

Die Bundespräsidenten

Günther Scholz

Biographien eines Amtes

Richard v. Weizsäcker

Karl Carstens

Walter Scheel

Willy Brandt

Herrmann Lübke

Theodor Heuss

Dem Wohle des deutschen Volkes zu dienen, seinen Nutzen zu mehren und Schaden von ihm zu wenden, das haben die Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland geschworen. Wie sie es getan haben und wer sie sind, beschreibt Günther Scholz aus eigener Beobachtung. Er kennt sie alle, seit 1949, ist mit ihnen gereist und hat oft mit ihnen gesprochen.

Für alle Bundespräsidenten gelten die Rechte und Pflichten, die das Grundgesetz diesem Amt zumißt. Darum untersucht der erste Teil des Buches die staatsrechtliche Grundlage und die ungeschriebenen Aufgaben des Oberhauptes der Bundesrepublik Deutschland, also die Möglichkeiten und Grenzen ihrer politischen Wirksamkeit. Der zweite Teil stellt die Inhaber des höchsten Staatsamtes selbst vor.

Aus ihren Biographien erschließt sich der persönliche Beitrag, den die Bundespräsidenten in der deutschen Nachkriegsgeschichte geleistet haben. Ihr Amtsverständnis, ihr Wesen ist wichtiger als das „Paraphengespinnst“, wie Theodor Heuss seine Funktion beschrieben hat. Auf ihn selbst gehen die Artikel über dieses Bundes-

organ zurück, das er als einer der „Väter“ des Grundgesetzes mitgestaltet hat.

Seine Nachfolger haben dies Verständnis durch ihre Amtsführung weiterentwickelt. Person und Amt verschmelzen – ja sollen miteinander verschmelzen. Darum läßt sich auch kein Urteil darüber fällen, wer von den Bundespräsidenten es besser gemacht hat. Sie haben die deutsche Politik mitgestaltet, – mehr als mancher Bundeskanzler und mancher Parteivorsitzende, nur ist es nicht immer bemerkt worden: das wird mit diesem Buch nachgeholt.

Jüngst als die Mauer fiel, war Bundespräsident Richard von Weizsäcker der Erste, der die Menschen im Ostteil von Berlin begrüßte. Über die wesentlichen Gedanken, die er für die Vereinigung der Deutschen gab, berichtet der Autor ebenso.

Die Bundespräsidenten

Biographien eines Amtes

von Günther Scholz

1990. XII, 476 Seiten. Leinen. DM 48,-

ISBN 3-8226-0790-8

Decker & Müller

Hüthig Verlagsgemeinschaft Decker & Müller GmbH
Im Weiher 10 · Postfach 102640 · 6900 Heidelberg 1

Goltdammer's Archiv für Strafrecht

Begründet 1853

Herausgegeben von

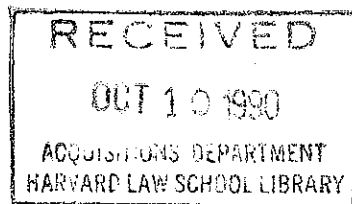
Paul-Günter Pötz

Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz a. D.

8

August 1990
137. Jahrgang

Seiten 337–386
ISSN 0017-1956



**R. v. Decker's Verlag, G. Schenck
Heidelberg**

Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)

Herausgegeben von Ministerialdirigent a. D. Paul-Günter Pötz, Bonn

Ständige Mitarbeiter: Professor Dr. *Hans-Jürgen Bruns*, Erlangen · Professor Dr. *Peter Cramer*, Gießen · Senatsrat a. D. Dr. *Carl Creifelds*, München · Professor Dr. *Wolfgang Frisch*, Mannheim · Professor Dr. *Karl Heinz Gössel*, Erlangen · Professor Dr. *Hans-Heinrich Jeschke*, Freiburg i. Br. · Professor Dr. *Wilfried Küper*, Heidelberg · Professor Dr. *Karl Lack*, Heidelberg · Professor Dr. *Heinz Müller-Dietz*, Saarbrücken · Professor Dr. *Dietrich Oetzel*, Köln · Professor Dr. *Claus Roxin*, München · Professor Dr. *Eberhard Schmidhäuser*, Hamburg · Professor Dr. *Friedrich-Christian Schroeder*, Regensburg · Professor Dr. *Bernd Schönemann*, Freiburg i. Br. · Präsident des Landgerichts a. D. Professor Dr. *Herbert Tröndle*, Waldshut-Tiengen · Professor Dr. *Theo Vogler*, Gießen · Professor Dr. *Jürgen Wolter*, Regensburg

Beilagenhinweis: Diesem Heft liegt ein Prospekt des Heymanns Verlages bei. Wir bitten um freundliche Beachtung.

Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zitierweise: GA) erscheint monatlich und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen: Bezugspreise: Inland jährlich DM 298,- zzgl. DM 18,- Versandkosten; Ausland jährlich DM 298,- zzgl. DM 24,- Versandspesen. Einzelheft DM 26,- zzgl. Versandkosten. Kürzungen sind jeweils 2 Monate vor Ende des Kalenderjahres möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängern sich Abonnements um ein Jahr. Die Abonnementsgelder werden jährlich im Voraus in Rechnung gestellt, wobei bei Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren über Postgiroämter und Bankinstitute eine vierteljährliche Abbuchung möglich ist. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von 7 Tagen schriftlich durch Mitteilung an R. v. Decker's Verlag, G. Schenck GmbH, Postfach 10 26 40, Im Weiher 6900 Heidelberg, widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Schriftleitung: Ministerialdirigent a. D. Paul-Günter Pötz, Buchenweg 13, 5307 Wachtberg-Niederbachem. Manuskripte und Einsendungen für Goldammer's Archiv für Strafrecht sind an die Schriftleitung zu richten.

Zur Aufnahme gelangen nur Originalarbeiten. Mit der Einreichung der Beiträge wird dem Verlag das alleinige Verwertungsrecht übertragen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind. Sie dürfen insoweit auch nicht von Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen ohne Genehmigung des Verlages ausgewertet werden. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

R. v. Decker's Verlag, G. Schenck GmbH; Postfach 10 26 40, 6900 Heidelberg 1. Anzeigenverwaltung: R. v. Decker Verlag, G. Schenck GmbH, Im Weiher 10, Postfach 10 26 40, 6900 Heidelberg 1, Telefon (06221) 48 93 87. Es gilt Anzeigenpreisliste Nr. 5 vom 1. 10. 1983. Vertrieb: Hüthig Vertriebs- und Abonnement-Service, D-6900 Heidelberg, Telefon (06221) 489-283. Gesamtherstellung: Wilhelm Carstens OHG, 3043 Schneverdingen.

INHALT

ABHANDLUNGEN

Zur Strafbarkeit des Versuchs

- Von Professor Dr. Michael Adams, Hamburg, und
Professor Dr. Steven Shavell, Harvard 337

RECHTSPRECHUNG

Bundesgerichtshof

- §§ 46, 212 StGB.
Beschuß vom 01. 12. 1989 – 2 StR 555/89 – 365
- § 53 Abs. 1 StGB.
Beschuß vom 09. 01. 1990 – 1 StR 704/89 – 365

Oberlandesgericht Düsseldorf

- § 36 Abs. 1 Satz 3 BtMG; §§ 57, 67 Abs. 5 StGB.
Beschuß vom 02. 01. 1990 – 1 Ws 1060/89 – (Leitsatz) 366

Oberlandesgericht Hamm

- § 154 Abs. 2 StVollzG.
Beschuß vom 18. 01. 1990 – 1 Vollz (Ws) 190/89 – 366

SCHRIFTTUM

- Helmut Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschulds-
vermutungen als materielle Grundprinzipien des Strafrechts* (Gössel) 369
- Justus Krümpelmann, *Affekt und Schulfähigkeit* (Neumann) 371
- Günter Heine, *Tötung aus niedrigen Beweggründen* (Laubenthal) 373
- Bernhard Pfister (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Sportwette* (Geerds) 375
- Anton M. van Kalmthout/Peter Tak, *Sanctions-Systems in the Member-
States of the Council of Europe* (Blau) 376
- Michael Stolleis/Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialis-
mus* (Vormbaum) 377
- Willi Pecher, *Das Gefängnis als Vater-Ersatz* (Jerouschek) 379
- Wilhelm E. Feuerich, *Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar* (Wolf) 380
- Eberhard Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht* (Molketin) 383
- Malcom W. Klein (Hrsg.), *Cross-National Research in Self-Reported Crime
and Delinquency* (Feltes) 385

Zur Strafbarkeit des Versuchs

Von Professor Dr. Michael Adams, Universität Hamburg, und
Professor Dr. Steven Shavell, Universität Harvard

Auf der Grundlage der ökonomischen Theorie der Strafsysteme wird gezeigt, daß der Sinn der Strafbarkeit des Versuchs auf die Existenz einer unvermeidbaren Obergrenze für die Strafhöhe der vollendeten Delikte zurückzuführen ist, die für viele schwerwiegendere strafbare Handlungen eine Abschreckungslücke erzeugt. Die für eine Abschreckung zu niedrigen Strafobergrenzen sind auch auf die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung einer Strafenstruktur mit der Eigenschaft der »Grenzabschreckung« zurückzuführen. Die Versuchsstrafbarkeit vermag die obergrenzenbedingte Abschreckungslücke zu besonders geringen sozialen Kosten zu vermindern. Weiterhin wird gezeigt, daß die höhere Bestrafung von Vorsatztaten im Verhältnis zu Fahrlässigkeitsdelikten damit zu rechtfertigen ist, daß sie von sozial mit besonders geringen Kosten zu verhindernden Schädigungen und damit von sozial besonders nachteiligen Straftaten abschreckt. Ferner wird versucht, die von der modernen kognitiven Psychologie ermittelten systematischen Fehlwahrnehmungen für die Gestaltung von Strafen dergestalt fruchtbar zu machen, daß Wahrnehmung die Vollstreckung von Strafen zu ersetzen vermag. Schließlich wird der Frage nachgegangen, wie die Rechtsordnung auf Personen einwirken soll, die sich durch keinerlei Strafdrohungen in ihren Entscheidungen beeinflussen lassen.

A. Einleitung

Mit Mißtrauen wird ein Ökonom zur Kenntnis nehmen, daß derjenige Eifersüchtige wegen versuchten Mordes bestraft werden soll, der mit einer versehentlich ungeladenen Pistole auf ein leeres Bett schießt, um die sich dort vermeintlich lagernde ungetreue Freundin zu töten. Wird die Handlung des Eifersüchtigen doch erst durch seinen inneren Willen zur Straftat erhoben und beschwört damit die Gefahr der Bestrafung von Menschen aufgrund vager, vielleicht sogar philosophisch transzendenter Annahmen. Um der »metaphysischen Sünde« an der Wissenschaft zu entgehen, trat in den Wirtschaftswissenschaften an die Stelle eines der Beobachtung unzugänglichen inneren »Willens« oder eines wenig greifbaren »Nutzens« die zunehmend mit Hilfe der Mathematik und Statistik betriebene Analyse empirisch feststellbarer Entscheidungshandlungen. So wurde die Richtung der Argumentation umgekehrt: Nicht die zu beobachtenden Handlungen der Menschen sind der mehr oder minder nebensächliche Ausdruck ihres inneren Willens, sondern auf ein inneres Wollen soll nur insoweit geschlossen werden, als es sich in tatsächlichen Handlungen in der Wirklichkeit offenbart¹. Der Verbrauch von Ressour-

¹ Damit von den beobachteten Taten auf einen entsprechenden inneren Willen geschlossen werden kann, sind allerdings bestimmte, insbesondere Verhaltenswidersprüche

cen wird nun üblicherweise nur dann mit Preisen belastet, wenn er auch tatsächlich stattfindet, der bloße Vorsatz, ein Gut verbrauchen zu wollen, ist frei. Es soll daher in diesem Aufsatz gezeigt werden, aus welchen Gründen auch bloß gewollte, aber nicht stattgefundene Eingriffe in die Rechtsgüterwelt aus Wohlfahrtsgesichtspunkten sanktionswürdig sein können.

B. Die Begründung der Versuchsstrafbarkeit in der juristischen Literatur und ihre Kritik

Vor einer wirtschaftswissenschaftlichen Begründung der Strafbarkeit des Versuchs sollen zunächst in aller Kürze die in der juristischen Literatur anzutreffenden Erklärungen gewürdigt werden.

Für die herrschende Meinung in der Strafrechtswissenschaft und -praxis ist »Strafgrund des Versuchs der betätigte rechtsfeindliche Wille«². Nach der sogenannten Eindruckstheorie ist »zwar Strafgrund des Versuchs der einer Verhaltensnorm entgegengesetzte Wille, die Strafwürdigkeit der auf die Tat gerichteten Willensäußerungen wird aber nur dann bejaht, wenn dadurch das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Geltung der Rechtsordnung erschüttert und das Gefühl der Rechtssicherheit und damit der Rechtsfriede beeinträchtigt werden kann«³. Danach ist der Versuch nur strafwürdig, weil und soweit er durch den damit manifestierten rechtsfeindlichen Willen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern geeignet ist. Bei der Versuchstrafbarkeit gehe es (weiterhin) »nicht um Sanktionierung individueller Verwerflichkeit, sondern um Abwehr sozialschädlicher Angriffe«⁴.

Im 18. und 19. Jahrhundert wurde die Strafwürdigkeit des Versuchs allein in der *Gefährdung* des durch den Tatbestand geschützten Gutes gesehen⁵. Eine hinreichende Gefährdung erst mit dem Anfang der Ausführung und nur bei einer Tauglichkeit der Versuchshandlung vorliege, lehnte diese Theorie die Strafbarkeit des »untauglichen Versuchs« ab und gelangte zudem zu einer

ausschließende, Axiome vonnöten: Von wesentlicher Bedeutung sind das »*Transitivitätsaxiom*«, das zirkuläre Entscheidungen verhindert, das »*Reduktionsaxiom*«, das gewährleistet, daß zusammengesetzte, mit Unsicherheit verbundene Ereignisse nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeitstheorie vom Entscheidenden richtig miteinander verbunden werden, und das Axiom der »*Verfahrensinvarianz*«, das ausschließt, daß der Entscheidende durch die bloße Art der Darstellung des Problems in seinen Entscheidungen beeinflusst wird. Vgl. hierzu R. D. Luce / H. Raiffa, *Games and Decisions*, 1967, S. 23 f. Auf die empirische Geltung dieser Axiome für den Bereich des Strafrechts und eine sinnvolle rechtspolitische Antwort auf ein mit diesen Axiomen unvereinbares Verhalten wird weiter unten (E. VII) eingegangen werden.

2 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., § 49 II, S. 46 f. m. w. N.; RGSt 1, 441, 8, 203; 34, 21; BGHSt 11, 268.

3 Jescheck (Fn. 2). Ebenso Eser, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 23. Aufl., Vorbem. zu § 22, Rdnr. 17.

4 Eser (Fn. 3), Rdnr. 23.

5 Vgl. hierzu Jescheck (Fn. 2), § 49 II, S. 461 f. m. w. N.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983, 25. Abschnitt, S. 586, Rdnr.

obligatorischen Strafmilderung gegenüber dem vollendeten Delikt⁶. Um im Gegensatz zu dieser Ansicht eine Rechtfertigung für die Strafbarkeit auch des »untauglichen Versuchs« zu erzielen, verlegte sich ein Teil der juristischen Literatur auf die heute noch von zahlreichen Strafrechtlern vertretene Ansicht, nach der nicht die tatsächliche Gefährdung des Rechtsgutes entscheidend sei, sondern »das im betätigten Verbrechensvorsatz verwirklichte *Handlungsunrecht*«. Die ältere, sogenannte objektive Theorie wird von *Jakobs*⁷ daher wie folgt angegriffen: »Die objektive Theorie ist ein Ausfluß des überholten Kausaldogmas; die Gleichung soll lauten: Wie ein vollendetes Verbrechen eine kausale Rechtsgutsverletzung ist, so ist ein versuchtes Verbrechen eine Rechtsgutgefährdung. Wie aber das Verbrechen nicht primär Bewirken von Verletzungen an Gütern ist, sondern *Verletzung der Normgeltung*, so ist der Verbrechensversuch auch nicht primär über eine Gütergefährdung zu erfassen, sondern über die verletzte Normgeltung.« Mit Hilfe dieser Argumentation erscheint für viele juristische Autoren die angestrebte Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs hinreichend gerechtfertigt. Sie sehen infolge des bei Versuch und Vollendung stets gleichermaßen vorliegenden *rechtsfeindlichen Willens* zudem eine grundsätzliche Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung als richtig an. Allerdings bleibt dunkel, was genau die als Zentralbegriff benutzte »objektiv verletzte Normgeltung«⁸ sein soll, wie eine solche in der Wirklichkeit zu erkennen ist und aus welchem Grunde sie überhaupt als Rechtfertigung einer Strafe zu dienen vermag. Auch fehlt eine Begründung, wieso eine »Normgeltung« irgendeinen Sinn haben kann, es sei denn dazu, ein bestimmtes Ziel (»Schutz eines Rechtsgutes«) zu erreichen. Ausgerechnet dem Strafrecht den Schutz einer »platonischen Welt der Normen als solcher« aufzugeben, ohne daß dargelegt wird, wieso hierdurch der Nutzen der Bürger gesteigert werden kann, erscheint ein mehr philosophischer Gedanke.

Wenn *Jakobs* die von den Menschen gewünschten Ziele, ihre materiellen und immateriellen »Güter«, als Grundlage für die Festlegung der Aufgaben der Rechtsordnung ablehnt und ihre »teilweise« Anerkennung als staatlich

6 Ob dieser Schluß zwingend ist, erscheint fraglich. Er könnte auf einem ex post Mißverständnis der »Gefahr« beruhen. Eine häufig allerdings nur geringe »Gefahr« geht jedoch für die Rechtsgüter von jedem Entschluß aus, sie zu verletzen.

7 *Jakobs* (Fn. 5), Rdnr. 15.

8 So die Formulierung bei *Jakobs* (Fn. 5). Die Überschrift des 25. Abschnitts unter II B lautet: »Der Versuch als expressiver und tatbestandsnaher Normbruch.« Im Text, S. 590, Rdnr. 23, heißt es dann weiter: Da die Expressivität des Normbruchs auch schon bei Vorbereitungen gegeben sein kann, muß die Auszeichnung des Versuchs in seiner Stellung nach der Vorbereitung und vor der Vollendung liegen, also in seiner Tatbestandsnähe. Strafgrund ist die Verdeutlichung des Normbruchs in seinem tatbestandsnahen Verhalten.« Warum gerade die »Verdeutlichung« anstelle einer »Verundeutlichung des Normbruchs in seinem tatbestandsnahen Verhalten« die Begründung für Eingriffe in die Freiheitsrechte des Bürgers darstellt, wird nicht gesagt. Die Worte »tatbestandsnahes Verhalten« scheinen keine zusätzlichen Informationen zu enthalten, die über die Formulierung des Gesetzes in § 23 StGB hinausgehen: »Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.«

schützenswert in Form von »Rechtsgütern« als »museales Archiv«⁹ ansieht, da »soziales Leben über sie nicht definiert« werden könne, erkennt er den sinnvollen Anwendungsbereich des Rechtsgutbegriffes¹⁰. In den Wirtschaftswissenschaften erweist es sich vielmehr recht deutlich, daß mit Hilfe des Güterbegriffes das soziale Leben recht gut beschrieben und geordnet werden kann.

Versucht man die Argumentationsweise der juristischen Literatur kritisch zu würdigen, fällt auf, daß diese weder von empirisch untermauerten Theorien und Vorstellungen über Aufgaben und Wirkungsmöglichkeiten des Strafrechts ausgeht noch die jeweiligen Einzelprobleme, wie etwa die Begründung der Versuchsstrafbarkeit, in die kraft axiomatischen Werturteils festgelegten Grundziele¹¹ widerspruchsfrei einzuordnen versucht. Statt dessen werden in erstaunlicher Beliebigkeit passende Begriffe erfunden, die lediglich dazu dienen, ein bestimmtes, eng begrenztes strafpolitisches Ziel zu erreichen, wie etwa eine Strafwürdigkeitserklärung des untauglichen Versuchs. Die systematische Stellung dieser häufig unzureichend definierten¹² Begriffe für eine Theorie der Aufgabe und Wirkungsweise des Strafrechts wird eher beiläufig untersucht, so daß zuweilen der Eindruck einer allzu bunten, wenig strukturierten Argumentation aufzukommen vermag.

C. Grundlage einer Rechtfertigung des Strafrechts

Bei der Frage, welche Aufgabe das Strafrecht für die Bürger wahrnehmen kann und soll, sei daher festgehalten, daß der Staat und sein Rechtssystem ausschließlich dazu zu dienen haben, das Zusammenleben der Menschen nach deren jeweiligen individuellen Vorstellungen in Würde und Freiheit zu organisieren¹³. Die Basis aller Wertvorstellungen kann daher nur auf ihrem

9 Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97 (1985), S. 753.

10 Die Kritik von Jakobs (Fn. 9) an der Festlegung der Strafbarkeit mit Hilfe von Rechtsgütern, ein solches System lasse »den Rechtskreis des Täters nicht in den Blick geraten«, übersieht, daß der Rechtskreis des Täters ebenfalls durch »Rechtsgüter« definiert ist.

11 Für das nachrangige Strafrecht enthält das Verfassungsrecht eine im Strafrecht nicht mehr abänderbare Festlegung von Werten und Verfahrensregeln.

12 So wird etwa bei Eser (Fn. 4) vom Leser nicht nur verlangt, ihm solle ohne weiteres verständlich sein, was etwa unter einer »Sanktionierung individualethischer Verwerflichkeit« oder unter »Abwehr sozialschädlicher Angriffe« zu verstehen sei. Auch der wohl als gegensätzlich aufgefaßte Zusammenhang zwischen diesen Begriffsgruppen wird als selbstverständlich vorausgesetzt, obwohl der Bewertungsmaßstab nicht offengelegt wird, der für die Beurteilung einer »individualethischen Verwerflichkeit« – was immer das sein soll – und der »Sozialschädlichkeit« dienen soll.

13 Vgl. hierzu für den Bereich der Wirtschaftswissenschaften die Ausführungen von M. Friedman, Kapitalismus und Freiheit, 1976, S. 19, für die Aufgabe des Staates: »In einer vielzitierten Passage seiner Inaugurationsrede sagte Präsident Kennedy: »Fragt nicht, was Euer Land für Euch tun kann, fragt, was Ihr für Euer Land tun könnt!« ... Weder die eine noch die andere Hälfte des Satzes drückt die Beziehungen aus zwischen dem Bürger und seiner Regierung, die eines freien Menschen in einer freien Gesellschaft würdig sind. Das »Was Euer Land für Euch tun kann« ist paternalistisch: Die Regierung ist der Herr und der Bürger sein Schutzbefohlener. Es steht ganz im

Beitrag zum »Glück« oder im ökonomisch-technischen Sprachgebrauch auf dem »Nutzen« der einzelnen Menschen aufgebaut werden¹⁴. Die Bewertung der Wirkungen bestimmter Rechtsregelungen ist somit von ihrem Einfluß auf den »Nutzen« der betroffenen Bürger abzuleiten. Der »Staat«, die »Rechtsordnung«, die »Normgeltung«, das »Rechtsgut«, die »juristische Person«¹⁵ können daher niemals selbständige Quelle eigener Werte sein, sondern stellen lediglich nützliche Gedankenkonstruktionen dar, die das Nachdenken über Aufgabe und Wirkung des Rechts für das »Glück« der einzelnen Menschen erleichtern sollen¹⁶.

D. Ökonomische Theorie der Strafe: Abschreckung und Verunmöglichung

Dem Strafsystem können verschiedene Wirkungen zukommen. Auf der einen Seite kann es die Entscheidungen der Menschen beeinflussen und sie von Straftaten abhalten, indem es die Begehung der Tat aufgrund der mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auferlegten Strafe unvorteilhafter erscheinen

Gegensatz zu dem Glauben eines freien Individuums an seine Verantwortung für sein eigenes Schicksal. Das anschließende Gegenstück »Was ihr für Euer Land tun könnt!« beinhaltet: Der Staat ist der Herr oder die Gottheit und der Bürger der Diener oder getreue Anbeter. Für den freien Bürger ist sein Land jedoch die Versammlung der Individuen, die es bilden, nichts außerhalb oder gar über ihm Stehendes ... Der freie Bürger wird weder fragen, was sein Land für ihn tun kann, noch was er für sein Land tun kann. Er wird vielmehr fragen: »Was kann ich mit meinen Landsleuten mit Hilfe der Regierung erreichen?« Vgl. hierzu auch J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971.

¹⁴ Daß dieser »Nutzen« nicht beliebig angenommen werden kann, sondern durch sorgfältig ausgedachte Verfahren ermittelt werden muß, wurde in der Einleitung deutlich gemacht. Diese werden unten (E. VII) im Rahmen der von der kognitiven Psychologie ermittelten Wahrnehmungsverzerrungen nochmals erörtert.

¹⁵ Im Gesellschaftsrecht wurde weithin die Vorstellung vertreten, daß juristische Personen des Privatrechts, wie etwa die Aktiengesellschaft oder die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, irgendeinen »Wert als solche« oder ein »eigenständiges Interesse« aufweisen könnten. Hierbei wurde zuweilen übersehen, daß es sich bei der »juristischen Person« ebenso wie bei der Vorstellung der »Existenz einer Rechtsordnung«, oder von »Rechtsgütern«, oder »Rechtsobjekten« nur um Denkfiguren handelt. Vgl. hierzu M. Adams, Was spricht gegen eine unbehinderte Übertragbarkeit der in Unternehmen gebundenen Ressourcen durch ihre Eigentümer?, AG, 1990, S. 243 ff.

¹⁶ Über den einzelnen Bürgern kann es somit keine irgendwie gearteten Institutionen geben, die in irgendeiner Weise einen Selbstwert besitzen. Selbst so außergewöhnlich nützlichen Institutionen, wie etwa einem freiheitlichen Rechtsstaat, kann kein »Eigenwert« zukommen. Seine Berechtigung und seine Nützlichkeit sind vielmehr nur von seinem Beitrag zum Glück (Nutzen) der betroffenen Menschen abzuleiten. Auch wenn es etwa bei Umverteilungshandlungen des Staates zu zwangsweisen Schädigungen bestimmter einzelner Personen kommen muß, denen jedoch wiederum der Nutzen anderer Menschen gegenübersteht, ist niemals der Staat »aus sich selbst heraus« Träger der Werte. Es ist vielmehr ein schwieriger Bewertungsprozeß ausschließlich auf der Basis der Nutzen und Kosten der von den Maßnahmen betroffenen Menschen zu lösen. Vgl. hierzu E. S. Phelps, *Political Economy*, 1985, Chapter 6, S. 130 ff.; H. B. Schäfer / C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, S. 21 ff.

läßt. Eine solche Wirkung setzt beim Täter nicht nur die richtige Wahrnehmung der Strafdrohung voraus, sondern auch seine Fähigkeit, sich gemäß seiner eigenen Nutzen-Kosten-Überlegungen zu verhalten. Soweit er hierzu imstande ist, entfaltet das Strafrecht eine »abschreckende Wirkung«, die je nach dem Verhältnis der Höhe der wahrgenommenen Strafdrohung und dem Nutzen für den Täter aus der Tat diesen dazu bewegt, die Straftat nicht zu begehen. Unter dem Begriff der »Abschreckungswirkung« werden somit alle Umstände erfaßt, die die Entscheidung des möglichen Täters für oder gegen die Tat beeinflussen. Für den Bereich des Strafrechts gehören hierzu nicht nur Veränderungen der Höhe der tatsächlich verhängten Strafen, sondern auch Veränderungen der die Strafdrohung zusammen mit der Höhe der verhängten Strafe mitbegründenden Aufklärungswahrscheinlichkeiten. Außerhalb des Strafrechts, aber dennoch *dessen* Abschreckungswirkung ebenso wie beispielsweise eine Straferhöhung beeinflussend, zählt hierzu etwa eine Erhöhung des legalen Einkommens durch Beseitigung von Arbeitslosigkeit, da eine solche Maßnahme für viele Delikte den relativen Vorteil der erlaubten gegenüber den verbotenen Tätigkeiten vergrößert und hierdurch die Begehung von Straftaten bei gleicher Strafdrohung weniger vorteilhaft werden läßt.

Neben ihrer Fähigkeit zur Abschreckung kann eine Strafe auch dazu dienen, dem Täter die Tat *tatsächlich unmöglich* zu machen. Der Freiheitsstrafe und den Maßnahmen der Freiheitsentziehung¹⁷ kommt für viele Delikte eine solche Wirkung der tatsächlichen Verunmöglichung zu, da sie den Täter aus der Bevölkerung entfernt und diese insoweit und so lange vor der Begehung von Straftaten schützt¹⁸, während Geldstrafen den Täter nicht aus dem Verkehr ziehen und daher nur zur Abschreckung dienen können. Zur klaren begrifflichen Trennung soll somit zwischen der Wirkung der »Abschreckung« und derjenigen der »tatsächlichen Verunmöglichung« (Sicherung) unterschieden werden.

Zunächst sei die Frage nach der Vernunft der Versuchsbestrafung unter der Annahme untersucht, daß die Menschen die auf sie einwirkende Strafdrohung in ihren Entscheidungen berücksichtigen, daß Strafrecht somit eine (mehr oder minder starke) abschreckende Wirkung entfaltet. In einem kurzen Schlußkapitel soll dann erörtert werden, unter welchen Bedingungen eine Straftaten verunmöglichende Freiheitsentziehung verhängt werden sollte, falls die Abschreckungswirkung des Strafrechts versagt und sich ein Täter nicht im geringsten durch Strafandrohungen in seinen Entscheidungen beeinflussen läßt¹⁹.

17 Die grundsätzlich gleiche Wirkung wie die Freiheitsstrafe haben die mit Freiheitsentziehung verbundenen *Maßregeln* der Besserung und Sicherung, obwohl aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfahren gewisse Unterschiede zu beachten sind, auf die hier jedoch nicht eingegangen wird.

18 Soweit auch aus dem Gefängnis heraus und in diesem Straftaten begangen werden können, hat auch die Freiheitsstrafe keine Verunmöglichungswirkung.

19 Beispiele für nicht abschreckbare Taten können Verbrechen aus Leidenschaft sein. Häufig wird allerdings darüber hinaus die Ansicht vertreten, auch auf den üblichen Straftäter habe die Strafdrohung keine Wirkung, da dieser glaube, er werde Glück

E. Strafe als Abschreckung

Wie in der Literatur bereits ausführlich gezeigt worden ist, kann weder das Zivilrecht noch das Verwaltungsrecht allein ein Anreizsystem errichten, das die Einhaltung der von der Rechtsordnung verlangten Verhaltensweisen den Bürgern auch privat rational erscheinen läßt²⁰. Ohne ein Hinzutreten des Strafrechts verblieben vielmehr Anreizlücken, die den Bürgern verschiedenste unerwünschte Handlungen als lohnend vorspiegelten. Diese privaten Nutzen-Kosten-Bilanzen der Bürger können nun durch eine angedrohte Auf-erlegung *zusätzlicher* (monetärer und nichtmonetärer) *Kosten* in Form verschiedener Strafen in Richtung des gewünschten Verhaltens beeinflußt werden. In der Beantwortung der Frage, wie das Strafsystem und seine Kosten in die Wohlfahrtstheorie und die allgemeine Theorie des menschlichen Entscheidungsverhaltens eingefügt werden kann, ist der große Fortschritt der Arbeiten zu sehen, die in der Tradition von Gary S. *Becker's* bahnbrechendem Aufsatz »Crime and Punishment« liegen²¹.

I. Das ökonomische Modell der Strafe im einzelnen: Strafe als zusätzliche erwartete Kosten für den Täter

Der Grundgedanke dieses Ansatzes sieht in einer Strafe die Auferlegung zusätzlicher privater Kosten, deren angedrohte Höhe den Entscheidenden bei der Frage, ob es sich für ihn lohnt, eine Straftat zu begehen, dazu zwingen

haben und nicht entdeckt. Diese Meinung verkennt den beim Täter stattfindenden Entscheidungsprozeß unter Unsicherheit. Richtig ist, daß der Täter zwar darauf hofft, nicht gefaßt zu werden, dennoch ist ihm das Risiko der Bestrafung bekannt. Er hat sich im Falle einer Straftat daher entschlossen, das Bestrafungsrisiko auf sich zu nehmen, ohne damit dieses notwendigerweise nicht beachtet zu haben. Mit anderen Worten: Ein Täter, der sich dazu entschlossen hat, eine Straftat zu begehen, ist nur bereit, die Strafe zu *riskieren*, nicht aber sie zu *ignorieren*.

20 Vgl. hierzu S. *Shavell*, Liability for Harm versus the Regulation of Safety, 13 Journal of Legal Studies, 1987, S. 357 ff.; M. *Adams*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz, ZZP 1986, S. 129 ff.; *ders.*, Produkthaftung, BB, Beilage 20/1987, S. 23 ff. m. w. N.

21 G. S. *Becker*, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 Journal of Political Economy, 1968, S. 169 ff.; I. *Ehrlich*, On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence, American Economic Review, 71, 1981, S. 307 ff.; R. A. *Posner*, An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia Law Review, 85, 1985, S. 1193 ff.; A. M. *Polinsky* / S. *Shavell*, The Optimal Use of Fines and Imprisonment, Journal of Public Economics, 24, 1984, S. 89 ff.; S. *Shavell*, A Model of Optimal Incapacitation, American Economic Review, 77, 1987, S. 107 ff.; S. *Shavell*, Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent, 85 Columbia Law Review 1985, S. 1232 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen. Eine Lehrbuchdarstellung der Theorie der Strafe findet sich in R. *Cooter* / T. *Ulen*, Law and Economics, Scott, Foresman and Company (1988), S. 506 ff. Als die großen Vorgänger dieser Denkrichtung sind insbesondere C. *Montesquieu*, Esprit des Lois, 1748, C. *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1776, und J. *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780, zu nennen.

soll, die mit seiner Tat für andere Personen verbundenen Nachteile in seine Überlegungen miteinzubeziehen und sie gegen seine Vorteile aus der Tat abzuwägen. Es ist dies die allgemeine ökonomische Theorie menschlichen Entscheidungsverhaltens, übertragen auf das Strafrecht. Ebenso wie ein erhöhter Preis nach dem »Gesetz der Nachfrage«²² die Käufe des verteuerten Gutes zurückdrängt, wird der durch das Strafrecht erhobene zusätzliche Preis für die unerwünschte Handlung deren Rückgang, ihre »Abschreckung«, erreichen. Dies besagt keinesfalls, daß das Strafrecht jede Handlung abschrecken kann. Ebenso wie es auch bei einem sehr hohen Preis noch Käufer für ein Gut geben kann, gibt es auch bei außergewöhnlich hohen strafrechtlich erzeugten Kosten für den Täter noch Personen, die für die erhofften Vorteile aus der Tat bereit sind, das Risiko, bestraft zu werden, auf sich zu nehmen.

Im folgenden sollen nun das Modell der ökonomischen Theorie des Strafrechts in aller Kürze²³ dargestellt, seine Begriffe definiert und eine Begründung für die Strafwürdigkeit des Versuchs vorgelegt werden.

Ein Individuum sehe sich in der Lage, eine bestimmte Straftat zu begehen. Wenn es eine solche Handlung vorsätzlich vornimmt, tritt mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit ein Schaden (»Rechtsgutverletzung«) ein, während mit der komplementären Wahrscheinlichkeit ein Schaden nicht auftritt. Kommt es nicht zu einem Schaden, wird die Handlung als »Versuch« bezeichnet²⁴. Der mit einer solchen Handlung verbundene »erwartete Schaden« ist definiert als die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes multipliziert mit seiner Höhe. Wenn beispielsweise eine vorsätzliche Handlung zu einem (monetären oder nicht-monetären) Schaden von 1000 mit der Wahrscheinlichkeit von 40 % führt, ist der »erwartete Schaden«: $40\% \cdot 1000 = 400$. Der »erwartete Schaden« kann als derjenige Schaden angesehen werden, den eine Handlung im Durchschnitt hervorriefe, wenn sie mehrfach begangen würde.

Wenn eine Person eine strafbare Handlung begeht, will sie durch diese einen »erwarteten Vorteil« erreichen²⁵. Diese individuellen Vorteile können in monetär bewerteten Gütern, wie etwa Automobilen oder Uhren, oder nichtmonetär bewerteten Gütern, wie Rache, Haß oder Freude an einer

22 Vgl. hierzu P. R. G. Layard / A. A. Walters, *Microeconomic Theory*, 1978, S. 123 ff.; W. Hildenbrand, *On the Law of Demand*, 51 *Econometria* 1983, S. 997 ff.

23 Für eine weitergehende mathematische Darstellung von Modell und Annahmen und eine Übersicht über die empirischen Überprüfungen der Modelle sei auf die zuvor, insbes. in Fn. 21, angegebene allgemeine Literatur zur ökonomischen Theorie des Verbrechens verwiesen.

24 Es wäre ohne weiteres möglich, den Versuch auch mit der Entstehung einer Teilverletzung des Rechtsgutes zu verknüpfen. Der gewählte völlige statt nur teilweise Ausschluß eines Schadens im Versuchsfalle dient nur einer vereinfachten Darstellung und hat auf die Schlußfolgerungen der vorgelegten Theorie keinen Einfluß.

25 Da der mögliche Täter im Entscheidungszeitpunkt nur im Grenzfall sicher weiß, daß er durch seine Tat den gewünschten Vorteil auch erzielt, ist auch der Vorteil aus einer Straftat eine Erwartungsgröße.

Demütigung, bestehen. Verschiedene Personen erzielen durch die gleiche strafbare Handlung unterschiedlich hohe erwartete Vorteile. Die Vorteile für den Täter können sowohl auf dem hervorgerufenen Schaden beruhen als auch ohne diesen eintreten. Wenn eine Person aus Haß auf jemanden schießt, um diesen zu verletzen, kann sein von ihm empfundener Vorteil sehr davon abhängen, ob er ihn auch tatsächlich trifft, während eine Person, die mit 80 km durch die Stadt rast, um einen Termin zu erreichen, vom Eintritt des Unfalls keinen Vorteil erwartet. Die Gesellschaft kann nun die vom Täter privat erzielten Vorteile bei ihrer Tatbewertung mit dem gleichen oder einem geringeren Betrag berücksichtigen. Die Zulassung einer Abweichung zwischen privater und sozialer Bewertung ermöglicht insbesondere die Analyse von Handlungen, die von der Gesellschaft unter keinen Umständen als von irgendeinem Wert angenommen werden, gleichgültig wie hoch der private Wert für den Täter sein mag. Hierzu mögen beispielsweise Handlungen zählen, bei denen der Nutzen des Täters gerade im Leid des Opfers besteht. Bei anderen Handlungen, wie etwa zeitnotbedingtem Rasen auf der Autobahn, scheint die Gesellschaft eher bereit, die privaten Vorteile aus der Handlung teilweise anzuerkennen²⁶.

Eine Handlung wird dann als *sozial unerwünscht* bezeichnet, wenn die von ihr hervorgerufenen sozial bewerteten erwarteten Vorteile kleiner sind als der erwartete Schaden. Wenn daher der soziale Vorteil aus einer Tat null ist, ist die Tat stets unerwünscht. Wenn die erwarteten Vorteile jedoch zumindest zum Teil anerkannt werden, hängt die Beurteilung der Tat als wünschbar oder nicht von dem Vergleich mit dem erwarteten Schaden ab²⁷.

Ob nun eine Person – unabhängig von ihrer sozialen Wünschbarkeit – eine für sie mit Vorteilen verbundene Straftat begeht oder nicht, hängt davon ab, ob sie nach ihrer höchstpersönlichen Wahrnehmung für diese eine hinreichend hohe monetäre oder nichtmonetäre²⁸ Sanktion zu fürchten hat. Wenn eine Person eine Straftat begeht, kann sie entdeckt und bestraft werden. Sowohl für das vollendete Delikt wie für den Versuch bestehe eine bestimmte *Wahrscheinlichkeit*, daß der Täter bestraft wird. Auch die Strafhöhe kann abhängig davon sein, ob es sich um einen Versuch oder um ein vollendetes Delikt gehandelt hat. Beispielsweise kann die Wahrscheinlichkeit, bestraft zu werden, bei einem Versuch 50 % betragen und die zu erwartende Sanktion einen vom Täter empfundenen subjektiven Wert von 200 aufweisen, während die Bestrafungswahrscheinlichkeit für das vollendete Delikt 20 % betragen kann und die Strafhöhe den (subjektiven) Wert von 500 annimmt. Das Individuum muß somit für seine Entscheidung, ob es eine Straftat begehen soll,

26 Hierzu zählen auch die Fälle von Pflichtenkollisionen und übergesetzlichem entschuldigendem Notstand.

27 So kann es durchaus wünschbar sein, daß eine Person die Geschwindigkeitsbegrenzung überschreitet, um in einem Notfall das Krankenhaus rasch zu erreichen, da der erwartete Nutzen größer als der erwartete Schaden ist.

28 Eine typische nichtmonetäre Sanktion ist etwa die Freiheitsstrafe. Hierzu zählen aber auch der Verlust des guten Rufes oder soziale Stigmatisierung.

nicht nur seinen »erwarteten Vorteil« aus der Tat abschätzen, sondern auch seine »erwartete Strafe«²⁹.

Die »erwartete Strafe« setzt sich nun aus der Summe zweier Größen zusammen: Erstens, der Wahrscheinlichkeit, nur einen Versuch begangen zu haben und dann bestraft zu werden multipliziert mit dem (subjektiv empfundenen) Wert der Höhe der Strafe im Falle eines Versuchs, und zweitens, der Wahrscheinlichkeit ein vollendetes Delikt begangen zu haben und hierfür bestraft zu werden multipliziert mit der Strafhöhe bei Vollendung. Wenn die Wahrscheinlichkeiten für Versuch, Vollendung, Bestrafung und die Werte für die Strafhöhen wie in den Beispielen zuvor sind, ergibt sich die »erwartete Strafe« als: $60\% \cdot 50\% \cdot 200 + 40\% \cdot 20\% \cdot 500 = 60 + 40 = 100$. Der Wert $60\% \cdot 50\% = 30\%$ ist die Wahrscheinlichkeit, daß sich die Handlung als ein Versuch herausstellt und der Täter dann bestraft wird, während der Wert $40\% \cdot 20\% = 8\%$ die Wahrscheinlichkeit darstellt, daß der Täter ein vollendetes Delikt begangen hat und hierfür auch bestraft wird.

Eine Person wird nur dann eine *Strafttat begehen*, wenn der von ihr aus der Tat erwartete Vorteil mindestens so groß ist wie die mit ihr verbunden erwartete Strafe.

Man betrachte nun zwei Arten der Bestrafung: *Geldstrafen* und *Freiheitsstrafen*. Wird eine Geldstrafe verhängt, kann diese höchstens das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen der bestraften Person umfassen. Auch die Freiheitsstrafe ist dadurch in ihrer Höhe begrenzt, daß sie nicht länger als lebenslang dauern kann. Die Tatsache, daß es stets und unvermeidbar eine *Obergrenze für die Strafhöhe* gibt, hat zur Folge, daß von der Begehung bestimmter Straftaten *nicht abgeschreckt* werden kann: Nehmen wir beispielsweise an, daß die nicht übersteigbare *Obergrenze* in der *Strafhöhe* für den Betroffenen den (subjektiven) Wert von 1000 besitze. Nimmt man weiterhin die Wahrscheinlichkeiten und Werte des Beispiels, ist die *androhbar maximale erwartete Strafe* bei Strafbarkeit von Versuch und vollendetem Delikt $60\% \cdot 50\% \cdot 1000 + 40\% \cdot 20\% \cdot 1000 = 380$. Dies bedeutet wiederum, daß jede Person, die aus ihrer Straftat einen größeren erwarteten privaten Vorteil als 380 zu erzielen vermag, nicht mehr abgeschreckt werden kann.

Die Möglichkeit, von der Begehung einer Straftat abzuschrecken, sinkt mit kleineren Bestrafungswahrscheinlichkeiten, da diese die maximal mögliche erwartete Strafe absenken. Wären im obigen Beispiel die Bestrafungswahrscheinlichkeiten für Versuch und Vollendung anstelle von 50 % und 20 % nur 5 % und 2 %, betrüge die maximale erwartete Strafe nur noch 38 und jeder, der aus der Tatbegehung einen größeren erwarteten Vorteil als 38 aufweist, kann nicht mehr abgeschreckt werden³⁰. Bei Risiko

29 Es versteht sich somit, daß eine bloße Aussage über die Strafhöhe nichts über die abschreckende Kraft verrät, da eine Straftat, die niemals entdeckt wird, für den Entscheidenden nicht existiert. Erst das Produkt aus Strafhöhe und Bestrafungswahrscheinlichkeit stellt die vom Entscheidenden in seine Überlegungen einzustellende effektive »erwartete Strafe« dar.

30 Auf dem Papier nimmt sich beispielsweise die Regelung der Verkehrssicherheit

neutralität³¹ erfordert eine Halbierung der Aufklärungs- und Bestrafungswahrscheinlichkeiten bei gleicher gewünschter Abschreckung eine Verdoppelung der Strafhöhe. Darüber hinaus sinkt die Möglichkeit, eine Person von einer Straftat abschrecken zu können, je höher der private Nutzen aus der Tat für den Täter ist.

Der Staat entscheidet – selbstverständlich unter Beachtung der Gewaltenteilung – über die Sanktionsarten und die Strafhöhen für versuchte und vollendete Delikte sowie über die Aufwendungen für die Strafverfolgungsmaßnahmen und damit die Bestrafungswahrscheinlichkeiten. Ein *optimales Sanktionensystem* ist nun dasjenige, das von der Begehung unerwünschter³² Straftaten abschreckt und gleichzeitig möglichst geringe Kosten bei der Verfolgung und Bestrafung hervorruft. Ein Sanktionensystem wird dann als »optimal« bezeichnet, wenn es das folgende *soziale Wohlfahrtsmaß* maximiert: Den sozial anerkannten³³ Nutzen, den der Straftäter aus der strafbaren Handlung bezieht, abzüglich des angerichteten Schadens und der Kosten der Strafverfolgung und Strafvollstreckung.

Bei der Frage nach den jeweiligen Kosten der einzelnen Strafarten wird angenommen, daß die Verhängung von *Geldstrafen* deutlich geringere³⁴ Kosten verursacht, da sie lediglich einen Übergang der Befehlsgewalt über Ressour-

der Bundesrepublik recht gut aus. Da sich die Bundesländer, etwa im Bereich der Geschwindigkeitskontrolle von Lastkraftwagen, weitgehend aus dem Verwaltungsvollzug verabschiedet haben, ist für den einzelnen LKW-Fahrer die Bestrafungswahrscheinlichkeit auf nahe null herabgesunken. Da damit die erwartete Strafe für ihn und sein Unternehmen eine vernachlässigbare Größe geworden ist, ist die Übertretung von Geschwindigkeitsbegrenzungen infolge des Zeitgewinns die für ihn klar vorteilhaftere Lösung. Die alltäglich zu beobachtende massenhafte Nichtbeachtung der Sicherheitsvorschriften im Straßenverkehr ist somit die individuell rationale Antwort auf ein Verwaltungsversagen, das keine hinreichenden Bestrafungswahrscheinlichkeiten mehr erzeugt.

31 Eine Person ist dann risikoneutral, wenn der Grenznutzen einer Mark unabhängig von ihrem Vermögen ist. Vgl. zu diesem Begriff die üblichen Lehrbücher für Mikroökonomie, wie etwa E. Mansfield, *Microeconomics, – Theory and Applications* –, 6. Aufl., 1988, S. 562 ff.

32 Wenn man nicht stets und ausnahmslos den Wert, den der Täter aus der Straftat für sich erzielt, aufgrund einer sozialen Bewertung mit Null ansetzt, können bestimmte Straftaten *erwünscht* sein. Ein Teil dieser Fälle »erwünschter Straftaten« wird von der juristischen Dogmatik im Recht des Notstandes erörtert.

33 Neben den bereits in Fn. 32 genannten mag es weitere Deliktgruppen geben, bei denen die Vorteile, die der Täter aus der Tat zieht, bei der Entscheidung über den Einsatz der Ressourcen für Strafverfolgungsmaßnahmen berücksichtigt werden sollten. So wäre es beispielsweise sinnvoll, in Fällen, in denen Autofahrer einen großen Nutzen aus der Übertretung von Parkverböten ziehen, denen kein entsprechend hoher Schaden gegenübersteht, die kostspielige Verkehrsüberwachung auf andere Gebiete mit einem anderen Nutzen-Kosten-Verhältnis zu verlagern. Das Ergebnis der Überlegungen zur Versuchsstrafbarkeit wird durch die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Täternutzens nicht berührt.

34 Die sozialen Kosten der Geldstrafe bestehen insbesondere in den Kosten der Vollstreckung in das Vermögen des Täters und in den mit Kosten verbundenen Abwehrmaßnahmen gegen eine Vollstreckung und anderen Verhaltensänderungen auf seiten des Täters.

cen von einer Person zu einer anderen beinhaltet und dabei selber fast keine Ressourcen verbraucht³⁵. Obwohl zwar die mit einer Geldstrafe belegten Personen einen Nutzenverlust erleiden, sei dieser als genau aufgehoben angenommen durch denjenigen Nutzenzuwachs, den die Empfänger der Strafe (die Steuerzahler) erzielen. Auf der anderen Seite wird angenommen, daß *nichtmonetäre Strafen* soziale Kosten verursachen, da beispielsweise der Betrieb der Gefängnisse Ressourcen verbraucht und die eingesperrten Individuen einen Nutzenverlust erleiden, dem anders als bei der Geldstrafe kein Nutzengewinn einer anderen Person gegenübersteht³⁶. In einem optimalen Strafsystem entspricht die erwartete *Sanktionshöhe* dem erwarteten Schaden aus der Tat, da eine Person erst dann eine unerwünschte Straftat begehen wird, wenn der erwartete Nutzen für sie kleiner ist als der in der angedrohten Strafe wiedergespiegelte erwartete Schaden. Eine erwartete Strafe sollte daher für Taten mit nur kleinem Schaden gering sein und mit ansteigender Schaden ebenfalls ansteigen³⁷.

In dem hier dargelegten ökonomischen Abschreckungsmodell³⁸ der Strafe ist die einzige Art und Weise, in der eine Strafe von Bedeutung ist, ihr Einfluß auf die Entscheidung des Täters, die Straftat zu begehen oder sie zu unterlassen. Eine solche Entscheidung wird nun durch die *erwartete* Strafe im Falle eines Versuchs oder einer Vollendung dadurch beeinflußt, daß eine Person in Entscheidungszeitpunkt nicht weiß, ob sie ein vollendetes Delikt begehen wird oder nur einen Versuch. Eine spätere tatsächliche Bestrafung ist lediglich insofern von Bedeutung, als sie die Erwartungen des Täters oder anderer Personen beeinflußt³⁹. Die *Höhe der Bestrafungswahrscheinlichkeit* ist nun das Ergebnis der aufgewendeten Ressourcen für Strafverfolgungsmaßnahmen. Auch diese sind nun nicht beliebig festzusetzen, sondern sollten das Ergebnis einer Optimierungsentscheidung sein. So wird der *optimale Strafverfolgungsaufwand* durch eine Abwägung seiner (Grenz-)Erträge und Kosten bestimmt. Die *Kosten* bestehen in den aufgewendeten Ressourcen, während die *Erträge*

35 Vgl. hierzu ausführlich S. Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 85 Columbia Law Review 1985, S. 1232 ff.

36 Mögliche Befriedigungsgefühle aus erfüllter Rache auf seiten der geschädigten Opfer, die mit der Härte der Strafe für den Täter ansteigen, sollen hier nicht berücksichtigt werden. Der Übergang des Strafvollzuges auf den Staat sollte einer Humanisierung und Rationalisierung dienen. Die Berücksichtigung von Rachegefühlen in einem Wohlfahrtsmaß muß daher als sozial destruktiv abgelehnt werden. So werden auch die durch einen Einkommensanstieg ausgelösten Neidgefühle bestimmter Personen üblicherweise in den Wohlfahrtskriterien nicht beachtet, obwohl sie in der Wirklichkeit durchaus vorhanden sind und zur Ursache mancher staatlichen Maßnahmen werden.

37 Der Grund hierfür ist insbesondere das unvermeidlich unvollständige Wissen des Gerichts über das tatsächliche Geschehen, vgl. hierzu S. Shavell, *The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 77 American Economic Review, 1987, S. 584 ff. mit einem mathematischen Beweis.

38 Zur Aufgabe von Freiheitsstrafen in Form der tatsächlichen Verhinderung der Straftaten siehe die Darstellung unter F. weiter unten.

39 Die Erwartungsbildung muß nicht fehlerfrei verlaufen. Es ist möglich, daß ein Täter die erwartete Strafe unzutreffend wahrnimmt, vgl. hierzu weiter unten VII.

in Form eines Anstiegs der Bestrafungswahrscheinlichkeit darin bestehen, daß nunmehr auch Personen abgeschreckt werden können, die ansonsten nicht abschreckbar wären. Hierzu gehören im obigen Beispiel Individuen, die die Begehung einer Straftat erwägen, deren Schaden über 380 hinausgeht, und die bereits der maximal möglichen Sanktion von 1000 ausgesetzt sind. Indem die Bestrafungswahrscheinlichkeit durch einen größeren Strafverfolgungsaufwand angehoben wird, wird die maximale erwartete Strafe über 380 hinaus gesteigert und damit weitere Individuen von Straftaten abgehalten⁴⁰.

II. Versuchsstrafbarkeit zur Verkleinerung einer obergrenzenbedingten Abschreckungslücke

Nun besteht jedoch für die zur Abschreckung unerwünschter Straftaten erforderliche Steigerung der »erwarteten Strafe« eine Obergrenze, da die Höhe der Strafe eine bestimmte Obergrenze nicht übersteigen kann. Diese *nicht*

⁴⁰ Die weitergehende Frage, warum die eine Person noch mit einer erwarteten Strafe von 380 abgeschreckt werden kann und eine andere nicht mehr, soll hier nicht beantwortet werden. Gründe für die unterschiedliche Wirksamkeit einer angedrohten Strafe liegen insbesondere in den persönlichen Charakterzügen, der durchgemachten Sozialisation und den dem jeweiligen Täter im Entscheidungszeitpunkt offenstehenden legalen Handlungsalternativen und deren Erträgen. Ebenso wie ein erhöhter Preis nach dem »Gesetz der Nachfrage« die Käufe des verteuerten Gutes zurückdrängt, wird zwar der durch das Strafrecht erhobene zusätzliche Preis für die unerwünschte Handlung deren Rückgang, ihre »Abschreckung«, erreichen. Der Umfang des Kriminalitätsrückgangs auf eine bestimmte Preiserhöhung in Form einer zusätzlich zu erwartenden Strafe kann – wie bei anderen Gütern auch – allerdings sehr unterschiedlich sein. Nicht nur die Dringlichkeit des Wunsches nach dem Vorteil aus der unerlaubten Handlung, sondern auch die zur Verfügung stehenden legalen Alternativen sind hierfür von entscheidender Bedeutung, da deren Ertrag mit demjenigen aus dem Delikt konkurriert und mit diesem verglichen wird. So wird ein Rauschgift-süchtiger infolge seines im Vergleich zu anderen Gütern äußerst dringenden Konsumwunsches auf eine Straferhöhung sein Nachfrageverhalten fast gar nicht ändern, während ein wieder Arbeit und Brot in einem legalen Beschäftigungsverhältnis findender Arbeitsloser durch die Verbesserung seiner Alternativen bei gleichbleibender Strafhöhe nun erheblich besser abgeschreckt wird, zur Finanzierung seines Lebensunterhalts beispielsweise Diebstähle zu begehen.

Eine Strafdrohung vergrößert zunächst den Abstand zwischen dem Gewinn aus legaler und verbotener Tätigkeit. Anstelle der Hinzufügung höherer Kosten im Falle illegaler Tätigkeiten kann die gleiche »Abschreckung« von einer Erhöhung des Ertrages aus legaler Tätigkeit erzielt werden. Die Beseitigung von Arbeitslosigkeit oder großer Armut ist in ihrer Wirkung auf die Abschreckung bestimmter strafbarer Handlungen somit völlig gleichwertig der Erhöhung der Aufklärungswahrscheinlichkeiten oder des Strafmaßes. Wenn beispielsweise Mindestlohngesetze, tarifvertragliche Arbeitszeitverkürzungen oder Tarifverträge mit Mindestlöhnen bestimmte Personen in die Arbeitslosigkeit drücken, werden die Abstände zu illegalen Tätigkeiten kleiner und es ist ein Anstieg der Eigentumskriminalität bei den betroffenen Personengruppen zu beobachten. Vgl. hierzu die empirischen Nachweise für die durch die Erhöhung der Mindestlöhne hervorgerufene Jugendkriminalität bei M. Hashimoto, *The Minimum Wage Law and Youth Crimes: Time Series Evidence*, 30 (2) *Journal of Law and Economics*, 1987, S. 443 ff. Durch ihren Einfluß auf den Abstand zwischen legalen und strafbaren Handlungsalternativen und deren Struktur besitzen auch Konjunkturschwankungen erheblichen Einfluß auf Höhe und Art der Kriminalität.

übersteigbare Obergrenze kann auf humanitären Gründen beruhen, wenn grundsätzlichen Verzicht auf barbarische Bestrafungsarten, wie sie Mittelalter etwa im Rahmen der »Heiligen Römischen Inquisition« üblich waren. Eine für viele einzelne Straftatbestände spezifische Obergrenze kann auch darauf zurückzuführen sein, daß bereits für die schwerwiegendsten Verbrechen, wie etwa Mord, in Form der lebenslänglichen Freiheitsstrafe bestimmte Obergrenze besteht, die nicht mehr weiter zu steigern ist. Da ein möglicher Täter bei Begehung einer bestimmten Tat nicht ohne zusätzliche Kosten noch weitere Verbrechen begehen kann, muß eine *Strafenstrafe* aufrechterhalten werden, die dem Entscheidenden für jedes zusätzliche Verbrechen bei seiner Tat auch eine zusätzliche Strafe androht. Es ist dies das System »*Grenzabschreckung*«⁴¹. Dies bedeutet jedoch, daß für weniger schwere Delikte eine unter der Obergrenze des schwersten Verbrechens stehende Höchststrafe vorgesehen werden muß. Eine unterschiedslose maximale »*Einheitsstrafe*« ist mit effizienten Abschreckungsanreizen nicht vereinbar⁴². Dies besagt, daß es nicht immer möglich ist, die erwartete Strafe die Höhe des aus der Straftat zu erwartenden Schadens anzuheben. Im Beispiel mit 50 % beziehungsweise 20 % Bestrafungswahrscheinlichkeit für Versuch und Vollendung war die höchstmögliche erwartete Strafe 380. Wenn etwa in unserem Beispiel der Versuch nicht bestraft werden würde, wäre einer unübersteigbaren Strafobergrenze von 1000 damit die höchste zu erzielende erwartete Strafe $40\% \cdot 20\% \cdot 1000 = 80$. Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, daß dann, wenn der erwartete Schaden einen bestimmten Wert, im Beispiel zuvor 80, überschreitet, auch der Versuch bestraft werden muß, um die sich öffnende *Abschreckungslücke* zu verkleinern. Wenn daher bei den gegebenen Wahrscheinlichkeiten mit einer bestimmten Straftat ein höherer Schaden als 80 verbunden ist, sollte auch der Versuch bestraft werden, um die erwartete Strafe zu erzielen, die dem erwarteten Schaden entspricht.

Die Strafpraxis kann für vielerlei Delikte keine hinreichende, die Vorbeugung der Straftat für den Täter aufhebende Abschreckungswirkung ausschließlich durch die Bestrafung vollendeter Delikte erzielen, da die erwartete Strafe im Falle eines vollendeten Delikts infolge der Strafhöhenbegrenzung nicht die Höhe des erwarteten Schadens zu erreichen vermag. Eine Strafbarkeit des Versuchs kann dem möglichen Täter wesentliche *zusätzliche* Kosten bei der geplanten Tat auferlegen. Je nach dem Umfang der ansonsten bestehenden *obergrenzenbedingten Abschreckungslücke* kann damit die Strafbarkeit des Versuchs entscheidend dazu beitragen, einen möglichen Täter von der Straftat abzuhalten.

41 Vgl. hierzu G. Stigler, The Optimum Enforcement of Laws, 78 Journal of Political Economy, 1970, S. 526 ff.

42 Wären beispielsweise die Aufklärungswahrscheinlichkeit für Raub und Mord sehr niedrig, müßte die Strafe auch für Raub in der Nähe der lebenslangen Freiheitsstrafe liegen, um eine hinreichende Abschreckung zu erzielen. Hierdurch würde der Strafabstand zwischen Raub und Mord so klein, daß Räuber von vornherein keinen Grund mehr haben, ihre Opfer nicht auch zu ermorden.

III. Eine Erklärung des in der Realität zu beobachtenden Umfanges der Versuchsstrafbarkeit

Die Vorstellung, daß der Sinn der Strafbarkeit des Versuchs auf der Notwendigkeit beruht, die von einer Obergrenze verursachte Abschreckungslücke mit Hilfe einer zusätzlichen Abschreckungsgrundlage zu verkleinern, vermag den in der Wirklichkeit zu beobachtenden Umfang der Strafbarkeit des Versuchs zu erklären. So sieht das Strafgesetzbuch in § 23 vor, daß nur der Versuch eines *Verbrechens* stets strafbar ist, der Versuch eines *Vergehens* jedoch nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung. Gegen die Begründung von Jescheck⁴³, bei Verbrechen sei »das unmittelbare Ansetzen zur Tat geeignet«, »das Gefühl der Rechtssicherheit in der Allgemeinheit zu erschüttern«, während »aus generalpräventiven Gründen« »Delikte(n) der mittleren Kriminalität mit Strafe bedroht werden, bei denen der Tatanreiz besonders groß ist«, kann unmittelbar der Einwand erhoben werden, daß die angestrebten Ziele bei Fehlen einer Obergrenze auch durch eine Strafverschärfung des *vollendeten Delikts* erreicht werden könnten. Hierdurch wäre man zudem auch in der Lage, der aus rechtsstaatlicher Sicht mit unerfreulich großen Fehlermöglichkeiten behafteten Feststellung der subjektiven Tatbestandsmerkmale im Falle eines Versuchs aus dem Weg zu gehen. Die gesamte Abschreckungslast würde dann statt auch vom Versuch nur von der vollendeten Tat getragen.

Auf eine Bestrafung des Versuchs kann allerdings dann verzichtet werden, wenn die für die Abschreckung erforderliche Höhe der Strafe für ein bestimmtes Delikt bereits vollständig durch die Bestrafung des vollendeten Delikts erreicht werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Straftat nur mit einem geringen Schaden verbunden ist und die Strafhöhe daher ebenfalls niedrig festgesetzt werden kann. In einem solchen Fall ist die von der unvermeidbaren Obergrenze erzeugte Abschreckungslücke nicht mehr gegeben, der Bedarf nach einer zusätzlichen Abschreckungswirkung durch die Versuchsstrafbarkeit damit entfallen. Vergehen sind im deutschen Strafgesetzbuch nun Straftaten, die das Gesetz als weniger schwerwiegend ansieht. Mit absinkendem Schaden wird ab einem bestimmten Punkt ein Delikt auch ohne die Bestrafung des Versuchs abschreckbar. Die unvermeidbare Strafobergrenze ist aufgrund des Absinkens der gewünschten Abschreckungsdrohung keine Einschränkung mehr. Wenn eine hinreichende Abschreckung daher bereits voll auf der Grundlage der Bestrafung vollendeter Delikte geleistet werden kann, kann auch die Strafbarkeit des Versuchs entfallen⁴⁴, da nur für den Fall, daß eine Versuchsbestrafung keine zusätzlichen Strafverfolgungskosten verursacht, die Gesellschaft eine besonders kostengünstige⁴⁵ Gelegen-

⁴³ Jescheck (Fn. 2), § 49 V, S. 470.

⁴⁴ Zu den besonderen zusätzlichen Kosten einer Versuchsbestrafung im Strafverfahren und der nur mit erheblichen Schwierigkeiten und Fehlermöglichkeiten feststellbaren subjektiven Merkmale vgl. unten V.

⁴⁵ Wenn bereits Polizei vorhanden ist, deren Aufgabe darin besteht, vollendete Straftaten zu verfolgen, ist es nicht sonderlich kostenaufwendig, zusätzlich auch diejenigen

heit erhält, über die Versuchsbestrafung die obergrenzenbedingt drohe Abschreckungslücke zumindest teilweise zu schließen. Eine Versuchsbestrafung ist jedoch dann nicht mehr sinnvoll, wenn die Versuchsbestrafung erhebliche zusätzliche Kosten hervorruft und nicht mehr nur als kostengünstiges Beiprodukt der Verfolgung der vollendeten Delikte anfällt. Die Feststellung eines Versuchs kann nun gerade aufgrund der besonderen, häufig das Delikt erst konstituierenden Bedeutung des »Vorsatzes« nur unter verschiedenen teils erheblichen Kosten festgestellt werden⁴⁶. So ist die Feststellung des Vorsatzes mit erheblichen Fehlermöglichkeiten belastet, die auch durch gesteuerten Aufwand im Strafverfahren nicht gänzlich beseitigt werden können. Insofern besagt, daß das Merkmal des »Vorsatzes« infolge des mit ihm im Strafverfahren verbundenen Kostenaufwandes zu einer wichtigen Einschränkung der Versuchsstrafbarkeit führen muß. Eine Strafbarkeit des Versuchs ist somit nur noch bei einer andernfalls erheblichen Unterabschreckung sinnvoll. Die gesetzliche Begrenzung der Versuchsstrafbarkeit auf besonders schwerwiegende Delikte in § 23 Abs. 1 StGB erklärt sich somit nicht nur aus dem Wegfall der obergrenzenbedingten Unterabschreckung, sondern auch aus den relativ höheren zusätzlichen Kosten der Vorsatzermittlung.

Demgegenüber spricht für eine Entlastung des vollendeten Delikts von der gesamten Abschreckungsaufgabe, daß der Anreiz, in legaler⁴⁷ Weise eine Entdeckung der strafbaren Handlung zur Abwehr einer Verurteilung Ressourcen für Verteidigungsmaßnahmen aufzuwenden, eine steigende Funktion der Strafhöhe ist: Je höher die drohende Strafe, um so höher sind die Aufwendungen zu deren Abwehr. Wenn diese Kosten vom Täter getragen werden, sind diese bei fehlerfreier Wahrnehmung vor seiner Tat bereits in seiner Abschreckung. Muß jedoch die Strafverfolgungsbehörde und damit der Steuerzahler zumindest zum Teil diese Kosten tragen, oder zwingt sie durch von der hohen Strafdrohung hervorgerufene besonders aufwendige Verteidigung zu erheblichen zusätzlichen Ermittlungen, werden diese Kosten vom möglichen Täter bei seiner Tatentscheidung nicht berücksichtigt. Wenn durch den Anreiz zu extern finanzierten Abwehrinvestitionen des Beschuldigten dem *progressiv* mit der möglichen Strafhöhe anwachsen, wird durch eine Bestrafung des Versuchs und die dadurch ermöglichte Absenkung der Strafhöhe des vollendeten Delikts ein verringerter Ressourcenverbrauch im Strafverfahren ermöglicht. Eine Strafbarkeit des Versuchs kann somit erhebliche soziale Kosten dadurch einsparen, daß sie eine Senkung der im

zu ergreifen, die nur einen Versuch unternommen haben. Zumindest dürfte deutlich teurer sein, denselben Abschreckungseffekt lediglich über eine entscheidende Erhöhung der Aufklärungswahrscheinlichkeiten der vollendeten Delikte zu erzielen.

46 Wenn jemand dicht an einer Person vorbeischießt, kann dieser äußerlich zu beobachtender Vorgang ein Mordversuch, eine versuchte Körperverletzung oder unzulässiger Lärm sein. Erst durch die Ermittlung des Willens läßt sich feststellen, um was für eine Tat es sich handelte.

47 Die illegalen Investitionsanreize sollten durch das Prinzip der *Grenzabschreckung* verhindert sein. Sind sie es nicht, gilt das Gesagte auch für illegale Investitionen.

schluß an eine Entdeckung entstehenden Kosten durch die Möglichkeit ver-
ringerten Strafen für das vollendete Delikt ermöglicht⁴⁸.

IV. Versuchsstrafbarkeit und kostengünstige Strafartenwahl

Bereits G. S. Becker hat in seinem grundlegenden Artikel »Crime and Punishment« darauf hingewiesen, daß die einzelnen zur Verfügung stehenden Strafarten mit unterschiedlich hohen sozialen Kosten verbunden sind⁴⁹. Wie bereits dargelegt, sind insbesondere Geldstrafen ein sozial besonders kostengünstiges Bestrafungssystem, da sie weitgehend einen reinen Vermögens-transfer ohne Ressourcenverbrauch darstellen. Dem Verlust beim Täter steht der gleichhohe Gewinn des Staates gegenüber. Vor der Verhängung ressourcenfressender Freiheitsstrafen sollte daher die Abschreckung durch das Geldstrafensystem ausgeschöpft werden⁵⁰. Der Abschreckung mit Hilfe des Systems der Geldstrafen sind durch das beschränkte Vermögen des Täters jedoch häufig enge Grenzen gesteckt. Wird durch eine zusätzliche Bestrafung des Versuchs die Abschreckungsdrohung auf mehrere Tatbestände verteilt, kann die pro Tatbestand niedrigere Strafdrohung nun in höherem Maße durch die Geldstrafe geleistet werden. Die Strafbarkeit des Versuchs trägt über die durch sie ermöglichte Absenkung der Strafhöhe für das vollendete Delikt damit auch zu einer relativ stärkeren Verwendung der sozial besonders vorteilhaften Geldstrafe bei, da das Vermögen der Täter infolge der entsprechend abgesenkten Bestrafung mehrerer Handlungen häufiger hinreichend groß ist. Die sozial kostspieligeren Bestrafungsarten gelangen daher entsprechend seltener zur Anwendung. Geht man zudem noch davon aus, daß die Gesamtzahl der bestraften Täter größer ist, wenn nicht nur das vollendete Delikt, sondern auch der Versuch bestraft wird, steigt durch die größere Zahl der Täter auch das insgesamt bei diesen durch Geldstrafen einziehbare Vermögen und erhöht somit bei gleicher Abschreckung die Möglichkeit der Verlagerung der Abschreckungsdrohung auf das kostengünstigere Geldstrafensystem um ein weiteres.

Auch hier gilt, daß diese Vorteile einer Versuchsbestrafung auch bei der Verwendung der *abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* auftreten.

V. Gesinnungsstrafrecht

Will man somit nicht nur vollendete Delikte bestrafen, ergibt sich die Frage, wann die Strafbarkeit des Versuchs beginnen sollte. Zunächst könnte man auf die Idee verfallen, einen strafbaren Versuch bereits mit dem bloßen

⁴⁸ Es versteht sich, daß diese Vorteile auch mit der Verwendung der *abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* verbunden sind. Der vorliegende Aufsatz vermag somit auch den steigenden Umfang des Einsatzes von Gefährdungsdelikten verständlich zu machen.

⁴⁹ S. Fn. 21.

⁵⁰ S. Shavell, Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent (Fn. 21).

inneren Entschluß, die Tat begehen zu wollen, beginnen zu lassen. Gegen Bestrafung »krimineller Ideen« als Versuch spricht zunächst die Höflichkeit, daß bei der üblichen Natur der Menschen gnädigerweise die Wahrscheinlichkeit, daß ein krimineller Gedanke auch zu einer vollendeten Tat führen kann, klein ist, daß auch der von einem solchen Gedanken zu erwartende Schaden vernachlässigbar gering ist und daher von einer Bestrafung abgesehen werden kann. Wäre es allerdings möglich festzustellen, wer von den vielen Personen mit verbrecherischen Gedanken seine Tat dann auch in die Wirklichkeit umsetzt, könnte man eine Strafbarkeit verbrecherischer Gedanken der Personen für sinnvoll halten.

In der Jurisprudenz wird die Ablehnung eines Gesinnungsstrafrechts namentlich damit begründet, daß Gedanken keine Störung des Soziallebens darstellen und ihre Bestrafung schwerlich mit der Idee des Rechtsstaats vereinbar wäre⁵¹. Die Betonung des Willens in Form der Interpretation des Versuchs als »betätigter rechtsfeindlicher Wille« auf der einen Seite und die Unbeachtlichkeitserklärung auf der anderen in der herkömmlichen juristischen Argumentation ist jedoch nicht widerspruchsfrei und verlangt eine etwas eingehendere Untersuchung der Idee eines *Gedankenstrafs*.

Besonders tiefe Erkenntnisse verheißt das Studium altehrwürdiger Institutionen, haben diese doch den vielfältigsten Herausforderungen überstanden: in der Biologie ist es der Hai, der seit Hunderten von Jahren allen konkurrierenden evolutorischen Erfindungen zu überlegen war. In der Institutionenlehre sind es die »klerikalen Großunternehmen« wie etwa die katholische Kirche, die so vielen anderen menschlichen und politischen Organisationsformen ohne grundlegende Gefährdung des Systems standzuhalten vermochten. Zentral für die Macht dieser Organisation über ihre »Gläubigen« ist das diesen vermittelte Anreizsystem, das den angekündigten Belohnungen und Strafen nicht nur mit unendlicher Hingabe arbeitet, sondern auch mit einer Strafdrohung für *Gedankenverbrechen*. So ist für die Strenge der Sanktion grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob eine »Sünde« nur in »Gedanken« begangen wurde. Das klerikale System ist somit für viele Delikte Gesinnungsstrafrecht. Nun ist zwar das System der »Beichte« geeignet, auch geheime Gedanken der Gläubigen zum Gehör der Kleriker zu bringen. Dieses Informationsverfahren ist jedoch für die Wirkungsweise des Sanktionensystems nicht entscheidend. So wird ein noch so totalitärer Staat im Gegensatz zu Religionssystemen auf Sanktionen für Gedankenverbrechen verzichten müssen. Dies nicht deshalb, weil er die Natur des Menschen und seiner Gedanken nicht ernst nimmt, sondern weil die Formel in der Strafrechtswissenschaft lautet, diese »kein Ereignis sozialer Bedeutung seien«⁵². Der Zugriff derartiger Diktaturen auf Institutionen, die die Gedanken der Bürger beeinflussen, wie etwa Schulen, Universitäten, Presse, Film, Funk und Fernsehen, sowie die erzwungene

51 Eser (Fn. 3), Rdnr. 21; W. Sax, »Tatbestand« und Rechtsgutverletzung (II), JSt 1977, S. 429 ff. (432) m. w. N.

52 Eser (Fn. 3), Rdnr. 21 m. w. N.

liche Heuchelei zeigen vielmehr sehr deutlich, daß Gedankenbeeinflussung als entscheidendes Herrschaftsmittel angesehen wird. Der Grund, daß selbst totalitäre Staaten nicht auf ein Gedankenstrafrecht verfallen, besteht vielmehr darin, daß seine Herrscher keine Möglichkeiten sehen, in irgendeiner Form verläßlich den Inhalt von Gedanken feststellen zu können. Erhebliche Fehler bei der Feststellung der »strafbaren« Gedanken würden jedoch wiederum erhebliche Fehler in Form der Bestrafung Unschuldiger bedeuten, die auf Dauer auch keinem noch so totalitären Staat gleichgültig sein können. Darüber hinaus würde bei einem Gesinnungsstrafrecht infolge seiner großen Fehlermöglichkeiten das mit seiner Hilfe aufgerichtete Anreizsystem selbst erheblich geschädigt, da eine Bestrafung Unschuldiger den Abstand zwischen rechtstreuem und rechtswidrigem Verhalten verkleinert und damit die erwarteten Kosten für eine tatsächlich begangene Straftat senkt⁵³. Für einen freiheitlichen Rechtsstaat ist ein solches Verfahren ohnehin nicht vorstellbar, da hierdurch dem Staat und seiner Bürokratie einschließlich den Richtern eine unkontrollierte Macht über die Freiheitsrechte seiner Bürger eingeräumt würde. Gesinnungsstrafrecht im Bereich des Staates wäre mit dem Verlust der Freiheit, Sicherheit und Würde der Menschen verbunden. Für menschliche Institutionen kann daher eine Strafbarkeit von Gedankenverbrechen nicht in Frage kommen.

Klerikale Unternehmen verlassen sich jedoch bei der Schaffung ihrer Sanktionssysteme nicht nur auf mit menschlichen Methoden feststellbare Delikte, sondern führen über »Gott« zusätzlich noch eine alleswissende Gedankenpolizei ein. Der Täter weiß damit, daß er aufgrund der »Allwissenheit« des »Etre Suprême« bei der Beurteilung seiner Gedankenverbrechen einerseits keinem Fehlurteil in Form einer Verurteilung trotz seiner Unschuld unterliegen wird, er andererseits auch einer Bestrafung im Falle seiner Schuld nicht entkommen kann⁵⁴. Die Fehlerquellen, die die stets mit lediglich unvollkom-

53 Der Täter mag sich dann sagen, daß er die Tat deshalb begehen kann, weil er ohnehin und dann auch noch als Unschuldiger, das heißt ohne den mit der Straftat für ihn erzielbaren Nutzen erlangt zu haben, bestraft werden wird. Eine tatsächliche Begehung der Straftat erzeugt dann für ihn keine zusätzlichen Kosten mehr, wohl aber erlangt er die mit ihr erreichbaren Vorteile.

54 Das Merkmal »Allmächtigkeit« stellt den Strafvollzug sicher. In den mathematischen Modellen des Strafrechts sind somit für die klerikalen Strafsysteme die Ergreifens-, Verurteilungs- und Vollstreckungswahrscheinlichkeiten mit dem Extremwert von 100 Prozent anzusetzen. Infolge der »Ewigkeit« der Sanktion ohne Rehabilitationsmöglichkeit für bestimmte »Delikte« wäre – wie schon *Pascal* bemerkt hat – die Abschreckungswirkung infolge der unendlichen Strafhöhe ebenfalls unendlich, falls es eine von null verschiedene Wahrscheinlichkeit für die Existenz der angedrohten Strafe gäbe.

Das kirchliche Verbot von »Mischehen« (Ehepartner mit unterschiedlicher Religionszugehörigkeit) und die ausgeprägte Einflußnahme auf das Erziehungssystem haben daher das Ziel, über den Gebrauch der menschlichen Sozialisation bei den möglichen »Gläubigen« eine noch so kleine positive subjektive Wahrscheinlichkeit für die Welterklärung des klerikalen Systems zu erwecken, die nach dem verwendeten Anreizsystem dann jedoch hinreichend ist, den gewünschten Gehorsam und eine von der Logik der Anreize her unentrinnbare Mitgliedschaft zu begründen.

men informierten Menschen betriebenen Strafsysteme aufweisen, tr dem in vielen Religionssystemen verwendeten »allwissenden Richter auf. Es versteht sich, daß die klerikalen Unternehmen auf die große V keit der Straferstreckung auf Gedanken nicht verzichten wollen. Die men durchaus vertraute Figur des voll informierten Entscheidungstr der Gestalt des Richters strafend in die Gedankenwelt der Mensche verlängert zu haben, ist sicher eine der wichtigsten Ideen in den von len Unternehmen benutzten Anreizsystemen. Das Gesinnungsstraf daher ein wichtiger Teil einer gedanklich lückenlosen und beeindru Abschreckungsstrategie verschiedenster Religionssysteme gegen M lassen oder Abwanderung von »Gläubigen« zu anderen Anbietern r Dienstleistungen.

VI. Die Rechtfertigung einer höheren Bestrafung von Vorsatzta im Vergleich zu Fahrlässigkeitsdelikten

Gesetz und juristische Literatur⁵⁵ legen auf den Unterschied zwisch lässig und vorsätzlich begangenen Taten entscheidenden Wert. So b das Gesetz in § 15 StGB: »Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, we das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.« V es beispielsweise für das jeweilige im Straßenverkehr getötete Opf von Interesse zu sein scheint, ob es Opfer fahrlässigen Rasens oder v chen Tötens geworden ist, gibt es dennoch gute Gründe, eine mit Voi gangene Tat härter zu bestrafen als eine auf Fahrlässigkeit beruhend lung⁵⁶. Zwar ist es richtig, daß es auch einer finanziell geschädigten ziemlich gleichgültig sein kann, ob sie aufgrund der Inkompetenz it schäftspartners oder aufgrund vorsätzlichen Betruges ihr Geld verlo Die Höhe ihres Schadens wird hierdurch nicht berührt. Dennoch s Rechnung für Täter und Gesellschaft recht unterschiedlich aus, wenn d digung auf einer vom Täter vorgenommenen Täuschungshandlung c dessen fahrlässiger Unfähigkeit beruht. So kann eine zur Schadens dung notwendige Verbesserung der Kompetenz des Täters mit erhe Kosten für ihn und die Gesellschaft verbunden sein, während die Sc verhinderung durch eine Täuschung lediglich den einfachen Willenser des Entscheidenden erfordert, diese nicht zu begehen.

Besondere Kosten, von vorsätzlichen Betrügereien abzulassen, fa den Täter nicht an⁵⁷. Es genügt sein einfacher Entschluß. Die Gese

55 Zur Literatur vgl. statt vieler Jescheck (Fn. 2), § 29, S. 260 ff. mit ausführlich raturhinweisen.

56 Grundlegend M. R. Darby / E. Karni, Free Competition and the Optimal A Fraud, XVI Journal of Law and Economics, 1973, S. 67 ff. (83).

57 Dem Täter entgeht bei einem Absehen von der Tat der mit ihr erwartete Vor man sich darauf geeinigt, den Vorteil des Täters aus der Tat in der Wohlfahrt lung der Straftat nicht zu berücksichtigen, sondern statt dessen mit null anz hat der Täter beim Abstandnehmen von seiner Tat trotz entgangenen Gewin wohlfahrtstheoretisch begründeten Kosten.

insgesamt hat daher im Falle einer Aufgabe des Betrugsvorsatzes auf seiten des möglichen Täters den andernfalls mit dem Betrug verbundenen Verlust beim Opfer als Ersparnis zu verzeichnen. Im Gegensatz hierzu erfordert die Vermeidung desselben Schadens, der nun auf die Unfähigkeit des Täters zurückzuführen sein soll, erhebliche Investitionen in sein Wissen. Die Gesellschaft würde durch die Vermeidung dieser Schäden daher nur so lange einen Vorteil erzielen, als die hierdurch vermiedenen Schäden größer als die Ressourcenaufwendungen für die Humankapitalinvestitionen sind⁵⁸. Dies bedeutet jedoch, daß es sich durchaus lohnen kann, die Risiken und Kosten der aufwendigen Unterscheidung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Handlungen auf sich zu nehmen. Es ist nicht nur die Gefährlichkeit der Handlung, sondern auch der besonders geringe Aufwand beim Täter, ihre Gefährlichkeit zu senken, die die Bedeutung des Vorsatzes bei einer schädigenden Handlung ausmacht und seine erhöhte Abschreckung rechtfertigt.

Diese Ansicht von der besonderen Strafwürdigkeit *vorsätzlich* begangener Straftaten ermöglicht es auch zu begründen, aus welchem Grunde die Vorstandsmitglieder eines Automobilherstellers nicht bei jedem Wagen wegen Totschlags oder Mordes belangt werden können, obwohl sie genauestens wissen und in Kauf nehmen, daß beispielsweise pro 5 Millionen Kilometer mit ihrem sportlich motorisierten Auto ein Mensch getötet werden wird. Für das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Vorsatzes ist nicht das einfache Wissen und Inkaufnehmen entscheidend, sondern, ob das Management des Automobilherstellers die kostengerechtfertigten Vorbeugemaßnahmen⁵⁹ in das Auto eingebaut hat, um diese Tötungen zu verhindern. Sind sie diesen Sorgfaltspflichten nachgekommen, haben sie im juristischen Sinne auch keinen Tötungswillen, selbst wenn dieser tatsächlich vorhanden ist⁶⁰.

VII. Die Strafbarkeit des Versuchs und die Theorie rationalen Verhaltens unter Unsicherheit

Wenn Menschen einem unsicheren, aus mehreren möglichen Ausgängen zusammengesetzten Ereignis ausgesetzt sind, bestehen aufgrund zahlreicher empirischer Untersuchungen in der kognitiven Psychologie Zweifel daran, daß stets alle bisher in dieser Arbeit verwandten klassischen Axiome des rationalen Entscheidungsverhaltens unter Unsicherheit eingehalten werden.

58 M. R. Darby / E. Karni (Fn. 56). Zum Begriff des Humankapitals vgl. bereits G. S. Becker, Human Capital, 1962.

59 Vgl. zur Erörterung dieses Begriffs M. Adams, Ökonomische Analyse der Verschuldens- und Gefährdungshaftung, 1985, S. 36 ff.; S. Shavell, Economic Analysis of Accident Law, 1987.

60 In der juristischen Literatur wird vornehmlich die Ansicht vertreten, auch bei der Fahrlässigkeit sei Gegenstand des Schuldvorwurfs die »tadelnswerte Rechtsgesinnung des Täters«, Jescheck (Fn. 2), S. 511, § 54 I 4b. Eine Begründung, wieso bei gleichem Ergebnis (»Erfolg«) das innere Geschehen im Täter so entscheidend für seine Strafwürdigkeit beiträgt, während auf der anderen Seite ein Gesinnungsstrafrecht zu Recht als verfassungswidrig abgelehnt wird (vgl. Sax, Fn. 51), wird nicht gegeben.

So wurde in verschiedenen empirischen Untersuchungen eine sogenannte »Präferenzumkehr« beobachtet⁶¹: bei völlig gleichem Erwartungswert zie die Testpersonen diejenigen Spiele vor, bei denen sie mit hoher Wahrscheinlichkeit gewinnen, obwohl damit notwendigerweise eine niedrigere Gew auszahlung verbunden ist. Auf der anderen Seite sind sie nicht bereit, für von ihnen vorgezogene Spiel auch eine höhere Teilnahmegebühr zu zah Die Teilnehmer wagen zudem entgegen ihren in ihren Entscheidungen o barten Wünschen (»Präferenzen«) bei gleichem Erwartungswert einen h ren Spieleinsatz bei Spielen, in denen die Auszahlung sehr hoch ist, Gewinnwahrscheinlichkeit daher entsprechend niedrig sein muß. Empiri: Arbeiten legen nahe, daß diese Präferenzumkehrungen im wesentlic nicht auf einer Verletzung der jeder Theorie rationaler Entscheidung grunde liegenden Axiome der Unabhängigkeit und der Transitivität beru sondern darauf, daß die Menschen nicht in der Lage sind, durch die je v verwendeten Verfahren hindurchzuschauen auf die mit ihnen erzeugten gebnisse, sondern sich von den äußeren Ausgestaltungen der verwend Verfahren blenden lassen⁶².

*Tversky, Slovic und Kahneman*⁶³ vertreten nun die Ansicht, daß diese letzung der sogenannten »Verfahrensinvarianz« auf ein allgemeines Pri die sogenannte »Skalenkompatibilität« zurückgeführt werden kann. Dar wird irgendein Aspekt, etwa die Gewinnwahrscheinlichkeit oder die Aus lung, dann in seiner Bewertung durch den Entscheidenden subjektiv stärkt, wenn das Bewertungskriterium in derselben Skala ausgedrückt v So wird nach dieser Theorie der Verkaufspreis einer bestimmten Wette le lich aufgrund der Messung in Geld dann steigen, wenn die Auszahlung e falls in Geld erfolgt (Skalenkompatibilität). Wäre im Gegensatz hierzu selbe Person gefragt worden, welches Spiel sie bei gleichem Erwartungs vorziehen würde, wäre die skalenbedingte Überhöhung des Verkaufspre vermieden worden.

Da das Strafsystem auf den Täter mit monetären und nichtmonet Kosten einwirkt, sollte diese Verfahrensvarianz der Menschen zur Senk der Gesamtkosten des Strafsystems berücksichtigt werden. Darüber hin verlangt eine durch das Strafrecht vermittelte Drohung die richtige Wahr mung verschiedener kompliziert zusammengesetzter ungewisser Ereign Zur Verdichtung der Erwartungswerte sind intuitiv vom Täter bedingte W scheinlichkeiten zu berechnen und mehrstufige jeweils ungewisse Ereign (sogenannte »Lotterien«) in eine einzige Größe, »den tatsächlichen Preis seine Straftat«, zu verdichten. Hierzu sind die Wahrscheinlichkeits- und

61 A. Tversky / P. Slovic / D. Kahneman, The Causes of Preference Reversal, 80 (1) / rican Economic Review 1990, S. 204 ff.

62 Vgl. A. Tversky / S. Shmuel / P. Slovic, Contingent Weighting in Judgement Choice, 95 (3) Psychological Review, 1988, S. 371 ff.; A. Tversky / D. Kahneman tional Choice and the Framing of Decisions, 59 (4) The Journal of Business, S. 251 ff.

63 S. Fn. 61.

Strafhöhenverteilungen auf der Grundlage einer kleinen Zahl von Beobachtungen zu ermitteln, die zudem infolge der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der jeweiligen Täterpersönlichkeit mit einem großen Maß an zufallsbedingtem informationslosen »Rauschen« belastet sind.

Ob einem möglichen Täter dies stets gelingt und welche Bedeutung hierbei systematisch auftretende Fehler für die Strafbarkeit des Versuchs besitzen, soll nun kurz erörtert werden.

Die axiomatische Entscheidungstheorie nimmt nun unter der Bezeichnung »*Reduktionsaxiom*«⁶⁴ üblicherweise an, daß der Entscheidende intuitiv aus mehreren ungewissen Ereignissen nach den Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie gedanklich ein einziges zusammengesetztes Ereignis bildet, das von dem Entscheidenden bei Risikoneutralität im Falle eines gleichen Erwartungswertes auch gleich bewertet wird. Nach dieser Regel ist es einer Person somit gleichgültig, ob sie bei einem ersten Glücksspiel 100 DM in bar gewinnt oder ein Los zu einer weiteren Lotterie mit einem Erwartungswert von 100 DM, beispielsweise mit der Wahrscheinlichkeit von 10 Prozent, 1000 DM zu gewinnen. Die durch das Strafrecht und seine Durchsetzung vermittelten Anreize sind nun seitens der möglichen Täter aus mehreren komplexen unsicheren Ereignissen und ihren Eintrittswahrscheinlichkeiten, insbesondere den Entdeckungs-, Verurteilungs- und Strafhöhenwahrscheinlichkeitsverteilungen, zu ermitteln. Die Vorstellung, den betroffenen Personen gelänge stets ohne größere gedankliche Fehler diese Überführung in eine einfache zusammengesetzte Größe, erscheint nach den experimentellen Ergebnissen, die insbesondere Psychologen aus der kognitiven Psychologie unternommen haben, eine mehr oder minder fragliche Annahme⁶⁵. So wird von Strafrechtspraktikern aus ihrer Lebenserfahrung heraus – in nicht genau definierter oder empirisch untermauerten Weise – behauptet, daß die vom Täter wahrgenommene Entdeckungswahrscheinlichkeit eine erheblich größere Abschreckungswirkung entfalte als ein mathematisch entsprechender Anstieg der Strafhöhe. Wenn diese Ansicht richtig sein sollte, könnte sie auf einer Verletzung des *Reduktionsaxioms* beruhen, indem an irgendeiner Stelle die *Wahrnehmung* der Strafhöhe einer systematischen Unterbewertung verfällt⁶⁶. Ist dies der Fall, würde dies zusätzliche kostspielige Erhöhungen der Aufklärungswahrscheinlichkeiten erforderlich machen.

Eine Bestrafung des Versuchs kann – ebenso wie die Einführung von Gefährdungsdelikten – nun eine mögliche Verletzung des Reduktionsaxioms da-

64 R. D. Luce / H. Raiffa, *Games and Decisions*, 1967, S. 26 f.

65 A. Tversky / P. Slovic / D. Kahneman (Fn. 61.).

66 Eine andere Möglichkeit für die Begründung dieser Ansicht der Strafrechtspraktiker könnte darin liegen, daß die möglichen Täter die Straferhöhung in ihren Präferenzen *nichtlinear* verarbeiten. Eine Verdoppelung der Strafdauer würde dann von den möglichen Tätern beispielsweise nur mit einem 60prozentigen Aufschlag bewertet und hätte daher dann nur eine verminderte Abschreckungswirkung. Aus welchem Grund ein Täter eine solch nichtlineare Verarbeitung der Strafdrohung aufweisen könnte, erscheint schwierig zu beantworten und bedürfte theoretischer und empirischer Erforschung.

durch heilen helfen, daß sie die von dem möglichen Straftäter zu leistende Reduktion bei der Abschätzung der erwarteten Strafe dadurch vermindert, die geistige Zusammenfassung der mehrstufigen Lotterie der Abschreckung im Falle einer ausschließlichen Bestrafung des vollendeten Delikts durch eine mehrfache *tatsächliche* Bestrafung verringert wird. Anstelle einer großen Strafe im Falle der Vollendung, die nur vergleichsweise zu einer kleineren Strafe im Falle des Versuchs, der Vollendung und zuweilen zu zusätzlicher Gefährdungsdelikte vermehrt wird, treten für dasselbe Delikt eine größere Anzahl kleinerer Strafen, die das Lern- und Reduktionsproblem des Täters und seine möglichen Irrtümer entschärfen und dem Täter eine zutreffendere Abschätzung der ihm drohenden Sanktion erlauben. Die Aufspaltung der Abschreckung in die Bestrafung des Versuchs, der Vollendung und zuweilen zu zusätzlicher Gefährdungsdelikte vermeidet somit insbesondere die Konsequenzen zusätzlicher Straftaten, die auf Wahrnehmungsfehler der Täter zurückzuführen wären, und stellt somit eine weitere Begründung für eine Verurteilung unabhängig von einer obergrenzenbedingten Abschreckungslösung dar.

Die Verwendung des allgemeinen ökonomischen Modells der rationalen Entscheidung ist nicht nur durch das Reduktionsproblem belastet, sondern auch von den Fehlermöglichkeiten der sogenannten »Verfahrensvarianten« beeinflusst. Dies bedeutet, daß die Entscheidenden sich von den Darstellungs- und Verfahrensweisen beeinflussen lassen, obwohl das Ergebnis der Verfahrenswahl nicht rechtfertigt. So werden unterschiedliche Verhaltensweisen beobachtet, wenn das völlig unveränderte Ergebnis einer Entscheidung mal als »Gewinn«, mal als »vermiedener Verlust« in einer Darstellung erscheint. Etwa vertreten die Entscheidenden andere Lösungen bei der Frage, ob ein Mensch eingesetzt werden soll, wenn die völlig gleiche Wirkung mal als »Überlebenswahrscheinlichkeit« oder mal als »Todesrate« ausgedrückt wird, obwohl beide leicht als ihre jeweiligen Komplemente erkennbar sind⁶⁷. Bei einer genaueren Einzeluntersuchung von Straftatbeständen sollte daher die Problematik der von Tversky und anderen⁶⁸ nachgewiesenen Skalenkompatibilitätsproblematik Eingang in die Modellierung ihrer Abschreckungswirkungen finden. So erzielt der Täter bei bestimmten Straftaten ausschließlich monetäre Vorteile, während die Strafe aus monetären und nichtmonetären Nachteilen zusammengesetzt ist. Will man die Wirkung der einzelnen Strafsanktionen auf die Abschreckungswirkung richtig erfassen, muß sichergestellt werden, daß die vom Täter zu leistende Umrechnung der monetären und nichtmonetären Sanktionen einschließlich seiner verfahrensvarianzbedingten Fehlerstandards wurde. Ein solches Verständnis eröffnet dann vielleicht die Möglichkeit, eine übertreibende Empfänglichkeit des Täters aufgrund der »Verfahrensvarianz« zur Erhöhung der Abschreckungswirkung auszunutzen. Durch könnte dieselbe Abschreckungswirkung bei einer gleichzeitigen Aufhebung der tatsächlich auferlegten und mit Ressourcenverbrauch verbundenen

67 A. Tversky / D. Kahneman, Rational Choice and the Framing of Decisions, 59 (Journal of Business, 1986, S. 251 ff.

68 A. Tversky / P. Slovic / D. Kahneman (Fn. 61).

Straftaten ermöglicht werden⁶⁹. Insbesondere die Dauer eines Führerscheinentzuges könnte bei der Berechnung der ihm drohenden Sanktionshöhe vom möglichen Täter fehlerhaft als besonders hohe Strafe wahrgenommen werden, während die tatsächlichen (sozialen) Kosten eines Führerscheinentzuges, insbesondere im Vergleich zur Freiheitsstrafe, als recht niedrig anzusehen wären. So kann *Wahrnehmung* kostspielige *Wirklichkeit* ersetzen.

F. Strafen und Maßregeln als Verunmöglichung von strafbaren Handlungen

Neben der Fähigkeit der Abschreckung kann eine Strafe oder Maßregel⁷⁰ auch dazu dienen, dem Täter die Tat *tatsächlich unmöglich* zu machen. Der Freiheitsstrafe⁷¹ kommt für viele Delikte eine solche Wirkung der tatsächlichen Verunmöglichung zu, da sie den Täter aus der Bevölkerung entfernt und diese in dieser Zeit vor der Begehung von Straftaten schützt, die nur in Freiheit begangen werden können, während Geldstrafen den Täter nicht aus dem Verkehr ziehen und daher nur der Abschreckung zu dienen vermögen. Da unter Strafrechtspraktikern vielfach Skepsis über die Abschreckungswirkung des Strafsystems herrscht, sei hier in aller Kürze und sehr vereinfacht auf die grundsätzliche Logik und die optimalen Kriterien eines *ausschließlich* auf tatsächliche Verunmöglichung zielenden Freiheitsentziehungssystem eingegangen⁷².

Zur Abgrenzung von der Abschreckungswirkung der Gefängnisstrafe sei nun angenommen, daß sich eine Person nicht im geringsten von der Strafdrohung beeinflussen läßt. Anders als im Falle der Abschreckungsanalyse wird der Täter somit die Tat *völlig unabhängig* von einer möglichen Strafdrohung begehen oder sie unterlassen. Darüber hinaus sei zunächst angenommen, daß seine Gefährlichkeit, d. h. der von ihm im Falle seiner Freiheit angerichtete Schaden, in jeder Periode seines Lebens zunächst gleich hoch sei. Es kann nun gezeigt werden, daß es in einem solchen Fall optimal ist, eine Person

69 Obwohl die ökonomische Theorie eine Ausschöpfung der Geldstrafe vor einer Freiheitsentziehung verlangt, ist die völlige Vermögenseinziehung unter Verzicht auf eine Freiheitsstrafe selten. Ein Grund für diese Praxis könnte die Ausnutzung von Verfahrensvarianzen des Täters sein, der eine Freiheitsstrafe als übertrieben bedrohlich wahrnimmt.

70 Auch wenn die Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht als Abschreckung gedacht sind, haben sie eine solche Wirkung, wenn sie von den betroffenen Personen in ihren Entscheidungen berücksichtigt werden.

71 Im Hinblick auf die tatsächliche Verunmöglichung haben die Freiheitsstrafe und die Maßregeln mit Freiheitsentziehung weitgehend die gleiche Wirkung und sollen daher hier synonym verwendet werden, vgl. zu den Maßregeln mit Freiheitsentziehung im einzelnen Jescheck (Fn. 2), § 77, S. 724 ff.

72 Vgl. hierzu S. Shavell, A Model of Optimal Incapacitation, 77 (2) American Economic Review, Papers and Proceedings, 1987, S. 107 ff. Mancher, der der Abschreckungswirkung des Strafsystems skeptisch gegenübersteht, wird aus der zum Teil zu unschönen Ergebnissen führenden Logik eines nicht auf Abschreckung ausgerichteten Systems von Strafen und Maßregeln lernen, daß er implizit doch mehr an Abschreckung glaubt, als ihm bewußt war.

dann einzusperren, wenn der von ihr pro Periode angerichtete Schaden bestimmte Höhe überschreitet, die sich aus den sozialen Kosten der Gefängnisstrafe ergibt⁷³. Unter dem Gesichtspunkt der Schadensverunmöglichung sollte die Freiheitsentziehung, wenn sie denn verhängt wird, lebenslang da angenommen wurde, daß die Gefährlichkeit im Laufe des Lebens nicht sinkt. Nimmt die Gefährlichkeit der annahmegemäß nicht abschreckt Täter mit zunehmendem Alter ab, sollten sie ebenso wie zuvor bei Überschreiten der genannten Schadenshöhe ihrer Taten mit Freiheitsentzug bestraft werden, jedoch nur so lange, bis ihre Gefährlichkeit im Laufe der Zeit unter die sozialen Kosten des Freiheitsentzuges abgesunken ist. Niemand an, daß ihre Gefährlichkeit im Verlauf der im Gefängnis verbrachten Zeit aufgrund von Rehabilitationsmaßnahmen abnimmt, ist es optimal, Personen bei einem geringeren Schwellenwert ihrer Gefährlichkeit einzusperren, da nun das Gefängnis sozial geringere Kosten aufweist, und sie daher entlassen, wenn ihre Gefährlichkeit unter die Kosten der Freiheitsentziehung abgesunken ist⁷⁴.

Diese wenigen Bemerkungen zur Verunmöglichung von Delikten (Freiheitsentziehung) sollen auf mehrere wichtige Unterschiede für die optimale Größe von Sanktionen und Maßnahmen hinweisen, die sich ergeben, wenn bloße Verunmöglichung statt Abschreckung das Ziel ist. Wenn Abschreckung das Ziel ist, ist die optimale Strafhöhe um so höher, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, den Täter zu ergreifen. Wenn jedoch die Verunmöglichung das Ziel ist, ist die optimale Sanktion unabhängig von der Anrechnungswahrscheinlichkeit. Wenn Abschreckung gewollt ist, steigt die optimale Strafhöhe kontinuierlich mit dem Anstieg des erwarteten Schadens, während bei dem Ziel der Verunmöglichung die Sanktion diskontinuierlich von einem festen Wert (z.B.: »lebenslang«) springt, wenn ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird. Ist Abschreckung beabsichtigt, hängt die optimale Höhe der Sanktion von der Abschreckbarkeit ab. Wenn etwa die Abschreckbarkeit einer Person sehr gering ist, wie vielleicht bei Verbrechen aus Leidenschaft, ist eine geringe Gefängnisstrafe sinnvoll, da hierdurch die Kosten dieser Strafe eingespart werden können, deren Ertrag infolge der geringen Abschreckbarkeit des Täters ohnehin gering ist. Ist die Verunmöglichung solcher Taten das Ziel, kann bei einer Neigung zu Verbrechen aus Leidenschaft eine (lebens-)lange Freiheitsentziehung sinnvoll sein.

Auch vom Standpunkt der Verunmöglichung gibt es Grund, den Versuch einer Straftat mit einer Freiheitsentziehung zu beantworten. Wenn eine Person einen Versuch begeht, enthüllt sie möglicherweise damit auch etwas über ihre Neigung, auch in Zukunft solche Taten zu begehen, und damit über die Notwendigkeit, ihr im Falle des Überschreitens des kritischen Schw

73 Die sozialen Kosten der Freiheitsentziehung bestehen in dem Unglück (Nutzwertverlust) und dem (Netto-)Einkommensverlust der eingesperrten Person sowie dem Betrieb der Anstalten notwendigen Ressourcenverbrauch.

74 Für die Darstellung des Modells und die Beweise im einzelnen vgl. S. 1 (Fn. 72).

wertes die Freiheit zu entziehen. Die Theorie der optimalen Verunmöglichung besagt nun nicht, daß ein solcher Versuch geringer geahndet werden sollte als ein vollendetes Delikt, wenn die zukünftige Gefährlichkeit einer Person, die nur einen Versuch unternommen hat, höher ist als diejenige einer Person, die ein vollendetes Delikt begangen hat. Der Grund hierfür besteht darin, daß die optimale Sanktion bei fehlender Abschreckbarkeit und angestrebter Verunmöglichung diskontinuierlich mit der zukünftigen Gefährlichkeit einer Person ansteigt. Die richtige Länge der Freiheitsentziehung ergibt sich in einem solchen Fall als Antwort auf die Frage, wann eine Person in Freiheit keine hinreichend große Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellt⁷⁵. Diese Gefährlichkeit ist nicht notwendigerweise mit der tatsächlichen Schadenshöhe des versuchten oder vollendeten Delikts verknüpft. Obwohl somit das Ziel der Verunmöglichung ebenso wie das der Abschreckung einen Grund für die Sanktionswürdigkeit von Versuchen abgibt, liefert sie keinen Grund für eine geringere Sanktion von Versuchen gegenüber vollendeten Delikten.

Von *Kaiser*⁷⁶ werden die dargelegten ökonomischen Theorien mit folgenden Worten kritisiert: »Die ökonomische Abschreckungshypothese scheint auf der hedonistischen Vermutung zu beruhen, wonach die Menschen ihr Verhalten durch die Kalkulation nach Lust und Schmerz bestimmen. Danach sind alle Menschen Geschäftsleute. Auch der potentielle Kriminelle beurteilt seine Möglichkeiten innerhalb der Grenzen der ihm verfügbaren Informationen und wählt jene Handlung, die seinen Nutzen am stärksten vergrößert. Die Grundaussage der Allgemeinabschreckung wird denn auch ökonomisch formuliert wie z. B. »den Preis für das Verbrechen bezahlen«. Dies mag der Grund dafür sein, daß heutzutage hauptsächlich Ökonomen eine Strömung unterstützen, die zeigen soll, daß die hohe Verbrechensrate einer Politik entstammt, die Verbrechen zu »billig macht«.

Kaiser übersieht hierbei, daß die ökonomische Theorie nicht nur aus einer allgemeinen Theorie der Anreize besteht, die, um Sinn zu machen, als Grundlage ihrer Analyse annehmen muß, daß die Menschen in einem bestimmten Umfang Anreize wahrnehmen und in gewisser Weise auf sie antworten. Der vorangegangene Abschnitt und seine Literaturangaben zeigen vielmehr, daß sich die ökonomische Theorie auch mit denjenigen Fällen befaßt, in denen die Menschen die vom Strafrecht ausgehenden Anreize nicht oder nur verzerrt wahrnehmen oder auf diese überhaupt nicht reagieren. Daß Menschen ihre Entscheidungen von ihren frei gewählten oder ihnen beispielsweise im Wege der Sozialisation vermittelten Wünschen und Abneigungen abhängig machen, ist eine in ihren Vorzügen und Schwächen in den Wirtschaftswissenschaften weidlich erörterte Theorie, die sich in der Erklärung und praktischen Steuerung menschlichen Verhaltens außergewöhnlich gut bewährt und

⁷⁵ Vgl. für die Bedeutung der zukünftigen Gefährlichkeit des Täters für die Dauer der Maßregeln mit Freiheitsentziehung im einzelnen *Jescheck* (Fn. 2), § 77 VII, S. 739 ff.

⁷⁶ G. *Kaiser*, *Kriminologie: Eine Einführung in die Grundlagen*, 1989, S. 87.

konkurrierende Hypothesen auch in anderen Wissenschaftsgebieten auf Felde geschlagen hat⁷⁷. Die ökonomische Theorie ist eine Theorie des scheidungsverhaltens aller Menschen und keine Theorie der »Geschäftsleute« – was immer das heißen soll⁷⁸. *Kaiser* kritisiert insoweit ein selbst geworfenes Zerrbild dieser Theorie.

77 Vgl. hierzu grundlegend R. D. Luce / H. Raiffa (Fn. 64); G. S. Becker, Irrational Behavior and Economic Theory, *Journal of Political Economy* 1962, S. 1 ff. Eine kurze allgemeine Darstellung der Grundlagen der ökonomischen Theorie des Rechts findet sich bei M. Adams, Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft?, *Recht und Wirtschaft* Heft 7, 1984, S. 337 ff.

Viele der von *Kaiser* (Fn. 76) erörterten soziologischen Kriminalitätstheorien betreffen lediglich Spezialfälle bekannter ökonomischer Theorien; vgl. hierzu K. D. O'Leary, Economics of Crime and the Sociology of Deviant Behaviour – A Theoretical Critique, *Journal of Law and Economics* 1989, S. 405 ff.

78 Wenn *Kaiser* (Fn. 76) mit dem Satz »Danach sind alle Menschen Geschäftsleute« meint, daß Geschäftsleute etwa aufgrund ihrer Erfahrung und des auf sie ausgeübten Wettbewerbsdruckes besonders gut Anreize wahrnehmen und auf sie entsprechend stark oder widerspruchsfrei antworten, mag dies zutreffen. Damit ist nicht dargetan, daß andere Menschen gegenüber diesen Anreizen völlig blind sind. Lediglich ihre Antwort auf die auf sie ausgeübten Anreize ist zuweilen schwächer. Es handelt sich insoweit nicht um ein grundsätzliches qualitatives Problem, sondern eine quantitative Frage. Wenn *Kaiser* mit seinen Ausführungen sagen will, Geschäftsleute seien Menschen, die sich im wesentlichen durch monetäre Anreize steuern lassen, übersieht er die großen Fehlentscheidungen, die beispielsweise ein vornehmlich auf Gewinn ausgerichtetes Management gerade aus den nichtmonetären Gründen des Strebens nach Macht und des allgemeinen Wichtigtuns unternimmt. Der Aufbau großer unprivatisierter Mischkonzerne ist zum Teil vor diesem Hintergrund zu erklären, vgl. hierzu M. Adams, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Erscheinungen auf dem Markt für Unternehmenskontrolle, *AG* 1990 S. 63 ff. Eine ökonomische Theorie, die ein solches auf nichtmonetäre Ziele ausgerichtetes Verhalten von Menschen nicht in ihren Analysen berücksichtigt, wäre wenig wirklichkeitsnah und existiert jedoch weitgehend so nur in den Augen mancher Kritiker.