

Schmidtchen, Dieter

**Working Paper**

## Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral

CSLE Discussion Paper, No. 2002-14

**Provided in Cooperation with:**

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

*Suggested Citation:* Schmidtchen, Dieter (2002) : Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral, CSLE Discussion Paper, No. 2002-14, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23128>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

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

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

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

**Terms of use:**

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

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

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

# Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral

VON

DIETER SCHMIDTCHEN\*

## A. Einleitung

Inwieweit kommt dem Strafrecht ein Eigengewicht im staatlichen Sanktionensystem zu? Diese Frage steht im Mittelpunkt dieses Beitrags. Im Kern geht es dabei um die wechselseitige Beziehung zwischen Strafrecht und Zivilrecht, die paradigmatisch durch die Stichworte „Strafe und Schadenersatz“ oder "Kriminaltat und unerlaubte Handlung" umschrieben werden kann. Strafe und Schadenersatz sind Sanktionen, die grundsätzlich dasselbe Ziel verfolgen, nämlich Menschen davon abzuhalten, anderen Schaden zuzufügen. Beide Sanktionen tun dies, indem sie schädigende Handlungen für den Schädiger/Täter kostspielig machen. Wenn zwei Typen von Rechtsregeln letztlich denselben Zweck verfolgen, ergibt sich zwangsläufig die Frage (siehe auch Friedman 2000: 281), ob wir diese Doppelgleisigkeit benötigen, weil jeder Ansatz spezifische Vorteile bezüglich separater Teilmengen von schädigenden Handlungen aufweist. Könnte man sich nicht auch ein funktionierendes Rechtssystem vorstellen, in dem alle rechtserheblich schädigenden Handlungen entweder als unerlaubte Handlungen oder als kriminelle Handlungen betrachtet werden? Wenn man gute Gründe für diese Doppelgleisigkeit finden würde, ergäbe sich sofort die zweite Frage: Welches ist das Kriterium zur Klassifizierung von Taten als unerlaubte oder als kriminelle Handlung? Warum werden z. B. Autounfälle eher in die Kategorie unerlaubte Handlung eingeordnet und Diebstahl in die krimineller Taten? Was die erste Frage anlangt, so wissen wir z. B., daß Island ein mehr als drei Jahrhunderte lang funktionierendes Rechtssystem besaß, in dem alle schädigenden Handlungen als unerlaubte Handlungen betrachtet wurden. Wie Jung (2002: 8) betont, „belegt die rechtshistorische Forschung, daß sich ein eigenes Konzept der Strafe erst allmählich herausgebildet hat“, und er fügt hinzu: "Jenseits allen (verfehlten) historischen Kontinuitätsdenkens bestärkt uns die derzeitige Wiedergutmachungsdebatte in der Annahme, daß das klassische

---

\* Lehrstuhl für Nationalökonomie, insbes. Wirtschaftspolitik, Managerial Economics, Universität des Saarlandes, Gebäude 31, Postfach 151 150, 66041 Saarbrücken, Telefon 0681-302-2132, Telefax 0682-302-3591, email: [csle@rz.uni-sb.de](mailto:csle@rz.uni-sb.de)

Ich danke meinem Mitarbeiter Ass. iur. André Knoerchen LL.M. für wertvolle Hinweise.

Reaktionsmuster auf strafbares Unrecht, sprich die Strafe im herkömmlichen Sinne, in vielen Fällen keine Antwort darstellt“ (Jung 2002:8). Sollten wir das Strafrecht abschaffen – oder zumindest Modifikationen sowohl an ihm wie am Haftungsrecht vornehmen? Wir beobachten in der Tat solche Modifikationen. In beiden Rechtsgebieten kommt es seit einiger Zeit zu Grenzüberschreitungen: Im Strafrecht gewinnt der Wiedergutmachungsgedanke an Bedeutung, der dem zivilrechtlichen Schadenersatz ähnelt; und im Zivilrecht sei an die Kontroverse um dessen „punitiv Aufrüstung“ (Jung) erinnert, die mit dem Begriff „punitiv damages“ verbunden ist.<sup>1</sup>

Heike Jung hat sich in seinem Essay „Was ist Strafe?“ mit dem Verhältnis von Strafrecht und Zivilrecht ausführlich beschäftigt.<sup>2</sup> Seine Ausführungen seien zum Anlaß genommen, aus Sicht der Ökonomie zum Wechselspiel zwischen Strafrecht und Zivilrecht Stellung zu nehmen. Der Anreiz dies zu tun, wurde nicht unerheblich dadurch verstärkt, daß Heike Jung – wie noch zu zeigen sein wird – in seinem Essay einer Position zuzuneigen scheint, die dem Ökonomen durchaus sympathisch ist. So schreibt er: "Strafe, so meine Vorstellung, erschließt sich uns nur, wenn man sich – in Ergänzung zu dem traditionellen Repertoire – auf eine wirkungsorientierte Betrachtung einläßt. D. h. wir müssen bereit sein, die Auswirkungen einer Reaktion auf die Adressaten zu bedenken" (Jung 2002: 15). In diesem Sinne betrachtet er in seinem Essay Strafe und Schadenersatz in ihrer (gemeinsamen) Steuerungsfunktion – an anderer Stelle spricht er vom "gemeinsamen Fluchtpunkt von Strafe und Schadenersatz im Beitrag des Rechts zur Konfliktvermeidung und Konfliktregelung" (Jung 2002: 25). Er kommt zu dem Schluß: "In die kriminalpolitische Begriffswelt transponiert sind Strafe und Schadenersatz unter dem Dach der Prävention vereint" (Jung 2002: 25). Wenn dem aber so ist, dann hängt die "Legitimation" des Strafrechts (und spiegelbildlich auch die des zivilrechtlichen Deliktsrechts) allein von seiner relativen Präventionskraft ab.<sup>3</sup> Damit wird auch einem modernen Verständnis von Strafe Rechnung getragen, wie es in Wadles Worten zum Ausdruck kommt: "... das Urteil richtet sich gegen den Täter und seine Tat. Ohne diesen Bezug auf die Person ist Strafe im modernen Sinne kaum vorstellbar. Unrechtsfolgen, die sich nicht in diesem personalen Sinne interpretieren lassen, sollte man deshalb nicht Strafe nennen" (Wadle 1996: 253f. zit. nach Jung 2002: 15). Wir werden allerdings sehen, daß sich damit nicht not-

---

<sup>1</sup> Jung liefert eine Fülle von Belegen für die Tendenz zur Annäherung oder wechselseitigen Durchdringung von Zivilrecht und Strafrecht (siehe Jung 2002: 25 ff.).

<sup>2</sup> Allerdings ist die Frage "Was ist Strafe"? in gewissem Sinne irreführend, wie Jung selbst bemerkt: "Im Grunde genommen ist mir gar nicht um eine Begriffsbestimmung im herkömmlichen Sinne zu tun. Eher geht es mir darum, einen Beitrag zum heutigen Verständnis von 'Strafe und Sanktion' im System sozialer Kontrolle zu leisten" (Jung 2002: 11).

<sup>3</sup> Eine Sonderstellung des Strafrechts mit Verweis auf eine Wesensverschiedenheit der Strafe im Vergleich Schadenersatz begründen zu wollen, verbietet sich dann von selbst.

wendigerweise die Zielrichtung der strafenden Reaktion "weg von der Störung der Ordnung hin zum Störer" (Jung 2002: 15) verschiebt, wie Jung anzunehmen scheint. Neben der Verhaltenssteuerung durch Abschreckung, Stigmatisierung und „moral condemnation“ benötigen wir das Strafrecht zum Schutz der Zivilrechtsordnung.

Dieser Beitrag behandelt die Frage "Wozu Strafrecht?" aus ökonomischer Sicht. Damit gewinnt man lediglich „one view of the cathedral“, wie Calabresi/Melamed (1972) sagen würden, und zwar einen anderen als aus rein juristischer Perspektive.<sup>4</sup> Um die Kathedrale zu verstehen, muß man alle Bilder zusammen nehmen. Wir werden dabei nicht auf die Feinheiten strafrechtlicher Dogmatik aus ökonomischer Sicht eingehen (siehe dazu Posner 1985; Shavell 1985; Schmidtchen 1999; Friedman 2000). Die Bedeutung dieser Feinheiten soll nicht verneint werden, aber ein Versuch, diese zu behandeln, kann die Beantwortung der grundsätzlichen Frage "Wozu Strafrecht?" erschweren. Außerdem sind diese dogmatischen Feinheiten nur für den bedeutsam, der von der Notwendigkeit eines Strafrechts überzeugt ist – eine Frage, um die es hier aber gerade geht.

Die ökonomische Analyse des Strafrechts beschäftigt sich mit vier Fragen: Wie kann das Begehen von Straftaten als (rationales) Wahlverhalten rekonstruiert werden? Welches ist die unter Präventionsgesichtspunkten erforderliche Höhe der Strafe? Welches ist die effiziente Strafform? Wieviel Ressourcen sollte eine Gesellschaft für die Erzwingung der Normen des Strafrechts aufwenden? Dabei wird die Zuordnung von gewissen Aspekten einer Handlung oder einer Kategorie von Handlungen zur Klasse der Straftaten, d. h. die Kriminalisierung von Handlungen, als der Analyse vorgegeben betrachtet. Das ist in diesem Beitrag anders. Er versucht, eine rationale Theorie der Kriminalisierung zu liefern: Es sollen Begründungen herausgearbeitet werden, die als rationale Antwort auf die Frage gelten können, wann und warum man Handlungen kriminalisieren sollte. Obgleich sich die Herausarbeitung solcher Begründungen der ökonomischen Methode bedient, können sie doch ein Licht auf das Strafrecht werfen, das auch dem Strafrechtler neue Einsichten liefert. Heike Jung steht einem solchen Import durchaus aufgeschlossen gegenüber, wie man seiner Einschätzung der neueren Institutionenökonomik entnehmen kann, die er als "eine Forschungsrichtung (bezeichnet), die uns überhaupt, wenn man ihre formelhafte Symbolsprache einmal hinter sich gelassen hat, durchaus weiterführende Orientierungshilfe zu geben vermag" (Jung 2002: 9).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Der Untertitel dieses Artikels stand Pate bei der Wahl des Untertitels dieses Beitrags. Es gibt verschiedene Ansichten des Strafrechts, so wie es verschiedene Ansichten der Kathedrale von Rouen gibt, die Monet in zahlreichen Bildern festgehalten hat.

<sup>5</sup> Für diese Einschätzung ist der Ökonom dankbar, wengleich er darauf verweisen würde, daß die "formelhafte Symbolsprache" – überlegt eingesetzt – häufig gerade die Voraussetzung dafür ist, die Erkenntnisse zu gewinnen, die dann die Orientierungshilfe liefern können.

Dieser Beitrag ist wie folgt aufgebaut: In Kapitel II wird Heike Jungs Position zum Thema dargestellt. In den folgenden Kapiteln werden mögliche Begründungen einer rationalen Kriminalisierung von Handlungen untersucht. Den Analyserahmen für eine erste Gruppe von Begründungen (Kapitel III) liefern die drei von Calabresi/Melamed vorgeschlagenen Schutzregeln von Rechtsinhaberschaften ("property rule", "liability rule", „inalienability rule"). Rechtsinhaber ist, wer das Nutzungsrecht besitzt. Die „property rule“ besagt, daß ein Dritter die Nutzung einer Ressource nur durch Zustimmung des Rechtsinhabers erhält. Die „liability rule“ erlaubt eine Nutzung auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers, aber der Nutzer muss einen durch Dritte festgelegten Schadenersatz leisten. Die „inalienability rule“ verbietet generell die Nutzung der Ressource durch andere als den Rechtsinhaber. Die genannten Schutzregeln gehören zum Zivilrecht. Dem Strafrecht kommt die Aufgabe zu, die Einhaltung dieser Schutzregeln zu gewährleisten. Im einzelnen geht es dabei um die Verhinderung der Transformation von "property rules" in "liability rules", die Verhinderung der Umgehung des Marktes und den Schutz der Transaktionsstruktur einer Gesellschaft. In Kapitel IV wird das Strafrecht als ultima ratio bei Versagen des Schadensrechts betrachtet. Kapitel V befaßt sich mit Stigmatisierung und "moral condemnation". Kapitel VI beschließt den Beitrag mit der Frage, ob wir beides brauchen – Strafrecht und Schadensrecht.

## **B. Strafe und Schadenersatz**

Strafrechtliche Reflektionen müssen nach Jung ihren Ausgangspunkt bei der Strafe nehmen. Er folgt hier Wadle, der aus rechtshistorischer Sicht feststellt: "Die legitimierte Sanktion ist der eigentliche Sitz des Strafrechts; die Verknüpfung der Strafe mit dem Handeln eines Menschen ist sein Kern" (Wadle 1996: 229, 233). Allerdings kann Strafe nach Ansicht Jungs als Ausgangspunkt strafrechtlicher Reflektionen nur unter der Voraussetzung dienen, "daß diese ... einer selbständigen Definition fähig ist" (Jung 2000: 7). Dahinter steht offensichtlich die Idee, daß ohne eine selbständige Definition der Strafe, d. h. eine Wesensverschiedenheit gegenüber anderen Sanktionen, das Fundament für eine selbst(eigen)ständige Strafrechtswissenschaft wegbräche. Das sei zugestanden. Allerdings muß sogleich hinzugefügt werden, daß eine selbständige Definition des Begriffs Strafe noch keine Antwort auf die Frage liefert, ob und inwieweit die Strafe im System sozialer Kontrolle benötigt wird. Wenn sich herausstellen sollte, daß Schadenersatz (eventuell ergänzt durch "punitive damages") die Aufgabe der Verhaltenssteuerung in gleichem Maße löst wie die Strafe, dann wäre unter den Gesichtspunkten

Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit die Strafe mit dem Schadenersatz zu vertauschen. Denn nach dem Übermaßverbot darf der Gesetzgeber in die Freiheit der Bürger nur eingreifen, wenn seine Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist, in analoger Weise auf das Strafrecht an. Das Zivilrecht stellt nämlich die mildere Sanktion zur Verfügung.

Wie sich herausstellen wird, ist die Äquifunktionalität von Strafe und Schadenersatz in vielen Fällen jedoch nicht gegeben. Daraus ergibt sich eine Begründung für die Notwendigkeit von Strafrecht, die sehr viel tragfähiger ist als jene, die man aus einem Vergleich der Begriffe Schadenersatz und Strafe herleiten könnte. Strafrechtliche Reflektionen könnten allerdings – in Ergänzung zu Jungs Position – auch ihren Ausgangspunkt in der Art der Verfolgung von Unrecht nehmen. Dafür gibt es zwei reine Formen: Sie kann privatautonom gestaltet oder staatlich organisiert werden (siehe Polinski/Shavell 1998). Bei einem privatisierten System hätten die Geschädigten zu entscheiden, ob sie eine Klage erheben wollen oder nicht. Im Falle einer Klage hätten sie die Aufklärungs- und Beweisführungskosten zu tragen. Im verstaatlichten System wären Aufklärung und Beweisführung eine Aufgabe von spezialisierten Behörden, die nach dem Amtsermittlungsgrundsatz vorzugehen hätten. In beiden Systemen könnte die Sanktion aus Schadenersatz oder Strafe bestehen.

Sind Strafe und Schadenersatz wesensverschieden? Folgt man Binding, so lautet die Antwort ja; in den Worten von Heike Jung: "Die deutsche Strafrechtsdogmatik hat sich jedenfalls seit Binding daran gewöhnt, Strafe und Schadensersatz als wesensverschieden zu betrachten. Die Strafe, so Binding, soll 'eine Wunde schlagen', der Schadensersatz 'eine andere heilen'" (Jung 2002: 23).<sup>6</sup> Auf dieser Prämisse aufbauend mag man dann Unrechtstypen danach unterscheiden, ob auf sie mit einer Strafe oder mit Schadensersatz reagiert werden sollte. Umgekehrt könnte man auch mit der Frage beginnen, welche unterschiedlichen Unrechtstypen es gibt und mit welcher Sanktion auf sie reagiert werden sollte. Ein solches Vorgehen verliert sich aber leicht in essentialistischen Definitionsversuchen, Dogmatismus und Sophistereien.

Allerdings wird auch eine Gegenposition zu Binding vertreten, nach der Strafe und Schadensersatz "bei aller Verschiedenartigkeit jedenfalls unter dem Dach 'Reaktion auf Unrecht' vereint seien" (Jung 2002: 23). Jung verweist auf Liszt und schreibt: "Aber wie so oft ist auch hier die scharfe begriffliche Trennung eher ein Zeichen für eine allzu oberflächliche Betrachtung. Entschädigung wie Strafe dienen in letzter Linie demselben Zweck: 'Dem Schutz der Rechtsordnung durch die Bekämpfung des Unrechts'" (Jung 2002: 23). Jung selbst schlägt

---

<sup>6</sup> Aus ökonomischer Sicht schlägt auch Schadensersatz eine Wunde; der Täter erleidet wie bei der Strafe einen Nachteil. Der Nachteil des Täters „geht“ beim Schadensersatz an den Geschädigten, bei der Strafe – im Falle der Geldstrafe – an den Staat; im Falle der Freiheitsstrafe „profitiert“ keiner.

sich auf die Seite Liszts: "Ich bekenne, daß mir von Liszts Standpunkt sympathisch ist" (Jung 2002: 23). Er tut dies mit einer Begründung, die seine Nähe zum ökonomischen Denken offenbart: "Von Liszts Feststellung, wonach Entschädigung wie Strafe dem nämlichen Zweck dienen, nämlich dem Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Unrechts, gibt die Richtung für unsere weiteren Überlegungen vor. Sie ist Ausdruck einer funktionalen Betrachtungsweise. Strafe und Schadensersatz werden in ihrer (gemeinsamen) Steuerungsfunktion gesehen. In die kriminalpolitische Begriffswelt transponiert sind Strafe und Schadensersatz unter dem Dach der Prävention vereint. Die ökonomische Analyse des Rechts geht noch einen Schritt weiter, indem sie nämlich Strafe und Schadensersatz unter ökonomischen Aspekten zu Substituten erklärt, ohne daß damit freilich schon die Frage geklärt ist, warum und in welchen Fällen eben doch auf die Strafe zurückgegriffen werden muß, eine Frage, die hier jedoch nicht weiter verfolgt werden soll. Nur so viel sei angemerkt: In den hier entwickelten Kategorien gedacht wird man die Antwort in der jeweiligen präventiven Leistungskraft zu suchen haben" (Jung 2002: 25).<sup>7</sup> Eine solche Einschätzung führt dann auch konsequenterweise zu einer Überwindung des Kästchendenkens, bei dem Zivilrecht und Strafrecht voneinander abgeschottet werden: "Wenn ich selbst für eine Annäherung von Zivilrecht und Strafrecht plädiert habe, so war dafür nicht zuletzt beider Verbindung unter dem Dach der Prävention maßgeblich. Insofern kommen hier ganz allgemeine Gesichtspunkte zum Tragen bis hin zu der Rolle von Recht überhaupt. Wer die Steuerungsfunktion von Recht und damit das Präventionsmodell im Ansatz akzeptiert, hat es leichter, die Brücke zum Zivilrecht zu schlagen" (Jung 2002: 77).

Brückenschläge können allerdings gefährlich sein. Man überquert die Brücke und stellt dann plötzlich fest, daß die verlassenene Seite gar nicht mehr so reizvoll ist – und möglicherweise nicht mehr benötigt wird. Ob letzteres für das Strafrecht zutrifft, kann aus ökonomischer Sicht nur festgestellt werden, wenn man die „präventive Leistungskraft“ von Strafe wie von Schadensersatz erforscht und beide miteinander unter diesem Gesichtspunkt vergleicht. Dies werden wir im folgenden tun. Im ersten Unterabschnitt werden wir den Brückenschlag allerdings nicht auf das Begriffspaar Strafe vs. Schadensersatz reduzieren, sondern die „Rolle von Recht überhaupt“ betonen.

---

<sup>7</sup> Die ökonomische Analyse des Rechts erklärt Strafe und Schadensersatz nur im Hinblick auf die Wirkung auf den Täter (partiell) zu Substituten. Hinsichtlich der Wirkung auf das Opfer sind sie keine Substitute.

## **C. Rationale Theorie der Kriminalisierung**

### **I. Effizientes Unrecht**

Bevor wir die Gründe einer Kriminalisierung von Handlungen im einzelnen untersuchen, müssen wir auf eine Besonderheit der ökonomischen Analyse von Unrecht eingehen – der Idee, daß Unrecht effizient sein kann.

Betrachten wir ein kleines Beispiel: Jemand stiehlt ein Auto. Wenn dem Täter das Auto mehr wert ist als dem Eigentümer, dann ist der Diebstahl effizient: das Auto landet in den Händen desjenigen, der es am höchsten bewertet.<sup>8</sup> Wenn das Auto dem Dieb aber weniger wert ist als dem Eigentümer, dann ist der Diebstahl ineffizient. Aus dem Umstand, daß Ökonomen die Effizienz von Straftaten einräumen, darf allerdings nicht geschlossen werden, daß sie Straftaten befürworten – oder gar die Abschaffung des Strafrechts (und damit der Kategorie Diebstahl) befürworten. Diebstahl garantiert nämlich nicht einen effizienten Ressourcentransfer, weil die Bewertung des Eigentümers keine Rolle spielt. Außerdem entstehen Kosten durch private Schutzvorkehrungen und die Strafverfolgung. Ferner verringert sich die Wertschöpfung im Vergleich zur Situation, in der der Dieb seine beim Diebstahl eingesetzten Ressourcen am Markt verwertet.

Wurde eine erwartete Strafe in Höhe des Schadens festgelegt, also in Höhe des Wertes, den der Eigentümer dem Auto beimißt, dann würden nur effiziente Straftaten begangen. Bewertet der (rationale) Täter das Auto niedriger als die erwartete Strafe, dann bringt ihn ein Nutzen-Kosten Vergleich dazu, die Straftat nicht zu begehen, was effizient ist. Bewertet er dagegen das Auto höher, dann wird er die Straftat begehen – was ebenfalls effizient ist. Aus dieser Überlegung darf aber nicht die Regel abgeleitet werden, daß alle ineffizienten Straftaten und nur die ineffizienten verhindert werden sollten. Diese Regel wäre nur richtig, wenn die Verhinderung kostenlos zu haben wäre (siehe Friedman 2000: 226). Wenn man aber Straftaten im Wege der Abschreckung verhindern möchte, dann muß man die Täter fangen und sie bestrafen. Beides verursacht Kosten. Die Kosten pro Straftat steigen mit der Wahrscheinlichkeit ihrer Aufdeckung und der Härte der Strafe. Die korrekte Regel lautet deshalb: Verhindere eine Straftat dann und nur dann, wenn die Nettokosten derselben größer sind als die Kosten der Verhinderung. Diese Regel sei an einem Zahlenbeispiel verdeutlicht.

Wenn die Tat einen Schaden von 1.000 bewirkt; der Wert der Tat für den Täter 900 beträgt und die Kosten der Verhinderung 50, dann sollte die Tat verhindert werden. Man muß 50

aufwenden, um Netto-Kosten der Tat in Höhe von 100 zu vermeiden. Wäre der Wert für den Täter größer als 950, dann sollte die Tat aus Effizienzgründen nicht verhindert werden – selbst wenn die Straftat ineffizient ist (Wert für den Täter kleiner als 1.000).<sup>9</sup> Diese Regel macht deutlich, daß die Vorteile des Kriminellen in der umfassenden gesellschaftlichen Kosten-Nutzen Analyse berücksichtigt werden (siehe zu den Gründen Friedman 2000: 229 ff.). Dies ist der ökonomische Ausdruck der juristischen Vorstellung, daß auch Straftäter als Personen mit Persönlichkeitsrechten zu betrachten sind.

Es könnte als Einwand gegen die obige Analyse vorgebracht werden, daß sie eine Rationalwahl seitens eines Täters unterstellt, während zahlreiche Täter gar nicht rational handelten. Ob das eine oder das andere zutrifft ist eine empirische Frage. Wer den Einwand akzeptiert, muß sich aber die Frage gefallen lassen, ob ein nicht rationaler Täter schuldig ist und überhaupt bestraft werden darf.

## **I. Strafrecht und der Schutz der Zivilrechtsordnung**

Strafrecht kriminalisiert Handlungen. Es enthält Rechtsnormen, die an eine begangene Tat die Strafe als Rechtsfolge knüpfen. Ziel ist der Schutz von Rechtsgütern. Die Spezifizierung von Rechtsgütern und die Bezeichnung der nicht erlaubten Angriffswege wird zumeist entweder vom Zivilrecht bzw. vom öffentlichen Recht geleistet. Spezifisch strafrechtlich ist daher in der Regel nur die Frage, welche Angriffe auf welche bereits durch die übrige Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter strafwürdig und strafbedürftig sind.

### **1. Rechtsinhaberschaft und Schutzregeln**

Jede Rechtsordnung regelt drei Fragen: Wer ist der Inhaber eines Rechtes? Wie wird die jeweilige Inhaberschaft (entitlement) geschützt?

---

<sup>8</sup> Kriterium der Bewertung beim Täter ist die maximale Zahlungsbereitschaft bei der Marktbenutzung (Beschaffungspreisobergrenze); beim Opfer der Mindestbetrag, für den er bereit wäre, das Auto abzugeben (Abgabepreisuntergrenze).

<sup>9</sup> Die allgemeine Formel effizienter Bestrafung sieht so aus: Erwartete Strafe = Schaden des Opfers minus Kosten der Abschreckung einer zusätzlichen Straftat (siehe Friedman 2000: 228). Es folgt, daß man sehr ineffiziente Straftaten mit vergleichsweise niedrigen Strafen verfolgen sollte, die unterhalb des tatsächlichen Schadens liegen. Wenn die Kosten der Abschreckung einer weiteren Straftat negativ sein sollten, dann wäre die erwartete Strafe oberhalb des Opferschadens anzusetzen. Es werden dann nicht nur alle ineffizienten Straftaten verhindert, sondern auch einige effiziente.

Die erste Frage nach der Inhaberschaft (Wer hat ein Recht?) taucht bei jedem Rechtsstreit auf: Hat der eine ein Recht auf Lärmerzeugung oder der andere eines auf Ruhe? Hat der eine ein Recht auf Luftverschmutzung oder der andere eines auf saubere Luft? Jede Rechtsordnung muß konfliktäre Interessen, die immer aus der Knappheit von Ressourcen entspringen, entscheiden. Ohne eine solche Entscheidung würde der Zugriff auf Güter, Dienste und Leben – Eigentum im weitesten Sinne – nach dem Prinzip "Macht erzeugt Recht" geregelt.<sup>10</sup> Mit der ersten Frage, der nach der Allokation von Rechten, hat sich Coase in seinem berühmten Artikel mit dem Titel "The Problem of Social Cost" (siehe Coase 1960) befaßt. Er zeigte, daß bei Abwesenheit von Transaktionskosten das Nutzungsrecht an einer Ressource im Wege von Verhandlungen (Verträgen) an denjenigen übertragen wird, der das Recht am höchsten bewertet (was effizient ist). Sollten die Transaktionskosten positiv sein, dann kann es zum Marktversagen kommen und die Gerichte sollten die Rechteallokation so vornehmen, daß sie dem bei Transaktionskosten von Null sich einstellenden Ergebnis entspricht.

Coase hat die Frage, wie man Rechtsinhaberschaften schützt, nicht thematisiert. Diese Frage aber steht im Mittelpunkt eines ebenso berühmten Artikels von Calabresi und Melamed. Diese unterscheiden drei Regime zum Schutz von Rechtsinhaberschaften, die sie "property rule, liability rule" und "inalienability rule" nannten. Der Schutz erfolgt, indem diese drei Regeln - erschöpfend! - definieren, wie in einer Gesellschaft Nutzungsrechte an knappen Ressourcen erworben werden können. Deshalb definiert die Menge der Schutzregeln bezüglich aller Ressourcen einer Gesellschaft die sogenannte Transaktionsstruktur. Wir werden sehen, daß eine wesentliche eigenständige, vom Zivilrecht nicht zu leistende, Aufgabe des Strafrechts darin besteht, die gesellschaftlich gewählte Transaktionsstruktur zu schützen.

Angenommen K(läger) behauptet, daß B(eklagter) das Eigentum von K durch eine Schadstoffemission schädigt. B bestreitet weder die Emission noch deren Folgen, behauptet aber, daß er ein Recht zur Emission habe, m. a. W.: die Schädigung sei nicht rechtswidrig. Wenn K und B ihren Streit vor Gericht austragen, muß das Gericht zunächst eine Entscheidung über die Rechteallokation vornehmen. Hat B ein Recht zur Emission (und muß K den Schaden dulden) oder hat K ein Recht auf unbeschädigtes Eigentum (Abwesenheit von Imission) und kann demgemäß rechtmäßig gegen die Emission vorgehen? Nachdem das Gericht die Frage der Rechtsinhaberschaft geklärt hat, muß es in der Calabresi/Melamed Welt noch festlegen, wie die Rechteallokation geschützt wird (siehe zum folgenden Krauss 2000; siehe auch Kolboldt/Leder/Schmidtchen 1995).

---

<sup>10</sup> Wenn man hier überhaupt von Recht reden will, so führt auch dieses Prinzip zu Rechtsinhaberschaften: der Kräftige nimmt sich das Recht.

Angenommen, das Gericht entscheidet zugunsten von K. Wenn es die Emission untersagt, dann entspricht das in der Calabresi/Melamed Welt dem Fall, in dem K Inhaber des Rechtes (auf Immissionsfreiheit) ist und wo dieses Recht durch eine "property rule" geschützt wird. B kann jedoch weiter emittieren, wenn – und nur wenn – er mit K eine Vereinbarung trifft, die diesen dazu bringt, auf die Untersagungsverfügung zu verzichten. Dies wird jener tun, wenn B ihm dafür eine Gegenleistung bietet, die mindestens einen Wert in Höhe der Schädigung aufweist.

K's Recht kann aber auch durch eine "liability rule" geschützt werden. In diesem Fall entscheidet das Gericht zwar, daß die Emission rechtswidrig ist, daß sie aber fortgesetzt werden kann gegen eine Schadenersatzzahlung in einer Höhe, die vom Gericht festgesetzt wird. De facto setzt hier das Gericht den Preis fest, über dessen Höhe im vorher geschilderten Fall die Parteien verhandeln würden. Die Emission bedeutet eine Nutzung des Eigentums des K als Lagerstätte für Schadstoffe. Die "property rule" garantiert, daß die Übertragung des Nutzungsrechts nur mit Zustimmung des K (gegen eine ihn befriedigende und zwischen den Parteien auszuhandelnde Kompensation) erfolgt. Bei einem Schutz durch die "liability rule" kommt es dagegen zu einem erzwungenen Transfer des Nutzungsrechts gegen eine vom Gericht festgelegte Entschädigung (erzwungener Nießbrauch). Nichts garantiert, daß die vom Gericht festgelegte Kompensation eine Höhe erreicht, auf die sich die Parteien freiwillig geeinigt hätten. Und nichts garantiert, daß das Nutzungsrecht in die Hände desjenigen gelangt, der die Nutzung der Ressource am höchsten bewertet.

Das Gericht könnte auch zu dem Schluß gelangen, daß der B nicht rechtswidrig gehandelt hat, m. a. W., daß B ein Recht zur Emission besitzt. Schutz durch eine "property rule" würde hier bedeuten: K's Klage wird zurückgewiesen. Um B dazu zu bewegen, die Emission zurückzuführen, müßte er mit B verhandeln und diesem eine Kompensation mindestens in Höhe der dem B dadurch verursachten Kosten, etwa in Höhe des entgangenen Gewinns, zahlen.

Als letzte Möglichkeit verbleibt die Entscheidung, daß B ein Recht hat zur Emission, daß dieses aber durch eine "liability rule" geschützt wird. Um die Relevanz dieser Möglichkeit zu erkennen, muß der Ausgangsfall etwas modifiziert werden. B sei ein Fabrikbesitzer. K besetzt die Fabrik und unterbindet die Emission. Das Gericht entscheidet, daß B an K eine Kompensation zu zahlen hat (z. B. in Höhe der entgangenen Gewinne). Mit der Zahlung geht eine Verfügung einher, daß der B die Emission in Zukunft zu unterlassen hat.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Diesen unkonventionellen Fall hat es gegeben (siehe Polinsky 1989: 16; Coase 1960: 14). Es erhebt sich hier allerdings die Frage, ob nicht de facto das Gericht dem B das Nutzungsrecht gegen Festlegung einer Kompensation wegnimmt. Dieses Vorgehen dann Schutz eines Rechts zu nennen, mag manchem befremdlich erscheinen.

Das Beispiel verdeutlicht, daß der Rechtsordnung vier Kombinationen aus Rechteallokationen und Schutzregeln zur Verfügung stehen. Man beachte, daß dies nicht nur für Externalitätenfälle gilt. Überall dort, wo man sinnvoll von Nutzungskonkurrenz und damit der Notwendigkeit einer Allokation von Nutzungsrechten sprechen kann, ist das Calabresi/Melamed Paradigma anwendbar.

Eine dritte Schutzregel, die "inalienability rule", bleibt noch zu betrachten. Während die "property-rule" die Nutzung einer Ressource durch einen anderen als den Rechtsinhaber nur mit Zustimmung des letzteren erlaubt und die "liability rule" dies auch ohne Zustimmung gegen Kompensation vorsieht, verbietet die "inalienability rule" jegliche Fremdnutzung, sei es mit Zustimmung oder erzwungenermaßen (siehe ausführlich Rose-Ackerman 1998). Unveräußerliche Rechte wie das Stimmrecht in einer Demokratie werden so partiell geschützt. (Partiell, weil es aberkannt werden kann!) Auch kann man zwar einen Arbeitsvertrag schließen, aber sich nicht in die Sklavenschaft verkaufen. Zahlreiche Grundrechte werden durch eine solche Regel geschützt, auch Rechte am eigenen Herz, Beinen, Armen usw., aber nicht am Haar. Der Handel mit Kleinkindern ist verboten, die Adoption aber erlaubt. Manche Rechtsordnungen verbieten den Verkauf von Organen des menschlichen Körpers, aber sie erlauben die Spende. Die Diskussion um das Nutzungsrecht an Organen toter Menschen gehört auch hierher. Muß man ausdrücklich einer Organentnahme widersprechen, um sie zu verhindern, oder darf man eine solche nur vornehmen, wenn der Verstorbene vorher ausdrücklich zugestimmt oder dies angeordnet hat?<sup>12</sup>

Fassen wir zusammen: Fragen sind von jeder Rechtsordnung zu beantworten: Wer erhält ein recht – K oder B? Wenn K es erhält, kann es durch drei Regeln geschützt werden: B kann die Ressource nur nutzen mit Zustimmung des K („property rule“); B kann in das Recht eingreifen, muß aber Schadenersatz zahlen; dem K ist es verboten, die Nutzung auf andere zu übertragen und andere haben kein Recht in das Nutzungsrecht einzugreifen (auch wenn sie Kompensation leisten). Falls B das Recht erhält, läßt sich spiegelbildlich zu oben argumentieren.

---

<sup>12</sup> Man betrachte den folgenden Fall eines effizienten Mordes (siehe Friedman 2000: 224). Ein reicher Mann schließt einen Vertrag mit 10 Abenteurern, in dem er jedem 100.000 \$ bietet unter der Bedingung, daß er einen per Zufall auswählt und diesen jagt. Alle sind bei klarem Verstand und Drittwirkungen gibt es keine (die Männer haben keine Verwandten und Bekannten). Sie stimmen zu. Sollte die Rechtsordnung den Vertrag anerkennen, und wenn der Menschenjäger erfolgreich war, ihn nicht als Mörder behandeln, weil der andere ja zugestimmt habe? Die Tötung ist ex ante effizient – alle haben zugestimmt. Aber trotzdem wird man Bedenken haben, die Vertragsfreiheit derart extensiv auszulegen. Man sollte allerdings nicht denken, daß die Einschränkung der Vertragsfreiheit nicht mit Effizienzgründen gerechtfertigt werden könnte. Allerdings benötigt man ein ausgefeilteres Effizienzkonzept (siehe Friedman 2000: ch. 13, 19). Der Hinweis darauf, daß ein solcher Vertrag sittenwidrig sei, ist ein Totschlagargument. Es beantwortet weniger Fragen als es selbst aufwirft.

Bevor wir uns im nächsten Abschnitt der Begründung eines Strafrechts zuwenden, wollen wir noch etwas zur Effizienz von Rechtsschutzregeln sagen. Effizient ist ein Zustand, in dem die Nutzung einer Ressource von dem vorgenommen wird, der sie am höchsten bewertet (effiziente Allokation). Wo es Nutzungskonkurrenz um knappe Ressourcen gibt, sollte sie so entschieden werden, daß der, der die Nutzung am geringsten bewertet, auf sie verzichtet ("least-cost avoider" Prinzip). Bei Nutzungskonkurrenz unter einander bekannten Parteien wird eine effiziente Allokation im Prinzip durch zweiseitige Verträge gewährleistet, weil diese nur dann zustande kommen, wenn beide Seiten sich besser stellen.<sup>13</sup> Das spräche für die Effizienz der "property rule". Sind aber die Transaktionskosten hoch, wobei unter Transaktionskosten die Kosten zu verstehen sind, die mit der Suche nach Transaktionspartnern sowie dem Aushandeln, der Kontrolle und der Durchsetzung von Verträgen verbunden sind, dann können effizienzfördernde Verhandlungen unterbleiben oder scheitern. Das spräche für die Effizienz der „liability rule“. Andererseits garantiert die gerichtlich festgesetzte Entschädigung bei der "liability rule" nicht, daß sich tatsächlich alle Seiten besser stellen.

Die Auswahl unter diesen Regeln sollte aus ökonomischer Sicht nach der Höhe der Transaktionskosten vorgenommen werden. Überall dort, wo prohibitiv hohe Transaktionskosten eine Einigung zwischen den betroffenen Parteien unwahrscheinlich machen und das Ausmaß der Schädigung infolge einer Eigentumsrechtsverletzung durch die Gerichte problemlos zu bestimmen ist, ist eine Absicherung von Rechtsinhaberschaften über Schadenersatzansprüche (ex post Kompensation) dem Verfahren der Absicherung über Verhandlung (ex ante Kompensation) vorzuziehen. Dort, wo eine private Vereinbarung nicht durch Transaktionskosten gefährdet scheint, ist die „property rule“ – und zwar unabhängig von der Zuteilung der Rechtsinhaberschaft - vorteilhaft, da die Parteien unmittelbar miteinander verhandeln und nicht Außenstehende (das Gericht) versuchen müssen, die Wertschätzung des geschädigten Rechtsinhabers zu bestimmen. Die "inalienability rule" scheint eher durch den Schutz der Menschenwürde, Vermeidung von Drittwirkungen und Moralismus, motiviert zu sein. Aber sie kann auch mit Effizienzgründen verteidigt werden, wenn Menschen nicht perfekt informiert sind oder eingeschränkt rational sind (Selbst-Paternalismus oder Fremd-Paternalismus). Die Regel dient dann den wohlverstandenen Interessen der Geschützten.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Die Ökonomen benutzen zur Beurteilung sozialer Zustände häufig das nach dem italienischen Ökonomen und Soziologen benannte Pareto-Kriterium: Danach ist ein gesellschaftlicher Zustand X einem anderen Zustand Y genau dann vorzuziehen, wenn mindestens ein Individuum X und keines Y vorzieht (alle anderen also ebenfalls X vorziehen oder aber X und Y gleich gut finden). Zustand X ist pareto-superior. Ein sozialer Zustand ist pareto-optimal, wenn es keinen gegenüber ihm pareto-superioren Zustand gibt. (Zu dem Pareto-Kriterium und anderen wohlfahrtsökonomischen Effizienzmaßen siehe Eidenmüller 1995: 47 ff.)

<sup>14</sup> Die Fragen, wie die Rechteallokation im einzelnen aussehen sollte und wann welche Schutzregel gewählt werden sollte, werden im einzelnen in dem Artikel von Calabresi/Melamed weiterverfolgt.

## 2. Schutz der Schutzregeln durch Strafrecht

Die Festlegung von Schutzregeln für Rechtsinhaberschaften ist eines, die Verwirklichung (Durchsetzung) ein anderes. Was ist bei Verstößen gegen die Schutzregeln zu tun?

Ein Verstoß gegen die „property rule“ besteht darin, die Nutzung einer Ressource ohne Einwilligung des Rechtsinhabers vorzunehmen.

Wenn die Rechtsordnung Schadenersatz als Sanktion vorsähe, dann würde in vielen Fällen eine Rückführung dieser Regelverstöße auf ein effizientes Niveau mißlingen und darüber hinaus würde die „property rule“ de facto in eine „liability rule“ verwandelt.

Wenn eine Gesellschaft diese Transformation nicht zulassen möchte, dann muß sie nicht-erlaubte Nutzungen von Ressourcen mit Strafe belegen. Diese Argumentationslinie wurde in der Tat von Calabresi und Melamed gewählt. Sie stellten die folgende Frage:

Warum sollte man einem Räuber als Sanktion nicht das abverlangen, was dem Wert der geraubten Sache entspricht? Eine einfache, aber zu kurz greifende, Antwort lautet: Weil nicht jeder Diebstahl entdeckt und sanktioniert wird, muß zum Zwecke einer effizienten Abschreckung ein Aufschlag auf den reinen Schadenersatz vorgenommen werden (Calabresi/Melamed [1972] und Coleman [1988] sprechen von "kicker"), dessen Begründung jedenfalls nichts mit Schadenersatz zu tun hat.<sup>15</sup> Aber selbst dann, wenn jeder Diebstahl sanktioniert werden könnte, existiert ein Grund, einen Aufschlag vorzunehmen. Die Begründung dafür liefern Calabresi/Melamed (1972: 77): Wenn man dem Dieb nur Schadenersatz abverlangen würde, der durch das Gericht festgelegt wird, dann würde die "property rule" de facto in eine "liability rule" verwandelt. Wir kriminalisieren Handlungen nach Ansicht von Calabresi/Melamed, weil wir die Verwandlung einer "property rule" in eine "liability rule" nicht zulassen wollen. Aber das führt sofort zur Frage: Warum? Die Antwort lautet: Es entstehen erstens Gerichtskosten, denen allerdings die Verhandlungskosten bei einer „property rule“ gegenüberstehen, und

---

<sup>15</sup> Je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, für einen Schaden haftbar gemacht zu werden, desto höher muß der angedrohte Strafschadenersatz sein, damit die Abschreckung funktioniert. Die folgende Formel (nach Posner 1985: 1203) bringt diesen Zusammenhang zum Ausdruck:  $\delta = l/p$ , mit  $\delta$  dem optimalen Strafschadenersatz,<sup>15</sup>  $l$  dem tatsächlichen Schaden und  $p$  der Wahrscheinlichkeit, haftbar gemacht zu werden. Während bei unbeabsichtigten Schäden – etwa einem Verkehrsunfall - die Evidenz vergleichsweise hoch ist, was zu hohem  $p$  führt, dürfen bei absichtlichen Schäden Maßnahmen zur Verheimlichung ergriffen werden, die  $p$  senken. Deswegen muß kompensierend  $\delta$  erhöht werden. Wenn Strafschadenersatz nicht möglich ist, kann eine Kriminalstrafe dessen Funktion übernehmen: "In this view, the criminal law is parasitic upon tort law: Crimes are defined in terms primarily of torts. Criminal sanctions are 'kickers' imposed in addition to tort liability to foster compliance" (Coleman 1998: 158).

zweitens garantiert die "liability rule" nicht, daß der Transfer effizient ist: "Since in the majority of cases we cannot be sure of the economic efficiency of the transfer by theft, we must add to each case an undefinable kicker which represents society's need to keep all property rules from being changed at will into liability rules. In other words, we impose criminal sanctions as a means of deterring future attempts to convert property rules into liability rules" (Calabresi/Melamed 1972: 78).

Nun sind nicht nur Verstöße gegen die „property rule“ denkbar. Auch die beiden anderen Schutzregeln stellen Kandidaten dafür dar.

Ein Verstoß gegen die „liability rule“ liegt vor, wenn ein Schadenersatzpflichtiger den Schadenersatz nicht zahlt. Wäre dies sanktionsfrei, würde niemand Schadenersatz zahlen und die „liability rule“ stünde lediglich auf dem Papier. Das Recht des Geschädigten auf Schadenersatz muß also sanktionsbewehrt sein. Es liegt in der Natur der Sache, daß nur eine Strafe als Sanktion in Frage kommt.

Gleiches gilt für Verstöße gegen die „inalienability rule“. Wenn der Rechtsinhaber gegen das Verbot verstößt, die Nutzung einer Ressource – sei es entgeltlich oder auch unentgeltlich – auf andere zu übertragen, dann scheidet Schadenersatz mangels eines Geschädigten aus. Es bleibt als Sanktion nur die Strafe. Anders sieht es aus, wenn sich jemand zwangsweise die Nutzung aneignet. Hier könnte man an Schadenersatz denken; was dann allerdings die „inalienability rule“ in eine „liability rule“ verwandeln würde.

Will die Rechtsordnung dies verhindern, dann muß sie die Strafe als Sanktion einsetzen. Dies verwandelt jedoch dann unter der Hand die „inalienability rule“ in eine „property rule“.

### 3. *Verhinderung der Umgehung des Marktes*

Bei Calabresi und Melamed soll Strafrecht die Transformation von „property rules“ in „liability rules“ verhindern. In ähnlicher Weise argumentiert Posner.

Nach ihm besteht die Hauptfunktion von Strafrecht in Marktwirtschaften darin, die Umgehung eines (expliziten oder impliziten) Marktes in solchen Fällen zu verhindern, wo die Transaktionskosten niedrig sind (Posner 1985: 1195, siehe auch Shavell 1985). Ein Großteil solcher Umgehungen kann durch das zivilrechtliche Deliktsrecht nicht verhindert werden, das auf der Privatinitiative bei der Sanktionierung einer unerlaubten Handlung aufbaut. Der Schadenersatz zur gesellschaftlich optimalen Abschreckung würde häufig die Zahlungsfähigkeit des Schädigers übersteigen, so daß die Privatinitiative unterbleibt. Öffentliche Initiative zur

Sanktionierung sowie nicht-monetäre Sanktionen wie Gefängnishaft werden erforderlich. Aus dem Umstand, daß solche Sanktionen teuer sind und die sanktionierten Handlungen gesellschaftlich wertlos, leitet Posner dogmatische Implikationen für ein effizientes Strafrecht ab. So sollten z. B. erfolglos gebliebene Versuche bestraft werden, um die Kosten vollendeter Straftaten zu reduzieren.

Die Markttransaktion, deren Umgehung das Strafrecht verhindern will, ist bei Posner nicht notwendigerweise eine zwischen Täter und Opfer. Auch wenn der Täter B das Auto von A stiehlt, um es weiterzuverkaufen und aus dem Erlös seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, wird der Markt umgangen. In diesem Falle ist es der Arbeitsmarkt, auf dem der Täter seine Arbeitskraft hätte anbieten können (siehe Posner 1985: 1196), um das für einen Kauf des Autos notwendige Einkommen zu verdienen. Das Beispiel macht klar, daß hier die gesellschaftlichen Kosten des Diebstahls im Ausfall von Sozialprodukt bestehen. Die Produktivität des Strafrechts könnte daran gemessen werden, inwieweit es zur Reduktion dieser Kosten beiträgt.

Der Marktumgehungsansatz liefert eine einleuchtende ökonomische Begründung für die Kriminalisierung gewinnsüchtiger Handlungen wie Diebstahl, Einbruch, Raub, Betrug, Unterschlagung, Erpressung, Kidnapping, Morde aus Gewinnsucht, einige Arten von Vergewaltigung (siehe Posner 1985: 1196).<sup>16</sup> Aber auch Verbrechen aus Leidenschaft können in diesem Ansatz untergebracht werden. Betrachten wir einen Mord, der aus Haß und nicht aus Habgier begangen wird. Unter „normalen“ Umständen wird die Zahlungsbereitschaft (Beschaffungspreisobergrenze) des Hassenden nicht ausreichen, den anderen zur Hergabe seines Lebens zu bewegen.<sup>17</sup> Die Transaktion würde unterbleiben. Genau dies soll die Strafandrohung bewirken. Anders formuliert: Das Unterlassen der Tötung ist Pareto-effizient. Strafe ist in diesem Beispiel ein Sanktionsmittel, das einen Verstoß gegen die „property rule“ vermeiden soll. Wir hatten oben gesehen, daß diese Regel bei niedrigen Transaktionskosten effizient ist. Sollten die Transaktionskosten jedoch hoch sein kann, so sollte grundsätzlich die „liability

---

<sup>16</sup> Der Marktumgehungsansatz findet im Falle der Vergewaltigung seine Grenze dort, wo der Täter Befriedigung gerade aus dem Brechen des Willens des Opfers zieht. Das Marktparadigma impliziert Freiwilligkeit. Das, worauf es dem Täter ankommt, kann deshalb aus logischen Gründen niemals am Markt erworben werden. Auch Schauspielerei ist kein Substitut.

<sup>17</sup> Posner weist darauf hin, daß ein reiner utilitaristischer Vergleich wegen der Unvergleichbarkeit von Nutzen in diesem Zusammenhang nicht weiterführt. Nichtsdestotrotz unterstellt er Vergleichbarkeit des Nutzens, wenn er behauptet, daß der Disnutzen des Opfers gegen unendlich geht und man sich kaum vorstellen kann, daß der Nutzen des Täters diese Höhe erreichen wird (Posner 1985: 1197).

rule“ angewendet werden. Im vorliegenden Beispiel ist sie jedoch aus der Natur der Sache heraus nicht anwendbar.<sup>18</sup>

Angenommen, A ist – bei klarem Verstand - gegen Zahlung von 1 Mio € bereit, sich von B töten zu lassen. Etwa, weil er davon ausgeht, daß ein Erbe von 1 Mio den Nutzen seiner Erben steigern wird. Im Lichte der „property rule“ könnte diese Transaktion als effizient erscheinen. Allerdings sind bei der Prüfung volkswirtschaftlicher Effizienz einer Transaktion auch deren (positive oder negative) Wirkungen auf unmittelbar an der Transaktion nicht beteiligte Dritte zu berücksichtigen. Man spricht von externen Effekten. Betrachtet sei nun der Fall, in dem die Erben mehr als 1 Mio dafür zu zahlen bereit wären, daß die Transaktion nicht zustande kommt. In einem solchen Falle wäre die Transaktion volkswirtschaftlich ineffizient. Diese Ineffizienz kann mit der simplen „property rule“ nicht vermieden werden. Will man die „property rule“ gleichwohl für solche Fälle verwenden, dann müssen *alle* Betroffenen an der Vereinbarung über die Transaktion mitwirken. Dies kann sehr teuer sein. Wenn zu vermuten ist, daß Drittinteressen einer Transaktion (aus Effizienzgründen) entgegenstehen, ist der Übergang auf die Unveräußerlichkeitsregel effizient. Gleiches gilt für den Fall, in dem keine externen Effekte auftreten, aber zu bezweifeln ist, daß einer der Transakteure seine wahren Präferenzen kennt oder Zeitinkonsistenz gegeben ist (siehe Koboldt 1995).

Sieht man den Zweck des Strafrechts im Falle niedriger Transaktionskosten in der Verhinderung der Umgehung des Marktes, dann wird die Kriminalisierung von Handlungen mit dem Pareto-Effizienzkriterium legitimiert. Eine solche Argumentation ist jedoch nicht hin-

---

<sup>18</sup> Es existieren noch vier andere Argumentationsstränge, die bei der Beurteilung von Verbrechen aus Leidenschaft eine Rolle spielen: Wenn A den B tötet, weil er Nutzen aus dem Leiden des B zieht, dann steigert das nicht den Wohlstand der Gesellschaft, denn es erfolgt keine Wertschöpfung. Im Gegenteil, die Gesellschaft wird geschädigt, weil eine produktive Ressource vernichtet wird. Daraus kann nicht geschlossen werden, daß aus Effizienzgründen keine Bedenken gegen die Tötung eines Menschen bestehen würden, wenn dieser keine „produktive Ressource“ darstellt. Die Begründung liefert das folgende Argument. B wird zu Zeiten, in denen er noch produktiv war, Ressourcen zur Vermeidung der Tat aufwenden (oder andere, ihm Nahestehende, werden das tun) und A wird Ressourcen aufwenden, um die Tat auszuführen. Diese Ressourcen werden gesellschaftlich unproduktiv eingesetzt.

Die Dichotomie zwischen Straftaten aus Gewinnsucht und solche aus Leidenschaft ist übertrieben. Gewinnsüchtige Straftaten umgehen explizite Märkte. Straftaten aus Leidenschaft umgehen implizite Märkte wie Freundschaft, Liebe, Rücksichtnahme (siehe Posner 1985: 1197). Manchmal werden aber auch explizite Märkte umgangen. Posner nennt zwei Beispiele (Posner 1985: 1197 f.): Wer Spaß an Raufhändeln hat, umgeht den Arbeitsmarkt. Wer die Schlägerei sucht, umgeht das professionelle Boxen als Marktalternative. Wenn jemand Zeit anstatt für eine Anknüpfung einer Bekanntschaft auf die Vergewaltigung verwendet, wird ein impliziter Markt umgangen. Pönalisierung von Vergewaltigung steht in einer Beziehung zum Heirats- und Sexmarkt wie die Pönalisierung des Diebstahls zum Gütermarkt (siehe Posner 1985: 1199). In allen Fällen gilt: Jemand erhält einen Vorteil, ohne anderen Vorteile zu übertragen.

Manchmal stellen Straftaten aus Leidenschaft Selbsthilfemaßnahmen dar: A verletzt B, und B tötet A, anstelle ihn zu verklagen (siehe Posner 1985: 1198). Die Klage mag B fast soviel Befriedigung wie die Tötung geben haben, aber die gesellschaftlichen Kosten sind niedriger. Selbstjustiz kann zu einem unendlichen Regreß führen, wenn z. B. Verwandte des Getöteten Rache nehmen wollen. Außerdem ist die Irrtumswahrscheinlichkeit in komplizierter gelagerten Fällen vergleichsweise hoch. Auch mögen unbeteiligte Dritte bei Maßnahmen der Selbstjustiz geschädigt werden.

reichend, wenn man das Kaldor-Hicks Kriterium zur Wohlfahrtsmessung heranzieht. Nach ihm steigt die gesellschaftliche Wohlfahrt, wenn der aus einer Maßnahme Vorteil Ziehende den Geschädigten kompensieren könnte und gleichwohl ein Netto-Gewinn bei ihm anfiel (siehe zu diesem Kriterium Eidenmüller 1995: 51 ff.). Wie sich zeigen läßt, kann Diebstahl eine gesellschaftliche Nutzensteigerung nach diesem Kriterium bedeuten (siehe McChesney 1990: 227).<sup>19</sup> Eine Kriminalisierung dieser Tat läßt sich dann gleichwohl noch mit einem Argument der Effizienz rechtfertigen. Wie Tullock (1967) gezeigt hat, bestehen die Kosten eines Diebstahls nicht in der Entwendung der Sache selbst, sondern in dem Ressourcenaufwand zur Bewerkstelligung des Diebstahls und privatem und staatlichem Ressourcenaufwand zur Verhinderung desselben (Tullock 1967: 231). Diese Ressourcen werden für unproduktive Zwecke eingesetzt. Sie stellen Transaktionskosten erzwungener Transaktionen dar, die keine Wertschöpfung ermöglichen. Die gesellschaftlichen Kosten des Diebstahls – sie seien Tullock-Kosten genannt – zeigen sich also in der Schrumpfung des für produktive Zwecke verwendbaren Ressourcenbestandes der Volkswirtschaft.<sup>20</sup>

Wenn die Transaktionskosten der Benutzung des Marktes hoch sind, sollte man in bestimmten Fällen von einer Bestrafung absehen, etwa dann, wenn die „Straftat“ zur Rettung von Leben notwendig ist. Entweder man dekriminisiert solche Handlungen oder reduziert die erwartete Strafe (siehe Posner 1985: 1206). Hingewiesen sei auf Rechtfertigungsgründe sowie auf Schuld- und Strafausschließungsgründe.

Von einer Abschreckung aller Taten vermittelt hoher Strafandrohungen sollte auch abgesehen werden, wenn die Wahrscheinlichkeit einer zufälligen Verletzung eines Rechtes oder eines juristischen Irrtums hoch ist. Denn „extreme“ Strafen können unschuldige Personen dazu bringen, gesellschaftlich wünschenswerte Aktivitäten zu unterlassen. Wenn etwa die Todesstrafe auf die fahrlässige Tötung im Straßenverkehr zu erwarten wäre, würden die Menschen entweder zu langsam oder überhaupt nicht Auto fahren (siehe Posner 1985: 1206). Dieser Effekt ist um so dramatischer, je risikoaverser die Menschen sind und je höher die zu erwartende Strafe ausfällt. Dem Effekt wird rechtstechnisch dadurch entgegengewirkt, daß man Rechtfertigungen für an sich illegale Grenzüberschreitungen definiert und Vorsatz verlangt.

---

<sup>19</sup> Man beachte, daß die Richtigkeit dieses Urteils von der Art des gestohlenen Gutes abhängt. Wenn das gestohlene Gut auch im Austausch erworben worden wäre, dann ist eine gesellschaftliche Nutzensteigerung möglich. Wenn dagegen ein Dieb das Gut stiehlt, das er im Falle einer Tauschtransaktion hergegeben hätte, dann ist eine gesellschaftliche Nutzensteigerung ausgeschlossen. Das Pareto-Kriterium ist nicht anwendbar und das Kaldor-Hicks Kriterium ist verletzt.

<sup>20</sup> Zu den Tullock-Kosten zählen auch noch die folgenden Verhaltensänderungen: Man kann Diebstahl verhindern, indem man nichts produziert. Man wählt Investitions- oder Produktionsweisen, die weniger wertproduktiv, dafür aber besser gegen Diebstahl geschützt sind (siehe McChesney 1993: 228).

Im übrigen wären mit der Schwere der Strafe im Falle unbeabsichtigter Rechtsverletzungen die Beweisanforderungen zu erhöhen.

#### 4. *Schutz der Transaktionsstruktur einer Gesellschaft*

Jede Gesellschaft muß eine Transaktionsstruktur etablieren, der man entnehmen kann, welche Transaktionsformen von Nutzungsrechten unter welchen Umständen verboten, geboten oder erlaubt (weder ge- noch verboten) sind. Dies geschieht dadurch, daß die Rechtsordnung festlegt, welche der drei oben behandelten Rechtsregeln im Falle einer Nutzungskonkurrenz um knappe Ressourcen gesellschaftlich erwünscht ist. Sowohl Posner als auch Calabresi/Melamed begründen die Kriminalisierung von Handlungen mit dem Ziel, Abweichungen von der gesellschaftlich gewünschten Transaktionsstruktur zu vermeiden. Aber sie argumentieren nicht umfassend genug (siehe Klevorick 1985a, b; 1998). So dient die Kriminalisierung eines Verkaufs in die Sklavenschaft der Verhinderung einer Transformation einer "inalienability rule" in eine "property rule". Gleiches gilt für die Kriminalisierung von Erpressung oder der Nutzung von Insiderinformationen über den Zustand eines Unternehmens. Für Umweltschäden mag eine Schadenersatzregel gelten, aber es kann verboten sein, einen Handel abzuschließen, in dem die Geschädigten gegen Kompensation die Schädigung erlauben: "In effect, criminalizing buy-offs would prevent the relevant parties from turning liability rules into property rules" (Coleman 1988: 159). Die Beispiele zeigen, daß das Strafrecht dazu eingesetzt wird – entgegen Posner – Markttransaktionen zu unterbinden. Und entgegen Calabresi/Melamed geht es nicht nur um die Verhinderung einer Verwandlung von "property rules" in "liability rules". Klevorick betont, daß das Strafrecht dazu dient, die Verwirklichung einer gesellschaftlich gewollten generellen Transaktionsstruktur zu gewährleisten – und nicht nur von einzelnen ihrer Teile.<sup>21</sup> So schreibt er: "In each instance, the act that is characterized as a crime involves the actor(s) forcing society to deal with a transaction in a way in which society did not want to treat it. What makes the act a crime is that the individual assaults the transaction structure that has been established by society. One could say, alternatively, that the individual coerces society into considering and coping with an exchange or transaction in a way that differs from the mode society had chosen. Finally, one might characterize the criminal as arrogating to himself the power or the authority to determine at least a part of the societal transaction structure, that is, appropriating to himself a power or right that society had reserved to itself. The criminal sanction is then a sanction to enforce the transaction structure that

society has chosen as well as to compensate for the harms to individuals within the society." (Klevorick 1985b: 295.) Wir können schließen, daß Handlungen, die der Transaktionsstruktur einer Gesellschaft zuwiderlaufen, zu kriminalisieren sind: "What makes an act a crime is that the individual assaults the transaction structure that society has established" (Klevorick 1998: 545); "one could simply say that the criminal acts contrary to the imperatives of the transaction structure that society has established" (Klevorick 1998: 545). In dieser Perspektive zeigt sich, daß es falsch wäre, das Prinzip "weg von der Störung der Ordnung hin zum Störer" absolut zu setzen. Störung der Ordnung meint hier Störung der Transaktionsstruktur. Strafe aber hat eine doppelte Funktion: "the criminal sanction is a penalty imposed to enforce the transaction structure that society has chosen as well as to charge the offending actor for the harms that her or his actions impose on individual within the society" (Klevorick 1998: 545).

Die Kriminalisierung hängt von der gegebenen Transaktionsstruktur ab. Eine umfassende ökonomische Begründung würde eine ökonomische Begründung der Transaktionsstruktur selbst erfordern (von der dann alles Kriminelle folgt). Hier tauchen jedoch zwei Probleme auf, die Klevorick selbst benennt: Auch wenn man eine effiziente Transaktionsstruktur entwerfen könnte, müßte man nach der Legitimation der Gesellschaft fragen, eine Transaktionsstruktur unter Effizienzgesichtspunkten zu etablieren. Warum sollten Individuen kein Recht haben, dieser Struktur zuwider zu handeln? "The economic analysis of the criminal sanction postulated here does not and cannot explain why the chosen transaction structure is legitimate. Yet an answer to that question is necessary to explain the identification of category of acts and activities that are denominated as crimes" (Klevorick 1998: 545). Von einem positiven und nicht normativen Standpunkt aus wäre darüber hinaus zu fragen, inwieweit die Kriminalisierung von Handlungen nicht ein Derivat der Transaktionsstruktur ist, sondern die Kriminalisierung am Anfang steht, von der dann die geeignete Transaktionsstruktur abgeleitet wird. Gesellschaftliche Werturteile würden dann in die Bestimmung der Transaktionsstruktur einfließen: "an explanation of the particular society's transaction structure requires an understanding of societal values and how the society legitimates that structure" (Klevorick 1998: 545).

Man sollte erwähnen, daß in der Literatur auch Kritik gegenüber dem Transaktionsstruktur Ansatz (in partieller und genereller Ausprägung) geäußert wurde. Coleman nennt es "simply a mistake to think of the criminal law as an enforcer of resource transfers" (Coleman 1988: 161); "(s)uch a theory has no place for the moral sentiments and virtues, appropriate to matters of crime and punishment: guilt, shame, remorse, forgiveness and mercy, to name a few. A purely economic theory of crime can only impoverish, not enrich, our understanding of the

---

<sup>21</sup> Fletcher (1985) liefert eine Kritik, die zum Teil auch auf Posner zutrifft.

nature of crime" (Coleman 1988: 165). Die letzte Einschätzung schießt m. E. über das Ziel hinaus. Die Ökonomie kann das, was sie kann: sie liefert nur 'one view of the cathedral'.

## II. Strafrecht als ultima ratio bei Versagen des Schadensrechts

Aus ökonomischer Sicht können sowohl Strafen als auch Schadenersatz von rechtswidrigem Verhalten abschrecken.<sup>22</sup> Deshalb kann Schutz von Rechten allein keine hinreichende Legitimation für Strafen darstellen. Strafe und Schadenswiedergutmachung/Schadenersatz sind – wenn man der mit einer Strafe verbundenen Stigmatisierung absieht - unter Abschreckungsgesichtspunkten Substitute; m. a. W.: Eine Geldstrafe in Höhe von z. B. 100.000 Euro, eine Freiheitsstrafe mit einem monetären Äquivalent in Höhe von 100.000 Euro und Schadenersatz in Höhe von 100.000 Euro haben den gleichen Abschreckungseffekt. Wenn und insofern Zivilprozesse billiger sind als Strafprozesse, verlangt die Effizienz, Rechtsverletzungen mit dem Haftungsrecht zu bekämpfen. Erst dann, wenn über Haftungsrecht eine optimale Abschreckung nicht erzielt werden kann, wäre an einen Einbezug des Strafrechts zu denken.<sup>23</sup> Im folgenden sollen Grenzen des Haftungsrechts untersucht werden.

Die Verfolgung von Rechtsverletzungen nach Deliktsrecht ist Sache der Geschädigten. Wenn die Transaktionskosten der Benutzung des Justizsystems zu hoch sind, unterbleibt die Privatinitiative, was aber die Anreize der Schädiger und der Geschädigten in ineffizienter Weise verändert. Der (potentiell) Geschädigte treibt zuviel, der (potentielle) Schädiger zu wenig Vorsorgeaufwand. Zur Korrektur könnte der Staat als Initiator eines Rechtsstreites auftreten (Offizialmaxime). Wo Privatinitiative versagt, z. B. im Haftungsrecht, könnte staatliche Regulierung über das Strafrecht zur Optimalität beitragen.<sup>24</sup> Es wird deutlich, daß in diesem Argument das Strafrecht eine ähnliche Funktion übernimmt wie die Regulierung (siehe auch Easterbrook 1983 sowie Ogus 1994).

Bei näherem Zusehen erweist sich dieses Argument jedoch nicht als stichhaltig. Es liefert zwar die Begründung für das staatliche Tätigwerden, nicht aber eine Begründung für den Ein-

---

<sup>22</sup> Siehe den von Ott/Schäfer 1999 herausgegebenen Tagungsband. Die in der Rechtswissenschaft geführte Diskussion über die Unterschiede und Übereinstimmungen in Wesen und Funktion von Strafe und Schadenersatz (siehe Müller-Dietz 1987) spielt für Fragen der Wirkungsanalyse keine Rolle.

<sup>23</sup> Peter-Alexis Albrecht hat sich, wenn auch nicht aus ökonomischer Perspektive, mit demselben Thema befaßt (siehe Albrecht 1992). Während hier nach Kriterien für die Kriminalisierung von Taten gefragt wird, hat jener die Frage nach der Entkriminalisierung in den Vordergrund gerückt. Es ist offensichtlich, daß eine Problemidentität vorliegt, nämlich die Bestimmung der Grenze zwischen zivilrechtlichem Deliktsrecht und Strafrecht.

<sup>24</sup> Man denke auch an solche Fälle, bei denen eine Vielzahl von Tätern oder eine Vielzahl von Geschädigten involviert sind.

satz von Strafrecht. Der durch den Staat eingeleitete Prozeß könnte grundsätzlich auch auf Schadenersatz gerichtet sein. Man hätte eine staatliche Regulierung über das Zivilrecht. Im übrigen wäre auch zu fragen, ob man die Transaktionskosten der Benutzung des Justizsystems senken kann.

Für die öffentliche Verfolgung von Unrecht im Vergleich zur privaten (Zivilklage) werden zahlreiche Argumente angeführt, die nur zum Teil überzeugen (siehe Friedman 2000: 282 ff.). Wir werden im folgenden auf die Möglichkeit, staatlich veranlaßte und privat veranlaßte Rechtsdurchsetzung zu kombinieren, nicht eingehen. Wir betrachten lediglich die reinen Fälle.<sup>25</sup>

- Wenn man Abschreckung als ein privates Gut ansieht, dessen Produktion durch Zivilklage erfolgt, was die Einordnung einer Tat als unerlaubte Handlung impliziert, dann besteht ein Anreiz, Schädiger zu produzieren, wenn dies Gewinne verspricht (hingewiesen sei auf das 'prosecutorial rent-seeking' im England des 18. Jh., siehe Friedman [2000: 287]).<sup>26</sup>
- Der Geschädigte hat nicht genügend Ressourcen, um einen Prozeß zu führen. - Das Problem kann abgemildert werden, indem man Ansprüche gegen den Schädiger übertragbar macht, wie es in Island der Fall war. Ansatzweise findet man diese Idee auch heute bereits bei Konzepten wie FORIS verwirklicht (siehe Kirstein /Rickman 2002). Selbst wenn die Übertragung eines Klagerechts (Anspruchs) nicht zur vollen Kompensation des Schadens ausreicht, so stellt sich der Geschädigte immer noch besser als im Strafrecht, wo er gar keine Kompensation erhält.<sup>27</sup>
- Einige Rechtsverstöße führen zu gestreuten Schäden, so daß kein Geschädigter einen Anreiz hat, die Rechtsverstöße zu verfolgen. Abhilfe könnten Gruppen- oder Verbandsklagen schaffen, die allerdings auch Nachteile aufweisen. Eine andere Lösung liefert wieder der Verkauf von "potentiellen" Ansprüchen; eigentlich Abtretung der Klagebefugnis: "Middlemen would buy bundles of small claims from potential plain-

---

<sup>25</sup> Damit mag die Trennung zwischen Straf- und Zivilverfahren zu strikt erscheinen, weil das Strafverfahren oft die Vorbedingung des Schadenersatzes ist. Beide Verfahren bilden dann eine Symbiose. Wo die effiziente Demarkationslinie verläuft, bedarf einer weiteren Untersuchung. Diese könnte mit der folgenden Hypothese starten: Das Strafrecht sollte dort eingreifen, wo der Staat eine Rechtsverletzung kostengünstiger aufklären kann als der Geschädigte. In diese Richtung hat sich das Recht auch entwickelt. Im Zivilrecht gilt der Beibringungsgrundsatz; im Strafrecht die Amtsermittlung.

<sup>26</sup> Wenn Schädiger zu „produzieren“ leicht zu bewerkstelligen ist, ist "private enforcement" inferior (Friedman 2000: 287). Aber ist öffentliches "enforcement" (Staatsklage, Kriminalität) per se besser? Welche Anreize haben Strafverfolgungsbehörden, den wirklichen Schädiger/Täter zu finden und zu überführen?

<sup>27</sup> Wir betrachten – wie bereits erwähnt – den „reinen“ Fall eines Strafrechts. In diesem werden Möglichkeiten der Schadenswiedergutmachung oder einer mit dem Strafprozeß verbundenen Zivilklage ausgeblendet. Diese Fragen bedürfen einer vertieften Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann.

tiffs, then rebundle them for sale to prosecution firms, with each firm buying claims associated with the particular offenses it is litigating" (Friedman 2000: 282).

- Wenn ein Schädiger voraussichtlich keinen Schadenersatz zahlen kann, fallen die Anreize weg, gegen ihn gerichtlich vorzugehen. Ob und inwieweit ein Schädiger unfähig ist, hängt aber auch von der Rechtsordnung ab, die z. B. Sklaverei oder Entnahme von Organen verbietet. Auch kann man sich ein "bounty" System vorstellen, das zur Erhebung privater Klagen anreizt, die aber zu Kriminalstrafen führen (siehe Friedman 2000: 282). Schließlich sei auch an die "prosecution associations" im England des 18. Jahrhunderts erinnert.
- Es ist unmöglich, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die Geschädigten einen optimalen Anreiz zur Klageerhebung liefern. Zur optimalen Abschreckung kommt es auf die optimale Einstellung des erwarteten Schadenersatzes bzw. der erwarteten Strafe an. Bei Zivilklagen ist die Höhe des Schadenersatzes über den Streitwert nach oben begrenzt, aber die Verfolgungswahrscheinlichkeit hängt von der nutzenmaximierenden Entscheidung der Geschädigten ab. Im idealen Strafsystem aber kann der Staat beide Parameter – die Verfolgungswahrscheinlichkeit und die Strafe – optimal einstellen.<sup>28</sup> Dieses auf Landes und Posner zurückgehende Argument verliert an Gewicht, wenn ein Schadenersatzregime nicht mit einem idealen Strafsystem verglichen wird, sondern mit einem tatsächlich realisierten (siehe Friedman 2000: 283). Im übrigen gibt es auch Lösungen für das von Landes/Posner aufgeworfene Unmöglichkeitsproblem (siehe Friedman 2000: 283 f.), die eine private Klageerhebung für Rechtsverstöße postulieren, die gegenwärtig als Straftaten behandelt werden.

Schadensrecht stellt eine Art von Versicherung dar. Der Geschädigte erhält im Schadensfall seinen Schaden und bei Strafschadenersatz sogar mehr als den Schaden ersetzt. In Fällen, wo der Geschädigte einen Beitrag zur Reduktion der Wahrscheinlichkeit und/oder Höhe des Schadens leisten kann, leidet aufgrund der Vollversicherung der Anreiz des Geschädigten, effizienten Vermeidungsaufwand zu betreiben. Diese Art von Ineffizienz kann bei Strafen nicht auftreten, weil der Geschädigte seinen Schaden nicht ersetzt erhält. Aber möglicherweise betreibt er einen überoptimalen Vermeidungsaufwand.

---

<sup>28</sup> Wo die private Verfolgung eines Rechtsverstoßes möglich ist, könnte man unter dem Gesichtspunkt der Kontrollierbarkeit von Wahrscheinlichkeit und Sanktionshöhe die rechtsverletzende Handlung in die Kategorie unerlaubte Handlung einordnen. Wo diese optimale Kontrollierbarkeit nicht gewährleistet ist, wäre die Handlung als Straftat zu klassifizieren (siehe Friedman 2000: 286).

Eine Versicherung kann noch in anderer Weise sinnlich machen. Man provoziert Schäden in der Hoffnung, einen höheren als den tatsächlichen Schaden ersetzt zu bekommen.<sup>29</sup> Diese Hoffnung ist nicht unrealistisch, wenn man bedenkt, daß Richter imperfekte Entscheider sind.<sup>30</sup> Sie können irren, was die Person und das Verschulden des Schädigers selbst anlangt oder was die Existenz sowie die Höhe des Schadens angeht. Solch opportunistisches Verhalten von Seiten des Geschädigten ist ineffizient (gleiches gilt für opportunistisches Klagen vor Gericht). Auch diese Art der Ineffizienz kann bei Strafen nicht auftreten, weil der Geschädigte durch sie den Schaden nicht ersetzt erhält. Dies ist im übrigen ein Grund, warum es im Schadensrecht keine Wahrscheinlichkeitsmultiplikatoren gibt.

Das Deliktsrecht ist nicht immer anwendbar. Fehlgeschlagene Versuche, die keinen Schaden hervorgerufen haben, können damit nicht verfolgt werden. Gleichwohl sollten sie mit Strafe belegt werden, um von schwerwiegenden vollendeten Schädigungen abzuschrecken. Die Drohung mit Bestrafung von Versuchen erhöht die erwarteten Kosten der vollendeten Tat und reduziert deren Zahl (siehe Posner 1985: 1195).<sup>31</sup>

Wenn niemand geschädigt ist, entfällt die Möglichkeit von Schadenersatz. Man denke an Fälle des „victimless crime“ wie Zuhälterei und Prostitution, Homosexualität, Verkauf von Pornographie, Handel mit Rauschgift oder Unterbietung von staatlich festgelegten Preisen. Aber auch versuchter Mord, bei dem kein Schaden entstanden ist, ist hier zu nennen (siehe Posner 1985: 1200). Allerdings ließe sich das in Rechtsordnungen, die „punitive damage“ kennen, dadurch beheben, daß der nach der Intention des Gesetzes zu Schützende „Strafschadenersatz“ zugesprochen bekommt. Der wichtigste Grund aber, gleichwohl zur Kriminalisierung solcher Taten zu greifen, besteht darin, daß die Entdeckung kostspielig ist, wenn es kein Opfer gibt, das die staatlicherseits diskriminierte Tat berichten oder bezeugen könnte. Hier muß der Staat von sich aus die Aufklärung und Sanktionierung besorgen.

---

<sup>29</sup> Man beachte, daß dieses Argument nicht identisch ist mit dem „moral hazard“ Argument. Zu letzterem siehe Becker/Ehrlich (1972) sowie Cameron (1989).

<sup>30</sup> Imperfektes Entscheidungsverhalten der Richter beeinflusst das Verhalten der Rechtsgenossen in vorhersagbarer Weise. Siehe dazu Kirstein/Schmidtchen 1997; Schmidtchen/Kirstein 1997.

<sup>31</sup> Eine Bestrafung des Versuchs kann auf zweierlei Weise gerechtfertigt werden: Aus dem Umstand, daß der Versuch unternommen wurde, kann man auf erneute Versuche in der Zukunft schließen. Wegsperrung verhindert dies. Ein zweiter Grund besteht darin, daß die erwarteten Kosten eines Bankraubs für den Bankräuber erhöht werden, ohne die Bestrafung für den (vollendeten) Bankraub zu erhöhen. Das Recht sieht im allgemeinen vor, daß der erfolglose Täter nicht so hoch bestraft wird wie der erfolgreiche. Dafür gibt es zwei Gründe (siehe Posner 1985: 1217): Dem Täter soll ein Anreiz gegeben werden, im letzten Moment seine Meinung zu ändern und damit Schlimmeres zu verhüten. Das ist der Grundgedanke der marginalen Abschreckung (siehe auch Shavell 1985: 1245). Die Kosten des Irrtums sollen minimiert werden: die Wahrscheinlichkeit, daß der des Versuchs Verdächtige unschuldig ist, ist höher als die Wahrscheinlichkeit, daß der für eine vollendete Tat Verdächtige unschuldig ist. Ähnliche Überlegungen lassen sich für die Bestrafung des Bildens von Banden anstellen, auch wenn diese noch keine Straftaten begangen haben (siehe Posner 1985: 1218 f.).

Die Schadenersatz- und die Strafschadenersatzregelung finden ihre Grenzen, wo der Schadenersatz das Vermögen des Schädigers übersteigt. Als Ausweg verbleibt die Androhung von Freiheitsstrafen.

Wenn die Höhe des Vermögens darüber entscheidet, ob anstelle von Schadenersatz eine Freiheitsstrafe verhängt wird, dann folgt daraus, daß ein Reicher für einen Schaden von 1 Mio mit Schadenersatz davonkommt, während ein Armer in der gleichen Angelegenheit ins Gefängnis muß. Darin mag man einen Verstoß gegen die Gerechtigkeit sehen. Der Übergang von der Geldstrafe auf die Freiheitsstrafe bei Vermögenslosigkeit des Täters entspricht im Grundsatz der Realität des geltenden Strafrechts (Ersatzfreiheitsstrafe). Sie ist aber in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion unter dem Gesichtspunkt sachwidriger Benachteiligung des Vermögenslosen stark umstritten. Um beide in gleicher Weise abzuschrecken, müßte dem Reichen weit mehr als einfacher Schadenersatz abverlangt werden. Dies kann von Freiheitsstrafen für beide automatisch bewerkstelligt werden, wenn z. B. das monetäre Äquivalent eines Jahres im Gefängnis beim Armen 20.000 € und beim Reichen 20 Mio € beträgt.<sup>32</sup>

Bei Handlungen, die wir typischerweise zur Gewaltdelinquenz zählen, ist es schwieriger, einen Schaden in Geld zu ermitteln. Bei Taten mit hoher Wahrscheinlichkeit einer Tötung dürfte der zur Abschreckung optimale Schadenersatz astronomische Höhen erreichen (siehe Posner 1985: 1202). Das ist der Grund, warum das Schadensrecht in Fällen angezogen wird, wo das Risiko einer Tötung gering ist, z. B. im Straßenverkehr. Wo das Risiko hoch ist, wie bei der Gewaltdelinquenz, verläßt man sich auf Freiheitsstrafen. Geldstrafen scheiden aus, weil auch deren optimales Abschreckungsniveau astronomische Höhe erreichen würde.

### III. Stigmatisierung und "moral condemnation"

Nach Ansicht Heike Jungs konstituieren drei Merkmale die Strafe: „Stigma, Zwang und Verlust, früher hätte man von Pein gesprochen, machen die Strafe aus“. Hier kommt es auf den wechselseitigen Verbund an: "Isoliert betrachtet enthalten sie keine Aussage, die nur für die Strafe gültig wäre" (Jung 2002: 21). Zwang und bestimmte Formen des Verlustes dürften auch zivilrechtlichen Sanktionen zu eigen sein.<sup>33</sup> Stigma (Brandmarkung) und Tadel aber so-

---

<sup>32</sup> Zu einer vertieften Diskussion dieses Punktes siehe Friedman 2000: 233.

<sup>33</sup> "Das Modell von Zwang und Unterwerfung eignet freilich nicht nur der Strafe, sondern die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung ist sozusagen ein Charakteristikum von Recht und rechtlicher Regelung. Hier spüren wir eine gewisse Durchlässigkeit zu anderen Rechtsnachteilen, die gleichfalls zwangsweise durchgesetzt werden können." (Jung 2002: 20.) Und weiter: "Der allgemeine Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit von Recht läßt die Verbindungslinien zwischen Strafe und Schadenersatz hervortreten. Das in der

wie bestimmte Formen der Pein, man denke an Körper- und Freiheitsstrafen, machen die Sondernatur der strafrechtlichen Sanktion aus. Für Jung ist das Stigma wesentlich: "Der Gedanke des Verbundes schließt freilich nicht aus, daß wir unsere Aufmerksamkeit vorzugsweise dem Element des Stigma zuwenden sollten. Darin liegt auch der richtige Kern der Feststellung einer neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach es zur Beurteilung ... in erster Linie auf das im Schuldspruch konkretisierte Unwerturteil über Tat und Täter ankommt ..." (Jung 2002: 21 f.). Hier erheben sich zwei Fragen: (1) Sollte man aus einem Schuldspruch tatsächlich ein Unwerturteil über den Täter herauslesen? (2) Das Element des Stigma leistet zwar die Abgrenzung zu anderen Sanktionsformen,<sup>34</sup> aber paßt eine auf Stigma basierende Sanktion noch in die heutige Zeit? Ist Stigmatisierung zielführend, wenn man an das Ziel der Resozialisierung von Straftätern denkt? Gewiß, Stigmatisierung liefert eine Information über den Betroffenen, die für jene, die mit ihm in Zukunft zu tun haben werden, wertvoll ist. Sie sagt ihnen "Sei vorsichtig, die Person ist (vor)bestraft". Im Gegensatz zu Tadel, dem eine kommunikative und expressive Komponente eignet (Bewertungsfunktion der Strafe), die sich auf den Täter als Adressaten richtet, soll Stigmatisierung Außenwirkung entfalten. Ökonomen würden die Vorteile von Stigma als ein öffentliches Gut bezeichnen. Die Nutzung der Information ist nicht rivalisierend und niemand kann von ihr ausgeschlossen werden (das war auch der ökonomische Zweck des Prangers; man kann Stigmatisierung nicht ohne Pranger haben, wenn auch die Formen des letzteren sich mit der Zeit verändern). Aber damit grenzt man Täter aus, und zwar unabhängig davon, ob die Strafe angemessen ("nicht über Gebühr hart") ist und nicht unter die Kategorie der Schamstrafen fällt (zur Kritik siehe Jung 2002: 19). Jung schreibt: "Tadel und damit auch Stigma sind in der praktischen Kriminalpolitik nicht einfach zu handhaben. Auf das Maß kommt es an" (Jung 2002: 19). Aber ist es nicht - unabhängig von Maß und Mitte - schlicht kontraproduktiv, Straftäter, die man wieder in die Gesellschaft einbeziehen möchte, zu stigmatisieren? Man denke an die Diskussion um "Sarah's Law" in England, nach dem die Behörden die Pflicht hätten, darüber zu informieren, daß ein Sexualstraftäter in der Nachbarschaft wohnt. Jung sieht in den Schamstrafen und

---

Durchsetzbarkeit angesprochene Element des Zwangs ist eben nicht nur der Strafe eigen, was nicht heißen soll, daß Zwang im Zivilrecht und im Strafrecht gleich aussähe" (Jung 2002: 25).

<sup>34</sup> "Die Annahme, das Zivilrecht sei gewissermaßen moralisch aseptisch, scheint mir indessen verfehlt." (Jung 2002: 30.) Auch das Zivilrecht bedient sich der Stigmatisierung durch Publizität, die etwa durch in das Licht der Öffentlichkeit gerückte Zivilprozesse erzeugt wird (siehe Jung 2002: 31). "Jedenfalls gibt es Überschneidungen zwischen Strafe und Schadenersatz, was nicht heißt, daß man beide unbedacht gleichsetzen kann. Dies gilt auch ... dort nicht, wo beide auf eine Geldzahlung hinauslaufen. Sucht man nach der differentia specifica, so wird man sie am ehesten darin angelegt sehen, daß das Strafrecht in Kategorien des Vorwurfs eben jener 'moral censure' denkt und daß es diesen Vorwurf, zumindest tun dies die präventiven Modelle, gezielt zur Steuerung einsetzt ..." (Jung 2002: 30).

im Konzept des "integrative shaming" Fehlentwicklungen: "Statt gegenzusteuern, tragen sie zur Perpetuierung desintegrierender Emotionen bei. Der Pranger läßt grüßen" (Jung 2002: 19). Aber das gilt auch für Stigmatisierung in „weicher“ Form: Stigma und soziale Ächtung sind zwei Seiten einer Medaille – sie können leicht außer Kontrolle geraten.

Wenn nach allem Stigma ein zweifelhaftes Element einer Strafe ist, dann ist aber genau das Element problematisch, das die Strafe vom Schadenersatz unterscheidet – was unter diesem Gesichtspunkt für eine Substitution des Strafrechts durch das zivilrechtliche Deliktsrecht sprechen würde. Selbst wenn man bestimmte Formen der Stigmatisierung ablehnt, die auf entwürdigende Schamstrafen zurückgreifen (siehe Jung 2002: 19), und eher auf die expressive Komponente der Strafe im Sinne von Tadel (moral censure), Mißbilligung, Denkwort, abhebt, so bleibt doch ein Unbehagen. Auch sonst wird im Recht das Prinzip verfolgt, zum Schutz eines Rechtsgutes die vergleichsweise mildere Sanktion zu wählen. Eine Begründung der Notwendigkeit von Strafe damit, daß nur diese im Vergleich zu Schadenersatz Stigmatisierung erzeugt, steht deshalb auf schwachen Füßen. Ein weiterer Faktor kommt hinzu: Stigma ist kein geeignetes Mittel, um gegen Rechtsverstöße vorzugehen, deren Zahl man beschränken, die man aber nicht eliminieren möchte, weil dies mit zu hohen Opportunitätskosten verbunden wäre; man denke an Straßenverkehrsunfälle. Würde man hier Stigmatisierung einsetzen, dann könnte es zur Überabschreckung kommen, zumal der Grad an Stigmatisierung – anders als bei der Höhe der Geldstrafe oder der Länge der Freiheitsstrafe – nicht vom Justizsystem gesteuert werden kann. Bei Mord z. B. spielt Überabschreckung keine Rolle, weil die gesellschaftlich erwünschte Höhe von Morden Null ist.<sup>35</sup>

Stigma ist eine Form der Bestrafung, die zwar Kosten für den Täter verursacht (neben den Kosten z. B. eines Gefängnisaufenthaltes selbst), aber gesellschaftlich negative Nettokosten aufweist. Stigma stellt eine Information zur Verfügung, die für andere wertvoll ist. Negative Nettokosten ergeben sich dann, wenn der Wert der Information höher ist als die Kosten für den Stigmatisierten (zu Beispielen siehe Friedman 2000: 231 f.). Insofern Stigma als Strafe angesehen wird, verändert sich die Funktion eines Gerichtsprozesses: er dient weniger der Bereitstellung von Strafe als der Bereitstellung von Information. Allerdings kann Stigma sehr ineffizient sein, wenn man daran denkt, daß auch ein Unschuldiger (irrtümlich) stigmatisiert werden kann. Weil Stigmatisierung im Strafrecht eine größere Rolle spielt als im Zivilrecht,

---

<sup>35</sup> Die gesellschaftlich erwünschte Höhe läßt sich unter der Annahme ermitteln, daß die Kosten zur Realisierung dieser Höhe Null sind. Bei Mord ist die erwünschte Höhe Null. Bei Autounfällen ist sie positiv, weil man eine Rate von Null nur erreichen kann, wenn man den Autoverkehr verbietet, womit der Nutzen des Autofahrens verlorengehe (siehe Friedman 2000: 291).

ergibt sich hieraus eine weitere Begründung für die höheren prozessualen Anforderungen für den Schuldnachweis (siehe Friedman 2000: 232).

#### **D. Warum wir beides brauchen – Strafrecht und Schadensrecht**

Aus den bisherigen Ausführungen könnte man den Eindruck gewinnen, daß auf der Bühne der Prävention dem zivilrechtlichen Deliktsrecht die Rolle des Hauptdarstellers zufällt und das Strafrecht lediglich eine Nebenrolle spielt, die dazu dient, dort das Stück wieder voranzubringen, wo der Hauptdarsteller versagt.

Tatsächlich aber ist die Beziehung zwischen Zivilrecht und Strafrecht nur unvollkommen durch die Rollenverteilung "Zivilrecht = Hauptrolle" und „Strafrecht = Nebenrolle" beschrieben. Beide wirken arbeitsteilig an der Verwirklichung der Rechtsordnung mit. Aber wie jede Arbeitsteilung sollte auch diese nach dem Prinzip der komparativen Kostenvorteile erfolgen. Dies leuchtet dem sofort ein, der erkennt, daß Rechtsregeln das Verhalten von Menschen an unterschiedlichen Fronten beeinflussen. Die drei wichtigsten sind: Anreize, Unrecht zu tun; Anreize, Unrecht zu verfolgen, und Anreize, sich vor Unrecht zu schützen. Schadenersatz mag bezüglich einer Dimension des Verhaltens der Strafe überlegen sein, aber bezüglich einer anderen unterlegen. Ein einfaches (Extrem-)Beispiel soll den Grundgedanken erläutern (siehe dazu Friedman 2000: 293). Man betrachte die Anreize, sich vor Schaden zu schützen. Wenn eine Handlung als unerlaubte Handlung eingestuft wird, dann erleidet der Geschädigte einen Schaden, aber er erhält eine Forderung auf Ersatz. Im Schadenersatzregime ist er gewissermaßen versichert, im Strafrecht nicht. Folglich sind seine Anreize, Vorkehrungen zur Schadensvermeidung zu ergreifen, geringer als bei einem Strafrechtsregime. Das führt zur Ineffizienz, wenn die Kosten zur Vermeidung des Schadens niedriger sind als der Schaden selbst. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich unter bestimmten Voraussetzungen – nämlich kostenlose Verfolgung und Durchsetzung von Strafrecht und Zivilrecht – das kontraintuitive Ergebnis herleiten, daß Autounfälle bestraft und Diebstahl mit Schadenersatz belegt werden sollten. Aber diese Folgerung muß nicht auch für andere Dimensionen des Verhaltens gelten: " Of course, there is no guarantee that we would reach the same conclusion if we analyzed the question in terms of incentives on other margins – for example, the incentive of the victim (under tort law) or the public prosecutor (under criminal law) to prosecute the offense. If it turns out that tort law gives the right incentives for some decisions by some parties and criminal law gives the right incentives for other decisions by other parties, we are left with no clear answer in theory to the question of which offenses should be under which legal system – and the dif-

ficult practical problem of trying to figure out which of the two imperfect solutions we should prefer." (Friedman 2000: 295.)

Gleichwohl wird man, was das Strafrecht anlangt, von einem Verlust an eigenständiger, vom Zivilrecht unabhängiger, Existenzbegründung sprechen können. Dazu hat die Strafrechtswissenschaft und die Strafpraxis vermutlich in dem Maße beigetragen, in dem der Vergeltungsgedanke einer Strafe in den Hintergrund gerückt wurde. Vergeltung kann niemals im Wege des Schadenersatzes bewirkt werden. Allerdings ließe er sich einbauen, wenn man an das Institut der "punitive damages" denkt, die dann allerdings nur am Rande mit dem Abschreckungsziel motiviert würden. Es ist der Rechtsverstoß als solcher, der unabhängig vom materiellen Schaden zu vergelten wäre. Zwar mag mit einer derartigen Erweiterung eine Auflösung des zivilrechtlichen Schadensbegriffs verbunden sein, aber dem könnte grundsätzlich durch dogmatischen Umbau begegnet werden.

### Literatur

- Albrecht, P.-A. (1992): Strafrecht – ultima ratio, Baden-Baden [Nomos-Verl.-Ges.].
- Becker, G. S., I. H. Ehrlich (1972): Market Insurance, Self-Insurance and Self-Protection, in: Journal of Political Economy 80: 623 – 648.
- Calabresi, G., D. A. Melamed (1972): Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, in: Harvard Law Review, Vol. 85: 1089 – 1128.
- Cameron, S. (1989): Victim Compensation does not Increase the Supply of Crime, in: Journal of Economic Studies 16: 52 – 59.
- Coase, R. (1960): The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, 3, 1 – 44.
- Coleman, J. (1988): Rethinking the theory of legal rights, in: Coleman, J.: Markets, Morals and the Law, Cambridge: ch. 2, 28 – 63 [Cambridge University Press].
- Coleman, J. (1988): Crimes, kickers, and transaction structures, in: Coleman, J.: Markets, Morals and the Law, Cambridge: ch. 6, 153 – 165 [Cambridge University Press].
- Easterbrook, F. H. (1983): Criminal Procedure as a Market System, in: Journal of Legal Studies, Vol. XII: 289 – 332.
- Eidenmüller, H. (1995): Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen.
- Entorf, H. (1999): Ökonomische Theorie der Kriminalität, in diesem Band.

- Fletcher, G. P. (1985): A Transaction Theory of Crime, in: Columbia Law Review, Vol. 85, Oct. 1985, No. 6: 921 – 930.
- Friedman, D. (2000): Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why It Matters, Princeton [Princeton University Press].
- Jung, H. (2002): Was ist Strafe? Ein Essay, Baden-Baden [Nomos-Verl.-Ges.].
- Kirstein, R., N. Rickman (2002): ‚Third Party Contingency‘ contracts in settlement and litigation, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Discussion Paper 2002-11.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (1997): Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, in: International Review of Law and Economics 17: 509 – 520.
- Klevorick, A. K. (1985a): Legal Theory and the Economic Analysis of Torts and Crimes, in: Columbia Law Review, Vol. 85, Oct. 1985, No. 6: 905 - 920.
- Klevorick, A. (1985b): On the economic theory of crime, in: Pennock, J. R., J. W. Chapman (eds.): Criminal Justice: Nomos XXVII: 289 – 312 New York: New York University Press].
- Klevorick, A. (1998): Crime as a distinct category of behaviour, in: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, vol. 1: 542 – 546 [London, Basingstoke: Macmillan].
- Koboldt, Chr. (1995): Ökonomik der Versuchung, Tübingen.
- Koboldt, Chr., M. Leder, D. Schmidtchen (1995): Ökonomische Analyse des Rechts, in: Berthold, N. (Hrsg.): Allgemeine Wirtschaftstheorie, München: 355 – 384.
- Krauss, M. (2000): Property Rules vs. Liability Rules, in: Bouckaert, B., G. de Geest (eds.): Encyclopedia of Law and Economics, vol. 2: 782 – 794 [Cheltenham: Edward Elgar].
- McChesney, F. S. (1993): Boxed In: Economists and Benefits from Crime, in: International Review of Law and Economics 13: 225 – 231.
- Müller-Dietz, H. (1987): Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - Am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (§ 56 Abs. II Nr. 1 StGB), in: Jahr, G. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Dietrich Schulz, Köln u. a., S. 253 – 269.
- Ogus, A. (1994): Regulation. Legal Form and Economic Theory, Oxford.
- Ott, C., H.-B. Schäfer (1999), Hrsg.: Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen: 131 – 155.
- Polinsky, M., St. Shavell (1998): Public Enforcement of Law, in: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, vol. 3: 178 – 187 [London, Basingstoke: Macmillan].

- Posner, R. A. (1985): An Economic Theory of Criminal Law, in: Columbia Law Review, Vol. 85, Oct. 1985, No. 6: 1193 – 1231.
- Rose-Ackerman (1998): Inalienability, in: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, vol. 2: 268 – 273 [London, Basingstoke: Macmillan].
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (1997): Abkoppelung der Prozeßkosten vom Streitwert? Eine ökonomische Analyse von Reformvorschlägen, in: Prütting, H. H. Rüßmann (Hrsg.): Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lüke, München: 741 – 766.
- Schmidtchen, D. (1999): Wozu Strafrecht? Einige Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, in: Ott, C., H.-B. Schäfer (Hrsg.): Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen: 49 – 70.
- Shavell, St. (1985): Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent, in: Columbia Law Review, Vol. 85, Oct. 1985, No. 6: 1232 – 1262.
- Tullock, G. (1967): The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft, in: Western Economic Journal 5: 224 - 232.
- Wadle, E. (1996): Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens, in: Fried (Hrsg.): Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und spätem Mittelalter, Thorbecke, Sigmaringen.