

Schwierigkeiten bei der Rechtfertigung des Strafrechts

Autor(en): **Pothast, Ulrich**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy**

Band (Jahr): **44 (1985)**

PDF erstellt am: **12.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-883124>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Das Problem des Strafrechts: Verantwortlichkeit und sozialer Wandel / Le problème du droit pénal: responsabilité et évolution sociale

Studia Philosophica 44/1985

ULRICH POTHAST

Schwierigkeiten bei der Rechtfertigung des Strafrechts

1. *Das Strafrecht ist ein Teil des Rechts, der in hohem Mass, wahrscheinlich in höherem Mass als andere Rechtsgebiete, seinerseits der Rechtfertigung bedarf.*

Strafen ist eine bestimmte Weise des Handelns gegenüber Personen, die sich gegen Normen oder Erwartungen vergangen haben. Das staatliche Strafen ist die institutionalisierte, im Namen der Gemeinschaft ausgeübte Einschränkung von Grundrechten Einzelner. Die Rechtseinschränkung reicht von leichten Formen (Geldstrafe) bis zu Behandlungsweisen, durch die ganze Lebensläufe permanent in eine Richtung gezwungen werden, welche die bestrafte Person nicht will und welche die Entfaltung dieser Person, das Verfolgen ihrer Wünsche nach Glück, sozialer Anerkennung, beruflicher Befriedigung, persönlicher Entwicklung auf einen schmerzlichen engen Bereich, nämlich das Leben in einer geschlossenen Anstalt, limitieren können. Es ist anerkannt, dass speziell die Freiheitsstrafe, wie sie von Staats wegen ausgeübt wird, die ihr unterworfenen Individuen häufig mit schweren Schäden zurücklässt. Man kann diese Schäden «Schäden an der Person» nennen. Dazu gehört potentiell das Abschneiden menschlicher Verbindungen, in denen der Bestrafte ein Mindestmass an sozialer Zuwendung erfährt, die Zerstörung von fremder Achtung und Selbstachtung, schliesslich in vielen Fällen die Zerstörung der Fähigkeit, ausserhalb der Anstalt oder des kriminellen Milieus wieder «auf die Beine zu kommen». Staatliches Strafen sondert aus der Gemeinschaft eine bestimmte Menge von Individuen aus und tut mit ihnen etwas, das ein Einzelner diesen Personen gerade *nicht* zufügen dürfte. Der Staat greift im Namen der Gemeinschaft einschränkend und oft schädigend in die Lebensläufe Einzelner ein, in Formen, die ihrerseits ausserhalb des institutionellen Rahmens nicht erlaubt wären. Diese Handlungen des Staates bedürfen offensichtlich in hohem Mass der Rechtfertigung.

Korrespondenzadresse: Prof. Dr. Ulrich Pothast, Listerstrasse 24, D-3000 Hannover 1

2. *Das moralische Problem des Strafrechts im allgemeinen kann man auf die Formel bringen: Wodurch lässt es sich moralisch vertreten, dass bestimmte Individuen von Staats wegen eingeschränkt und zum Teil bis in tiefe Bereiche ihrer Persönlichkeit hinein geschädigt werden, während anderen Individuen (der Mehrzahl) das nicht geschieht?*

Das Problem kann auch die Gestalt eines Verteilungsproblems für bestimmte soziale Güter annehmen. Als solche Güter kommen zum Beispiel in Frage: soziale Schätzung, menschliche Zuwendung, Ehre, freie Disposition über den eigenen Lebenslauf, Entfaltung der Person nach eigenen Vorstellungen. Von diesen Gütern erhalten einige Personen ein sehr hohes Mass (sie leben in Wohlstand, Achtung und Selbstachtung), anderen Personen wird mit Beteiligung des Staates ein sehr niedriges Mass dieser Güter verordnet (sie leben als Missachtete am unteren Rand der sozialen Leiter, verbringen einen erheblichen Teil ihrer Lebenszeit in der Anstalt, kommen nie zu hinreichend viel Erfolg und Kontinuität, um eine stabile Stellung innerhalb des Gemeinwesens zu erwerben). Das Rechtfertigungsproblem stellt sich dann als die Frage nach dem Recht einer von Staats wegen hergestellten Ungleichheit unter den Menschen.

Auch wenn man, wie etwa John Rawls in *A Theory of Justice*, in Sachen Strafrecht den Verteilungsgesichtspunkt nicht anerkennt und Strafen im günstigen Fall allein als eine Angelegenheit der Durchsetzung einer als gerecht erkannten Ordnung betrachtet, bleibt doch die Schwierigkeit, dass diejenigen, gegen die die Ordnung durchgesetzt wird, einen moralischen Anspruch darauf haben, dass ihre Grundrechte nur in einem rechtfertigbaren Rahmen eingeschränkt werden und dass die Schäden an Lebenslauf und Person, die sie beim Bestraftwerden erleiden, als schwere staatlich hergestellte Ungleichheiten nur so weit für moralisch richtig gefunden und in der Praxis zugefügt werden, wie eine Rechtfertigung dafür sich liefern lässt. Die bloße Feststellung, dass eine als gerecht erkannte Ordnung (ganz gleich, wie man zu dieser Erkenntnis gekommen sein mag) sich auch gegen Personen, die sie stören, durchsetzen darf, sagt noch nichts über die Weise der Durchsetzung; sie sagt noch nicht einmal etwas darüber, ob Strafen notwendig zu den Mitteln solcher Durchsetzung zu zählen habe. Es besteht kein logischer Zusammenhang zwischen dem Gedanken einer als gerecht erkannten Ordnung des Zusammenlebens vieler Menschen in einem Gemeinwesen und der Idee der Strafe als Mittel ihres Schutzes oder ihrer Durchsetzung. Das ältere Gedankengut zur Frage der Strafe räumt in der Regel auch ein, dass Strafen, weil es sich um ein gegen eine Person gerichtetes Übel handelt, nur da ohne Vorbehalt moralisch am Platz sein kann, wo diese Person die Strafe als solche wie auch ihre Höhe persönlich verdient hat. Das heisst, die Strafe als Mittel der sozialen Selbsterhaltung von Gemeinwesen ergibt sich nicht mit zeitunabhängiger Notwendigkeit

aus dem Bedürfnis solcher Selbsterhaltung, sondern das Recht ihrer Anwendung stützt sich, wenn überhaupt auf irgend etwas, dann auf spezielle Voraussetzungen, von denen mir das persönliche Verdienen die stärkste und wichtigste zu sein scheint.

3. *Es gibt eine Reihe klassischer Rechtfertigungsversuche für die Institution der staatlichen Strafe. Je nach der Strategie, die der Rechtfertigende einschlägt, verändert sich der Sinn, welcher der Strafe gegeben wird. Die Mehrzahl der Rechtfertigungsversuche erkennt an, dass die Rechtfertigung unter anderem von einer kritischen Prämisse abhängt; eine Formulierung für diese Prämisse lautet: «Der zu Bestrafende hätte in der Situation, in der er rechtlich falsch handelte, auch anders handeln können. Er hatte die Wahl zwischen dem rechtlich Erlaubten und dem rechtlich Verbotenen.»*

Ich verzichte auf eine Übersicht über die diversen Straftheorien; sie sind bekannt genug. Es scheint mir hier nur wichtig, dass auch die Theorien, die in der Strafe ein reines Mittel der sozialen Steuerung sehen, zumindest bei ihren Aussagen zur individuellen Verteilung und zur Bemessung dieses Mittels darauf zurückkommen müssen, dass es immer bestimmte Individuen sind, gegen die die Strafe verhängt wird, dass diese Individuen eine sogenannte Straftat begangen haben müssen, wenn es rechtens sein soll, sie zu bestrafen, und dass sie diese Tat in bestimmter Weise begangen haben müssen, nämlich, wie es etwa im deutschen Recht heisst, *schuldhaft*. Spätestens da, wo es um das Zuschreiben von Schuld geht (die die Basis für die Strafwürdigkeit bestimmter Einzelner und die Hauptgrundlage für die Bemessung der Strafe abgibt), nehmen alle Straftheorien, die ich mir zur Kenntnis bringen konnte, neben der Fähigkeit des «Täters», das Unrechte seiner Handlung zu erkennen, auch einen Sinn (manchmal mehrere) der genannten Prämisse in Anspruch, deren Kurzfassung man angeben kann als «Der zu Bestrafende hätte anders handeln können». Der Rückgriff zeigt sich in seiner Minimalform daran, dass dann, wenn diese Prämisse in wenigstens einem bestimmten Sinn verneint werden kann, auch keine Schuld zugesprochen und folglich keine Strafwürdigkeit unterstellt wird. Die Verneinung der Prämisse in diesem Sinn gilt schon sehr alten Dokumenten des philosophischen Nachdenkens über Strafe als Entschuldigungsgrund: Wenn gezeigt werden kann, dass die in Frage stehende Person aus Gründen manifesten Zwanges keine Möglichkeit hatte, anders zu handeln, als sie handelte, gilt sie als schuldlos und soll straffrei ausgehen.

Die Unterstellung, dass der zu Bestrafende in der Situation seines Handelns auch anders hätte handeln können, ist der Ort, wo für viele Philosophen und einige Strafrechtslehrer die Frage der sogenannten Willensfreiheit relevant wird. Mindestens aber wird relevant die Frage, in welchem Sinn jenes Anders-Handeln-Können zu verstehen ist, auf das sich die Zuschreibung von Schuld und also Strafwürdigkeit stützen muss.

Es ist bekannt, dass nicht nur die Debatte über die Art menschlicher Freiheit oder Unfreiheit in solchen Situationen ans Unübersehbare grenzt, sondern inzwischen auch schon die Debatte über den präzisen Sinn oder die verschiedenen präzisen Sinne des einfachen Satzes «Er (sie) hätte anders handeln können». Spätestens hier scheint mir deutlich, dass das primär thetische Verfahren, dessen ich mich in diesem Papier bediene, für gegebenes Thema und gegebene Zeit kaum zu vermeiden ist.

4. Diejenigen Versionen der zitierten Prämisse, die sie als Zuschreibung einer Fähigkeit zum kontrakausalen oder ausserkausalen Handeln verstehen, zum willentlichen und spontan geschehenden Sich-Erheben über die Bedingungen der eigenen Geschichte sowie die Gesetzmässigkeiten von Physiologie, Psychologie, Soziologie und was noch in Frage kommt, halte ich für unbewiesen und praktisch unbeweisbar. Die in unserem Jahrhundert extrem populäre schwache Auslegung der Prämisse im Sinn von «Der zu Bestrafende hätte anders gehandelt, wenn andere Bedingungen (einschliesslich einer anderen Persönlichkeitsstruktur) vorgelegen hätten» halte ich zwar als Behauptung für vertretbar, aber auch für untauglich, eine Rechtfertigung des Strafrechts als Institution der staatlich verordneten Einschränkung und Schädigung bestimmter Einzelner zu tragen.

Wo in den Rechtfertigungsversuchen für das Strafrecht beim Konzept der Schuld die klassische Willensfreiheit als gegeben vorausgesetzt wird, erscheint jenes Schuldkonzept auf dieser Grundlage in gewissem Umfang plausibel und eine gegen das Individuum gerichtete Strafe, die der Schwere seiner Tat ungefähr entspricht, erscheint als verteidigbar, wenn nicht sogar als geboten. Die Auffassung fand ihre klassische Version in Kants Forderung, dass «jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind» (MdS, Ak. Ausg. VI, 333). Für Kant ist das Prinzip eines Strafrechts, das diese Zuordnung von Tat und Strafe, wie die Tat es wert ist, verbürgt, ein *kategorischer Imperativ*; das heisst, dass für ihn jede Vermischung des Strafens mit Zwecken der sozialen Steuerung nicht nur als falsch, sondern als moralisch irreführend und verwerflich dasteht. Nur hat die von Kant vorausgesetzte, sehr stark bestimmte Freiheit des menschlichen Willens heute sehr viel weniger Plausibilität, als sie noch für Kant haben konnte. Soweit meine Übersicht reicht, erscheint mir die These einer kontrakausalen oder ausserkausalen Willensfreiheit bei existierenden Verteidigungsversuchen sogar als gänzlich unplausibel. (Schon Kant war sich nicht sicher, ob sie sich beweisen lasse. In den Arbeiten, in denen er von der Freiheit als Postulat der reinen praktischen Vernunft spricht, bedient er sich eines Verfahrens, das die blosse, in der Erkenntnistheorie sichergestellte *Möglichkeit*, uns für frei zu halten, mit moralischen Motiven ergreift und in einem Akt der moralischen Dezsision positiv Stellung nimmt. Auf dieser

Basis allein wäre aber schon bei Kant das Strafrecht ungerechtfertigt; denn die Motive des moralischen Selbstverständnisses, die zum Postulat der Freiheit führen, mögen zwar gut genug sein, mich selbst beim Handeln für frei zu erachten; sie reichen auf keinen Fall mehr aus, wo es darum geht, andere im Namen einer postulierten Freiheit strafend zu schädigen. Die Juristen unter Ihnen kennen vielleicht diesen charakteristischen Missbrauch der Kantischen Postulatenlehre in einigen Lehrbüchern des Strafrechts.)

Kann man bei der Zuschreibung von Schuld keine Willensfreiheit im Sinn einer Fähigkeit zu kontra- oder ausserkausalem Handeln mehr voraussetzen, dann bleibt unter mehreren Möglichkeiten die schwache und, wie gesagt, populäre Auslegung, für die in unserem Jahrhundert z.B. G.E. Moore, Moritz Schlick, Alfred Ayer klassische Darstellungen gefunden haben:

Die Aussage des Anders-Handeln-Könnens wird zu einer Aussage darüber, dass bei anderen Ausgangsbedingungen auch andere Handlungen zustandekommen; Strafe wird zum Mittel des Herbeiführens anderer Ausgangsbedingungen in einer hoffentlich besseren Zukunft. Zu den wichtigsten veränderbaren und durch Strafe zu verändernden Ausgangsbedingungen gehören die Persönlichkeitsstrukturen («der Wille») des «Täters» sowie anderer Personen, die durch die Kenntnis des Bestrafungsvorgangs sekundär beeinflusst werden sollen. Es ist charakteristisch für viele Denker dieser Richtung, dass sich trotz veränderter Auffassung in Sachen Freiheit nichts an dem Gedanken einer persönlich verdienten Strafe, eines persönlich verdienten Übels, ändert. Eben dies scheint mir unangemessen und auf beängstigende Weise versimpelt zu sein: Man kann nicht die Freiheit als Voraussetzung von Strafe auf ein blosses Bedingungsverhältnis zwischen anderen möglichen Ausgangssituationen und anderen sich daraus ergebenden Handlungen abschwächen und gleichzeitig die Unterstellung des persönlichen Verdienens von Leid festhalten. Auf dieser Grundlage wird für meine Wahrnehmung der Gedanke einer persönlich gerichteten, an der Tat bemessenen und auch nur irgendwie verdienten Strafe vollkommen fragwürdig. Denn die Vorstellung des Verdienens von Leid und Schädigung setzt für mich im Wort «verdienen» eine Form des gerechten Austeilens voraus. Und solange keine besseren Gründe für ein Verdienen von Strafe geliefert werden als sinngemäss die Mitteilung: Wärest du eine andere Person gewesen, dann hättest du anders gehandelt – solange sehe ich keinen Anlass zu glauben, dass es in einem plausiblen Sinn gerecht sein könnte, dass einige, weil sie so sind, wie sie sind, ein hohes und dauerhaftes Mass an Leid verordnet bekommen, andere dagegen ein hohes Mass an Selbstgenuss und Achtung, und zwar gleichfalls dafür, dass sie so sind, wie sie sind. Eine solche Auffassung wäre für mich nur akzeptabel bei einem Bild der Person, nach dem wir uns in allen relevanten Punkten zu denen machen und gemacht haben, die wir sind. So etwas wird aber weder von den jetzt gemeinten Den-

kern behauptet, noch wäre es auf ihrer Basis verteidigbar, denn es setze in erheblichem Umfang die Fähigkeit zum willentlichen Heraustreten aus kausalen Zusammenhängen voraus. Viele Denker dieser Richtung halten die bloße These einer solchen Fähigkeit schon für unsinnig oder unklar; keiner von ihnen hält sie für wahr.

Ich unterlasse jetzt das Herbeiziehen weiterer Interpretationen der Freiheitsprämisse. Es gibt eine Mehrzahl von Versuchen, das Konzept der Freiheit im Augenblick des Handelns anders zu deuten als die, die jetzt genannt sind. So weit ich sehe, fallen sie alle unter die angedeutete Disjunktion: Entweder unbeweisbar oder für das Strafrecht nicht legitimationskräftig.

5. Wenn es keinen Sinn der Freiheitsprämisse gibt, in dem sie sowohl beweisbar als auch in Sachen Strafrecht legitimationsfähig ist, scheinen mir für die Rechtfertigung staatlicher Strafe nur noch die Strategien übrig zu bleiben, die Strafe sinngemäss als ein Übel anerkennen, das leider bis auf weiteres in der Rolle eines Stabilisierungs- und Selbsterhaltungsmittels von Gemeinwesen unverzichtbar ist, das aber in sich, unabhängig von dieser geschichtlich gebundenen Funktion, eine Form des Unrechts darstellt. Solche Strategien versuchen nur noch, Strafe relativ zu den Bedingungen des Zusammenlebens vieler Menschen in einem Gemeinwesen und zur gegenwärtigen Phase in der Geschichte der Menschengattung zu rechtfertigen.

Ich fasse solche Versuche zusammen mit dem Wort «pragmatisch». Es scheint mir, dass das pragmatische Deuten von Strafe gut auf metaphysische Freiheitsvorstellungen verzichten kann, wenn es auf das zugeordnete, in ähnlicher Weise als metaphysisch kritisierbare Konzept des persönlichen Verdienens von Leid bei gegebener Schuld verzichtet. Es ist allerdings aus den Überlegungen zur Gestaltung des Strafrechts bekannt und auch einleuchtend, dass ein Ablösen der Strafe von der Person, die gehandelt hat, und ein Fallenlassen der Richtlinie, dass die Schwere der Strafe sich im Prinzip nach der Schwere des Vergehens bemessen soll, sehr schnell zu Praktiken führen können, die wir als komplett ungerecht empfinden würden. Strafen kann schwerlich auf einleuchtende Weise als pures Mittel einer sozialen Lenkungstechnik eingesetzt werden.

Hier zeigt sich zunächst ein Dilemma, das mir für den Gedanken der Strafe heute typisch zu sein scheint: Strafe als Zufügung persönlich verdienten Leides scheint mir nur voll gerechtfertigt zu sein, wo ich etwas wie ausserkausale Freiheit voraussetzen kann. Das kann ich nicht. Halte ich trotzdem wegen historisch gegebener Bedingungen des Gemeinwesens an einer Praxis des Strafens fest, weil ich keinen anderen Weg sehe, und wähle ich eine ausschliesslich pragmatische Deutung, dann führt der Gedanke des Strafens trotzdem noch die Forderungen der persönlichen Zuordnung und die des

Bemessens an der Tat mit sich. Beide Forderungen lassen sich aber wirklich befriedigend nur rechtfertigen bei Unterstellung des persönlichen Verdienstes, der frei zugezogenen Schuld und der zuletzt ausserkausalen Freiheit. Dies ist einer von mehreren gedanklichen Gründen dafür, dass gegenwärtig bei den Theoretikern der Strafe so oft davon gesprochen wird, dass Strafe eine Mehrzahl von Funktionen erfülle und ihre Rechtfertigung nur als *Kompromiss* verschiedener, einander widerstrebender (wenn nicht widersprechender) Deutungen möglich sei. Das Zugeständnis, dass man verschiedene gegenläufige Funktionen und Deutungen in einen Kompromiss zu bringen habe, wenn man Strafe recht verstehen wolle, scheint mir aber gleichbedeutend zu sein mit der Mitteilung, dass man eine wirklich kohärente Theorie, geschweige denn Rechtfertigung des Strafens nicht besitzt.

Immerhin denke ich, dass, wenn es überhaupt eine Rechtfertigung des Strafens gibt, sie am ehesten da zu finden sein wird, wo jemand eingesteht, dass es sich um eine moralisch fragwürdige und unvollkommene Sache handelt, zugleich aber vermutet, dass gegenwärtig existierende Gemeinwesen sich ohne eine Institution dieser Art nicht im Gleichgewicht halten können. Strafe wird aufgefasst als eine Form der Notwehr von Gemeinwesen, bei der die Gemeinwesen Regeln, welche sie sonst für gültig halten, selbst verletzen, und zwar nicht mit dem Anspruch, dabei voll im Recht zu sein, sondern gerade mit der Feststellung, dass es sich um ein moralisches Dilemma handelt, aus dem ein moralisch glatter Ausweg gegenwärtig nicht zu finden ist.

Unter solchen Bedingungen kann jemand noch in der Strafe eine Mehrzahl von Funktionen oder Wirkungsweisen sehen, obwohl er keinen Anspruch auf zeitunabhängige oder gemeinschaftsunabhängige Geltung ihrer Prinzipien mehr erhebt, auch nicht den Anspruch auf gegenwärtige moralische Intaktheit.

Mir scheint, dass sich eine solche Position, gesetzt, sie wäre ausgeführt, von dem Aufstülpen einer neuen Theorie auf alte Verhältnisse und also einer typischen Pseudorechtfertigung nur dann unterscheidet, wenn sie praktisch bestimmte Schwierigkeiten in Angriff nähme, die sich daraus ergeben, dass man auf ein festschreibbares moralisches Recht zu strafen gerade verzichtet hat.

6. Pragmatische Deutungen des Strafrechts können die Fragen der moralischen Rechtfertigung nicht einfach durch Eingeständnis ihrer Unvollkommenheit stillstellen. Da der Anspruch auf die moralische Intaktheit des Strafgedankens fallengelassen ist, misst sich die Glaubwürdigkeit eines Strafrechts unter solchen Bedingungen nicht mehr an der Übereinstimmung mit einem gedanklichen System (etwa einer als gültig erkannten Moral oder einer als gerecht ausgewiesenen Gesamtordnung), sondern daran, wie weit ein solches Recht durch institutionalisierte Selbstüberprüfung und Selbstreform der Tat-

sache gerecht wird, dass es seine Erträglichkeit nur als Hilfsmittel zur Regelung eines als langfristig vergänglich oder mindestens veränderbar eingeschätzten Zustandes gewinnt.

Mit dem Verzicht auf eine rein gedankliche (um nicht zu sagen apriorische) Begründung des Strafrechts und die zugestandene Bindung des Masses seiner Erträglichkeit an konkrete historische Bedingungen treten in die Grundlegungsdimension dieses Rechts entschieden empirische Fragen ein, oder mindestens Fragen mit einem hohen empirischen Anteil. Vor allem stellt sich, wenn die Erträglichkeit des Strafens an seine Rolle als Instrument von Notwehr oder Verteidigung geknüpft wird, die Frage nach dem richtigen Bemessen der erforderlichen Härte. Ein pragmatischer Deutungsversuch der Strafe steht vor der schwer zu erfüllenden Forderung, dass jeder Einsatz schädigender Mittel, wenn man will: jeder Einsatz eines Verteidigungs-Unrechts, als etwas ausgewiesen werden muss, das nicht nur der Stabilisierung des fraglichen Gemeinwesens förderlich, sondern für sie unabdingbar ist. Wo das aus pragmatischen Gründen eingesetzte Schädigen einzelner den Rahmen des Unabdingbaren übersteigt, fehlt ihm die ohnehin schwierige und unvollkommene Rechtfertigung aus der Situation.

Ich nehme an, dass wirkliche Klarheit über Fragen dieser Art nur von der Überprüfung der Wirksamkeit strafender Massnahmen in einem gegebenen Gemeinwesen kommen kann. Diese Überprüfung muss an die Stelle besserer Verfahren treten, über die man auf anderen Gebieten empirischer Wissenschaft verfügt. Da niemand mit einem Gemeinwesen die Experimente anstellen kann, die hier zu einem Grad von Sicherheit führen würden, welcher auch nur dem bestimmter Bereiche in der Medizin oder Psychologie vergleichbar wäre, dürfte es immer einen erheblichen Spielraum für Festsetzungen geben. Weil die Erträglichkeit des Strafens bei einer pragmatischen Deutung sich nur aufgrund einer empirischen Annahme über die Wirksamkeit seiner als Mittel zur Erhaltung von Formen des Zusammenlebens ergibt, müssten, so schliesse ich, auch bei den Festsetzungen empirische Informationen und das Sich-Ausrichten auf künftige empirische Wirksamkeitsprüfung im Vordergrund stehen. Es scheint mir klar, dass dieser Bereich von Fragen, die ich hier nur wirklich grob andeute, dazu herausfordert, durch moralische Überlegungen das aufzufüllen, was durch die Empirie nicht oder noch nicht getragen werden kann. Die Rolle der Moral kann aber hier nicht sein, nachträglich wieder Ansprüche auf erfahrungsunabhängige oder zeitunabhängige Teilstücke zu begründen. So weit ich sehe, hat die moralische Erwägung unter den jetzt angenommenen Bedingungen vor allem zwei Aufgaben: Sie hat zu verhindern, dass die Umstellung des Strafens auf eine pragmatische Deutung zu einer reinen Sozialtechnologie führt (das ist letztlich das Insistieren auf Gerechtigkeit versus Steuerung); und sie hat die Aufgabe, gerade wegen ihrer Einsicht in

die moralische Unvollkommenheit des Strafens, ihren eigenen Anteil einsichtig zu begrenzen und das aus ihren eigenen Schwierigkeiten in Angelegenheiten der Strafe hervorgehende Erfordernis empirischer Überprüfung und regelmässiger Reform stark zu machen. Im unkontrollierten, überschüssenden Sich-Vordrängen zeitunabhängiger und erfahrungsunabhängiger Erwägungen an Stellen, an denen wir noch empirisch wenig wissen, sehe ich eine Gefahr des pragmatischen Standpunktes in Sachen Strafe. Es würde dadurch das, was man als einzige Rechtfertigung zu besitzen und zu verwenden beansprucht, durch etwas Andersartiges überlagert; der Versuch, auf glaubwürdige Weise ein eben noch erträgliches Strafrecht zu praktizieren, entwickelte sich wieder in die Richtung der diffusen und in gewissem Sinn unaufrichtigen (weil gegenüber ihrer eigenen Inkohärenz die Augen zuhaltenden) «Kompromisstheorien», die in der gegenwärtigen Strafrechtspflege ein so grosses Gewicht haben.

Die Pflicht zur beständigen Selbstüberprüfung und Selbstreform gemäss empirischen Gegebenheiten sollte in ein Strafrecht auf dieser pragmatischen Basis von vornherein eingeschrieben sein; so dass man innerhalb des strafenden Systems auch die Prinzipien und Institutionen hätte, kraft deren es selber seine Erträglichkeit ständig ausweisen müsste. Das Entwerfen solcher Prinzipien und Institutionen wie auch das Überdenken der Besonderheiten, die sich mit der Idee der Legitimation von Strafe nicht als ein moralisch Richtiges, sondern als ein eben Erträgliches an der Grenze zum Unerträglichem ergeben, wäre in hohem Mass Sache einer Philosophie des Rechts, von der es noch kaum die Anfänge zu geben scheint.

7. Die pragmatische Deutung der Strafe ruft neben dem jetzt genannten Zusammenhang noch andere Forderungen herauf, die nicht mehr mit der Behandlung einzelner «Straftäter», sondern mit der Mitschuld der Gemeinschaft an deren Werdegang zu tun haben. Es stellt sich gleichsam automatisch die Forderung, Strafe als Institution schrittweise zu überführen in etwas anderes, das den Charakter der Schädigung einzelner, auf deren Kosten sich das Ganze im Gleichgewicht hält, nicht mehr tragen muss, ebenso wie die Forderung nach Selbstveränderung des Gemeinwesens an den Stellen, wo es seinerseits zur Entstehung des «Verbrechens» beiträgt.

Es kann als trivial gelten, dass beim Zustandekommen krimineller Handlungsneigungen und vor allem bei ihrer Verfestigung gesellschaftliche Umstände eine tragende Rolle spielen. Ein Gemeinwesen, das Strafe pragmatisch als notwendiges Übel praktiziert, bleibt nur solange moralisch glaubwürdig, wie es selbst versucht, die in seiner eigenen Struktur gelegenen Ursachen für das Auftreten der strafbaren Handlung (der kriminellen Persönlichkeit) so weit wie möglich zurückzudrängen. Das heisst, mit dem Akzeptieren der

Strafe als gegenwärtig unabdingbares moralisches Unrecht hat sich das Gemeinwesen die Forderung eingehandelt, nicht bloss im Modus der Strafe Täterpersönlichkeiten zu beeinflussen, sondern auch sich selbst zu verändern, wo sein eigener Aufbau für das Entstehen solcher Persönlichkeiten relevant ist. Andernfalls muss es sich den Vorwurf gefallen lassen, es trage zum Entstehen des Verbrechens als Gemeinwesen zwar bei, *bewältige* das Verbrechen und die damit verbundene Gefahr aber auf dem Rücken einiger weniger. Unter den Voraussetzungen einer pragmatischen Strafdeutung haben diese wenigen dann eine bestimmte Art von Pech gehabt; sie sind durch vor-strafliche Mittel so wenig beeinflussbar, dass sie straffällig werden; und als straffällige Täter dienen sie dann der Gesamtheit als die Exempel, mit denen die besser beeinflussbare Majorität sich selber vor dem Straffälligwerden schützt.

Es kann ebenfalls als trivial gelten, dass Strafe als Institution nicht bloss dazu tendiert, Einzelne als die Mittel des Ganzen zu gebrauchen, sondern auch dazu, diese Einzelnen in ihrer abweichenden Handlungstendenz jedenfalls *oft* eher zu bestärken, als sie davon abzubringen. Speziell die Freiheitsstrafe hat auch den Zug, dass sie einzelnen Personen oft den Status des Kriminellen aufprägt, statt ihn von ihnen zu nehmen. Das hängt mit dem gegenwärtigen Charakter der Strafe als einem öffentlichen Unwerturteil, das sich durch subtile Mechanismen bis tief in die Persönlichkeit hinein verlängert, zusammen – aber auch noch mit anderen ihrer Züge. Die Institution der Strafe als notwendiges Übel zur sozialen Verteidigung anerkennen, heisst für ein Gemeinwesen, sich selbst vor der Verpflichtung sehen, eben diese Institution nicht nur schrittweise zu mildern, sondern auch schrittweise durch weniger schädliche zu ersetzen. Dies ist die Verpflichtung zum Übergang von Strafe in Richtung auf etwas anderes, das gerade nicht *bloss erträglich* wäre, sondern eine Chance hätte, *richtig* zu heissen. Was hier in Frage kommt, scheint mir heute noch nicht vollständig angebar. Die Deterministen alter Schule forderten den Ersatz von Strafe durch Sozialtherapie. «Therapie» ist ein übergreifender Ausdruck, mit dem wir heute eine Mehrzahl von Mitteln zur nicht-manipulativen Persönlichkeitsveränderung eines Handelnden zusammenfassen. Ich weiss nicht, ob die Schutz- und Verteidigungsfunktion der staatlichen Strafe heute mit einem Schlag durch Formen der Therapie abgelöst werden könnte. Es scheint mir eher so zu sein, dass sich hier eine Entwicklung in der Gegenwart anbahnt, die ihre endgültige Form in funktionierenden, nicht-schädigenden Einrichtungen erst noch gewinnen muss. So, wie die staatliche Strafe in der Geschichte der Menschengattung *erfunden* wurde und wie sie als diese Erfindung einen entschiedenen Fortschritt darstellte gegenüber früheren Selbsterhaltungsformen des Zusammenlebens (etwa der Rache), sind andere Institutionen *zu erfinden*, die an die Stelle von Strafe treten können und erlauben, das enorme Mass der Lebenslauf- und Personenschädigung zu min-

dern, das die Strafe heute noch mit sich führt. Es ist übrigens auch hier nicht undenkbar, dass die Philosophie, wie sie in der Vergangenheit neue Formen des Zusammenlebens in die Zukunft hinein entwarf, zum Erfinden der Einrichtungen ihren Beitrag leisten kann, durch deren Entstehen die Strafe schliesslich überflüssig werden und auch praktisch den Status des Archaischen annehmen wird, den sie gedanklich schon lange hat.