

RECHT UND PHILOSOPHIE

Band 12

Der doppelte Strafstaat

Die Krise des modernen Strafrechts
in vergleichend-historischer Perspektive

Von

Markus D. Dubber



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS D. DUBBER

Der doppelte Strafstaat

RECHT UND PHILOSOPHIE

Herausgegeben von
Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer, Jena
Prof. Dr. Stephan Kirste, Salzburg
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik, Freiburg
Prof. Hans-Christoph Schmidt am Busch, Braunschweig
Prof. Dr. Klaus Vieweg, Jena
Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn

Band 12

Der doppelte Strafstaat

Die Krise des modernen Strafrechts
in vergleichend-historischer Perspektive

Von

Markus D. Dubber

Aus dem Englischen übersetzt
von Alexander Mayr und Sascha Ziemann



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Markus D. Dubber 2018

The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective was originally published in English in 2018. This translation is published by arrangement with Oxford University Press. Duncker & Humblot is solely responsible for this translation from the original work and Oxford University Press shall have no liability for any errors, omissions or inaccuracies or ambiguities in such translation or for any losses caused by reliance thereon.

Alle Rechte an der deutschen Ausgabe vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2509-4432
ISBN 978-3-428-18355-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58355-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Ich bedanke mich bei den folgenden Personen für ihre Unterstützung: Klaus Günther, Tatjana Hörnle und Bernd Schünemann für ihre großzügige Gastfreundschaft in Frankfurt a. M., Berlin und München; Michael Pawlik für die Aufnahme in die von ihm mitherausgegebene Reihe „Recht und Philosophie“; und, last not least, Alexander Mayr und Sascha Ziemann für ihre ausgezeichnete Übersetzungstätigkeit. Die Arbeit an der englischen Originalfassung wurde von der Alexander-von-Humboldt Stiftung, der Royal Society of Canada, dem Social Science and Humanities Research Council of Canada, dem Excellence Cluster „Formation of Normative Orders“ an der Goethe-Universität Frankfurt a. M. und dem Forschungskolleg Humanwissenschaften in Bad Homburg unterstützt.

Die in dieser Übersetzung berücksichtigte Literatur steht auf dem Stand der im Jahre 2018 erschienenen englischen Originalausgabe.

Toronto, Dezember 2021

Markus Dirk Dubber

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Die Krise des modernen Strafstaates	15
A. Die Krise liberalen Strafens	15
B. Staaten und Stadien der Verleugnung	20

Teil I

Die Strafrechtswissenschaft und ihre Ablenkungen	27
---	----

Kapitel 1

Engagierte Forschung: Strafrecht und die Legitimation der Strafmacht	29
---	----

A. Einseitige Strafrechtsvergleichung: Die parochiale Universalität der Strafrechtswissenschaft	35
---	----

Kapitel 2

Die Rhetorik des Strafrechts: Sloganismus und andere Bewältigungsmechanismen	60
---	----

A. Ontologismus	61
B. Sloganismus	63
C. Etikettismus	68
1. Rechtsgut – Eine Wissenschaft des Verbrechens	72
2. „Positive Generalprävention“: Eine Wissenschaft der Strafen (und „Maßnahmen“)	85
3. Besitz	96
D. Taxonomismus	100
1. Die Taxonomie der Verbrechens	101
2. Die Taxonomie der strafbaren Handlung	121
3. Der Badewannenfall	130
4. Die Taxonomie der Tatherrschaft	137
E. Parochiale Rechtswissenschaft als globale Polizeiwissenschaft	145

Teil II

**Der doppelte Strafstaat:
Zur kritischen Analyse des Strafrechts** 151

Kapitel 3

Recht und Polizei als Herrschaftsmechanismen 153

- A. Formen der kritischen Analyse: Kritik und Verschleierung 165
- B. Der Umfang der Analyse 171
- C. Recht und Polizei: Kognitive Spannungen 174

Kapitel 4

Strafrecht und Strafpolizei im doppelten Strafstaat 186

- A. Modernes Strafen zwischen rechtlicher Horizontalität und polizeilicher Vertikalität .. 190
- B. Das Strafparadoxon 199
- C. Verbrechen und Bestrafung im Strafrecht und in der Strafpolizei 202
- D. Zwischen Strafrecht und Strafpolizei 206
1. Unbeachtliche Taten: Public Welfare Offenses, Violations, Ordnungswidrigkeiten 206
2. Andersartige Täter: Gewohnheitsverbrecher, Unzurechnungsfähige, Feinde 212
- E. Rasse und Strafsklaverei 217
- F. Systemischer Vergleich: Ein polizeiliches Gegennarrativ des deutschen Strafens 237
- G. Wechsler und Freisler zur „Überlegung“ 247
- H. Packer und Jakobs über amerikanisches und deutsches Strafen 261

Teil III

**Amerikanisches Strafen zwischen Recht und Polizei:
Eine kritische Genealogie** 269

Kapitel 5

Amerikas interner Sonderweg 271

- A. Strafpatriarchat 281
- B. Apolitisches Strafen 285

Kapitel 6

Thomas Jeffersons Virginia Criminal Law Bill 289

A. Verrat und Souveränität 297

B. Präambel: Ein unerfülltes Versprechen 305

C. Livingston und der 13. Zusatzartikel zur amerikanischen Verfassung 311

Kapitel 7

Model Penal Code und War on Crime 315

A. Der Behandlungsansatz 315

B. Strafrechtliche Kodifizierung 321

C. Eine weitere verpasste Gelegenheit 327

D. Nach dem Model Penal Code 330

 1. Der „Krieg“ gegen das Verbrechen 330

 2. Über den Krieg gegen das Verbrechen hinaus? 339

 3. Ein vergleichender Anhang 342

Literaturverzeichnis 350

Sachwortverzeichnis 371

Abkürzungsverzeichnis

ABA J.:	American Bar Association Journal
Am. Inst. Crim. L. & Criminology:	American Institute of Criminal Law and Criminology
Am. J. Comp. L.:	American Journal of Comparative Law
Am. J. Juris.:	American Journal of Jurisprudence
Am. J. Legal Hist.:	American Journal of Legal History
Am. J. Soc.:	American Journal of Sociology
Buff. Crim. L. Rev.:	Buffalo Criminal Law Review
Buff. L. Rev.:	Buffalo Law Review
Cal. L. Rev.:	California Law Review
Cambridge L.J.:	Cambridge Law Journal
Can. Bar Rev.:	Canadian Bar Review
Cardozo L. Rev.:	Cardozo Law Review
Colum. Hum. Rts. L. Rev.:	Columbia Human Rights Law Review
Colum. L. Rev.:	Columbia Law Review
Comp. Legal Hist.:	Comparative Legal History
Cornell L. Rev.:	Cornell Law Review
Crim. Just. Hist.:	Criminal Justice History
Crim. L. & Phil.:	Criminal Law and Philosophy
Crit. Q.:	Critical Quarterly
Duke J. Comp. & Int'l L.:	Duke Journal of Comparative & International Law
Geo. L. J.:	Georgetown Law Journal
German L. J.:	German Law Journal
Harv. L. Rev.:	Harvard Law Review
Hastings L. J.:	Hastings Law Journal
Hofstra L. Rev.:	Hofstra Law Review
J. Comp. Legislation & Int'l L.:	Journal of Comparative Legislation and International Law
J. Crim. L. & Criminology:	Journal of Criminal Law and Criminology
J. Int'l Crim. Just.:	Journal of International Criminal Justice
J.L. & Contemp. Probs.:	Journal of Law and Contemporary Problems
Law & Hist. Rev.:	Law and History Review
Law & Phil.:	Law and Philosophy
Law Q. Rev.:	Law Quarterly Review
Mich. L. Rev.:	Michigan Law Review
Mod. L. Rev.:	Modern Law Review
N. Y. Times:	New York Times
New Crim. L. Rev.:	New Criminal Law Review

Nw. U.L. Rev.:	Northwestern University Law Review
Oxford J. Legal Stud.:	Oxford Journal of Legal Studies
Pa. Mag. History & Biography:	Pennsylvania Magazine of History and Biography
Phil. & Pub. Affairs:	Philosophy & Public Affairs
Phil. Rev.:	Philosophical Review
Rutgers J.L. & Religion.:	Rutgers Journal of Law and Religion
Stan. L. Rev.:	Stanford Law Review
Sup. Ct. Rev.:	Supreme Court Review
U. Chi. L. Rev.:	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.:	University of Pennsylvania Law Review
U. Toronto L.J.:	University of Toronto Law Journal
Wis. L. Rev.:	Wisconsin Law Review
Yale J.L. & Humanities:	Yale Journal of Law & the Humanities
Yale L.J.:	Yale Law Journal

Einführung: Die Krise des modernen Strafstaates

Dieses Buch beschäftigt sich mit der massiven, oft willkürlichen und ständig wachsenden Strafmacht von Staaten, die sich vermeintlich dem rechtlich-politischen Projekt westlich-liberaler Demokratien verschrieben haben. Die normalisierte Ausübung von Strafgewalt in den Strafsystemen dieser aufgeklärt-modernen Staaten objektiviert tagtäglich genau die Personen, auf deren Autonomie als Rechtssubjekte die Legitimation staatlicher Macht insgesamt beruhen soll.

A. Die Krise liberalen Strafans

Ich weiß nicht, ob das moderne, liberale rechtlich-politische Projekt richtig, rechtens oder gerecht ist, oder auch nur wie wir das beurteilen könnten. Da es jedoch eindeutig Staaten gibt, die sich mit diesem Projekt identifizieren – oder identifiziert werden wollen –, lohnt es sich, das andauernde Missverhältnis zwischen dem Ideal des liberalen Strafrechts und der Realität des modernen Strafans in diesen Staaten historisch und vergleichend, dogmatisch und institutionell, systemisch und konkret zu erfassen und zu verstehen. Ein besseres Verständnis für die Krise des liberalen Strafans sollte uns dabei helfen, sie anzugehen, wenn auch nicht sie zu „lösen“ (was auch immer das heißen würde), vorausgesetzt, wir meinen, dass es sich hierbei nicht nur um eine Frage kompetenter Regierung oder durchdachter Politik handelt, sondern um eine Sache der Gerechtigkeit und schließlich der Legitimität von Staatsmacht in einer liberalen Demokratie.

Angenommen wir nehmen das liberale Projekt ernst, und das mag weniger offensichtlich sein, als die meisten von uns bereit wären einzugestehen, so sehe ich nicht, wie wir mit dem normalisierten Versagen leben können, die fundamentalen Herausforderungen des Strafrechts in unseren liberalen Staaten als solche zu erkennen, geschweige denn uns ihnen zu stellen. Wenn wir es nicht schaffen, tagtäglich die Herausforderung der prima facie-Illegitimität der Strafmacht des liberalen Staates zu erkennen, wie können wir dann hoffen, sie anzusprechen? Wenn wir sie nicht ansprechen, wie können wir dann hoffen, sie zu bewältigen? Und wenn wir sie nicht bewältigen, was sagt das dann über das moderne rechtlich-politische Projekt als Ganzes, wenn es an dem Willen und den Ressourcen fehlt, die einschneidendste Macht des Staates zu legitimieren, die am dringendsten einer Legitimation bedarf?

Es mag sich herausstellen, dass das Missverhältnis zwischen der liberalen Idee und der strafstaatlichen Realität kein bloßes Anwendungs- oder Verwaltungs-

problem ist, d. h. das Versäumnis, ein überzeugendes Programm legitimen staatlichen Strafens in die Tat umzusetzen. Vielleicht liegt das Problem jedoch viel tiefer, am Ursprung des Projekts des liberalen Strafrechts und damit auch des liberalen Rechts überhaupt, d. h. ein Versagen bei der Legitimierung der Begründung des liberalen Strafrechts. Möglicherweise stellt sich bei näherer Hinsicht heraus, dass niemand die Notwendigkeit einer radikalen Neukonzeption der Strafmacht sah. Oder diejenigen, die das neue Legitimationsproblem erkannten, entwickelten eine Konzeption, die das Kernproblem liberalen Strafens weder diagnostizierte noch ansprach, und riefen so ein falsches Selbstgefälligkeitsgefühl hervor, das die kontinuierliche Legitimation der staatlichen Strafmacht in all ihren Aspekten – materiell und prozessual, systemisch und individuell, als Drohung, Auferlegung und Anwendung von Strafgewalt – behinderte, anstatt sie zu ermöglichen. Das Ergebnis wäre in beiden Fällen ein und dasselbe: ein normalisiertes, sich ständig erweiterndes und verschärfendes, prima facie illegitimes Regime staatlicher Strafgewalt.

Die Vereinigten Staaten liefern seit einiger Zeit das umfangreichste und beachtetteste Beispiel für ein staatliches Strafregime, das Amok läuft. Die Heimat einer ausgedehnten und brutalen pönalen Unschädlichmachungskampagne, dem sogenannten „war on crime“, kennzeichnet sich durch die höchste Inhaftierungsrate der Welt und die größte Gefängnisbevölkerung. Dies ist das Resultat sowohl einer „Überkriminalisierung“ (was soll bestraft werden?) beziehungsweise „Überbestrafung“ (wie hoch?), als auch der Einstellung einer bestenfalls böswilligen Vernachlässigung (*malign neglect*: Michael Tonry) gegenüber den verheerenden, unverhältnismäßigen alltäglichen Auswirkungen auf nicht-weiße Bevölkerungsgruppen – in der Stadt und auf dem Land, in Wohnungen, auf der Straße, zu Fuß oder im Auto, auf Polizeistationen, in Staatsanwaltschaften, Gerichtssälen und in Gefängnissen –, die eine nationale – und schließlich weltweite – Bewegung um das denkbar einfache, aber beunruhigenderweise alles andere als selbstverständliche Beharren auf „Black Lives Matter“ in Gang brachte.

Die USA sind allerdings nur ein Beispiel, wenn auch ein besonders krasses. Andere Länder haben ihre Strafregelungen längst verschärft und verankert, indem sie die Entwicklungen in den Vereinigten Staaten allzu oft als bequeme Rechtfertigung für eine vergleichsweise weniger einschneidende, aber dennoch bedeutende Ausweitung der eigenen Strafmacht nutzen. Die aktuelle Krise des modernen Strafens ist weder auf die Vereinigten Staaten beschränkt, noch ist sie neu. Diese Punkte sind miteinander verbunden. Ich argumentiere in diesem Buch, dass die Krise des modernen Strafens genau das ist, eine Krise des *modernen Strafens*. Es ist keine innerstaatliche Krise, die sich in einem bestimmten, angeblich einzigartigen Land auswirkt, das andere Länder von außen mit Entsetzen beobachten, während sie ihre immer vollkommeneren Umsetzung eines aufgeklärten liberalen Strafrechts weiter verfeinern. Stattdessen ist die Krise des modernen Strafens eine Krise des liberalen rechtlich-politischen Projekts als Ganzes, das auf unterschiedliche Weise jeden Staat berührt, der sich an ihm beteiligt.

Die Anerkennung der Krise des modernen Strafens als ein supranationales Phänomen zwingt jeden Staat innerhalb des liberalen rechtlich-politischen Projekts, sich nach innen zu wenden und zu einer ernsthaften und ehrlichen kritischen Analyse seiner eigenen Antwort auf die ursprüngliche, grundlegende Herausforderung der Legitimation seiner Strafmacht zu verpflichten: Wie das Strafparadoxon als schärfste Ausformung des allgemeinen Machtparadoxons in einem liberalen Staat gelöst werden kann, d. h. der gewaltsame Eingriff in die Autonomie von Personen, auf der die Legitimität des Staates gerade beruht.

Diese kritische Selbstanalyse würde in jedem Land anders ausfallen. Beispielsweise in Deutschland wäre das Ergebnis, eine gut etablierte Tradition der Selbstgefälligkeit zu hinterfragen, die von der Annahme der Überlegenheit gegenüber anderen Staaten ausgeht, einschließlich, aber nicht beschränkt auf die Vereinigten Staaten.¹ Dieser privilegierte Standpunkt gründet sich auf zwei verwandte und weit verbreitete, wenn auch sicherlich nicht allgemein verbreitete Ansichten: erstens, dass die deutsche Rechtsordnung im Allgemeinen und das deutsche Strafrecht im Besonderen der Herausforderung der Staatsmacht in einer modernen liberalen Demokratie besser gerecht werden als jede andere Rechtsordnung; und zweitens, dass insbesondere das deutsche materielle Strafrecht auf eine lange und einzigartig ruhmreiche Geschichte rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse zurückblickt, die weit über die Entstehung des modernen deutschen Verfassungsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg hinausreicht. Diese tief verwurzelte wissenschaftliche Grundlage ist zentral für das Selbstverständnis der deutschen Strafrechtswissenschaft, die das Verfassungsrecht als einen relativen Neuankömmling betrachtet, dessen Anspruch auf Beachtung, wenn nicht sogar Vorrang, vor dem Strafrecht als impertinent gilt. Die Behauptung eines wissenschaftlichen Selbstverständnisses von zeitloser Objektivität und technischer Expertise trägt auch der ansonsten angesichts der Ereignisse von 1933–45 vielleicht überraschenden Vorstellung Rechnung, dass das deutsche Recht im Allgemeinen und das deutsche Strafrecht im Besonderen vielversprechende Kandidaten für substantielle Modelle liberaler Prinzipientreue sein könnten.

¹ So wurde beispielsweise die Verständigung im Strafprozess („plea bargaining“) in Deutschland jahrzehntelang als eine typisch amerikanische, und typisch widerrechtliche, Praxis angeprangert. Siehe *Dubber*, *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, in: *Stan. L. Rev.* 49 (1997), S. 547; *Weigend/Turner*, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, in: *German L. J.* 15 (2014), S. 81. Ein weiteres, weniger offensichtliches Beispiel ist die entschiedene Ablehnung einer Unternehmensstrafbarkeit nach 1945 als völlig unvereinbar mit dem Wesen des deutschen Strafrechts, aber symptomatisch für die dem angloamerikanischen Strafrecht innewohnende Prinzipienlosigkeit. Siehe *Dubber*, *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, in: *New Crim. L. Rev.* 16 (2013), S. 203; *Dubber*, *Zur Geschichte und Theorie der Verbandsstrafbarkeit: Eine kritische Analyse aus rechtsvergleichender Sicht*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 98 (2016), S. 377.