

Michael Baurmann

Zweckrationalität und Strafrecht

Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht

Westdeutscher Verlag

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Baurmann, Michael:

Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für
e. tatbezogenes Maßnahmerecht/Michael Baurmann.

– Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

ISBN 3-531-11807-2

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Umschlaggestaltung: Horst Dieter Bürkle, Darmstadt

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Lengericher Handelsdruckerei, Lengerich

Printed in Germany

ISBN 3-531-11807-2

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	1
Einleitung	
Absolute und relative Straftheorien	3
Normen und Fakten	17
ERSTER ABSCHNITT	
Zweckrationalität und Freiheit	
<i>Führt die Orientierung an spezialpräventiven Zielen zu Manipulation und Kontrolle?</i>	
Schuldstrafrecht und interpersonales Handeln	25
Maßnahmerecht und manipulatives Handeln	27
1. Die Zwei-Welten-Lehre und das dualistische Menschenbild	
1.1 Kants Unterscheidung zwischen empirischem und moralischem Subjekt	33
1.2 Das Dilemma der Zwei-Welten-Lehre	42
1.3 Habermas' Unterscheidung zwischen zweckrationalem und verständigungsorientiertem Handeln	
1.3.1 Eine handlungstheoretische Version der Zwei-Welten-Lehre	51
1.3.2 Die Theorie kommunikativen Handelns	53
1.4 Die Zweckrationalität verständigungsorientierten Handelns	
1.4.1 Verständigung als Zweck und Zwecke der Verständigung	56
1.4.2 Zweckrationales und zielgerichtetes Handeln	61
1.4.3 Die Grenzen der Verständigung	66
2. Das Interpersonalitätsprinzip	
2.1 Innere und äußere Autonomie	71
2.2 Willensfreiheit in einer deterministischen Welt	
2.2.1 Selbsterkenntnis und Selbstbestimmung	74
2.2.2 Die Struktur der Willensbildung	
I. Unmittelbares und mittelbares Selbstbewußtsein	77
II. Epistemischer, evaluativer und voluntativer Selbstbezug	82

2.3	Das Interpersonalitätsprinzip auf nicht-dualistischer Grundlage	
2.3.1	Autonome und heteronome Kontrolle über die Willensbildung	89
2.3.2	Der Begriff manipulativen Handelns	
	I. Beispiele für manipulatives Handeln	94
	II. Durchschlagende Mittel und Methoden	96
	III. Die asymmetrische Wissenssituation	99
	IV. Ist das Abgrenzungskriterium hinreichend und notwendig?	104
	V. Externe und interne, ausschlaggebende und unerhebliche Informationen	109
	VI. Eine Charakterisierung manipulativen Handelns	117
2.3.3	Probleme bei der Verwirklichung des Interpersonalitätsprinzip	
	I Die ungleiche Verteilung des gesellschaftlichen Wissens – Experten und Laien	119
	II. Die ungleiche Verteilung externer Informationen	120
	III. Die ungleiche Verteilung interner Informationen	124
2.3.4	Zweckrationales und interpersonales Handeln	
	I. Die Vereinbarkeit von zweckrationalem und interpersonalem Handeln	127
	II. Die Wirksamkeit interpersonalen Handelns	129
	III. Handlungsfreiheit und Willensfreiheit	135
2.3.5	Das teleologische Kriterium für Verantwortung	138
2.3.6	Zweckrationalität und moralische Praxis	143
3.	Die Praxis interpersonalen Handelns	
3.1	Zweckrationalität und Gefühle – Strawsons Unterscheidung zwischen objektiven und reaktiven Einstellungen	145
3.2	Eine dualistische Konzeption der moralischen Praxis	151
3.3	Ein nicht-dualistischer Bezugsrahmen interpersonalen Handelns – ausdrucks- und wirkungsorientiertes Handeln	155
3.4	Recht und Moral ohne Emotionen?	161
3.5	Die folgenorientierte Fundierung reaktiver Handlungen	162
3.6	Ein rationales Argument für Irrationalität	167
4.	Einsicht in die Notwendigkeit und die Beziehung zwischen Freiheit und Mißerfolg	173

ZWEITER ABSCHNITT

Zweckrationalität und Verantwortung

Bedroht die Orientierung an generalpräventiven Zielen das Prinzip der individuellen Zurechnung strafbarer Handlungen?

Schuldstrafrecht und der Schutz des Unschuldigen vor Strafe	181
-------------------------------------------------------------	-----

1. Die Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auf der Grundlage des Vergeltungsprinzips	185
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

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

2.1	Der Ansatz von Bentham – Die Priorität der Prävention	191
2.2	Der Nachvollzug von Benthams Argumenten in der deutschen Rechtswissenschaft	196
2.3.	Die Kritik an dem Ansatz von Bentham	198
2.4	Der Ansatz eines qualifizierten Utilitarismus – Die Priorität des gesellschaftlichen Nutzens	
2.4.1	Die handlungsutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips	202
2.4.2	Die regelutilitaristische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips	207
2.5	Die Kritik an dem Ansatz eines qualifizierten Utilitarismus	213

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

3.1	Der Ansatz von Hart – Die Priorität der Freiheit	223
3.2	Die Kritik an dem Ansatz von Hart	226
3.3	Der Ansatz der Vertragstheorie – Die Priorität des individuellen Nutzens	
3.3.1	Die Minimalversion einer Vertragstheorie	230
3.3.2	Die vertragstheoretische Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips	233

DRITTER ABSCHNITT

Zweckrationalität und Verhältnismäßigkeit

Ist eine Folgenorientierung des Kriminalrechts unvereinbar mit dem bestehenden Straftatsystem und seiner Dogmatik?

1.	Schuld als Kriterium für Verhältnismäßigkeit	253
2.	Die semantische Unbestimmtheit des Schuldbegriffs	259
3.	Der Schuldbegriff als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnung	
3.1	Der Schuldbegriff im weiteren und engeren Sinn	265
3.2	Schuldprinzip und fragmentarischer Charakter des Strafrechts	265
3.3	Schwere der Schuld und Wert des Rechtsguts	269
3.4	Schuldprinzip und Tatbezogenheit	274
3.5	Vorsatz und Fahrlässigkeit	278
3.6	Rücktritt vom Versuch	280

3.7	Rückfall	282
3.8	Zumutbarkeit	284
3.9	Verbotsirrtum	285
3.10	Zurechnungsfähigkeit	
3.10.1	Der Schuldvorwurf als ‚staatsnotwendige Fiktion‘	287
3.10.2	Motivierbarkeit durch Strafe und normative Ansprechbarkeit	291
3.10.3	Unzurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit	295
4.	Straftatsystem und Dogmatik in einem tatbezogenen Maßnahmerecht	301
	Literaturverzeichnis	305

Vorbemerkung

Es gibt in der Strafrechtswissenschaft die Tradition und auch vielleicht die Notwendigkeit, bestimmte Fragestellungen und Probleme mit Hilfe anderer Disziplinen zu bearbeiten und zu lösen. Das nützt der Rechtswissenschaft, ermöglicht aber auch diesen anderen Disziplinen einen Zugang zur Praxis und praktischen Wirksamkeit, den viele von ihnen sonst kaum erhalten könnten – das gilt insbesondere für philosophische Theorien. Ich möchte hier versuchen, an diese Tradition anzuknüpfen und werde im folgenden einige Schnittpunkte der Strafrechtswissenschaft mit Themen der Philosophie und Sozialwissenschaft zum Gegenstand der Untersuchung machen. In diesem Zusammenhang geht es mir auch um den Nachweis, daß die modernen Ansätze in der analytisch orientierten Sozialphilosophie und Ethik nicht zwangsläufig sozialtechnologische und behavioristische Konzeptionen favorisieren müssen und daß Argumente für Freiheit und Gerechtigkeit keine Domäne der traditionellen Philosophie sind, die vor allem in der deutschen Rechtswissenschaft oft immer noch als einzige Partnerin akzeptiert wird.

Der Versuch, interdisziplinär zu arbeiten, ist von zahlreichen Gefahren bedroht, eine davon hängt zusammen mit der ungemütlichen Alternative, entweder von den Vertretern der jeweiligen Einzeldisziplin den Vorwurf zu hören, man habe sich in ihrem Fach nur dilettantisch und amateurhaft bewegt oder aber – wenn man diesem Vorwurf glücklich entgangen sein sollte – auf Verständnislosigkeit und Langeweile zu stoßen, wenn die jeweils fremde Thematik behandelt wird. Nun kann man zwar nicht beiden Alternativen entgehen, aber man hat eine faire Chance, von beiden betroffen zu werden. So könnte es am Ende dieser Untersuchung gut sein, daß sich der Jurist herzhaft gelangweilt hat, der Philosoph die Argumentation oberflächlich fand und der Sozialwissenschaftler sich schließlich nach dem Ertrag der ganzen Anstrengung fragt.

Wie dies für den Leser auch immer ausgehen mag, als Autor habe ich das Bedürfnis, mich bei den Personen zu bedanken, die zum Entstehen dieser Abhandlung beigetragen haben. An erster Stelle möchte ich hier die Mitglieder des Instituts für Kriminalwissenschaften am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Frankfurt nennen, von denen ich im Laufe der Jahre vor allem auch durch die Teilnahme an einem gemeinsamen Kolloquium mehr über die Probleme des Strafrechts gelernt habe als es durch konkrete Hinweise im einzelnen zum Ausdruck kommen konnte. Viele Freunde und Kollegen haben mir darüber hinaus durch Diskussion und sachliche Hinweise helfen können. Namentlich erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang Norbert Hoerster, Hartmut Kliemt, Wolfgang R. Köhler, Lothar Kuhlen und Cornelius

Prittwitz. Eine besondere Mitverantwortung trifft meine langjährigen Freunde und Diskussionspartner Anton Leist, Martin Löw-Beer und Dieter Mans, die mich in meinem Denken wesentlich beeinflußt haben. Ohne die über viele Jahre andauernde persönliche Förderung durch Klaus Lüderssen aber wäre dieses Buch nicht in dieser Form und ohne sein Beispiel einer rationalen Auseinandersetzung mit Problemen des Strafrechts nicht mit diesem Inhalt geschrieben worden. Der Verwertungsgesellschaft Wort schließlich danke ich dafür, daß sie mir finanzielle Hilfestellung bei der Drucklegung leistete.

Einleitung

Absolute und relative Straftheorien

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit die kriminalrechtlichen Institutionen in einer Gesellschaft als rational geplante Mittel zur Realisierung gesellschaftlicher Zwecke verstanden werden können. Diese Formulierung enthält zwei unterschiedliche Gesichtspunkte: Einerseits die empirische Frage, inwieweit die bestehenden Institutionen zweckrational geplante Mittel *sind*, andererseits die normative Frage, inwieweit sie zweckrational geplante Mittel sein *sollen*. Im folgenden wird dieser zweite Aspekt im Vordergrund stehen, d. h. ich werde vor allem untersuchen, ob eine zweckrationale Planung gesellschaftlicher Institutionen im Bereich des Kriminalrechts wünschenswert und gerechtfertigt sein kann. Es geht um die Entwicklung eines *normativen Modells*, das klären soll, unter welchen ethischen und empirischen Prämissen eine Zweckorientierung kriminalrechtlicher Institutionen akzeptabel oder sogar geboten ist. Ich werde mich auf diese normativen Fragen aber nicht beschränken. Darüber hinaus wird es mir zumindest ansatzweise um einen Vergleich zwischen normativen Modellen und realen Sachverhalten gehen, denn wir dürfen normative Modelle nicht in einem wirklichkeitsfremden Raum konstruieren.

Historisch liegt der Fragestellung dieser Abhandlung die Unterscheidung zwischen *absoluten* und *relativen* Straftheorien zugrunde. Diese Unterscheidung entsprach einem eindeutigen Frontverlauf in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion; heute können mit ihr – unter dem Gesichtspunkt der Klarheit und Überschaubarkeit: leider – die kontroversen Positionen allerdings nicht mehr so ohne weiteres identifiziert werden.

Mit *absoluten* Straftheorien verbindet man die Position – am prägnantesten formuliert bei Kant und Hegel –, daß der Sinn und die Gerechtigkeit staatlichen Strafens allein in den Prinzipien der Schuldvergeltung und Sühne zu sehen ist, unabhängig davon, welche Folgen und welchen Nutzen die Institution des Strafrechts und die Maßnahme der Strafverhängung für die Gesellschaft im ganzen und den einzelnen Betroffenen haben. Absolute Straftheorien können durch den ‚Blick zurück‘, durch den ausschließlichen Bezug auf die in der Vergangenheit liegende Tat charakterisiert werden: in dieser Vergangenheit sucht man den Grund, den Anlaß und das Maß der Strafe. Die Zukunft, die Folgen der Strafe, ihre möglichen general- und spezialpräventiven Wirkungen interessieren absolute Straftheorien nicht.

Relative Straftheorien gründen sich auf das entgegengesetzte Interesse. Sie sind nicht auf eine unwiederholbare und unkorrigierbare Vergangenheit gerichtet, sondern auf die Zukunft und damit auf die empirischen Wirkungen des Strafrechts und der Strafverhängung und ihren Nutzen für die Gesellschaft und den einzelnen. Nur im Hinblick auf die tatsächlich feststellbaren Folgen erscheint es relativen Straftheorien möglich, das Strafrecht als Institution und die Strafverhängung im Einzelfall zu rechtfertigen. Vertreter von relativen Straftheorien – zu ihren klassischen Protagonisten gehören Bentham und v. Liszt – empfinden ein großes Unbehagen angesichts einer staatlichen Institution, die das Unrecht und den Schaden, die durch rechtswidrige Handlungen herbeigeführt werden, durch neuerliches Leid und damit eine Vergrößerung des Schadens im Namen einer ideellen Gerechtigkeit tilgen soll.

Man hat versucht, diese beiden Theorien auch dadurch zu charakterisieren und zu unterscheiden, daß man die absoluten Straftheorien mit dem Streben nach *Gerechtigkeit* und die relativen Straftheorien mit dem Streben nach *Nützlichkeit* identifizierte. Dieser Versuch ist aber oberflächlich und je nach Standpunkt nur polemisch, denn er setzt bestimmte Definitionen für Gerechtigkeit bzw. Nützlichkeit bereits voraus. Die tieferliegenden Fragen hinter den konkurrierenden Straftheorien berühren aber gerade die Angemessenheit dieser Definitionen und ziehen damit das Verhältnis zwischen den Prinzipien der Gerechtigkeit und Nützlichkeit mit in die Kontroverse. Den extremen Versionen der jeweiligen Straftheorien entsprechen demnach auch extreme Annahmen über das Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Nützlichkeit: Für den orthodoxen Anhänger einer idealistischen Philosophie sind Fragen der Gerechtigkeit vollständig unabhängig von denen der Nützlichkeit, während sich bei radikalen Versionen des Utilitarismus Fragen der Gerechtigkeit umstandslos auf solche der Nützlichkeit reduzieren.

Anhand der klassischen Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Straftheorien kann man sehen, daß die Frage nach der Legitimationsbasis eines zweckrational geplanten Strafrechts präziser formuliert werden muß, um eine trennscharfe Alternative zu erhalten. Gemäß einer beiläufigen Verwendung des Begriffs der Zweckrationalität könnte man nämlich sowohl die relativen als auch die absoluten Straftheorien mit einer zweckrationalen Interpretation strafrechtlicher Institutionen verknüpfen: Für die absoluten Straftheorien würde man dementsprechend reklamieren, daß für sie das Strafrecht und die Strafverhängung Mittel darstellen, um den allein legitimen Zweck der Strafe, die Vergeltung für die Schuld des Rechtsbrechers, zu realisieren. Insofern könnte man die üblicherweise auf die relativen Straftheorien gemünzte Bezeichnung als ‚Zwecktheorie‘ auch für absolute Theorien verwenden.

Einige Autoren haben die Beschränkung des Begriffs ‚Zwecktheorie‘ auf die relativen Straftheorien damit begründet, daß es im Fall der präventiven Straftheorien um ‚irdische‘, empirisch beschreibbare Sachverhalte als Zwecke der Strafe geht (z. B. ein gesellschaftlicher Zustand, bei dem rechtswidriges Verhalten in bestimmten Grenzen gehalten wird), im Fall der absoluten Theo-

rien dagegen um ‚metaphysische‘, nicht-empirische Verhältnisse (‚Schuldausgleich‘), die nur in einem spekulativ-idealistischen Sinn als Zweck postuliert werden könnten. Diese Abgrenzung ist aber nicht ganz treffend, denn auch für den Zweck ‚Schuldausgleich‘ läßt sich ein empirisch beschreibbarer Sachverhalt angeben, der einer Realisierung dieses Zwecks entspricht (etwa die Verhängung von Strafen gegen alle gefaßten Rechtsbrecher gemäß einem auf dem Vergeltungsprinzip beruhenden Strafrecht). Es spricht prima facie nichts dagegen, daß sich auch das Programm der absoluten Straftheorie in die Beschreibung eines gesellschaftlichen Zustands übersetzen läßt, der durch die Verwirklichung dieses Programms herbeigeführt werden soll (das sieht man ja schon an dem vielzitierten Inselbeispiel von Kant). Andererseits geht es auch bei präventiv orientierten Straftheorien nicht allein um eine Realisierung präventiver Ziele, sondern ebenfalls um das Problem, daß diese Ziele im Einklang mit den Geboten der Gerechtigkeit verwirklicht werden sollen, womit sich das ‚Beschreibungsproblem‘ im Hinblick auf den gewünschten gesellschaftlichen Zustand erheblich verkompliziert.

Der entscheidende Unterschied zwischen absoluten und relativen Straftheorien scheint mir deshalb nicht darin zu bestehen, daß die Absichten der einen in einem unrealen, metaphysischen Ziel münden und die der anderen in einem ‚handfesten‘ und ‚greifbaren‘, sondern darin, daß bei ihnen ein jeweils *spezifisches Verhältnis zwischen Mittel und Zweck* vorliegt, genauer gesagt: daß bei ihnen die Strafe als Mittel zu dem Zweck, den sie realisieren soll, in einer jeweils unterschiedlichen Beziehung steht. Bei den relativen Straftheorien ist die Strafverhängung das Mittel für einen von ihr unabhängig beschreibbaren Zweck: die Prävention von strafbaren Handlungen. Die Strafe ist in diesem Fall als Mittel gerechtfertigt, weil sie bestimmte kausale Wirkungen, bestimmte empirische Folgen hat, die mit dem Vorgang der Strafverhängung und des Strafvollzuges nicht identisch sind.

Im Rahmen der absoluten Straftheorien dagegen verschmilzt im Begriff der Vergeltung die Strafe als Mittel mit ihrem Zweck: die Strafe ist hier Zweck in sich selbst. Der Zweck der gerechten Vergeltung wird nicht durch die kausalen Wirkungen und empirischen Folgen der Strafe realisiert, sondern die gerechte Vergeltung *besteht* aus dem Vorgang der Strafverhängung und des Strafvollzuges und ist durch diesen Vorgang als Zweck verwirklicht, *unabhängig* davon, welche Auswirkungen und Folgen dieser Vorgang haben wird. Das Zweck-Mittel Verhältnis ist bei einer absoluten Straftheorie also keine *empirische* Verknüpfung, sondern eine *analytische*. Die Strafe ist als Mittel zur gerechten Vergeltung nicht deshalb erfolgreich, weil sie bestimmte Wirkungen hat, sondern sie ist erfolgreich, weil sie in einer nicht-empirischen und damit durch Fakten nicht gefährdeten Beziehung zu einer gerechten Vergeltung steht: Die Strafe ist nach diesem Verständnis *aufgrund ihrer Bedeutung* identisch mit dem Zweck, den sie realisieren soll.

Auf der Grundlage dieser Klärung können wir unsere Fragestellung jetzt präzisieren. Wenn wir uns im folgenden mit dem Problem beschäftigen wer-

den, ob die kriminalrechtlichen Institutionen als rational geplante Mittel zur Realisierung gesellschaftlicher Zwecke gerechtfertigt werden können, dann soll hier die Rede von einem Zweck-Mittel Verhältnis *im empirischen Sinn* sein. Diese Festlegung erlaubt es nun eindeutiger als zuvor, relative Straftheorien als ‚Zwecktheorien‘ von absoluten Straftheorien abzugrenzen. Um einen anderen, in diesem Zusammenhang oft verwendeten Begriff aufzugreifen, könnte man auch von einem *folgenorientierten* Strafrechtskonzept sprechen, weil man bei ‚Folgen‘ im allgemeinen nur an die empirischen Konsequenzen eines Vorgangs oder Ereignisses denkt.

Wie ich aber bereits angedeutet habe, ist der heutige Frontverlauf in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion nicht mehr so einfach wie ehemals durch Anhänger von absoluten bzw. relativen Straftheorien zu markieren. Im Gegenteil, auf den ersten Blick scheint es so, als habe sich das Lager der absoluten Straftheorien inzwischen nahezu geleert. Bei näherem Hinsehen stellt man allerdings fest, daß ihre Anhänger nicht etwa ausgestorben oder besiegt sind, sondern daß sie sich in das Lager der relativen Straftheorien geschlichen haben, um mit einer neuen Taktik verlorengegangenes Terrain ausgerechnet im Feindesland selbst zurückzuerobern und zumindest einige ihre alten Fahnen dort wieder zu entrollen. Welche theoretischen Entwicklungen stecken hinter dieser kriegerischen Schilderung?

Absolute Straftheorien in ihrer reinen Form, die den Sinn des Strafrechts und der Strafe *allein* in der Schuldvergeltung unabhängig von den empirischen Folgen der Strafverhängung für Gesellschaft und Individuum sehen, werden so gut wie nicht mehr vertreten. Man kann deshalb heute von einem breiten – zwecktheoretischen – Konsens zumindest im Hinblick darauf ausgehen, daß die Existenz strafrechtlicher Institutionen nur insoweit gerechtfertigt werden kann, als mit ihnen präventive Ziele realisiert werden können. Wäre nachgewiesen, daß diese Institutionen keine Auswirkungen auf die Häufigkeit bestimmter unerwünschter Handlungen hätten, so wäre nach diesem Konsens die ethische Grundlage für das Strafrecht entfallen. Strafrecht ohne general- oder spezialpräventive Wirkungen wäre demnach nicht nur nutzlos, sondern (deshalb) auch unmoralisch.

Nun bezieht sich dieser Konsens allerdings nur auf die Rechtfertigung des Strafrechts *im allgemeinen* und nicht auch auf das Problem der Rechtfertigung der Strafverhängung *im einzelnen Fall*. Diese Trennung zwischen der *Institution* und der *Distribution* der Strafe ist nützlich, weil mit der Antwort auf die Frage, wodurch die Einrichtung strafrechtlicher Institutionen *im allgemeinen* legitimiert wird, nicht automatisch auch die andere Frage beantwortet ist, wodurch sich das Tätigwerden dieser Institutionen gegen bestimmte Personen *im Einzelfall* begründet und rechtfertigt. Eine reine ‚zweckgelöste‘ Vergeltungstheorie der Strafe konnte diese zwei Fragen freilich einheitlich beantworten: Das Strafrecht als Institution ist legitim, weil es gilt, entstehende Schuld zu vergelten und zu sühnen, und die Strafverhängung gegen eine bestimmte Person ist legitim, insofern sie die gerechte Vergeltung für ein schuldhaftes Handeln

dieser Person ist. Die Schuld ist für absolute Straftheorien ausreichende Grundlage und einziger Maßstab für die Strafe.

Diese Situation hat sich insofern geändert, als die Konzepte der ‚Schuld‘ und der ‚gerechten Vergeltung‘ – die zum Kern absoluter Straftheorien gehören – nicht mehr zur Legitimationsbasis strafrechtlicher Institutionen im allgemeinen gezählt werden, sondern man hat ihre Verwendung auf den Bereich der Distribution der Strafe, auf den Bereich der Strafverhängung im Einzelfall beschränkt. Kriterien für die Distribution strafrechtlicher Maßnahmen können nach dieser Auffassung nicht (allein) die general- oder spezialpräventiven Folgen einer Strafe sein, sondern die Strafverhängung muß sich an einem folgenneutralen Schuldprinzip in dem Sinne orientieren, daß die Strafe unabhängig von ihrer präventiven Wirksamkeit (auch) eine gerechte Vergeltung für die Schuld des Täters ist. Während also bei der Rechtfertigung des Strafrechts als Institution das Prinzip der Folgenorientierung Vorrang gegenüber dem Prinzip der zweckfreien Vergeltung hat, soll für die Praktizierung des Strafrechts im Einzelfall das Umgekehrte gelten.

Der Rückzug absoluter Straftheorien auf Probleme der Strafverhängung bedeutet nicht, daß ihre wesentlichen Anliegen ebenfalls auf der Strecke geblieben wären. Man könnte im Gegenteil sagen, daß der Kern dieser Theorien gestärkt wurde, indem sie sich auf eine überschaubare und damit besser zu verteidigende Bastion zurückgezogen haben. Dabei mußten sie allerdings den Zwecktheorien eine Art oberste Gerichtsbarkeit über das von ihnen beherrschte Territorium überlassen. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Tatsache, daß man einer Folgenorientierung bei dem Strafrecht als Institution Vorrang einräumt, sondern auch im Hinblick darauf, daß man bei der Strafverhängung die Geltung eines Schuldprinzips selbst mehr oder weniger mit folgenorientierten Argumenten begründet. Zwar interpretieren die Vertreter einer ‚Mischform‘ des Strafrechts die Anwendung des Schuldprinzips bei der Strafverhängung zu Recht als die Anwendung eines Prinzips, bei dem die Berücksichtigung empirischer Folgen keine oder nur eine subsidiäre Rolle spielt, aber die Entscheidung der Frage, ob man die Institution des Strafrechts in dieser Weise mit einem folgenneutralen Schuldprinzip versehen sollte oder nicht, machen sie (inzwischen) durchaus von Zweckerwägungen abhängig. Die Verteidiger eines Schuldvergeltungsprinzips bei der Strafverhängung gehen in den meisten Fällen von der Prämisse aus, daß die Auswirkungen und Folgen eines Prinzips, das bei seiner Anwendung gerade zu einer Vernachlässigung von Auswirkungen und Folgen auffordert, insgesamt positiver zu bewerten sind als die Auswirkungen und Folgen einer Strafverhängung, die konsequent an präventiven Gesichtspunkten orientiert wäre.

Mit einer solchen folgenorientierten Einbettung des Schuldprinzips machen seine Anhänger *einerseits* einen entscheidenden Schritt aus der Tradition heraus, indem sie ihr Festhalten an den Konzepten von Schuld und Vergeltung nicht mit einer absoluten moralischen oder metaphysischen Geltung des Schuldprinzips, sondern ausschließlich im Hinblick auf seinen Beitrag zur Rea-

lisierung rechtspolitischer Ziele begründen. Damit konzentrieren sie selbst die Diskussion auf die Frage, welche Funktionen die traditionellen Begriffe und Prinzipien bei der „Abwicklung des Bruchs strafrechtlich geschützter Normen“ erfüllen und ob oder inwieweit man sie in diesen „Funktionen entweder entbehren oder aber adäquat ersetzen kann“ (Stratenwerth 1977, 7). Indem das Schuldvergeltungsprinzip so mit der Behauptung verteidigt wird, es sei das beste Mittel zur Realisierung angegebener Zwecke, entkleidet man es seines Einmaligkeitsanspruchs und macht es einem Vergleich mit möglichen funktionalen Äquivalenten auf der Grundlage empirischer Zweck-Mittel Überlegungen zugänglich. *Andererseits* aber bietet sich mit dieser Neulokalisierung traditioneller Konzepte in einem empirisch orientierten Weltbild die – aus anderer Sicht fragwürdige – Chance, aus der ursprünglich mit dem Anspruch auf apodiktische, von empirischen Erkenntnissen unabhängigen Geltung auftretenden absoluten Straftheorie wesentliche Konzepte und Prinzipien hinüberzueretten und mit einem modernen Glanz über ihrer Patina zu versehen.

Die Argumente, die man für ein folgenneutrales Prinzip im Zentrum der Strafverhängung vorbringt, sind unterschiedlicher Art. Sie betonen etwa die ‚Rechtswahrung‘, die durch die sozialpsychologischen Auswirkungen der absoluten Stellung der Vergeltungsstrafe erzielt werde, sie erwarten, daß gerade eine klare Entsprechung von Verbrechen und Strafe zu einem besonderen Verantwortungsgefühl führe, oder sie erhoffen sich eine Vertiefung der sittlichen Anschauungen und der allgemeinen Gesetzesachtung. Andere behaupten, daß nur durch das Schuldprinzip die Verhältnismäßigkeit des staatlichen Strafanspruchs gesichert werde und nur so die Freiheits- und Persönlichkeitsrechte des einzelnen den gesellschaftlichen Institutionen gegenüber zur Geltung gebracht werden könnten.

Diese mittlerweile sehr verbreitete Rechtfertigung für eine ‚Mischform‘ des Strafrechts hat ein zwiespältiges Echo. Den einen erscheint sie quasi als Geniestreich, mit dem nicht nur die notorischen Probleme der alten metaphysischen Straftheorien behoben werden, sondern auch die offensichtlichen Schwächen einer reinen Zwecktheorie, wie sie bei den einfachen handlungsutilitaristischen Modellen zutage treten (vgl. Rawls 1975a), für andere führt sie in ein unauflösbares Dilemma, weil sie entgegengesetzte und sich widersprechende Zwecke innerhalb einer und derselben Institution etabliert sehen (vgl. Goldman 1979), wieder andere bestreiten die Möglichkeit, daß man Begriffen wie ‚Schuld‘ oder ‚Vergeltung‘ einen rational deutbaren Gehalt geben könne.

Die konsequentesten Gegner der sog. Vereinigungstheorie, nach der sich die Prinzipien der Vergeltung und Prävention miteinander harmonisieren lassen, sind die Vertreter eines reinen *Maßnahmerechts*. Die Konzeption eines Maßnahmerechts ist ein Ableger der relativen Straftheorien, geht aber noch einen entscheidenden Schritt über sie hinaus, insofern sie nicht mehr an dem Begriff der Strafe im Sinne einer kalkulierten Übelzufügung festhält, sondern die Frage prinzipiell offenläßt, welche Art von kriminalrechtlichen Maßnahmen im Hinblick auf eine humane, wirksame und gerechte Realisierung prä-

ventiver Zwecke im allgemeinen und im Einzelfall geboten ist. Die Auswahl der jeweiligen Maßnahme soll nicht mehr durch einen Automatismus zwischen Tat und Reaktion erfolgen, sondern auf die spezielle Persönlichkeit des Täters abgestimmt werden, um präventiv möglichst wirkungsvoll zu sein. Unter diesen Maßnahmen können, müssen aber nicht Strafen sein.

Der entscheidende Unterschied zwischen der Konzeption eines Maßnahmerechts und einem Strafrecht gemäß der Vereinigungstheorie besteht also darin, daß im Rahmen eines Maßnahmerechts auch die Verhängung der kriminalrechtlichen Maßnahmen folgenorientiert an präventiven Zwecken ausgerichtet und nicht mehr ‚konditional‘ durch ein Vergeltungsprinzip gesteuert werden soll. Nach den Prinzipien eines Maßnahmerechts sollen die Kriterien der Zweckerationalität nicht nur für den Gesetzgeber gelten, sondern auch für die Mitglieder der kriminalrechtlichen Institution selber, wenn sie entscheiden müssen, welche Reaktion auf eine rechtswidrige Handlung unter präventiven Gesichtspunkten geboten ist.

Die Anhänger eines Maßnahmerechts geben sich mit der Konzeption der Vereinigungstheorie und der ‚Mischform‘ des Strafrechts aufgrund unterschiedlicher Motive nicht zufrieden. Einerseits geht es ihnen um die Wirksamkeit und Effektivität kriminalrechtlicher Institutionen im Hinblick auf präventive Ziele, andererseits aber auch um die Humanisierung dieser Institutionen und die Rechtfertigung kriminalrechtlicher Interventionen gegenüber dem unmittelbar Betroffenen.

In diesem Zusammenhang bemängeln sie, daß durch die Orientierung der Strafverhängung an dem Vergeltungsprinzip Elemente der absoluten Straftheorien erhalten bleiben, die mit den Aufgaben eines ‚modernen‘ Kriminalrechts und einer rationalen Ethik nicht mehr vereinbar scheinen: Mit der Forderung nach einer Strafverhängung gemäß dem Schuldvergeltnungsprinzip sei die Annahme verbunden, daß eine Strafverhängung gegenüber dem Betroffenen durch den Hinweis auf die empirisch zu erwartenden Folgen allein nicht gerechtfertigt werden kann. Unter dieser Voraussetzung muß man dem Vergeltungsprinzip also eine legitimierende Kraft für die Strafverhängung zubilligen. Legitimierende Kraft kann das Vergeltungsprinzip aber nur in Verbindung mit der Vorstellung entfalten, daß eine Person aufgrund ihrer Handlungsweise eine Strafe ‚verdient‘ hat. Diese Vorstellung ist wiederum abhängig von einer indeterministischen Konzeption der Willensfreiheit, denn ‚verdient‘ haben in diesem Sinn kann eine Person eine Strafe nur dann, wenn ihre rechtswidrigen Handlungen das Resultat einer ‚freien Entscheidung für das Unrecht‘ waren und nicht das Resultat kausaler Determination, die eine ‚Schuld‘ als Rechtfertigung für strafrechtliche Sanktionen ausschließt. Solange also das Schuldvergeltnungsprinzip eine legitimierende Funktion übernehmen solle, solange werde es mit einem indeterministischen Menschenbild verbunden sein müssen.

Dem halten die Anhänger eines Maßnahmerechts entgegen, daß eine gesellschaftliche Institution, die sich zeitgenössischen Legitimationsanforderungen

gen gewachsen zeigen soll, mit der Möglichkeit zumindest rechnen muß, daß indeterministische Konzeptionen der Willensfreiheit unzutreffend sind und daß die Argumente für die Rechtfertigung dieser Institution von solchen Konzeptionen deshalb nicht abhängig sein dürfen. Das bedeute nicht zwangsläufig, daß man auf die Unterscheidung zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Handlungen, zwischen zurechnungsfähigen und unzurechnungsfähigen Personen oder auf die Begriffe der Willensfreiheit und Autonomie verzichten müsse. Es bedeute nur, daß man diesen Begriffen einen von der Alternative Determinismus/Indeterminismus unabhängigen Sinn geben solle – wobei sie dann allerdings mit dem Vergeltungsprinzip oder der Vorstellung einer ‚verdienten‘ Strafe nicht mehr vereinbar wären, denn dieses Prinzip und diese Vorstellung seien von indeterministischen Prämissen *abhängig*.

Die Verfechter eines Maßnahmerechts kritisieren die herrschende ‚Mischform‘ des Strafrechts also nicht nur unter dem Gesichtspunkt der präventiven Effektivität, sondern auch und gerade unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit. Sie bezweifeln, daß sich das Schuldvergeltungsprinzip als Grundlage der Strafverhängung rechtfertigen läßt, auch dann, wenn es auf den Bereich der Distribution der Strafe beschränkt wird. Sie verlangen deshalb eine Rechtfertigung der Straf- bzw. Maßnahmeverhängung auch gegenüber dem einzelnen Betroffenen im Hinblick auf ihre empirischen Auswirkungen und Folgen und nicht im Hinblick auf ein abstraktes und in sich fragwürdiges Rechtsprinzip.

In diesem Anspruch trifft sich die Konzeption eines folgenorientierten Maßnahmerechts mit ‚konsequentialistischen‘ Theorien in der philosophischen Ethik, in denen die Bedeutung von Moral und moralischer Verantwortlichkeit unter den Prämissen eines empirischen und deterministischen Weltbildes diskutiert wird. Hier steht zunächst die Frage im Vordergrund, durch welche besonderen Qualitäten menschliche Handlungen als Objekte für moralische Urteile noch ausgezeichnet werden können, wenn diese Handlungen kausal determiniert sind und im Prinzip deshalb mit allen anderen Naturvorgängen gleichgesetzt werden müssen. Was kann es unter dieser Voraussetzung noch gerechtfertigt erscheinen lassen, Personen ihre Handlungen zuzurechnen und sie moralisch zur Verantwortung zu ziehen?

Einige Autoren sind der Meinung, daß es unter dieser Prämisse keinen Platz mehr für unser Moralsystem gebe, denn seine Prinzipien und Begriffe seien unauflöslich mit der Vorstellung verbunden, daß menschliche Handlungen in einem nicht-kausalen Sinne frei seien. Andere aber sind der Auffassung, daß wir unser Moralsystem sehr wohl mit einer solchen Prämisse vereinbaren können, unter der Bedingung nämlich, daß wir unsere moralischen Prinzipien folgenorientiert interpretieren und den Zweck von moralischen Normen somit darin sehen, die Menschen zu erwünschten Handlungsweisen zu motivieren. Gemäß dieser Auffassung besteht der Sinn moralischer Verantwortlichkeit darin, daß ein zurechnungsfähiger und verantwortlich handelnder Mensch durch moralische Normen und Urteile motivierbar ist. Man sieht also, daß man

bei dem Versuch, unser Moralsystem mit deterministischen Prämissen in Einklang zu bringen, notwendig bei folgenorientierten, teleologischen Konzepten landet.

Die Position, die in der philosophischen Ethik sachlich mit den relativen Straftheorien konvergiert, wird üblicherweise als ‚Vereinbarkeitstheorie‘ oder ‚weicher Determinismus‘ bezeichnet. Die Annahme, unser Moralsystem sei notwendig an ein indeterministisches Menschenbild gebunden, ist nach Auffassung der Vereinbarkeitstheoretiker zum großen Teil das Ergebnis von Äquivokationen. Die Art von Freiheit und Selbstbestimmung, die durch unseren Begriff der moralischen Verantwortlichkeit impliziert ist, wird demnach fälschlicherweise gleichgesetzt mit der Unabhängigkeit von kausalen Gesetzmäßigkeiten, d. h. der Zwang, der uns im Zusammenhang von moralischer und rechtlicher Schuld von unfreien, unfreiwilligen und fremdbestimmten Handlungen reden läßt, wird verwechselt mit dem ‚Zwang‘, der in dem notwendigen Übergang von der Ursache zur Wirkung besteht.

Dieser Irrtum kann entstehen – so die Vereinbarkeitstheoretiker –, wenn man über keine zureichende Analyse des Kausalmechanismus verfügt oder die Bedeutung von sprachlichen Ausdrücken wie ‚Anders-handeln-können‘ verkennt. Ist man sich aber über solche Irrtümer erst einmal im klaren, dann werde sofort deutlich, daß die Prämisse des Determinismus keineswegs die absurde Annahme impliziert, eine Beschreibung menschlicher Handlungen mit Hilfe solcher Begriffe wie ‚Entscheidung‘, ‚Absicht‘ oder ‚Intention‘ sei aus ‚wissenschaftlichen‘ Gründen sinnlos oder irreführend; im Gegenteil könnten gerade deterministische Analysen mentaler Ursachen von Handlungen die Bedeutung solcher Begriffe sehr viel besser klären als ihre Vernebelung mit indeterministischem Vokabular.

Im Zusammenhang mit einer teleologischen Interpretation unseres Moralsystems, die den Sinn moralischer Normen und moralischer Urteile darin sieht, ‚zukunftsorientiert‘ das Verhalten der Menschen in erwünschte Bahnen zu lenken, bedeute moralische Zurechnungsfähigkeit eben nicht mehr und nicht weniger als die Eigenschaft eines Menschen, sich durch moralische Bewertungen in seinem Handeln beeinflussen zu lassen; als die Fähigkeit, in normaler Weise motivierbar zu sein. In einem moralisch relevanten Sinn ‚frei‘ gehandelt zu haben, moralisch für eine Handlung verantwortlich zu sein, ist dann nur gleichbedeutend mit dem Sachverhalt, über eine bestimmte, empirisch feststellbare Handlungsdisposition zu verfügen und erfordert nicht, in einem unergründlichen Sinn der Welt der kausalen Zusammenhänge entschlüpft zu sein. M. Schlick hat diesen Gedankengang in einer besonders prägnanten Weise zusammengefaßt:

»Die Frage nach dem Verantwortlichen ist die Frage nach dem *richtigen Angriffspunkt der Motive*. Und das wichtige ist, daß sich hierin ihr Sinn vollkommen erschöpft, daß dahinter nicht noch irgendein mystischer Zusammenhang zwischen Vergehen und Ahndung steckt, der durch die geschilderten Umstände nur *ange-*

zeigt würde. Es handelt sich wirklich nur darum, zu wissen, wer zu bestrafen oder zu belohnen ist, damit die Strafe oder der Lohn auch als solche wirken, ihren Zweck erreichen können.« (Schlick 1984, 162)

Die Vereinbarkeitstheoretiker gehen also davon aus, daß auch in einer deterministischen Welt auf der Grundlage einer teleologischen, instrumentalistischen oder pragmatischen Moral die wesentlichen Merkmale unseres bestehenden Moralsystems, das ja nach einer verbreiteten Meinung sowohl folgenneutral ist als auch auf indeterministischen Voraussetzungen beruht, erhalten bleiben und daß auch unsere moralische Praxis, unsere Sprache und unsere Begriffe, mit denen wir uns auf Personen und Handlungen beziehen, im wesentlichen unverändert sein werden.

Die Kritiker an der Vereinbarkeitsthese – die sowohl aus dem Lager der ‚harten‘ Deterministen wie aus dem Lager der Indeterministen kommen – bestreiten diese Annahme, d. h. sie bezweifeln, daß unsere moralische Praxis und unsere moralischen Prinzipien mehr oder weniger nahtlos mit deterministischen Prämissen und einer folgenreorientierten Einstellung übereinstimmen. Unsere alltäglichen Reaktionen auf unerwünschte oder erwünschte Verhaltensweisen, unsere moralischen Urteile und die individuelle Zurechnung von Handlungen, unsere Gefühle wie Haß, Liebe, Dankbarkeit, Verehrung oder Verachtung, könnten nicht alle nur unter dem Gesichtspunkt ihrer Nützlichkeit und Wirksamkeit für die Steuerung von Verhalten verstanden werden, viele unserer selbstverständlichen Einstellungen und Handlungen im Rahmen unserer moralischen Praxis widersprächen einer solchen Interpretation diametral. Würde man sich tatsächlich gemäß den Prinzipien einer teleologischen Moral und den Annahmen eines deterministischen Weltbildes verhalten wollen, müßten radikale und weitgehende Veränderungen unseres Alltags und unserer moralischen Praxis die Folge sein.

In diesen Vorbehalten treffen sich nun wiederum die Kritiker der weichen Deterministen mit den Verteidigern eines zweckneutralen Schuldprinzips. In Analogie zu den Argumenten gegen eine teleologische Interpretation unserer moralischen Praxis wird in der Rechtswissenschaft gegenüber einem präventiv ausgerichteten Maßnahmerecht der Vorwurf erhoben, daß es zu einer radikalen Veränderung unseres Rechtssystems und seiner Institutionen führen müsse und mit grundlegenden Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit unvereinbar sei. Insbesondere sieht man die Gefahr, daß auf der Grundlage einer durchgehenden Orientierung der Strafverhängung an präventiven Zwecken die rechtsstaatlichen Sicherungen unseres Strafrechts zusammenbrechen oder doch zumindest stark gefährdet werden müßten, weil man davon ausgeht, daß solche rechtsstaatlichen Sicherungen im Rahmen eines nur an empirischen Zwecken orientierten Maßnahmerechts weder begründet noch durchgesetzt werden könnten. Rechtsstaatliche Normen sind nach der Befürchtung dieser Kritiker „Fremdkörper“ in einem zweckrationalen Strafrecht (vgl. Naucke 1983, 18).

Damit ist in der Diskussion eine interessante Frontstellung entstanden. Unter den Verteidigern des Strafrechts in seiner momentanen, der Vereinigungstheorie weitgehend entsprechenden Form, finden sich nämlich immer weniger, die dieses bestehende Strafrecht wegen seiner außerordentlich positiven Auswirkungen preisen oder das Vergeltungsprinzip als Grundlage der Strafverhängung seiner großen Gerechtigkeit wegen loben. Es überwiegen dagegen Argumente im Sinne einer *reductio ad absurdum*, indem die unhaltbaren Konsequenzen demonstriert werden sollen, die ein Fallenlassen des Schuldprinzips, bzw. die durchgehende Folgenorientierung eines Maßnahmerechts angeblich mit sich bringen. Propagiere man ein präventiv orientiertes Maßnahmerecht, dann nehme man Konsequenzen in Kauf, die im Vergleich mit dem bestehenden Strafrecht alles im allem immer noch ein schlechter Handel seien. Man könne deshalb zwar nicht zeigen, daß eine Strafverhängung nach dem Schuldprinzip die beste denkbare Möglichkeit sei, aber immerhin könne man nachweisen, daß die angebotenen Alternativen mehr neue Probleme schaffen als sie alte lösen können.

Ich möchte nun im folgenden weder den kritischen Argumenten weiter nachgehen, die von einem zwecktheoretischen Standpunkt gegen das Prinzip der Schuldvergeltung vorgebracht worden sind, noch den Bemühungen, sich gegen diese Kritik direkt zu verteidigen, indem man etwa zu zeigen versucht hat, daß eine indeterministische Interpretation des Schuldbegriffs nicht zwingend sei oder daß man das Vergeltungsprinzip nicht als Legitimationsgrundlage, sondern nur als Grenze für die Strafverhängung benötige. Ich will auch nicht untersuchen, wie ein reines Maßnahmerecht im Detail aussehen könnte oder welche Konzeptionen hierzu existieren. Ich will mich hier ‚nur‘ mit drei zentralen Einwänden auseinandersetzen, die gegenüber einer Zwecktheorie der Strafe, bzw. einer Konzeption für ein folgenorientiertes Maßnahmerecht immer wieder in verschiedenen Varianten erhoben werden. Diese Einwände lassen sich als eine Differenzierung und Unterteilung des einen globalen Vorwurfs verstehen, wonach ein präventiv orientiertes Maßnahmerecht zu einem Abbau rechtsstaatlicher Garantien führen müsse, bzw. mit den Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Institution prinzipiell unvereinbar sei. Diese Einwände beziehen sich im einzelnen auf das Verhältnis zwischen

- spezialpräventiven Zwecken und dem Anspruch des Rechtsadressaten auf Freiheit und Autonomie,
- generalpräventiven Zwecken und der individuellen Zurechnung von strafbaren Handlungen,
- einer generellen Folgenorientierung und dem bestehenden Straftatsystem mit seiner Dogmatik.

Die Vorwürfe, die im Zusammenhang mit diesen Problemfeldern an die Adresse eines zweckrationalen Maßnahmerechts gerichtet werden, lauten:

Erstens sei eine spezialpräventive Orientierung bei der Verhängung kriminalrechtlicher Maßnahmen eine Mißachtung der Willensfreiheit und persönlichen Integrität des Rechtsadressaten. Ein Maßnahmerecht bedeute die Entmündigung und Verdinglichung des Delinquenten, weil er zu einem Objekt staatlicher Behandlung und Manipulation degradiert werde. *Zweitens* führe eine Orientierung an generalpräventiven Zwecken zu einer Unterordnung der Interessen und Rechte des einzelnen unter das Wohl der Gemeinschaft, bis hin zu der Konsequenz, daß unter bestimmten Bedingungen ein Unschuldiger den Interessen der Mehrheit geopfert werden müsse. *Drittens* erfordere eine konsequente präventive Orientierung der Straf- bzw. Maßnahmeverhängung die Auflösung oder zumindest vollständige Veränderung des Straftatsystems und seiner Dogmatik, denn die bestehenden Regeln der strafrechtlichen Zurechnung seien in allen ihren Teilen an den Schuldbegriff gebunden. Damit drohe aber dem einzelnen Betroffenen die Gefahr, daß er aus Gründen der Zweckmäßigkeit in unverhältnismäßiger Weise in seinen Persönlichkeitsrechten eingeschränkt werde, denn ein zweckfrei konstruiertes Straftatsystem als Schranke der Kriminalpolitik würde entfallen.

Nur ein Schuldvergeltungsprinzip als Grundlage der Strafverhängung könne die Rechte der Betroffenen vor einseitiger kriminalpolitischer Zweckverfolgung schützen: Das Schuldprinzip bewahre die persönliche Integrität und Autonomie des Delinquenten, indem es staatlichen Institutionen eine gezielte und manipulative Persönlichkeitsveränderung unter spezialpräventiven Zielsetzungen verbiete; es verhindere, daß das Allgemeinwohl unter generalpräventiven Gesichtspunkten den Rechten und Interessen des einzelnen übergeordnet wird, indem die Bestrafung einer Person auf der Grundlage des Schuldprinzips nur dann gerechtfertigt ist, wenn man sie für eine strafbare Handlung verantwortlich machen kann; schließlich sichere es die Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen Interventionen, indem der Schuldbegriff als zweckfreie und geradezu zweckfeindliche Grundlage des Systems der strafrechtlichen Zurechnung dieses System zu einer unübersteigbaren Schranke für die Kriminalpolitik mache.

Ich hoffe nun, daß ich im folgenden plausibel machen kann, daß *diese* Vorbehalte gegenüber dem Konzept eines zweckorientierten Maßnahmerechts zu Unrecht bestehen und daß man zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des Kriminalrechts – d.h. hier insbesondere Respektierung der Autonomie des Rechtsbrechers, Schutz des Unschuldigen vor Strafe und Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit – auf das Schuldvergeltungsprinzip nicht angewiesen ist.

Falls mir das gelingen sollte, dann wird sich gezeigt haben, daß die Vorbehalte und Einwände gegenüber einer folgenorientierten Theorie des Kriminalrechts auf eine unzulässige Vereinfachung der Struktur von Strafzwecktheorien und auch des Begriffs der Zweckrationalität zurückgehen. Diese Vereinfachung beruht hauptsächlich auf der impliziten oder auch expliziten Annahme, daß Zwecktheorien des Kriminalrechts die von ihnen postulierten Zwecke um nahezu jeden Preis realisieren wollen und einseitig effektivitätsorientiert

nur auf die Verwirklichung ihrer unmittelbaren Zwecke fixiert sind, ohne die Nebenfolgen der von ihnen anvisierten Mittel und mögliche Zielkonflikte ebenfalls in ausreichendem Maße berücksichtigen zu können. So kommt es dann zu den bekannten und beliebten Beispielen, nach denen ein konsequentes Maßnahmerecht fordern müsse, den rückfälligen Gewohnheitsverbrecher durch Gehirnwäsche oder stereotaktische Operationen zu einem angepaßten Mitbürger zu machen, einen Unschuldigen zu hängen, wenn dadurch andere Unschuldige vor der Lynchjustiz gerettet werden können oder den behandlungsbedürftigen Ladendieb zwangsweise lebenslang zu therapieren.

So wie jeder individuelle Handelnde aber bei der angestrebten Verwirklichung seines unmittelbaren Handlungszwecks schon aus Gründen des Selbstinteresses dafür Sorge tragen wird, daß die von ihm erwogenen Mittel seine anderen Zwecke und Ziele nicht oder nur möglichst wenig beeinträchtigen – seine ‚Opportunitätskosten‘ also nicht höher werden als der aus der Realisierung seines Handlungszwecks erwartete Nutzengewinn –, so muß natürlich auch jede zweckrationale Planung gesellschaftlicher Institutionen ihre voraussehbaren Auswirkungen auf andere Institutionen und das soziale Leben insgesamt berücksichtigen, um eine Entscheidung treffen zu können, die nicht nur kausal effizient im Hinblick auf ein isoliertes Ziel ist, sondern den erwarteten sozialen Nutzen insgesamt maximiert.

Andere Maßstäbe würde der Begriff zweckrationalen Handelns nur dann nahelegen, wenn man ihn *nicht* als Bestandteil einer allgemeinen Theorie rationalen Handelns auffaßt – für die alle zu erwartenden Konsequenzen einer Handlungsalternative entscheidungsrelevant sind –, sondern als Begriff für ein Verhalten, das *nur* dem Kriterium der kausalen Effizienz von Handlungen bei der Verwirklichung bestimmter (isolierter) Zwecke genügt. Einen solchen engen Begriff von Zweckrationalität halte ich für wenig sinnvoll und in vielen Kontexten für irreführend. Niemand hat wohl auch jemals ernsthaft die Auffassung vertreten, bei seinen rechtspolitischen (oder sonstigen gesellschaftspolitischen) Entscheidungen solle sich ein Gesetzgeber an einem dieserart eingengten Begriff von Zweckrationalität orientieren und die Augen vor darüber hinaus gehenden Folgen seiner Entscheidungen bewußt verschließen. Ich verstehe diesen Begriff im folgenden jedenfalls als Bestandteil eines allgemeinen Konzepts folgenorientierten Handelns und damit auch als Bestandteil der allgemeinen Theorie rationalen Handelns und ihrer Postulate.

Wenn man deshalb die Institutionen des Rechts im allgemeinen und im Hinblick auf ihre Aktivitäten im Einzelfall auf der Grundlage der Nützlichkeit ihrer verhaltenssteuernden Funktionen rechtfertigen und planen will, dann folgt daraus in keiner Weise, daß sie ihre Ziele ‚ohne Rücksicht auf Verluste‘ anstreben sollen. Falls in einer sozialen Gemeinschaft das Recht des Bürgers auf Schutz seiner individuellen Freiheit gegenüber staatlichen Eingriffen sehr hoch angesetzt wäre, so daß der Wert präventiver Effektivität dagegen weit zurückfiele, so könnte in dieser Gesellschaft das Ergebnis einer präventiv-zweckrational geplanten Kriminalpolitik durchaus sein, daß bei allen Delikten nur

geringfügige Geldbußen verhängt werden – trotzdem hätten wir es mit einer folgenorientierten Rechtfertigung der entsprechenden Institutionen zu tun, die ohne ihre präventiven Zwecke nicht verständlich wären.

Die Tatsache, daß im Rahmen einer Zweckorientierung kriminalrechtlicher Institutionen der Zweck die Mittel durchaus nicht heiligt, hängt also damit zusammen, daß bei der Beurteilung des gesellschaftlichen Werts einer Einrichtung immer *alle* Folgen und Nebenfolgen bilanziert werden müssen. Wenn deshalb Autonomie und persönliche Integrität der Rechtsadressaten einen hohen Stellenwert haben, dann wird man eine spezialpräventive Zweckverfolgung dementsprechend eingrenzen; wenn man den einzelnen prinzipiell nicht dem Allgemeinwohl unterordnen möchte, dann wird man dies auch aus generalpräventiven Erwägungen heraus nicht akzeptieren, und wenn eine effektive Einschränkung und Begrenzung staatlicher Interventionen generell gewünscht wird, dann wird man sich nach geeigneten Kriterien für Verhältnismäßigkeit umschauen und ein zweckorientiertes Handeln nur in diesen Grenzen zulassen. Grundsätzlich ist einem zweckrationalen Handeln die Einschränkung von Effektivität und Wirksamkeit im Hinblick auf den unmittelbaren Handlungszweck keineswegs fremd, sondern unter den Prämissen der Zweckrationalität sogar geboten, wenn ein Handelnder die für ihn bestmögliche Alternative mit den insgesamt günstigsten Folgen wählen will.

In diesem Sinne werde ich in den drei Abschnitten dieser Arbeit zu zeigen versuchen, daß ein zweckrationales Maßnahmerecht die Autonomie der Rechtsadressaten nicht bedroht, insofern es an ein *Interpersonalitätsprinzip* gebunden bleibt; daß es die Rechte des einzelnen den Interessen der Gemeinschaft nicht unterordnet, insofern es ein *Verantwortungsprinzip* beachtet und daß es das bestehende Straftatsystem mit seiner Dogmatik übernehmen und damit dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip* Rechnung tragen kann. Wesentlich für unsere Fragestellung ist in diesem Zusammenhang natürlich der Nachweis, daß eine Einhaltung dieser drei Prinzipien mit einer Folgenorientierung bei der Maßnahmeverhängung vereinbar ist und daß es zur Begründung und Verwirklichung dieser Prinzipien des Konzepts von Schuld und Vergeltung und damit auch eines indeterministischen Menschenbildes nicht bedarf.

Ein Maßnahmerecht, das in dieser Weise rechtsstaatliche und sozialstaatliche Forderungen in sich zu vereinigen vermag, nenne ich ein ‚tatbezogenes Maßnahmerecht‘. Ein tatbezogenes Maßnahmerecht soll dadurch charakterisiert sein, daß es bei der Verhängung und bei dem Vollzug von Maßnahmen spezialpräventiv orientiert ist und das Interpersonalitätsprinzip beachtet. Tatbezogen ist es in zweierlei Hinsicht: Erstens ist das Vorliegen einer strafbaren Tat, für die man eine zurechnungsfähige Person verantwortlich machen kann, die *Voraussetzung* für kriminalrechtliche Interventionen. Zweitens wird durch den Bezug auf eine strafbare Tat die *Eingrenzung* spezialpräventiver Maßnahmen im Sinne der Verhältnismäßigkeit gewährleistet.

Bevor ich aber beginne, das Verhältnis eines solchen tatbezogenen Maßnahmerechts zu Freiheit, Verantwortung und Verhältnismäßigkeit im einzel-

nen zu untersuchen, sind noch ein paar methodologische Bemerkungen zum besseren Verständnis des Folgenden am Platze.

Normen und Fakten

Nur auf den ersten Blick könnte man versucht sein, die Beziehung zwischen ethischen Theorien, moralischen Prinzipien oder normativen Modellen und der Welt der empirisch feststellbaren Tatsachen und Fakten damit als unproblematisch abzutun, daß man feststellt, im einen Fall ginge es eben um das, was sein *soll*, im anderen Fall um das, was *ist*, eine Beziehung sich also nur insoweit herstellen lasse, als überprüft werden könne, inwieweit die Welt der Tatsachen und Fakten unseren moralischen Prinzipien oder normativen Modellen entspreche oder nicht. Schon ein Blick auf die Geschichte der naturalistischen Ethiken reicht, um zu bemerken, daß das Verhältnis zwischen Normen und Fakten von so einfacher Schlichtheit wohl nicht sein kann, wenn man einen Großteil der ethischen Theorien nicht auf unerklärliche Irrtümer zurückführen will. „Wir haben die Menschen zu nehmen, wie sie sind, und moralische Normen zu entwickeln, wie sie durchführbar erscheinen.“ In dieser allgemeinen Forderung von J. L. Mackie (1981, 169) nach einer grundsätzlichen Bindung normativer Theorien und Modelle an die gegebenen Tatsachen und Fakten spiegelt sich die realistische Einschätzung, daß moralische Systeme ohne eine Fundierung in den gegebenen Interessen und Handlungsspielräumen der Menschen zu einer nutzlosen Gedankenspielerei zu verkommen drohen – einem moralischen Handeln jedenfalls nicht förderlich sein können.

Ich möchte in den folgenden Bemerkungen die Aufmerksamkeit auf eine Art von Tatsachen und Fakten lenken, die in einer besonderen Weise für jede Moral- oder Gerechtigkeitstheorie von Bedeutung sind und sei es nur, daß sie sich von ihnen abgrenzen muß: Es handelt sich um unsere moralischen Intuitionen, um unsere spontanen oder überlegten moralischen Urteile und Stellungnahmen, die wir nicht als Theoretiker, sondern im Alltag als Beobachter oder Betroffene formulieren, um die moralischen Ansichten und Überzeugungen, die man als durchschnittlich vernünftiger, aufgeklärter und einigermaßen vorurteilsfreier Bürger hat; es geht um die empirische Moral von Einzelindividuen oder sozialen Gemeinschaften, um das faktisch vorhandene Gerechtigkeitsempfinden, das sich in emotionalen Äußerungen, in politischen Debatten und im Handeln in menschlichen Grenzsituationen ausdrücken kann, das eine bewußte oder unbewußte Richtschnur bildet für das eigene aber auch die Bewertung fremden Verhaltens.

Diese Art von Fakten unterscheiden sich von anderen Fakten, auf die eine normative Theorie Bezug nehmen kann, weil sie selber Aussagen und Urteile

mit moralischem Gehalt darstellen, also Aussagen und Urteile, die von dem *gleichen Typ* sind, wie sie von ethischen Theorien und normativen Modellen gemacht werden. Es handelt sich also eher um eine Konkurrenz zu solchen Theorien und Modellen – mit dem Unterschied allerdings, daß es eben ein empirisch feststellbares Faktum ist, daß *diese* Aussagen und Urteile von einer bestimmten Anzahl von Menschen bereits tatsächlich akzeptiert und befolgt werden.

Mit dem Phänomen, daß eine wissenschaftliche Beschäftigung mit einem bestimmten Gegenstand bereits im Alltag vorgebildet ist und dort seinen Ursprung hat, muß jede wissenschaftliche Theorie, zumindest in den Grundlagendisziplinen, rechnen. Unterschiedlich ist, in welchem Ausmaß sie sich dann im Verlauf ihrer eigenen, wissenschaftsinternen Entwicklung über diese ursprünglichen Verbindungen hinwegsetzt. Während das bei den Naturwissenschaften ziemlich leichtfüßig und ohne Skrupel geschieht, haben die Sozialwissenschaften traditionell ein empfindsames Verhältnis zu ihrer Quelle und wo sie sich deutlich von ihr entfernt haben, ist ein schlechtes Gewissen oft die Folge.

Das gilt nun in besonderem Maße für eine wissenschaftliche Theorie, die moralische Urteile und Prinzipien sozialer Gerechtigkeit begründen will. Nur wenige Moralphilosophen nehmen eine so radikale und unbesorgte Position ein wie z. B. J. J. C. Smart, der den intuitiven und alltäglichen Überzeugungen nur mit eher verächtlichen Bemerkungen gedenkt. Das Gegenstück dazu ist die ebenfalls extreme Ansicht, man solle unseren Intuitionen absolute Autorität über moralische Fragen einräumen und einer ethischen Theorie nur die wenig schmeichelhafte Aufgabe einer gewissen Systematisierung und Explikation zugestehen. Diese Ansicht ist oft verbunden mit einer vollständigen Analogisierung zwischen empirischen und normativen Theorien, indem man unsere intuitiven und singulären moralischen Urteile mit den gegebenen Einzeldaten einer empirischen Theorie gleichstellt. In beiden Fällen komme es dann nur darauf an, verallgemeinernde Prinzipien (und Gesetzmäßigkeiten) zu finden, die anhand der Rohdaten in ihren Implikationen überprüft werden können. Damit hat man dann allerdings auf die Möglichkeit eines kritischen Verhältnisses zu den vorgefundenen Daten vollständig verzichtet, und es fragt sich, ob man diesen Anspruch einer ethischen Theorie in dieser Weise fallen lassen kann.

Weitaus komplexere Verhältnisse zwischen unseren singulären Alltagsurteilen und verallgemeinernden Prinzipien bestimmen ein Großteil der Diskussionen über die modernen Versionen z. B. des Utilitarismus und der Vertragstheorie. Hier billigt man zwar unseren Intuitionen eine wichtige Rolle bei dem Aufbau und der Überprüfung einer Theorie der Moral oder Gerechtigkeit zu, andererseits aber räumt man den systematischen Konstruktionen und verallgemeinernden Prinzipien einen hohen Stellenwert ein, was eben auch zu einer kritischen Revision von Alltagsurteilen und Intuitionen führen könne.

Vor allem J. Rawls hat diesem Problem spezielle Aufmerksamkeit gewidmet und mit seinem Begriff des ‚Überlegungsgleichgewichts‘ versucht, dieses

Verhältnis in einer neuen Weise zu bestimmen. Demnach spielen die wohlüberlegten moralischen Urteile der mündigen Mitglieder einer moralischen Gemeinschaft sowohl als Instanzen der Überprüfung von Ableitungen aus allgemeinen moralischen Prinzipien eine Rolle als auch als Grundlage für eine Konstruktion dieser Prinzipien mit Hilfe eines ‚Urzustandes‘. Zwischen diesen drei Konstruktionselementen einer Vertragstheorie – wohlüberlegte Urteile, allgemeine moralische Prinzipien und Urzustand – soll nun ein Verhältnis wechselseitiger Kritik und Beeinflussung herrschen. Stabilität und ‚Begründungsruhe‘ trete ein, wenn die gegenseitigen Korrekturen und Ableitungen schließlich in einem ‚Überlegungsgleichgewicht‘ gemündet sind – wie das Rawls für seine eigene Theorie annimmt.

Die Probleme, die ich im Laufe dieser Arbeit behandeln werde, haben nun ebenfalls in einer jeweils spezifischen Weise das Verhältnis zwischen unserem intuitiven Gerechtigkeitsempfinden und theoretisch-wissenschaftlich konzipierten Modellen zum Gegenstand. Man könnte deshalb die Kritik an einem folgenorientierten Maßnahmerecht auch so reformulieren, daß sie sich auf einen angeblichen Widerspruch zwischen einer solchen Konzeption und unseren intuitiven moralischen Urteilen und unserem Gerechtigkeitsgefühl stützt:

Erstens stünde eine spezialpräventive Orientierung bei der Verhängung kriminalrechtlicher Maßnahmen demnach im Widerspruch mit unserem Empfinden, daß es mit der Würde des autonomen Menschen unvereinbar ist, ‚unter die Sachen‘ gemengt zu werden, indem er zum bloßen Objekt eines fürsorglichen Staates gemacht wird.

Zweitens kollidiere eine Orientierung an generalpräventiven Zwecken mit einer unserer intuitiv stärksten Überzeugungen, wonach es ungerecht ist, eine Person zu bestrafen, die man für eine strafbare Handlung nicht verantwortlich machen kann und ein Unschuldiger nicht den Interessen der Mehrheit geopfert werden darf.

Drittens widerspreche die durch ein präventiv orientiertes Maßnahmerecht drohende vollständige Veränderung des Straftatsystems unserer starken intuitiven Präferenz für die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und unserer Ablehnung einer unbegrenzten Beeinträchtigung von Freiheitsrechten.

Nun könnte man als Vertreter eines ‚rationalen‘ Prinzips der Folgenorientierung insbesondere unter Hinweis auf die offensichtliche Inhumanität und Irrationalität zumindest einiger Aspekte unseres bestehenden Strafrechtssystems leicht in die Versuchung geraten, unsere Gerechtigkeitsintuitionen abzuwerten und im Falle ihrer Abweichung von den Ergebnissen folgenorientierter Erwägungen nur zu konstatieren: „Um so schlimmer für unsere Intuitionen. Sie sind offenbar das Resultat unaufgeklärter Alltagstheorien und müssen im Sinne rationalerer Prinzipien korrigiert werden.“ Doch vor einer solchen Reaktion sollte man sich hüten, und in Wirklichkeit gibt es auch unter den harten Verfechtern folgenorientierter Konzeptionen in der Ethik kaum jemand, der diese Auffassung vertreten hat. Eine Zwecktheorie muß solche Einwände

ernst nehmen und darf nicht mit einem arroganten Hinweis auf die Zweckrationalität über sie hinweggehen.

Ohne hier nun im einzelnen das schwierige Verhältnis zwischen intuitiven und aus Prinzipien begründeten Urteilen in einer Theorie der Moral oder Gerechtigkeit diskutieren zu können, möchte ich doch versuchen, einige, wie ich glaube, konsensfähige Überlegungen zu dem Verhältnis von Intuition und Argumentation im Zusammenhang mit den spezifischen Problemen einer normativen Theorie des Kriminalrechts anzudeuten.

Ich gehe mit den meisten zeitgenössischen Vertretern einer philosophischen Ethik davon aus, daß man bei der Suche nach begründbaren Prinzipien für die gerechte Behandlung der Mitglieder einer Gesellschaft zunächst notwendigerweise an unser intuitives Gerechtigkeitsempfinden anknüpfen muß: Ohne eine intuitive Idee von Gerechtigkeit läßt sich keine Theorie der Gerechtigkeit entwickeln. Das bedeutet nicht, daß wir bei der Entwicklung solcher Theorien und Prinzipien sklavisch an unsere Intuitionen gebunden bleiben müssen oder daß wir niemals zu entgegengesetzten Resultaten gelangen könnten. Unsere Intuitionen halten sicherlich nicht alle einer rationalen Überprüfung stand und es ist fraglich, ob es eine Mehrheit ist, die eine solche Überprüfung besteht. Andererseits läßt sich die Vernünftigkeit von Gerechtigkeitsprinzipien nicht ohne weiteres unabhängig von unseren Intuitionen messen, und es gibt sicherlich intuitive Überzeugungen, die wir auch dann nicht opfern würden, wenn die Gegenposition argumentativ zunächst unwiderlegbar scheint.

Dieses latent gespannte Verhältnis zwischen Intuitionen und begründeten Prinzipien scheint sich nun nicht immer in ein ‚Überlegungsgleichgewicht‘ im Sinne Rawls’ auflösen zu lassen, sondern anstatt zu einer geklärten Harmonie, in nur schwer auflösbare Zirkel zu führen, so daß angesichts konkurrierender Gerechtigkeitsprinzipien unklar bleiben kann, nach welchen Kriterien man die Konkurrenz entscheiden soll (wenn man nicht – wie man bei Rawls vielleicht vermuten kann – von vornherein in die Prinzipien nur das hineinbringt, was durch unsere Intuitionen diktiert wird). Genau dieser Fall scheint nun für die hier behandelten Probleme zu drohen: Auf der einen Seite hat man es zu tun mit den Derivaten einer argumentativ nicht begründbaren absoluten Straftheorie, die aber für sich reklamiert, ausgezeichnet zumindest mit einigen unserer wesentlichen intuitiven moralischen Überzeugungen zusammenzustimmen; auf der anderen Seite stehen die Vertreter einer zweckrational begründeten Straftheorie, die sich der luziden Rationalität und einsehbaren Vernünftigkeit des Prinzips der Folgenorientierung rühmen, von ihren Gegnern aber vorgehalten bekommen, daß die Anwendung dieses Prinzips auf bestimmte strafrechtliche Probleme zu Ergebnissen führen würde, die mit unserem Gerechtigkeitsgefühl unter keinen Bedingungen vereinbar seien.

Nehmen wir für den Moment an, diese Situationsbeschreibung wäre richtig, dann stünde man unausweichlich vor dem schwierigen Problem, das Verhältnis zwischen Intuition und Argumentation in bezug auf Fragen der Ge-

rechtigkeit jedenfalls so weitgehend zu untersuchen, daß Alternativen der oben skizzierten Art entscheidbar würden. Wie diese Lösung am Ende auch aussähe, ich glaube nicht, daß man sehr glücklich mit ihr wäre. Aber ich denke, daß sich die Alternative bei den hier zur Diskussion stehenden Problemen in Wirklichkeit nicht so stellt und man sich deshalb im Hinblick auf die Einschätzung des Wertes von intuitiven Gerechtigkeitsüberzeugungen zumindest in diesem Zusammenhang auf einen Minimalkonsens einigen kann. Ich möchte nämlich zeigen, daß ein richtig verstandenes und richtig angewandtes Prinzip der Folgenorientierung im Hinblick auf die Autonomie des Rechtsadressaten, das Prinzip der subjektiven Zurechnung und die rechtsstaatlichen Garantien des bestehenden Straftatsystems *mindestens* so gut mit unseren Intuitionen übereinstimmt wie die traditionellen Prinzipien der strafrechtlichen Schuldvergeltung, die unter anderen Aspekten als den hier diskutierten durchaus nicht immer zu intuitiv annehmbaren Resultaten führen.

Zur Entscheidung der hier einschlägigen Alternativen muß man sich also nur auf ein Minimalkriterium einigen, das ungefähr so lautet: „Wenn zwei konkurrierende Gerechtigkeitstheorien beide zu intuitiv akzeptablen Ergebnissen kommen, dann soll man sich für diejenige unter ihnen entscheiden, deren Aussagen und Argumentationen einfacher und klarer sind und die intersubjektiv nachvollziehbaren Methoden der Überprüfung unterzogen werden können.“ Wenn hier die Rede davon ist, daß beide Theorien gleichermaßen zu intuitiv akzeptablen Ergebnissen kommen, dann bedeutet das natürlich nicht, daß sie zu *denselben* Ergebnissen kommen müssen. Das gilt vor allem nicht für den Bereich, in dem unsere intuitiven Überzeugungen an Eindeutigkeit und Intensität verlieren.

Falls es also gelingt zu zeigen, daß eine folgenorientierte Rechtfertigung eines tatbezogenen Maßnahmerechts zu einer Rechtfertigung einiger für diesen Bereich wesentlichen und zentralen intuitiven Gerechtigkeitsüberzeugungen führt, hätte man drei Vorteile erzielt: Erstens wird eine mühselige und u.U. unergiebigere Diskussion um das Verhältnis zwischen intuitiven und diskursiven Kriterien für Gerechtigkeitstheorien umgangen; zweitens kann man den Ansprüchen derjenigen genügen, die den Wert intuitiver Überzeugungen, sei es begründet oder unbegründet, sehr hoch einschätzen: auch sie werden eine Theorie, die intuitiv plausibel *und* rational begründbar ist, einer anderen Theorie vorziehen, die zwar auch zu intuitiv plausiblen Folgerungen kommt, aber mit metaphysischen oder zumindest schwer überprüfbaren Argumenten arbeitet; drittens aber können auch diejenigen zustimmen, die von Intuitionen auf diesem Gebiet wenig oder gar nichts halten, denn warum sollten sie es nicht begrüßen, wenn eine vernünftige Theorie darüber hinaus mit unseren Intuitionen übereinstimmt bzw. belegen kann, daß zumindest einige unserer Intuitionen rational rekonstruierbar sind.