

[Nicola Lacey](#)

Rechtswissenschaft, Geschichte und die institutionelle Natur des Rechts

**Article (Accepted version)
(Refereed)**

Original citation:

Lacey, Nicola (2016) Rechtswissenschaft, Geschichte und die institutionelle Natur des Rechts. Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 64 (2). pp. 258-272. ISSN 0012-1045
DOI: [10.1515/dzph-2016-0019](https://doi.org/10.1515/dzph-2016-0019)

© 2016 De Gruyter

This version available at: <http://eprints.lse.ac.uk/65564/>
Available in LSE Research Online: May 2016

LSE has developed LSE Research Online so that users may access research output of the School. Copyright © and Moral Rights for the papers on this site are retained by the individual authors and/or other copyright owners. Users may download and/or print one copy of any article(s) in LSE Research Online to facilitate their private study or for non-commercial research. You may not engage in further distribution of the material or use it for any profit-making activities or any commercial gain. You may freely distribute the URL (<http://eprints.lse.ac.uk>) of the LSE Research Online website.

This document is the author's final accepted version of the journal article. There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

Nicola Lacey*

Rechtswissenschaft, Geschichte und die institutionelle Natur des Rechts

DOI 10.1515/dzph-2016-0019

Abstract: #In this paper, I argue that history deserves a more central place in jurisprudential thinking. The argument rests on an understanding of law as having a fundamental institutional dimension, as well as being a product of social power and interests. Since law realises itself in terms of intersecting institutional arrangements, and since these change over time, institutional history is central to the very idea of law which jurisprudence aspires to illuminate. The argument is pursued through a case study in special jurisprudence: an analysis of the trajectory of ideas of criminal responsibility in English law since the 18th Century. While a broad family resemblance among ideas of responsibility in different eras can be identified, the variations on those ideas, and their relative importance and impact, depend fundamentally on historically contingent constellations of ideas, institutions and interests.#

Keywords: jurisprudence, history, criminal responsibility, ideas, interests, institutions

Verdient die Geschichte einen zentraleren Platz im rechtswissenschaftlichen Denken? Wenn ja, warum, und welcher wäre das? Meine These ist, dass das Recht eine grundlegende institutionelle Dimension besitzt und zugleich ein Produkt sozialer Macht und Interessen ist. Da sich das Recht in einander überlagernden institutionellen Strukturen realisiert, die sich mit der Zeit wandeln, ist die Institutionengeschichte zentral für die Idee des Rechts überhaupt, die von der Rechtswissenschaft erhellt werden soll. Zudem ist die Geschichte der Institutionen nicht nur für die positive, sondern auch für die normative Rechtswissenschaft von fundamentaler Bedeutung, denn das historisch je spezifische Verständnis von Recht und Legalität strukturiert die Existenzbedingungen der Realisierung moralischer oder politischer Ideale im und vom Recht.

Ich werde diese These entfalten, indem ich den Entwicklungsverlauf der Ideen von strafrechtlicher Verantwortung im englischen Recht seit dem 18. Jahr-

*Kontakt: Nicola Lacey, London School of Economics, Law Department, Houghton Street, London, WC2A 2AE, Vereinigtes Königreich; n.m.lacey@lse.ac.uk

hundert analysiere. Zwar lässt sich zwischen diesen historisch variierenden Ideen eine generelle Familienähnlichkeit feststellen, aber ihre Variationen, ihre jeweiligen Bedeutungen und ihre Wirksamkeit hängen entscheidend von historisch kontingenten Konstellationen von Ideen, Institutionen und Interessen ab. Außerdem werde ich dafür argumentieren, dass sich dieser Einblick in die Entwicklungsgeschichte des Rechts als solchem auf die Geschichte der Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert übertragen lässt, in der drei allgemeine – und allzu oft einander ignorierende – Traditionen sich jeweils mit nur einer der drei Dynamiken von Ideen, Institutionen und Interessen befassen. Dieser eingeeengte Fokus ist zweifellos auch ein Ergebnis der erhöhten Spezialisierung der relevanten Disziplinen gewesen, doch ist für ihn, ebenso wie für die Ablehnung einiger gewagter Ansichten der historisch orientierten Rechtswissenschaft, ein gewisser intellektueller Preis zu zahlen.

1 Recht und Rechtskonzepte: Ideen, Interessen und Institutionen

Welche Weise ist am geeignetsten, ein theoretisches Rechtsverständnis zu erlangen? Im Folgenden werde ich drei zentrale Dynamiken skizzieren, die das Recht, rechtliche Phänomene und Rechtspraktiken prägen, und jede von ihnen an bestimmte Paradigmen in der Rechtstheorie zurückbinden, bevor ich für eine Verbindung der verschiedenen Ansätze argumentieren werde. Wir können uns das Recht sinnvollerweise als durch drei relativ unterschiedliche, aber sich überschneidende Elemente geformt vorstellen: durch Ideen, Interessen und Institutionen. Jedes dieser Elemente bildet den zentralen Gegenstand bestimmter rechtstheoretischer Traditionen. Deshalb erfordert ein theoretisches Verständnis des Rechts – als einer Erklärung dessen, was es ist, wie auch seiner gesellschaftlichen Funktion und Wirkungsweise sowie seiner Fortentwicklung – eine Analyse, die von einem Verständnis für die verschiedenen Formen, Funktionen und Modalitäten des Rechts zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten informiert ist; eine Rechtswissenschaft, die historischen und vergleichenden Analyse gegenüber offen ist.

Das Recht als Idee – als ein komplexes Set von Ideen wie Regeln, Normen, Geboten, Gründen und so weiter – ist der Hauptgegenstand der analytischen Rechtswissenschaft. Das soll nicht heißen, dass analytische Rechtswissenschaftler das Recht nicht auch als praktisches Phänomen betrachten, sondern dass ihr Unternehmen darin besteht, die Tiefenstruktur von Begriffen zu erhellen, die die Phänomene des Rechts, der Rechtslehren und der juristischen Argumenta-

tionsweisen strukturieren. Der Fokus liegt daher auf der begrifflichen Kohärenz der relevanten Ideen und Ideale, die Teilen der analytischen Rechtswissenschaft zufolge in den Begriffen des Rechts und der Legalität implizit vorhanden sind. Im Zuge eines zunehmend beherrschenden Einflusses subtiler Spielarten der analytischen Philosophie auf diese Form der Rechtswissenschaft ist ihre disziplinäre Eigenständigkeit größer geworden,¹ und zwar aufgrund der Annahme, dass eine philosophisch angemessene Konzeptualisierung des Rechts von dessen Geschichte unabhängig sei und es daher umgekehrt auch keinen Grund gebe, sich für frühere Theorien zu interessieren, die gemessen an den Kriterien der Gegenwartsphilosophie weniger zufriedenstellend sind. Die Maßstäbe dafür, inwiefern diese Theorien den durch sie analysierten gesellschaftlichen Phänomenen Rechnung tragen, werden daher zunehmend unklar, und die faszinierenden und komplexen Fragen, die sich in dem scheinbar simplen Anspruch darauf verbergen, eine Theorie „des“ Rechts oder eines bestimmten Rechtsphänomens anzubieten, bleiben radikal untererforscht. Doch trotz dieser *déformation professionnelle* in weiten Teilen der analytischen Rechtswissenschaft legt sowohl die Existenz rechtlicher Phänomene und Praktiken in der Sprache als auch die Rolle von Ideen und Idealen wie Rechten, Gerechtigkeit und Legalität bei der Gestaltung der Rechtsentwicklung es nahe, dass irgendeine Form der Begriffsanalyse ein zentraler Bestandteil der Rechtstheorie ist.

Kann das Recht so betrachtet sinnvollerweise als begriffliche oder ideelle Struktur verstanden werden, fokussiert sich ein zweiter Traditionsstrang in der Rechtstheorie auf die Interessen- und Machtkonstellationen, die die Gehalte, Wirkungen und Funktionen des Rechts formen. Obgleich heftig von denen kritisiert, die von der Autonomie des Rechts überzeugt sind, haben macht- oder interessenbasierte Theorien des Rechts eine wichtige Rolle bei der Analyse von Rechtsaspekten gespielt, die in seiner technischen, scheinbar neutralen begrifflichen Struktur verborgen sind. Seit der Entstehung marxistischer Rechtstheorien florieren Ansätze, die thematisieren, wie rechtliche Ideen, Institutionen und Praktiken systematisch von politischer, ökonomischer und kultureller Macht strukturiert werden. Diese Macht wird dann durch die ideologische Funktion des Rechts, juristische Ergebnisse als durch neutrale Regularien hervorgebracht ausweisen zu können, unsichtbar gemacht. Einflussreiche macht- und interessenbasierte Rechtstheorien des 20. Jahrhunderts umfassen einige Spielarten des Rechtsrealismus sowie Foucault'sche Analysen, feministische Rechtstheorien, kritische *Race*-Theorien und die *Critical Legal Studies*.

¹ ...wie Postema (2015) detailliert diskutiert, der speziell jene „Besessenheit mit den Disziplinen-grenzen“ erwähnt, die die gegenwärtige analytische Rechtswissenschaft prägt.

Von den drei Dynamiken im Recht haben Interessen die größten methodologischen Kontroversen hervorgerufen, auch weil sie eine Bedrohung einiger epistemologischer Grundannahmen der analytischen Rechtswissenschaft darstellen.² Bekanntlich sahen sozialwissenschaftliche Rechtstheorien das Recht häufig als durch tiefer liegende Machtstrukturen geprägt. Die hier vermutlich einflussreichste – und gleichzeitig kontroverseste – Traditionslinie reicht bis zu Marx und Engels zurück und nimmt eine Vielzahl von Gestalten an. Ein Musterbeispiel ist Pashukanis' Analyse der Form des bürgerlichen Rechts als Ausdruck kommodifizierter sozialer Beziehungen, die über den Mechanismus des formell gleichen Vertragssubjekts vermittelt werden.³ Ein anderes ist Alan Norries Anwendung von Pashukanis' Theorie des Warentauschs auf das Strafrecht,⁴ in der die Konstruktion des verantwortlichen Subjekts im modernen allgemeinen Teil des Strafrechts als ideologisch gebrandmarkt wird, nämlich als Legitimierung eines repressiven und ungleichen Systems kriminalisierender Macht durch die Figur des fähigen und wählenden verantwortlichen Subjekts.

Tatsächlich sind die Interessenanalysen des Rechts problematisch – von der marxistischen Rechtstheorie bis hin zu den kruderen Versionen des Rechtsrealismus. Erstens nämlich neigen sie dazu, reduktionistisch zu sein, wenn sie einfach davon ausgehen, dass Phänomene wie das des Rechts nicht über Autonomie verfügen. Zweitens tendieren insbesondere marxistische Interessenanalysen zu einer eher monolithischen Struktur der Macht, in der sich die ökonomische Macht auf eine Klassenstruktur abbildet, die typischerweise als Hauptdeterminante rechtlicher Verhältnisse angesehen wird. Drittens schließlich sind Interessenanalysen häufig entweder vage oder wenig überzeugend, wenn es um die Explikation der kausalen Verbindung zwischen Interessen und den tatsächlichen Auswirkungen des Rechts oder der rechtlichen Verhältnisse geht. Diese Schwierigkeiten haben allerdings eine Überreaktion provoziert, die selbst problematisch ist, weil sie die Analyse von Interessen weitgehend aus der Untersuchung des Rechts auslagert – und damit Fragen nach Macht und Interessen etwa in die Politologie oder Soziologie abschiebt. Meines Erachtens sollten wir uns aber auch in der Rechtstheorie und den Rechtswissenschaften trotz diesen methodologischen Schwierigkeiten wieder verstärkt mit Interessen beschäftigen: denn einerseits ist Macht der Schlüssel zur Gestaltung des Rechts und seiner Prozesse; andererseits

² Für eine Darstellung solcher Kontroversen in der Staatsrechtstheorie, die sich um Charles Beard's *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913) drehen, vgl. Mikhaïls (2015).

³ Vgl. Pashukanis (1980).

⁴ Vgl. Norrie (1991; 2001).

wird das Problem des Reduktionismus dadurch entschärft, dass Interessen durch institutionelle Strukturen vermittelt und als Ideen – häufig in der institutionellen Gestalt rechtlicher Grundsätze – realisiert und rationalisiert werden. Darüber hinaus lassen die in politischen Entscheidungen liegenden Ursprünge des Rechts es nicht nur seltsam, sondern sogar unangebracht erscheinen, die Untersuchung von Interessen aus der Rechtswissenschaft überhaupt auszulagern. In dem Maße, in dem Interessen für unser Verständnis der Wandlungen von Modalitäten und Funktionen des Rechts wichtig sind, wird auch der Bedarf für einen historischen Ansatz offenkundig.

Drittens nimmt die Existenz des Rechts nicht nur die sprachliche Form von Grundsätzen an, sondern ist auch als strukturierte soziale Praxis unweigerlich in eine Reihe von Institutionen eingebettet, die die Verfolgung der jeweiligen Interessen und die Verwirklichung der jeweiligen Ideen ebenso beschränken wie ermöglichen. Das Recht wird von gesetzgebenden Institutionen wie dem Parlament geschaffen; es wird von Richtern und Schiedsleuten interpretiert, die juristische Ausbildungseinrichtungen durchlaufen haben, in Institutionen wie Gerichten tätig sind und deren Entscheidungen von Experten in weiterer institutioneller Netzwerke durchgesetzt werden. Dass eine Analyse dieser Institutionen keinen Platz in der Rechtswissenschaft hat, erscheint daher eigenartig – deshalb gibt es ja jene lange und bedeutende Tradition der modernen rechtstheoretischen Beschäftigung mit der institutionellen Struktur des Rechts und ihrer Beziehungen zu seiner sich wandelnden Gestalt, seiner Substanz und seiner sozialen Funktion, die die Rechtssoziologie, den Rechtsrealismus, die *Process School*, Institutionstheorien des Rechts sowie eine anthropologische und bis zu einem gewissen Grad auch historische Rechtswissenschaften umfasst.

Bereits eine so kurze und abstrakte Auflistung wie die obige sieht sich unmittelbar mit der Tatsache der historischen und systemischen Spezifität von Recht konfrontiert. Selbst Gesellschaften, die sich auf einem relativ ähnlichen politischen und ökonomischen Entwicklungsniveau befinden und relativ ähnliche Kulturen aufweisen, zeigen nämlich signifikante Unterschiede in den Formen, die die Gesetzgebung, die Rechtsauslegung und die das Recht anwendenden Institutionen in ihnen annehmen. Tatsächlich beziehen sich eben die Begriffe, mit denen vergleichende Rechtswissenschaftler über Familienähnlichkeiten zwischen Rechtssystemen – wie etwa die Traditionen des Zivil- und des bürgerlichen Rechts – nachdenken, mindestens ebenso sehr auf institutionelle Differenzen als bestimmende Unterscheidungsmerkmale wie auf solche in den Rechtsgrundsätzen.

2 Strafrechtliche Verantwortung: Ideen, Interessen und Institutionen

Somit spricht viel dafür, dass jenseits des Rechts wirkende geschichtliche Mächte das Verständnis davon prägen, was zu diesem Begriff gehört – und, in einem realen Sinne, seine Bedeutung bestimmen. Diese relative Heteronomie des Rechts wird offenkundig, wenn wir uns Begriffen zuwenden, die bestimmte Bereiche gesetzlicher Regelungen motivieren und strukturieren, wie etwa das Strafrecht. Ich denke an den Begriff der strafrechtlichen Verantwortung; wir könnten die Diskussion allerdings auch problemlos auf analoge Begriffe wie Verursachung,⁵ Verhalten oder deren spezifischere Elemente ausdehnen.⁶

Es verwundert nicht, dass sich das Feld aufteilt: in vor allem mit Ideen beschäftigte begrifflich-philosophische Arbeiten analytischer und/oder normativer Provenienz, in historische oder soziologische Arbeiten, die sich auf Institutionen konzentrieren, und in kriminologische, soziologische oder (seltener) politologische Literatur, die sich mit Interessen befasst. Wieder vermittelt jeder dieser Ansätze wichtige Einsichten; getrennt betrachtet entgehen ihnen jedoch zentrale Aspekte der sozialen Wirklichkeit strafrechtlicher Verantwortung.

Ein Großteil der Literatur zur strafrechtlichen Verantwortung hat sich in erster Linie damit befasst, was sie ist – mit ihren begrifflichen Konturen und moralischen Grundlagen⁷ –, und nicht damit, wofür sie da ist – also mit ihrer gesellschaftlichen Rolle, Bedeutung und Funktion. Wir können jedoch nicht verstehen, was Verantwortung ist oder gewesen ist, solange wir nicht auch fragen, „wofür“ sie zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten da ist beziehungsweise war. Ich beginne mit der Annahme, dass Verantwortung am ehesten als eine Menge von Ideen betrachtet werden sollte, die bei der Entwicklung des modernen Strafrechts zwei verschiedene Rollen gespielt haben: die der Legitimation und die der Koordination. Rechtsgrundsätze, die die Bedingungen für Verantwortung angeben, dienen zur Legitimation des Strafrechts als System staatlicher Macht, was wiederum eine Bedingung für die Macht des Strafrechts ist, soziales Verhalten zu koordinieren – eine Aufgabe, der das Strafrecht zum Teil dadurch nachkommt, dass es die Arten der Informationen und des Wissens spezifiziert, die in dem einem Urteil vorangehenden Gerichtsverfahren belegt werden müssen.

5 Vgl. Lacey (2006).

6 Vgl. Farmer (2012).

7 Beispielfhaft hierfür sind Duff (1990; 2009) sowie Gardner (2007), Horder (2004) u. Tadros (2005).

Als Grundpfeiler der Legitimität des Strafrechts wird gemeinhin der Beweis für die Verantwortung eines Täters für seine Taten durch den Staat angesehen. Es überrascht deshalb nicht, dass Analysen davon, was Verantwortung bedeutet oder voraussetzt, in der strafrechtlichen Literatur gewachsen und gediehen sind. Auf die Implikationen einer historischen Analyse der langfristigen Entwicklung von Ideen und Rechtsgrundsätzen zur Verantwortung ist dennoch kaum hingewiesen worden. Dies allerdings verwundert, da bereits eine einfache historische Analyse zeigt, dass sich sowohl die Rolle als auch der Gehalt strafrechtlicher Verantwortung selbst innerhalb eines einzigen Systems – dem englischen und walisischen – in der Moderne merklich verschoben haben. Ich werde mich mit drei Beispielen für jene kontextuellen Kräfte beschäftigen, die den englischen Begriff der juristischen Verantwortung in der Moderne fundamental beeinflusst haben: erstens mit dem Einfluss von Institutionen darauf, welche Verständnisweisen von Subjektivität und Verantwortung operationalisiert werden konnten; zweitens mit dem Einfluss jener Ideen, die mit dem, was wir heute Psychologie und Psychiatrie nennen würden, in Zusammenhang stehen, auf unsere Konzeptionen des verantwortlichen Subjekts und der juristischen Unzurechnungsfähigkeit; und drittens mit dem Einfluss, den Interessen bei der Ausweitung von Schnellverfahren in der Mitte des 19. Jahrhunderts gespielt haben.

2.1 Der institutionelle Kontext der Verantwortungszuschreibung

Der einflussreichste Strang der Strafrechtstheorie, der sich in der analytischen Rechtswissenschaft des ausgehenden 20. Jahrhunderts mit Verantwortung im strafrechtlichen Sinne beschäftigt hat, ging aus H. L. A. Harts Essaysammlung *Punishment and Responsibility* hervor.⁸ Dieses Buch, das zur Entstehung einer ganzen Abteilung rechtswissenschaftlicher Analysen geführt hat, legt eine Konzeption von Verantwortung vor, die in kognitiven und volitionalen Fähigkeiten begründet sein soll. Trotz der Kontroversen und Variationen, die in der an Hart anschließenden Literatur zu finden sind, gilt die grundlegende Konzeption der *mens rea*, des subjektiven Tatbestands, der entweder auf den subjektiven Entscheidungen des Angeklagten basiert oder seinen fairen Chancen, sein Verhalten an den Anforderungen des Rechts zu orientieren, weiterhin generell als moralischer und praktischer Kern des allgemeinen Teils des Strafrechts. Selbst in Bezug auf das gegenwärtige Strafrecht hat diese attraktive Position ihre Grenzen,

⁸ Hart (2008).

tendiert sie doch dazu, die wichtigen Bereiche der verschuldensunabhängigen oder ergebnisbasierten Verantwortung (*strict or outcome-based responsibility*) des gegenwärtigen Strafrechts als moralisch irregeleitet oder einer philosophischen Analyse nicht wert abzutun.⁹ Dies ist für Theorien, die deskriptive, explanatorische oder interpretative Ziele verfolgen, wie es die meisten analytischen Rechtswissenschaftler von ihren Unternehmungen behaupten würden, mit Sicherheit eine unangemessene Einstellung. Doch schon die historische Analyse eines relativ kurzen Zeitabschnitts der englischen Rechtsgeschichte, der bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts zurückreicht, enthüllt ein noch grundlegenderes Problem des rein analytischen Ansatzes, der sich allein auf den Begriff statt auf seine kontextuellen und zielgerichteten Aspekte konzentriert: die Tatsache nämlich, dass die Fähigkeits-Verantwortung (*capacity responsibility*) à la Hart für ihre Realisierung auf eine Reihe von Institutionen angewiesen ist, die erst im 18. und 19. Jahrhundert langsam im englischen Rechtssystem etabliert wurden.

Die Ideen von Intentionalität und Handlungsfähigkeit waren ganz sicher schon lange davor im englischen Strafrecht wirksam, wie aus Berichten aus den *State Trials* über Fälle gravierender Vergehen wie Hochverrat und Mord ersichtlich wird. Allerdings zeigen historische Forschungsarbeiten im Verbund mit den vielen, mittlerweile online verfügbaren Berichten über die aus den *Session Papers* veröffentlichten *Old-Bailey-Fälle*,¹⁰ dass das typische Strafverfahren des 18. Jahrhunderts, das vermutlich im Durchschnitt etwa dreißig Minuten dauerte,¹¹ ein von juristischen Laien besetztes Forum war, das auf der Grundlage einer Schuldvermutung arbeitete und dem Angeklagten Gelegenheit bot, sich durch seine Aussage zu entlasten. Faktisch¹² ging das Verfahren davon aus, dass die strafrechtliche Verantwortung in einem schlechten Charakter begründet war: Von allen vor Gericht gestellten Personen wurde angenommen, sie hätten ihren schlechten Charakter in ihrem Verbrechen offenbart, und die anschließenden Verhandlungen wurden vornehmlich mit Leumundsbeweisen geführt. Dieser Strafprozess sollte sich nicht mit Beweisen oder differenzierten begrifflichen Geisteszuständen im *mens-rea*-Sinne von Vorsatz, Wissen, Vorausschau oder grober Fahrlässigkeit befassen. In weniger demokratischen Zeiten musste die staatliche Kriminalisierungsmacht nicht über die Auslagerung einer großen Beweislast auf die individuelle Handlungsfähigkeit legitimiert werden. Umgekehrt konnte das lokal verankerte Strafprozesssystem des 18. Jahrhunderts auf

⁹ Eine rühmliche Ausnahme stellt Honoré (1999) dar.

¹⁰ Abrufbar unter <http://www.oldbaileyonline.org> (23.11.2015).

¹¹ Beattie (1991), Langbein (1987; 1978) u. King (1996).

¹² Vgl. dazu im Weiteren Lacey (2008).

Quellen lokalen Wissens und charakterliche Einschätzungen zurückgreifen, die durch Verstädterung, Demokratisierung und den Übergang zu einer individualistischeren, weniger auf Untertänigkeit basierenden gesellschaftlichen Ordnung allmählich abgeschwächt werden sollten.¹³

Ebenso bedeutsam war, dass parallel zu diesen gesellschaftlichen und politischen Umgestaltungen der englischen Gesellschaft seit dem 18. Jahrhundert eine Reihe von Institutionen entstanden, die für die Funktionsweise unserer gegenwärtigen Strafverfahren so dermaßen prägend sind, dass sie für uns praktisch unsichtbar geworden sind und uns daher ihre Bedeutung für den Begriff der strafrechtlichen Verantwortung verstellt ist. Die Entwicklung und konsistente Anwendung der Prinzipien einer Fähigkeits-Verantwortung zum Ausdruck bringenden *mens rea* erfordert nämlich eine organisierte soziale Praxis, die durch eine Reihe institutioneller Arrangements aufrechterhalten werden muss: eine Anwaltschaft, die über die relevanten rechtlichen Grundsätze so im Bilde ist, dass sie in einem Verfahren beide Seiten vertreten kann; ein Beweisrecht, das Aussagen und konkrete Beweise nach den jeweiligen Kriterien strukturiert; ein System der Bekanntmachung von Gerichtsentscheidungen oder der professionellen Kommunikation zur Sicherstellung einer allgemeinen Kenntnis der relevanten Grundsätze, wie sie in den Gerichten ausgelegt werden; juristisch ausgebildete Schlichter sowie ein Berufungssystem, in dem Rechtsfragen geprüft und bindende Interpretationen vorgenommen werden können. Ohne diese miteinander verschränkten institutionellen Arrangements war es für ein Gerichtsverfahren schlicht unmöglich, sich auf die Untersuchung und den Nachweis einer *mens rea* in dem Sinne zu fokussieren, wie wir sie heute verstehen, oder überhaupt konsistent auf der Grundlage allgemeiner rechtlicher Prinzipien zu operieren.¹⁴ Das heißt aber nicht, dass bis dahin gar kein Begriff von Verantwortung im Spiel gewesen wäre; vielmehr bedeutet es, dass das Strafrecht mit multiplen Konzeptionen von Verantwortung arbeiten kann und auch tatsächlich gearbeitet hat, die häufig in mehreren Bereichen des Strafrechts gleichzeitig am Werk sind, und von denen jede für ihre Operationalisierung nicht nur von einer Menge von Ideen, sondern auch von einer Konstellation institutioneller Arrangements abhängig ist.

Die institutionellen Entwicklungen, die den wachsenden Einfluss der Fähigkeits-Verantwortung untermauerten, kamen im Verlauf des späten 18. und des

¹³ Vgl. Gattrell (1994) u. Garland (1990).

¹⁴ Natürlich gab es Verfahren, deren institutionelle Umstände denen sehr viel näher kamen, die wir heute für selbstverständlich erachten, vor allem Hochverrats- und Ordnungswidrigkeitsprozesse; hierbei kann denn auch sinnvollerweise von einer substantiellen Form von Fähigkeits-Verantwortung die Rede sein.

19. Jahrhunderts nach und nach zusammen: 1898 erreichte die Formalisierung des Beweisrechts ihren Höhepunkt, 1908 wurde das Berufungsgericht ins Leben gerufen, bereits 1836 die vollständige Vertretung für Kapitalverbrecher eingeführt und zu verschiedenen Zeitpunkten des 19. Jahrhunderts eine Systematisierung der Publikation von Gerichtsentscheidungen sowie der juristischen Ausbildung vorgenommen. Diese institutionelle Dynamik muss meines Erachtens Teil des Gegenstandsbereichs einer Rechtswissenschaft sein, die diesen Namen verdient; nimmt sie deren Bedeutung nicht zur Kenntnis, ignoriert sie einen Teil des Gebiets, das sie theoretisch aufarbeiten sollte, geht in ihrer Analyse zentraler rechtlicher Ideen zu undifferenziert vor und spiegelt gewissermaßen auf chronologisch ethnozentrische Weise zu Unrecht das Rechtsverständnis des 21. Jahrhunderts auf die Rechtsgeschichte zurück.

2.2 Die Idee des verantwortlichen Subjekts: Irrenärzte, Psychologie und sich wandelnde Konzeptionen von Unzurechnungsfähigkeit

Der in volitionalen und kognitiven Fähigkeiten begründete Verantwortungsbegriff sitzt auf einer bestimmten allgemeineren Konzeption des menschlichen Selbstseins auf (so wie die Vorstellung, dass diese Fähigkeiten Beweise in einem Strafprozess darstellen können, vom Vorhandensein anerkannter Rechtsgrundsätze und Berufsgruppen abhängt, die ihre Wahrhaftigkeit verifizieren können – ein weiterer Beleg für die Verbindung von Ideen und institutionellen Arrangements bei der Herstellung strafrechtlicher Verantwortung). Zwar hat Charles Taylor in *Quellen des Selbst*¹⁵ gezeigt, dass bestimmte zentrale Vorstellungen über das menschliche Selbstsein bis zur antiken Philosophie zurückverfolgt werden können; doch ändern sich, wie er ebenfalls einräumt, einige Auffassungen über das menschliche Selbstsein über die Zeit auf bedeutsame Weise. Eine faszinierende Fallstudie hierzu liefert Dror Wahrman, die einer Verschiebung in den gesellschaftlichen Konzeptionen von Personalität im Verlauf des 18. Jahrhunderts nachgeht, weg von einer Vorstellung des Selbstseins als etwas im Äußerlichen – in Auftreten, Bekleidung, Betragen oder Handlungen – Bestehenden und hin zu einer Auffassung, die das Selbstsein in einer inneren Tiefe ansiedelt.¹⁶

Die sich wandelnden Umstände der Aufnahme dessen, was wir heutzutage als Berufung auf Unzurechnungsfähigkeit bezeichnen würden, in das Strafrecht

15 Vgl. Taylor (1994; 2004).

16 Vgl. Wahrman (2004).

sind ein klares Beispiel für die Bedeutung sich wandelnder Vorstellungen von Personalität und des menschlichen Seins für die strafrechtliche Verantwortung; und ebenso sind sie ein Beispiel für deren unauflösliche Verbindung mit den institutionellen Arrangements, durch die Rechtsbegriffe verwirklicht werden. Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts gab es für ein Plädoyer auf Unzurechnungsfähigkeit (*insanity defense*) keine gesetzlich verankerte Grundlage, und eine ausgearbeitete allgemeinrechtliche Definition ließ bis zur Jahrhundertmitte auf sich warten. Wie Arlie Loughnan argumentiert hat,¹⁷ arbeiteten die Gerichte vor der Einführung der *M'Naghten Rules* mit einer Konzeption „manifesten Irrsinns“; die Arbeitshypothese lautete also, dass eine Jury einen Verrückten schon erkennen würde, wenn sie einen sähe, und dies daher eine Sache des Common Sense statt eine der technischen, medizinischen Beurteilung sei. Dana Rabin hat gezeigt,¹⁸ dass die Gerichte im Laufe des 18. Jahrhunderts für Entlastungsbeweise empfänglicher wurden, die auf geistige Störungen in Gestalt von „seelischem Leid“ abstellten – eine Entwicklung, die selbst ein Ergebnis sich wandelnder Vorstellungen des Selbst war. In einer sich parallel abspielenden Entwicklung konnten „Irrenärzte“, „Seelenärzte“ und andere Vorgänger heutiger Ärzte, Psychologen und Psychiater allmählich als sachverständige Zeugen in die Verfahren eintreten,¹⁹ die über die Verantwortung der Angeklagten im Sinne ihrer geistigen Fähigkeiten und Bewusstseinszustände Auskunft geben konnten. So wurde das allgemeine Wissen vom „Wahnsinn“ in ein Set juristischer Richtlinien verwandelt, die sich auf faszinierende und problematische Weise in der Schwebe zwischen dem aufkommenden „medizinischen“ und dem althergebrachten laienhaften Verständnis sowie einer bestimmten Sichtweise auf das menschliche Handeln und die menschlichen Psychologie befanden. Die Einzelheiten dieser Entwicklung sind umfangreich untersucht worden.²⁰ Ohne hier näher darauf eingehen zu können, hoffe ich, genug gesagt zu haben, um behaupten zu können, dass Vorstellungen über das Wesen und die Ätiologie der Unzurechnungsfähigkeit einen entscheidenden Einfluss darauf gehabt haben, wie das Strafrecht Verantwortung konzeptualisiert, und darauf, wie es diese Konzeption in die Praxis umsetzt: denn wie deutlich diese Unterscheidung in der Theorie auch sein mag, sobald wir von einem sozialen Phänomen – dem Recht – sprechen, das sich selbst als eine Praxis realisiert, verliert die Unterscheidung zwischen einem Begriff und seiner Realisierung ihre klaren Konturen.

17 Vgl. Loughnan (2012).

18 Vgl. Rabin (2004) u. Rodensky (2003).

19 Eigen (1995, 2003); vgl. auch Smith (1981).

20 Vgl. z. B. Lacey (2010).

2.3 Die Ausweitung von Schnellverfahren und die Interessen der Regierung

Man ist sich weitgehend einig, dass Mitte des 19. Jahrhunderts eine deutliche Ausweitung der niederen Gerichtsbarkeit stattfand, wodurch die rationalisierte und relativ kostengünstige Einführung einer ganzen Reihe neuer Straftatbestände möglich wurde, von denen viele an den Erfordernissen einer sich rasch urbanisierenden und industrialisierenden Wirtschaft orientiert waren.²¹ Diese Entwicklung rief zudem eine Verschiebung in den Praktiken der Verantwortungszuschreibung hervor, indem sie im Strafrecht dem Prinzip eine neue praktische Bedeutung verlieh, wonach ein Subjekt für die Erzeugung schädigender Folgen verantwortlich sein kann, auch ohne Verantwortung im Sinne eines schlechten Charakters oder psychologischer Fähigkeiten zu tragen.²² Diese Bereitschaft zur Akzeptanz einer weiter gefassten ergebnisbasierten Verantwortung (*outcome-based responsibility*) ist mit der Verbreitung utilitaristischer Ideen in Verbindung gebracht worden – und sie hatte eine intrinsisch institutionelle Komponente: Wie Lindsay Farmer gezeigt hat,²³ war es die Ausweitung polizeilicher Schnellverfahren, die der ergebnisbasierten Verantwortung ermöglichte, eine stärkere Rolle zu spielen.

Um allerdings die Herausbildung eines umfangreichen, von der verschuldensunabhängigen Haftung dominierten Teilgebiets des Strafrechts gänzlich verstehen zu können, müssen auch die verschiedenen Interessen berücksichtigt werden, die die relevanten legislativen Entwicklungen geprägt haben. Ein großer Teil dieser Gesetzgebung war klarerweise durch das Bedürfnis nach einer zunehmend zentralisierten und ambitionierten Regierungsgewalt zur Steuerung des städtischen und industriellen Lebens motiviert, deren Hauptsorgen die Gesundheit und die öffentliche Ordnung waren; zudem war die Kriminalisierung ein nützliches Werkzeug für das Bemühen der Zentralregierung, allgemeine Standards in eine kommunale Verwaltung hineinzutragen, die noch bis weit ins 19. Jahrhundert hochgradig fragmentiert und von je gemeindespezifischen Interessen beherrscht blieb.²⁴ Allerdings stellte die Schaffung einer großen Anzahl von Straftatbeständen, die eher auf die Mittel- statt auf die Arbeiterklasse abzielten, ein potenzielles Legitimationsproblem für eine Regierung dar, deren Macht sich aus eben jenen bürgerlichen Interessen ableitete, die nun zum Gegenstand der-

²¹ Vgl. besonders Farmer (1996; i. E.).

²² Vgl. Lacey (2007).

²³ Vgl. Farmer (1996).

²⁴ Vgl. Jackson (2014).

artiger Regulierungen wurden.²⁵ Alan Norrie zufolge diente die Inkraftsetzung dieser neuen Tatbestände in der spezifischen Form des Schnellverfahrens dazu, dieses Legitimationsproblem zu lösen, indem diese Tatbestände dadurch außerhalb des Bereichs „echter Verbrechen“ verortet wurden und so ihre Akzeptanz unter den verhältnismäßig privilegierten Personen, die ihnen unterlagen, vergrößert werden konnte. Auf diese Weise hinterließ ein Kompromiss – motiviert durch die Legitimationsbedürfnisse des Strafrechts, die selbst zu einem wichtigen Teil durch die vorherrschende Machtbalance strukturiert waren – ein bleibendes Erbe für das englische Strafrecht mit seinem Parallelsystem einer für gewöhnlich auf ergebnisorientierte Verantwortung konzentrierten niederen Gerichtsbarkeit, die sich vermeintlich vom Bereich „echter Verbrechen“ unterscheidet und dennoch genuiner Bestandteil des Strafrechts ist. Diese wichtige Eigenart des englischen Strafrechts, die erst durch eine historisch informierte Interpretation offenbar wird, erhellt eine vergleichende Betrachtung europäischer Rechtssysteme weiter, die ein ganz anderes Bild zeichnet, nämlich eine formale Unterscheidung zwischen Ordnungsvergehen und Strafrecht, die in jenen Systemen für ein ganz anderes Muster der Verantwortungszuschreibung sorgt.²⁶

3 Schluss: Rechtstheorie und Geschichte im Dialog

Weil das Recht ein soziales Phänomen ist, das in institutionelle Strukturen eingebettet ist, die ihrerseits von herrschenden Ideen und Machtkonstellationen geprägt (und eingehegt) werden, kann die Vorstellung von einer rein begrifflichen, autonomen Rechtswissenschaft nicht überzeugen. Wenn diese sozialen Faktoren wiederum als Element der Rechtswirklichkeit ein Teil der Theorie des Rechts sein müssen, dann muss diese historisiert werden: Sie muss offen sein für die geschichtliche Dynamik, die das Recht und rechtliche Vorstellungen prägt; für historische Besonderheiten; und für geschichtliche Kräfte, die ihre eigene Entwicklung prägen. Eine Konzeption des Rechts, die dessen Entwicklung als Koevolution von Ideen, institutionalisierten sozialen Praktiken und ökonomischen sowie politischen Interessen begreift, ist auf eine „gesellige“²⁷ Rechtswissenschaft angewiesen. Statt also die Soziologen zu beschwören, sie mögen sich

²⁵ Vgl. Norrie (2001), Kap. 5.

²⁶ Vgl. Whitman (2003).

²⁷ Postema (2015).

die Prinzipien der analytischen Rechtswissenschaften zu eigen machen,²⁸ ist es vielmehr an der Zeit, dass die analytischen Rechtswissenschaftler ihre eigenen Methoden einer kritischeren Prüfung im Lichte sowohl der Soziologie als auch der Geschichte unterziehen, und noch einmal darüber nachdenken, ob es auf irgendeine Weise sinnvoll sein kann, formale Theorien des „gegenwärtigen“ Rechtssystems unabhängig vom dynamischen „nichtgegenwärtigen Rechtssystem“ zu konstruieren, das dessen zeitliches, soziales und institutionelles Fundament bildet.

Übersetzt von Frank Lachmann

Literatur

- Beard, C. (1913), *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York.
- Beattie, J. M. (1991), Scales of Justice, in: *Law and History Review* 9.2, 221–267.
- Duff, R. A. (1990), *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford.
- Duff, R. A. (2009), *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford.
- Eigen, J. P. (1995), *Witnessing Insanity. Madness and Mad-Doctors in the English Court*, Boston.
- Eigen, J. P. (2003), *Unconscious Crime. Mental Absence and Criminal Responsibility in Victorian London*, Baltimore, Md.
- Farmer, L. (1996), *Criminal Law, Tradition and Legal Order*, Cambridge.
- Farmer, L. (2012), Criminal Wrongs in Historical Perspective, in: Duff, R. A., Farmer, L., Marshall, S. E., Renzo, M. M., u. Tadros, V. V. (Hg.), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, 214–237.
- Farmer, L. (i. E.), *Making the Modern Criminal Law. Civil Order and Criminalization*, Oxford.
- Gardner, J. (2007), *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford.
- Garland, D. (1990), *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago.
- Gatrell, V. A. C. (1994), *The Hanging Tree. Execution and the English People*, Oxford.
- Hart, H. L. A. (2008), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford.
- Honoré, T. (1973), Groups, Laws and Obedience, in: Simpson, A. W. B. (Hg.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1–21.
- Honoré, T. (1999), Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability [1988], in: ders., *Responsibility and Fault*, Oxford, 14–40.
- Horder, J. (2004), *Excusing Crime*, Oxford.
- Jackson, L. (2014), *Dirty Old London. The Victorian Fight Against Filth*, New Haven, Conn.

²⁸ „Über Jahrzehnte hinweg trafen Positivisten und Anhänger des Naturrechts im Finale der Weltmeisterschaft aufeinander (die Soziologen haben die Spielregeln nie verstanden)“ (Honoré 1973, 1).

- King, P. (1996), Punishing Assault. The Transformation of Attitudes in the English Courts, in: *Journal of Interdisciplinary History* 27.1, 43–74.
- Lacey, N. (2006), Analytical Jurisprudence and Descriptive Sociology Revisited, in: *Texas Law Review* 84, 945–982.
- Lacey, N. (2007), Space, Time and Function. Intersecting Principles of Responsibility across the Terrain of Criminal Justice, in: *Criminal Law and Philosophy* 1.3, 233–250.
- Lacey, N. (2008), *Women, Crime and Character. From Moll Flanders to Tess of the D'Urbervilles*, Oxford.
- Lacey, N. (2010), Psychologising Jekyll, Demonising Hyde. The Strange Case of Criminal Responsibility, in: *Criminal Law and Philosophy* 4.2, 109–133.
- Langbein, J. H. (1978), The Criminal Trial before the Lawyers, in: *University of Chicago Law Review* 45.2, 263–316.
- Langbein, J. H. (1987), Shaping the Eighteenth Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources, in: *University of Chicago Law Review* 50.1, 1–136.
- Loughnan, A. (2012), *Manifest Madness. Mental Incapacity in the Criminal Law*, Oxford.
- Mikhails, J. (2015), The Constitution and the Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and Implied Powers, *Virginia Law Review* 101.4, 1063–1103.
- Norrie, A. (1991), *Law, Ideology and Punishment*, Dordrecht.
- Norrie, A. (2001), *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, Cambridge.
- Pashukanis, E. (1980 [1924]), *The General Theory of Law and Marxism*, London.
- Postema, G. J. (2015), Jurisprudence, the Sociable Science, *Virginia Law Review* 101.4, 869–901.
- Rabin, D. Y. (2004), *Identity, Crime, and Legal Responsibility in Eighteenth-Century England*, Basingstoke.
- Rodensky, L. (2003), *The Crime in Mind. Criminal Responsibility and the Victorian Novel*, Oxford.
- Smith, R. (1981), *Trial by Medicine. Insanity and Responsibility in Victorian Trials*, Edinburgh.
- Tadros, V. (2005), *Criminal Responsibility*, Oxford.
- Taylor, C. (1994), *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität [1989]*, Cambridge.
- Taylor, C. (2004), *Modern Social Imaginaries*, Durham, N. C.
- Wahrman, D. (2004), *The Making of the Modern Self. Identity and Culture in Eighteenth-Century England*, New Haven, Conn.
- Whitman, J. Q. (2003), *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford.