel Wissen ‚wegidealisieren‘ kann, kann sie zuviel Wissen ‚hinzuidealisieren‘. Das Ergebnis ist in beiden Fällen dasselbe: Sie kommt zu Forderungen, die angesichts der empirischen Realität nicht erfüllbar sind.

Nun könnte man aus dieser Überlegung folgern, daß eine Bestrafung Unschuldiger auf der Grundlage eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip in dieser Hinsicht vergleichbar sei mit einer kriminellen Handlung, denn auch sie sei unvorhersehbar und unkalkulierbar. Insofern wäre es dann ebenfalls falsch weil unrealistisch, die Rechtfertigung eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip – so wie ich es vorgeschlagen habe –, von Personen abhängig zu machen, die bereits *wissen*, als Unschuldige das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion zu werden.

Diese Folgerung geht aber von der unzutreffenden Unterstellung aus, daß der Schaden, der dem einzelnen von anderen Mitgliedern der Gesellschaft in deren Eigenschaft als Privatpersonen zugefügt wird, unter vertragstheoretischen Gesichtspunkten in gleicher Weise behandelt werden könne wie der Schaden, der ihm durch gesellschaftliche Institutionen entsteht. Nach vertragstheoretischen Kriterien ist eine gesellschaftliche Institution nur solange legitimiert, wie sie von den zustimmungsrelevanten Personen anerkannt wird. Eine Gesellschaft, deren Verfassung idealtypisch nach vertragstheoretischen Prinzipien konzipiert wäre, würde ihre Institutionen in dem Moment verändern, in dem ihnen die weitere Zustimmung versagt bliebe. Im Rahmen der Vertragstheorie ist es deshalb durchaus sinnvoll anzunehmen, daß eine Person weiß, von einer institutionellen Maßnahme unmittelbar betroffen zu sein und sich unter *dieser* Bedingung fragt, ob sie diese Maßnahme und damit die hinter ihr stehende Institution akzeptieren soll oder nicht. Eine solche Frage wäre an-

gesichts der Bedrohung durch kriminelle Handlungen sinnlos, denn solche Handlungen können auch nicht in einer nach ethischen Prinzipien konstruierten theoretischen Gesellschaft zu denjenigen sozialen Sachverhalten gehören, denen man durch Entzug der Anerkennung auch ihre Existenzgrundlage entziehen kann. Es besteht also kein Grund, den Mitgliedern der Gruppe 2 ihren Rang als zustimmungsrelevante Entscheider streitig zu machen, bzw. an ihre Stelle die Gruppe derjenigen Personen zu setzen, die wissen, daß sie das Opfer einer strafbaren Handlung werden.

Was die zweite Gruppe von Personen angeht, von der im Rahmen unserer einfachen Modellgesellschaft abgesehen wurde, so wirft sie einerseits substantiellere Probleme auf als die eben behandelte, andererseits betrifft sie unser Thema nicht unmittelbar. Gemeint ist die Gruppe derjenigen Personen, die als zurechnungsfähige und verantwortliche Täter strafrechtlichen Maßnahmen ausgesetzt sind. Diese Gruppe ist für unser Problem nicht direkt relevant, weil sie von der hier zur Debatte stehenden Alternative – Strafrecht mit oder ohne Verantwortungsprinzip – nur am Rande tangiert wird. Die für sie allein interessante Alternative ist die zwischen einer Gesellschaft mit Strafrecht und einer Gesellschaft ohne Strafrecht. Diese Gruppe würde dann auch mit im Zentrum der Überlegungen stehen, wenn es um die Frage der Legitimation strafrechtlicher Institutionen im allgemeinen ginge. Diese Frage ist hier nicht mein Thema. Trotzdem möchte ich ein paar Anmerkungen zu dem Problem machen, ob und wie man strafrechtliche Sanktionen gegenüber denjenigen Personen rechtfertigen kann, die für ihre strafbaren Handlungen verantwortlich sind, denn die Beantwortung dieser Frage gehört zweifelsohne zu den zentralen Problemen einer Theorie der Gerechtigkeit.

Eine naheliegende Antwort auf diese Frage bestünde darin, die Rechtfertigung für eine Bestrafung von Personen, die eine strafbare Handlung begangen haben, allein schon darin zu sehen, daß diese Personen vor allem eben bei einem Strafrecht mit Verantwortungsprinzip die Möglichkeit hatten, strafrechtliche Sanktionen als Folgen strafbarer Handlungen zu antizipieren und bei ihren Handlungsentscheidungen zu berücksichtigen. Wenn sie sich dann trotzdem für eine solche Handlung entscheiden, haben sie bewußt das hohe Risiko auf sich genommen, in eine Lage zu geraten, in der sie schwerwiegende Nachteile hinnehmen müssen.

Diese Antwort, die auf die Tatsache hinweist, daß die Nachteile, die einer straffälligen Person zugemutet werden, ja nicht willkürlich verteilt worden sind, sondern eine Konsequenz aus der eigenen Entscheidung dieser Person darstellen, trifft sicherlich einen ethisch relevanten Punkt und muß im Zusammenhang mit einer allgemeinen Theorie des Strafrechts gebührend berücksichtigt werden. Hier möchte ich aber noch auf eine andere, weniger naheliegende Möglichkeit hinweisen, die auf den ersten Blick vielleicht sogar als abwegig erscheinen mag.

Ich hatte bereits im Zusammenhang mit dem Stellenwert einer Entscheidung ‚hinter dem Schleier des Nichtwissens‘ auf das Problem aufmerksam ge-

macht, das für die Stabilität einer Gesellschaft dann entsteht, wenn ihre Mitglieder in eine Situation kommen können, in der sie mit drastischen Nachteilen belastet werden, die auch langfristig nicht mehr ausgeglichen werden können – selbst wenn sie zuvor als rationale Entscheider dieses Risiko akzeptiert haben. Unter dem Gesichtspunkt der Sicherung von Anerkennung und Gefolgschaft ist es für eine Gesellschaft sicherlich vorzuziehen, wenn auch für ihre benachteiligten Mitglieder gemäß dem Differenzprinzip die Vorteile der gesellschaftlichen Verfassung und ihrer Institutionen insgesamt und langfristig überwiegen. In diesem Sinn könnte man auch für straffällige Personen eine Situation anstreben, die für sie immer noch besser ist als die Alternative einer Gesellschaft ohne Strafrecht (natürlich nicht besser als ein Zustand, in dem sie nicht straffällig werden oder nicht erwischt wurden!).

Man würde also das Problem der Rechtfertigung der Strafe gegenüber den ‚schuldigen‘ Personen *in genau der gleichen Weise* behandeln wie gegenüber denjenigen, die bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip als Unschuldige das Opfer einer strafrechtlichen Sanktion sind. Die Frage, ob diejenigen, die als ‚Schuldige‘ eine strafrechtliche Maßnahme erwarten müssen, dieser Maßnahme zustimmen sollen oder nicht, wäre dann im Grundsatz genauso einfach zu beantworten wie im Fall der unschuldig Bestraften: Nur dann, wenn eine Gesellschaft mit Strafrecht für sie einen höheren Nutzen erwarten läßt als eine Gesellschaft ohne Strafrecht!

Dies ist nun keineswegs eine absurde und unerfüllbare Voraussetzung, weil durchaus empirische Bedingungen denkbar sind, unter denen die Existenz eines Strafrechts auch für den Bestraften mehr Nutzen als Schaden bewirkt (der Fall des unschuldig Bestraften ist ja schon ein Beispiel dafür gewesen). Mindestens zwei Voraussetzungen müßten dafür erfüllt sein: Erstens muß das Strafrecht eine relevante präventive Wirkung haben, und zweitens muß derjenige, der eine strafbare Handlung begangen hat, ein Interesse daran haben, daß durch die präventive Wirkung des Strafrechts andere von vergleichbaren Handlungen zurückgehalten werden.

Was die erste Voraussetzung betrifft, so ist sie eine Voraussetzung für alle Versuche, strafrechtliche Institutionen zu legitimieren, denn wenn das Strafrecht keine präventiven Wirkungen hat, ist es ohnehin nicht zu rechtfertigen. Im Hinblick auf die zweite Voraussetzung ist die Annahme sogar naheliegend, daß es auch dem Interesse einer Person, die bewußt strafbare Handlungen ausführt, widerspräche, wenn ihre Handlungsweise weit verbreitet wäre. Sie selbst hat normalerweise durchaus kein Interesse daran, daß sich alle oder auch nur eine bedeutende Anzahl von Personen so verhalten, wie sie es praktiziert oder praktiziert hat. Im Gegenteil beruht der größte Teil des Vorteils, den man sich von kriminellen Handlungen erhoffen mag, darauf, daß man als ‚Trittbrettfahrer‘ den Sachverhalt ausnutzt, daß die überwiegende Anzahl der anderen Personen sich gerade konform verhält und man selbst vor den Schäden geschützt wird, die man anderen zuzufügen gedenkt. Unter der Bedingung der präventiven Effektivität des Strafrechts *und* einer maßvollen Strafintensität wäre es

deshalb auch für einen Delinquenten vernünftig, lieber eine Strafe hinzunehmen als in einer Welt zu leben, in der Handlungen von der Art, wie er sie ausgeführt hat, nicht bestraft werden.

Doch ich muß es hier bei diesen wenigen Bemerkungen zu diesem Problem bewenden lassen. In unserem Zusammenhang geht es ‚nur‘ um eine Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips, bei der die Gruppe derjenigen Personen, die *gemäß* dem Verantwortungsprinzip bestraft werden, eine vernachlässigbare Rolle spielen. Allerdings sollte deutlich sein, daß bei meinem Vorschlag zu einer vertragstheoretischen Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips die Rechtfertigung des Strafrechts als Institution weder vorausgesetzt noch impliziert wird. Bei den bisher diskutierten und auch dem abschließenden Schema für eine Ableitung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips haben wir es immer nur mit *notwendigen* Bedingungen einer Rechtfertigung der Strafe zu tun – die Suche nach *hinreichenden* Bedingungen wäre sehr viel umfassender. In ihrem Zentrum würden Probleme stehen, wie das eben andeutungsweise behandelte der Legitimation des Strafrechts aus der Perspektive derjenigen Bestraften, die für eine strafbare Handlung verantwortlich sind.

Wir können jetzt das abschließende Schema für eine folgenorientierte Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips formulieren:

Schema F

- F: Strafe ist genau dann gerechtfertigt, wenn sie eine erwünschte Wirkung hat
- F_d: Eine Wirkung ist genau dann erwünscht, wenn sie von den am meisten benachteiligten Betroffenen akzeptiert wird
- F_{de}: Eine Wirkung wird von den am meisten benachteiligten Betroffenen genau dann akzeptiert, wenn sie ihre individuelle Nutzenerwartung verbessert
- D_s: Die bei einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip am meisten benachteiligten Betroffenen sind die Bestraften, die für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich sind
- C_v: Der individuelle Schaden, der durch die Strafe für den Bestraften verursacht wird, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich ist, ist größer als der individuelle Nutzen, der für den Bestraften durch ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip verursacht wird
-
- V: Strafe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte für eine strafbare Handlung verantwortlich ist

Diese Ableitung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips vereint die Vorzüge und vermeidet die Nachteile der bisher diskutierten Vorschläge:

1. Sie stimmt mit unserem intuitiven Gerechtigkeitsempfinden überein und repräsentiert in angemessener Weise unsere starke Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip: Nur unter außergewöhnlichen Umständen wird die Prämisse C_v empirisch falsch sein und ein Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip legitim. Das strafrechtliche Verantwortungsprinzip ist somit ‚weitgehend unabhängig‘ von seinen Auswirkungen auf die präventive Effektivität der Strafe gültig – die Vertragstheorie führt also zu einer stärkeren Rechtfertigung als der Utilitarismus.
2. Gleichzeitig erhält man eine genaue Explikation der zunächst nur vage formulierten Forderung nach dieser ‚weitgehenden Unabhängigkeit‘. Demnach ist die Geltung eines strafrechtlichen Verantwortungsprinzips solange von einer möglichen Verringerung der präventiven Effektivität der Strafe nicht betroffen, wie der individuelle Schaden (genauer: der individuelle Schadenerwartungswert) eines Normadressaten aufgrund dieser Verringerung der Präventionswirkung nicht größer ist als der Schaden, den er unter einem Strafrecht ohne Verantwortungsprinzip bei einer Bestrafung als Unschuldiger erleiden würde. Oder, im Sinne der Hartschen Terminologie: Solange seine Möglichkeiten zu einer autonomen Lebensplanung von strafbaren Handlungen nicht stärker bedroht werden als von einer Bestrafung als Unschuldiger bei gleichzeitiger erhöhter präventiver Wirksamkeit eines Strafrechts ohne Verantwortungsprinzip. Eine Vertragstheorie in der hier verwendeten Version führt also zu einer präziseren Festlegung der Grenzen des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips als die Konzeption Harts.
3. Eine vertragstheoretische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips im Sinne des Schemas F rekonstruiert unsere Intuitionen auf der Grundlage von nachvollziehbaren und nicht-metaphysischen Prinzipien. Sie ist damit jeder Ableitung des Verantwortungsprinzips aus einem Schuldvergeltungsprinzip überlegen, ohne daß sie zu einer – von den Anhängern der Vergeltungstheorie immer wieder beschworenen – schwächeren Begründung des Verantwortungsprinzips führt.

Aus diesem letzten Punkt ergibt sich am Ende meiner Überlegungen noch eine Frage, die allerdings offengelassen werden muß: Welche Eigenschaften hat das *Differenzprinzip* (F_d), das im Zusammenhang mit meinem Vorschlag eine wesentliche Rolle spielt und bei der Ableitung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips die Funktion des Vergeltungsprinzips als Prämisse quasi übernommen hat? Woher kommt dieses Prinzip, und wie läßt es sich selbst rechtfertigen? Ist es nicht genauso wenig oder viel begründet wie ein Vergeltungsprinzip, brauchen wir nicht auch für dieses Prinzip eine metaphysische Grundlage?

Zunächst könnte man als Reaktion auf diese Frage feststellen, daß man mit dem Differenzprinzip ein sehr viel allgemeineres Prinzip vor sich hat als bei dem Vergeltungsprinzip, nämlich ein Prinzip, das als *universelles Gerechtigkeitsprinzip* in der Lage ist, über die Gerechtigkeit beliebiger gesellschaftlicher

Institutionen zu urteilen. Ein solcher Vorstoß zu Prinzipien von möglichst allgemeinem Charakter scheint mir im Rahmen normativer Probleme zunächst schon ein Vorteil zu sein.

Darüber hinaus muß man aber bei einem Plädoyer für das Differenzprinzip bei dieser Feststellung oder bei einem Hinweis auf die intuitive Plausibilität dieses Prinzips nicht stehenbleiben. Rawls hat bekanntlich einen nicht unbedeutlichen Teil seiner Theorie der Gerechtigkeit ausschließlich der Begründung dieses Prinzips gewidmet. Seine spezifische idealisierende Konzeption des Urzustandes dient hauptsächlich dem Versuch einer rationalen Rechtfertigung eben jenes Differenzprinzips. Ein kritischer Punkt bei einer Begründung dieses Prinzips dreht sich denn auch um die Frage, ob es sich bei dem Differenzprinzip um ein Gerechtigkeitsprinzip handelt, das nur auf der Grundlage stark idealisierender Bedingungen im Sinne Rawls' eingeführt werden kann, oder ob man dieses Prinzip unter ‚realistischen‘ Voraussetzungen mit den tatsächlichen Interessen der Mitglieder einer Gesellschaft vereinbaren und auf dieser Grundlage rechtfertigen könnte.

Im Hinblick auf den Status des Differenzprinzips gerät man also in grundsätzliche Fragen zu einem angemessenen Aufbau einer Theorie der Gerechtigkeit. Solche Fragen habe ich bisher vermeiden können und ich werde sie in diesem Zusammenhang auch nicht weiter verfolgen. Aber ich denke, daß das erzielte Ergebnis auch so nicht zu verachten ist, denn in meinen Augen ist es ein großer Unterschied, ob man ein strafrechtliches Verantwortungsprinzip nur mit Hilfe der *Maxime* rechtfertigen kann, daß jeder Schuld eine gerechte Vergeltung entspricht, oder auf der Grundlage der Forderung, daß man den Schaden von wenigen nicht durch den größeren Nutzen von vielen aufwiegen darf. Auch wenn man für diese Forderung selbst keine zwingenden Argumente mehr vorbringen könnte.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß ein ethisch vertretbares Maßnahmerecht auch ohne ein Schuldvergeltungsprinzip an ein Verantwortungsprinzip gebunden sein wird. Damit ist der erste Schritt zu einem *tatbezogenen* Maßnahmerecht getan, denn wenn man gegen eine Person nur dann eine kriminalrechtliche Maßnahme verhängen darf, wenn man sie für eine strafbare Handlung verantwortlich machen kann, dann sind auch die Maßnahmen eines zweckrationalen und präventiv orientierten Kriminalrechts an das Vorliegen einer strafbaren Tat gebunden und von ihr abhängig.