

## Zur Geschichte und Theorie der Verbandsstrafbarkeit: Eine kritische Analyse aus rechtsvergleichender Sicht\*

### Summary

It would appear at first sight that Anglo-American and German corporate criminal law passed like two ships in the night around the turn of the 19th century: Anglo-American law switched from rejecting to recognizing corporate criminal liability just as German law moved in the opposite direction. A historical investigation reveals, however, that corporate criminal liability was widespread in both jurisdictions at least since the Middle Ages and that it entirely disappeared neither in England before 1800 nor in Germany after 1800. A more wide-ranging comparative analysis reveals a common approach to the critical analysis of corporate criminal liability that can be traced back to the tension between law and police as fundamental modes of governance in both jurisdictions. This article consists of a historical analysis of corporate criminal liability in German and Anglo-American law, respectively (II. & III.), a comparative analysis (IV.), and conclusions to be drawn from these (V.).

### Résumé

De prime abord, il semble que les versions anglo-américaine et allemande du droit pénal des entreprises se soient passées, au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle, comme deux bateaux dans la nuit : alors que le droit anglo-américain ne prévoyait pas d'incrimination des entreprises avant 1800, le droit allemand y mit un terme après cette date. Une recherche historique indique néanmoins que cette incrimination était répandue dans les deux juridictions au moins depuis le Moyen-Âge et qu'aucune n'y renonça jamais entièrement, ni l'Angleterre d'avant 1800, ni l'Allemagne d'après 1800. Une analyse comparative plus large met au jour une approche commune vers une analyse critique de l'incrimination des entreprises, qui repose sur le rapport tendu entre droit et police en leur qualité de mécanismes de gouvernance fondamentaux, présents dans les deux juridictions. Cet article se divise en une présentation de l'histoire allemande et anglo-américaine du droit pénal des entreprises (II et III), une analyse comparative (IV) et les conclusions qui en découlent (V).

---

\* *University of Toronto*, Faculty of Law (markus.dubber@utoronto.ca). Ich bedanke mich recht herzlich bei *Andreas Dürr* für seine großzügige Unterstützung bei der Erstellung der deutschen Fassung dieses Beitrags.

## I. Einleitung

Auf den ersten Blick erscheint es, als hätten sich das angloamerikanische und das deutsche Verbandsstrafrecht um die Wende zum 19. Jahrhundert passiert wie zwei Schiffe bei Nacht: Während das angloamerikanische Recht *vor* 1800 keine Verbandsstrafbarkeit kannte, war dies im deutschen Recht *nach* 1800 der Fall. Eine historische Untersuchung ergibt allerdings, dass sie in beiden Rechtskreisen mindestens seit dem Mittelalter verbreitet war und dass weder in *England* vor 1800 noch in *Deutschland* nach 1800 vollständig auf sie verzichtet wurde. Eine weitergefasste vergleichende Analyse bringt einen gemeinsamen Ansatz zur kritischen Analyse der Verbandsstrafbarkeit zum Vorschein, der sich auf das Spannungsverhältnis von Recht und Polizei als grundlegende, in beiden Rechtskreisen zu findende Herrschaftsmechanismen zurückführen lässt.<sup>1</sup>

Der Beitrag gliedert sich in eine Darstellung der deutschen und der angloamerikanischen Geschichte des Verbandsstrafrechts (II. & III.), eine vergleichende Analyse (IV.) sowie die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen (V.).

## II. Das Verschwinden des Verbandsstrafrechts aus dem deutschen Recht

Eine gängige Auffassung über das Verbandsstrafrecht im deutschem Recht ist, dass es nicht existiert, nicht existieren kann und auch nie existierte. Einer etwas differenzierteren und daher für uns interessanteren Ansicht gemäß mag es in der Vergangenheit ein deutsches Verbandsstrafrecht wohl gegeben haben. Sein einstiges Ausmaß, seine Dauer oder theoretische Fundierung seien allerdings von keinem besonderen Interesse, weil es im *modernen* deutschen Strafrecht eine Verbandsstrafe nie gegeben habe oder habe geben können.

Dieser Lesart zufolge habe die Aufklärung dem Verbandsstrafrecht, das es etwa bis zur Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert gegeben habe, ein Ende bereitet im Zuge der Schaffung eines bis heute bestehenden, aufgeklärten Strafrechtssystems, welches seither durch die Entwicklung einer deutschen Strafrechtswissenschaft (als Teil der allgemeinen Rechtswissenschaft) immer weiter verfeinert wurde.<sup>2</sup> Ein Verbandsstrafrecht sei auf Grundlage einer modernen, aufgeklärten Strafrechtswissenschaft undenkbar, weil es diametral einer – wenn nicht sogar *der* – wesentlichen Erkenntnis bzw. Entdeckung dieser Wissenschaft entgegenstehe: dem Schuldprinzip (wofür sich im Nachhinein die

1 Zur Unterscheidung von Recht und Polizei s. *Dubber*, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005; *ders./Valverde* (Hrsg.), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, 2006; *ders.*, *Paradigms of Penal Law*, in: *ders./Hörnle* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 1017; *ders.*, „Polizei-Recht-Strafrecht,“ in: *Günther et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, S. 179; s. auch unten Teil V.

2 S. dazu *Dubber*, *The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment*, *German Law Journal* 6 (2005), 1049 ff.

lateinische Bezeichnung „nulla poena sine culpa“ eingebürgert hat).<sup>3</sup> Verbände können danach keine Straftaten begehen, weil sie nicht schuldhaft handeln können („societas delinquere non potest“).

Selbst wenn sie zugegebenermaßen weniger ahistorisch ist, als die zuerst genannte, ist auch diese Version der traditionellen Ansicht irreführend und unvollständig. Eine etwas genauere historische Analyse zeigt nämlich, dass sich die angeblich modern-aufklärerischen Argumente gegen ein Verbandsstrafrecht mindestens seit dem Mittelalter kaum verändert haben und weder neu waren noch als neu betrachtet wurden, als sie in einer 1793 gehaltenen Vorlesung über „delicta universitatum“ von einem ansonsten eher unbedeutenden deutschen Professor des römischen Zivilrechts namens *Julius Friedrich Malblanc*<sup>4</sup> zusammengetragen und später von zwei Gründervätern der deutschen Rechtswissenschaft, *Paul Johann Anselm von Feuerbach* und *Friedrich Carl von Savigny*, wiedergegeben wurden.<sup>5</sup>

Eine genauere Betrachtung fördert darüber hinaus das eher unterentwickelte theoretische Fundament nicht nur von *Malblancs* Vorlesung, sondern auch der von *Feuerbach* und *Savigny* fast beiläufig zitierten Gründe gegen das Verbandsstrafrecht zu Tage. In der Tat sind ernstzunehmende Versuche einer detaillierten Begründung der schon seit langem fast reflexartig als absolut herrschende Meinung dargestellten angeblichen Unmöglichkeit der strafrechtlichen Verbandshaftung – im Gegensatz zu häufig wiederholten Behauptungen über das „Wesen“ sowohl des Verbandes als auch der strafrechtlichen Haftung – eher die Ausnahme. Vielmehr wirft gerade die Tatsache, dass das römische Recht als Quelle der Unmöglichkeit eines Verbandsstrafrechts angeführt wurde, Zweifel an der Verbindung zwischen Aufklärung und Ablehnung der Verbandsstrafbarkeit auf. Eine römischrechtliche Grundlage schien in den Augen von Römischrechtlern wie *Savigny* ein unerschütterliches Fundament ihres Dogmas gegen die Verbandsstrafbarkeit zu sein. Über deren Vereinbarkeit mit aufklärerischen Ideen sagte dies freilich nichts aus; ganz im Gegenteil ließe der Rückgriff auf römischrechtliche Quellen (oder zumindest auf ein lateinisches Motto: „societas delinquere non potest“) gerade auf eine (weit) vormoderne und -aufklärerische Grundlage unseres Dogmas schließen.

Bekannterweise verfolgten darüber hinaus die Germanisten eine ganz andere Konzeption von Recht und Rechtsgeschichte als die Romanisten – insbesondere in Bezug auf die (Ir)relevanz römischen Rechts für zeitgenössisches deutsches Recht. So hat namentlich *Gierke* jahrzehntelang versucht, den (seiner Ansicht nach) romanistischen Irrglauben zu widerlegen, dass es keine deutschen Rechtsinstitutionen gebe, die denen des römischen Rechts mindestens gleichwertig, wenn nicht sogar überlegen seien; er widmete diesem Projekt seine ebenso berühmte wie ausführliche Studie „Das deutsche Ge-

3 Dieses lateinische Motto scheint eine Prägung der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu sein. Es findet sich noch nicht in *Feuerbachs* vielzitiertem Aufstellung (damals ebenfalls neuer) lateinischer Variationen über das *nulla poena* Thema in dessen Lehrbuch von 1801. Vgl. *Dubber/Hörnle*, Criminal Law: A Comparative Approach, 2014, S. 73 f.

4 *Malblanc*, Observationes quaedam ad delicta Universitatum spectantes, Erlangen, 1793. Zu dieser Person s. *Ritter von Eisenhart*, Malblanc, Julius Friedrich von, in: Allgemeine Deutsche Biographie 20 (1884), S. 129 ff. (<http://www.deutsche-biographie.de/pnd104268891.html?anchor=adb>).

5 Vgl. Allgemeine Literatur-Zeitung vom Jahre 1800 (11. Jan.), Band 1, Jena/Leipzig, 1800, S. 106, 108 („Man weiss, was überhaupt gegen die *delicta universitatum* eingewandt wird....“).

nossenschaftsrecht“, die – für unsere rechtsvergleichenden Zwecke von Interesse – unter anderem von *Gierkes* englischem Zeitgenossen, dem großen Rechts- und Verfassungshistoriker *Maitland*, bewundert wurde. *Gierke* interessierte sich für den Begriff der „Genossenschaft“<sup>6</sup> gerade deshalb, weil sich dieser nicht im römischen Recht fand und trotzdem, laut *Gierke* und seinen germanistischen Mitstreitern, von zentraler rechtssoziologischer und rechtsdogmatischer Bedeutung für ein Verständnis des deutschen Rechts und seiner Geschichte war. *Maitland* folgte übrigens *Gierke* in diesem Punkt in Bezug auf das englische Recht; angesichts von *Gierkes* Studien über die Genossenschaft im deutschen Recht gelangte *Maitland* zu der Einsicht, dass das englische Recht nicht hinreichend die zentrale Bedeutung des Begriffs der *corporation* anerkannte, der stattdessen im Schatten der ebenso vagen wie fruchtbaren Rechtsfigur des *trust* stand.<sup>7</sup>

*Gierke* ist für unsere kritische Analyse nicht nur von historischer, sondern auch von theoretischer Bedeutung. Seine Untersuchung zeigte nicht nur die tiefen historischen Wurzeln der Einwände gegen die Verbandsstrafbarkeit auf, was deren angeblich aufklärerischen Ursprung in Frage stellt. Sein Hauptanliegen war allerdings ein positives. Es ging ihm nicht darum, die kanonischen – und damit indirekt römischen – Wurzeln des Begriffs der Genossenschaft herauszuarbeiten, von dem schon seit dem Mittelalter (nicht erst seit *Malblanc*, *Feuerbach* oder *Savigny*) behauptet wurde, es schließe eine strafrechtliche Verantwortung von Verbänden aus. Vielmehr wollte *Gierke* das weit zurückreichende und nach seiner Ansicht dominierende, völlig andere *deutsche* Verständnis einer Genossenschaft aufzeigen, welches auf keiner Rechtsfiktion mit mehr oder weniger beschränkten und willkürlich definierbaren Rechten und Pflichten beruhte. Die deutsche Genossenschaft war stattdessen ein Rechte und Pflichten tragendes – und deshalb eine juristische Person bildendes – Wesen,<sup>8</sup> das als solches durchaus dazu imstande war, Opfer oder Täter einer Straftat zu sein.

In diesem Zusammenhang sollte darauf hingewiesen werden, dass *Gierke* genauso wenig ein Strafrechtler war wie *Savigny* oder *Malblanc*.<sup>9</sup> Er interessierte sich für unser Thema nicht um seiner selbst willen, sondern nutzte das Verbandsstrafrecht als Lackmустest seiner Theorie: Die Anerkennung eines Verbandsstrafrechts war für ihn Indiz der Existenz einer einheimisch deutschen anstatt einer fremden römischen Konzeption der Genossenschaft im deutschen Recht. Insoweit als die Fähigkeit zu strafrechtlicher Täterschaft die reale (also nicht „bloß“ fiktive) Persönlichkeit des Täters voraussetzte,

6 Nach *Tönnies*' zeitgenössischer Unterscheidung ist die „Genossenschaft“ der „Gemeinschaft“ viel ähnlicher als der „Gesellschaft“, vgl. *Tönnies*, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 1887. *Tönnies* selbst klassifizierte die „Genossenschaft“ als eine Unterform der „Gemeinschaft“, im Gegensatz zur weniger egalitären „Herrschaft“, vgl. *Tönnies*, *Einführung in die Soziologie*, 1931, S. 34-47.

7 *Maitland*, *Translator's Introduction*, in: *Gierke*, *Political Theories of the Middle Age*, 1900, S. vii, xxx („great loose, trust concept“).

8 *Maitland*, *Moral and Personality and Legal Personality*, in: *Fisher* (Hrsg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Band 3, 1911, S. 304, 307.

9 So unterscheidet er nicht immer sorgfältig zwischen Delikts- und Straffähigkeit der Genossenschaft. Die Parallelen zwischen Delikts- und Straffähigkeit werden allerdings häufig sowohl in der deutschen als auch in der angloamerikanischen Literatur und Rechtsprechung zum Verbandsstrafrecht hervorgehoben. S. z. B. v. *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Aufl., 1900, § 27 Fn. 1; *Hafter*, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, 1903; *New York Central R.R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

ließ sich von der (durch sorgfältige historische Analyse dargelegte) tatsächlichen Strafbarkeit der Genossenschaft auf deren „reale Verbandspersönlichkeit“ schließen.

*Gierkes* Argument beruhte offensichtlich auf einer bestimmten – von ihm nicht hinterfragten oder näher dargelegten – Konzeption von strafrechtlicher Verantwortung und der Fähigkeit zur Täterschaft. Denn wäre die „reale“ Persönlichkeit keine Voraussetzung strafrechtlicher Täterschaft (oder der Opferschaft), dann könnte von der Strafbarkeit des Verbands nicht auf dessen Persönlichkeit geschlossen werden. *Gierkes* Verbrechensbegriff als Verletzung der Rechte einer Person durch eine andere mag damals wie heute beliebt gewesen sein, aber man kann sicherlich nicht davon ausgehen, dass es (weder damals noch heute) keine anderen Verbrechenskonzeptionen gab.<sup>10</sup> So stellt beispielsweise die Konzeption des Verbrechens als Verletzung des „Rechtsfriedens“ dieses oder jenes Souveräns nicht notwendigerweise darauf ab, ob der Täter eine individuelle oder kollektive, reale oder fiktive, natürliche oder juristische Person ist, sondern fragt lediglich, ob er eine Bedrohung des Friedens darstellt. Eine Bedrohung ist hierbei nicht auf eine von Personen – oder auch von Tieren – ausgehende beschränkt.<sup>11</sup>

Tatsächlich bezogen sich die meisten der von *Gierke* zitierten Fälle strafrechtlicher Verbandshaftung nicht auf Verletzungen der Rechte anderer Personen, sondern auf Ungehorsam gegen den staatlichen Souverän oder Störungen bzw. Verletzungen seines Friedens. Nach *Gierke* handelte es sich hierbei um Straftaten und Strafen,<sup>12</sup> nicht um staatliche Gewaltakte (v. a. gegen widerspenstige Städte oder Gemeinden, die nicht immer trennscharf als öffentliche Verbände von privaten Verbänden unterschieden wurden) oder polizeiliche Maßnahmen.<sup>13</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Friedensstörungen tatsächlich als Erscheinungsformen des gewöhnlichen Strafrechts anzusehen sind (mit seinem mutmaßlichen Erfordernis der Persönlichkeit) – dies würde *Gierke* dem häufig genannten Gegenargument aussetzen, dass die Nichtstrafbarkeit des Verbands nur „echtes“ oder „normales“ Strafrecht betreffe, nicht aber „Nebenstrafrecht“ oder „Ordnungswidrigkeiten“ (wie wir sehen werden, hat eine Version dieses Arguments über mehrere Jahrzehnte wesentlich im deutschen Recht gewirkt)<sup>14</sup> – oder ob das Konzept der Friedensverletzung stattdessen eine alternative Auffassung vom Verbrechen darstellt, welche jede Straftat als Verstoß gegen den Frieden des Souveräns anstatt der Verletzung der Rechte einer anderen Person begreift.

Im Grunde geht es hierbei nicht um bloße dogmatische Unterscheidungen, sondern um unterschiedliche Verbrechenskonzeptionen, die auf verschiedene Auffassungen von Souveränität, Staat, Macht und Herrschaft zurückzuführen sind. Beispielsweise geht es nicht darum, ob ein Verband die Voraussetzungen strafrechtlicher Täterschaft (oder Opferschaft) nach einem bestimmten Straftatkonzept – Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld oder *actus reus*, *mens rea*, *wrongfulness*, *responsibility* – erfüllt, sondern darum,

10 S. z.B. *Birnbaum*, Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts (N.F.) (1834), 149 ff.

11 Vgl. *Dubber*, „The Power to Govern Men and Things“: Patriarchal Origins of the Police Power in American Law, Buffalo Law Review 52 (2005), 1277 ff.

12 *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1868-1913.

13 Vgl. z.B. *Engisch*, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953, Band 1, 1954, S. E7 ff.

14 S. Text und Fn. 32-40.

ob das Verbandsstrafrecht mit einer anderen, überhaupt nicht auf die Persönlichkeit abstellenden Konzeption des Verbrechens in Einklang zu bringen ist. Anders ausgedrückt, würde sich nicht die Frage stellen, ob dem Verbandsstrafrecht nun ein deutscher oder römischer Begriff der *Genossenschaft* (oder des Verbandes) zugrunde liegt, sondern vielmehr welcher Begriff des *Verbrechens* und seiner Strafe (oder anderen Sanktion) mit der dahinterstehenden Auffassung von Souveränität und Staatsmacht. Das Verbandsstrafrecht würde dann nicht mehr als Abkehr von einem Strafrechtssystem und seinen Voraussetzungen erscheinen, sondern als Ausdruck eines alternativen Systems der Straf Herrschaft, welches sich um die Wahrung des Friedens des (Staats-)Souveräns dreht (man könnte dies als *Strafpolizei* bezeichnen) und mindestens schon so lange in einem Spannungsverhältnis mit einem anderen System pöner Herrschaft steht, welches sich um Rechte und deren Verletzung dreht (das *Strafrecht*), wie deutsche und römische Elemente bei *Gierke* und *Savigny* um Einfluss im deutschen Recht – oder bei *Maitland* englische und kanonische im englischen Recht – gerungen haben.

Anstatt um seiner selbst willen von Interesse zu sein, käme dem Verbandsstrafrecht also abermals die Funktion eines Lackmustests – wenn auch in diesem Fall für das Vorhandensein anderer Alternativen – zu. Mit anderen Worten kann man in dem Streit um das Verbandsstrafrecht eine viel grundlegendere Auseinandersetzung finden als „nur“ die zwischen römischem und deutschem Recht, mit der sich die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, allen voran *Gierke* und *Savigny*, so intensiv beschäftigt hat.

Sicherlich mag sich die Unterscheidung von deutschen und römischen Elementen in der deutschen Rechtsgeschichte insoweit als hilfreich für das Verständnis der *englischen* Rechtsgeschichte erweisen, als sich dort eine parallele Spannung zwischen englischen und römischen (bzw. kanonischen) Elemente findet. Aber eigentlich ist es nicht diese Parallele, wie aufschlussreich sie auch sein mag, die eine vergleichende Analyse des Verbandsstrafrechts im angloamerikanischen und deutschen Recht lohnenswert macht bzw. die bei *Maitland* Interesse an *Gierkes* großem Werk weckte. Vielmehr zeigt eine vergleichende Analyse, dass sich beide im Grunde mit ähnlichen Fragen über das Wesen und den Platz des Rechts in einem Herrschaftssystem auseinandersetzen, d.h. mit politischen und verfassungsrechtlichen Fragen über Souveränität und Staatsmacht. Das Thema der Verbandspersönlichkeit und deren Strafbarkeit stellt lediglich einen Weg dar, um sich diesen grundlegenden Fragen zu nähern.

Wir werden diese Fragen und die kritische Analyse des Verbandsstrafrechts im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Recht und Polizei in Teil IV wieder aufnehmen. An dieser Stelle wollen wir zu *Gierkes* heutiger, also nicht bloß historischer Bedeutung zurückkehren, die darüber hinausgeht, nur die voraufklärerischen Ursprünge der angeblich von der Aufklärung ausgehenden Ablehnung der Verbandsstrafbarkeit aufzudecken. *Gierkes* zwischen 1869 und 1913 in vier Bänden erschienenes Werk war ebenso wenig wie *Savignys* keine bloße Vergangenheitsstudie. Wie auch *Savigny* war *Gierke* als Vertreter der historischen Rechtsschule bemüht um eine historisch fundierte Erklärung

zung des Gegenwartsrechts anstatt um eine Rechtsgeschichte um ihrer selbst willen.<sup>15</sup> Der Unterschied zwischen *Savigny* und *Gierke* lag nicht in ihrer Herangehensweise an Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte, also in der Methode, sondern in der Sache, denn während *Savigny* das Recht historisch durch die Brille des römischen Rechts betrachtete, tat *Gierke* das gleiche durch die Brille des deutschen Rechts. *Gierke* ging es mit anderen Worten nicht nur darum, Beispiele der (deutschen) Genossenschaft und deren Strafbarkeit zu sammeln, um deren Vorherrschaft oder auch nur deren Existenz zu irgendeinem bestimmten historischen Zeitpunkt zu beweisen. Er wollte vielmehr die fortdauernde Bedeutung des realen Genossenschaftswesens als historisch begründetes Merkmal des deutschen Rechts herausarbeiten, das im Laufe der Zeit mal mehr, mal weniger stark ausgeprägt war im Gegenspiel mit der römischrechtlichen Fiktionstheorie der Genossenschaft, welche von *Savigny* (wieder)entdeckt wurde. *Gierkes magnum opus* und andere Studien (vor allem „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung“, ein tausendseitiges Werk von 1887) hatten hauptsächlich das damals geltende Recht zum Gegenstand, d.h. das deutsche Recht des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts, zu einer Zeit also, als die von *Malblanc/Savigny* wiederbelebte romanistische Fiktionstheorie angeblich die barbarische – oder zumindest voraufklärerische – Verbandsstrafbarkeit aus dem deutschen Recht schon Jahrzehnte, wenn nicht gar ein Jahrhundert zuvor beseitigt hatte.

Es ist in Anbetracht der vergleichenden Ausrichtung dieses Beitrags bemerkenswert, dass *Maitland Gierke* auch in dieser Hinsicht folgte. Wie wir gleich im Rahmen unserer historischen Analyse des angloamerikanischen Verbandsstrafrechts sehen werden,<sup>16</sup> hat er *Gierkes* historischen Ansatz übernommen, indem er in seiner berühmten „History of English Law“ das Kapitel über Gesellschaften (*corporations*) angesichts *Gierkes* „Das Genossenschaftsrecht“ überarbeitete und umbenannte.<sup>17</sup> (Er hat auch *Gierkes* Studie in Auszügen übersetzt und mit einer ausführlichen Einleitung versehen.)<sup>18</sup> Darüber hinaus stellte *Maitland* die seiner Meinung nach lange nicht wahrgenommene, aber dennoch zentrale Bedeutung der *corporation* als eine „Rechte und Pflichten tragende Einheit“ („right-and-duty-bearing unit“) in der englischen Rechtsgeschichte wie -gegenwart (des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts) heraus.

Wenige Jahre bevor *Gierke* sein ausdrücklich gegenwartsrechtsbezogenes Werk „Die Genossenschaftstheorie“ veröffentlichte, erschien 1881 die erste Auflage des Lehrbuchs des deutschen Strafrechts von *Liszt*, in welchem dieser die Verbandsstrafbarkeit befürwortete.<sup>19</sup> *Liszt* wurde bekanntlich einer der wichtigsten deutschen Strafrechtswissenschaftler seit *Feuerbach*; sein Lehrbuch hatte über ein halbes Jahrhundert hinweg großen Einfluss und erschien in 26 Auflagen bis 1932, dem letzten Jahr der Weimarer Republik.

15 Über Rechtsgeschichte heute als „neue historische Rechtswissenschaft“ (*New Historical Jurisprudence*), s. *Dubber*, *New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law, Critical Analysis of Law* 2 (2015), 1 ff. (<http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22512>).

16 S. unten Teil III.

17 *Pollock/Maitland, The History of English Law Before the Time of Edward I*, Band 1, 2. Aufl., 1898, S. 486 Fn. 1; s. auch das dazugehörige Vorwort auf S. v.

18 *Maitland*, Translator’s Introduction, in: *Gierke, Political Theories of the Middle Age* 1900, S. vii, xxx.

19 v. *Liszt*, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, § 27.

Schon die Tatsache, dass mit *Gierke* und *Liszt* zwei der bedeutendsten deutschen Rechtsgelehrten um die Jahrhundertwende und Koryphäen ihrer jeweiligen Rechtsgebiete – Genossenschafts- und Strafrecht, welche sich im Verbandsstrafrecht überschneiden – ein Verbandsstrafrecht befürworteten, zeigt zumindest, dass – um *Mark Twain* zu paraphrasieren – Berichte über den Tod des Verbandsstrafrechts im deutschen Recht ziemlich übertrieben erscheinen, unabhängig davon, wie häufig Gerichte und Kommentatoren die lateinische (aber schon voraufklärerische) Wendung *societas delinquere non potest* wiederholt haben mögen.

Stattdessen zeigt sich, dass viele (wenn nicht alle) derjenigen deutschen Rechtswissenschaftler, die sich theoretisch oder historisch im Laufe der Jahre näher mit dem Thema auseinandergesetzt haben, die Idee eines Verbandsstrafrechts entweder befürwortet oder es zumindest für möglich gehalten haben, wenn sie es auch nicht als wünschenswert erachtet haben mögen. Der althergebrachte lateinische Satz schien jedoch selbst auf diese Autoren eine solch stark tabuisierende Wirkung auszuüben, dass sie sich nur recht zögerlich der Schlussfolgerung näherten, eine Verbandsstrafbarkeit sei vielleicht doch möglich oder sogar (wenn auch nur vereinzelt) wünschenswert.<sup>20</sup>

Man betrachte beispielsweise die Fälle von *Ernst Hafter*, *Richard Busch* und *Eberhard Schmidt*. *Hafter* und *Busch* haben die zu Beginn des 20. Jahrhunderts sicherlich sorgfältigsten deutschen Arbeiten über das Verbandsstrafrecht verfasst; die eine erschien 1903, die andere 1933.<sup>21</sup> In beiden Werken werden die im Laufe der Rechtsgeschichte jeweils vorgebrachten Argumente ausführlich diskutiert. Beide kommen zu dem Ergebnis, dass eine strafrechtliche Verbandshaftung sowohl möglich als auch wünschenswert sei. *Hafter* hat seine Meinung allerdings Jahrzehnte später in den beiden 1926 und 1946 erschienenen Auflagen seines Lehrbuchs zum schweizerischen Strafrecht geändert.<sup>22</sup>

*Busch* scheint dagegen seine ursprüngliche Ansicht beibehalten zu haben. Wie *Hafter* kam er zu einer Unterstützung des Verbandsstrafrechts und beschuldigte interessanterweise beide Seiten der *Gierke/Savigny*-Auseinandersetzung des Anthropomorphismus; Germanisten und Romanisten befänden sich auf demselben (Holz-)weg, auf der Suche nach dem „psychophysischen Organismus ‚Mensch‘“.<sup>23</sup> Obwohl *Buschs* einfallsreiche und sorgfältig argumentierende Habilitation in Form und Gelehrsamkeit gelobt wurde, fand sie kaum Beachtung.<sup>24</sup>

*Buschs* Werk wendet sich von der angeblichen Unmöglichkeit der strafrechtlichen Verbandshaftung ab und spiegelt gleichzeitig den Übergang von der Weimarer Republik zur NS-Zeit wider. Obwohl er seine Untersuchung bereits 1932 abgeschlossen hatte, sagte *Busch* in seinem 1933 erschienenen Vorwort – wohl nicht ganz uneigennützig – vorher, dass das Thema in dem angebrochenen neuen Zeitalter des deutschen Rechts größere Bedeutung erlangen werde:

20 Vgl. *Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953), 210 ff.

21 *Hafter*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, 1903; *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933.

22 Vgl. *Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953), 210, 214 (Fn. 14).

23 *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933, S. 12-13.

24 *Engisch*, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953, Band 1, 1954, S. E7.

„Ein Staat, der sich nicht den Anschein der Neutralität gibt, sondern die Herrschaft seiner eigenen Werte aufrichtet und sich die Erziehung aller Volksgenossen zur Aufgabe setzt, kann bei korporativem Ausbau seiner politischen und sozialen Ordnung des sozialpädagogisch so wirksamen Zuchtmittels der Bestrafung der Verbände nicht entraten.“<sup>25</sup>

Nichtsdestotrotz hat das nationalsozialistische Regime *Buschs* Vorschläge nicht aufgegriffen und auch sonst offenbar kein näheres Interesse am Verbandsstrafrecht gezeigt. Dieses anscheinende Desinteresse sollte in der Nachkriegszeit insofern Bedeutung erlangen, weil sich darin die Prinzipientreue des deutschen Strafrechts – insbesondere der deutschen Strafrechtswissenschaft – auch in den dunkelsten Stunden des Nationalsozialismus und interessanterweise sogar angesichts gegenteiligen positiven Rechts widergespiegelt haben soll. Insbesondere die in der NS-Zeit offenbar zu praktischer Bedeutungslosigkeit verdamnte Vorschrift des § 393 Reichsabgabenordnung (also einer Bestimmung des Steuerrechts) wurde nach 1945 in dieser Hinsicht zitiert. Trotz dieser Vorschrift, die unter gewissen Voraussetzungen Verbandsstrafen für bestimmte Steuerverstöße vorsah, blieb die deutsche Richterschaft standhaft – so die Nachkriegsliteratur – anstatt einem unreflektierten Gehorsam gegenüber dem positiven Recht zu verfallen. Letztendlich ging es um nichts Geringeres als „den Durchbruch eines unser gesamtes Strafrechtsdenken beherrschenden Prinzips“, *nulla poena sine culpa*:

„Das Schicksal dieser Bestimmung ist ein glänzender Beweis für die Unverbrüchlichkeit des Schuldgrundsatzes selbst gegenüber dem positiven Gesetzesbefehl.... So hat sich der Satz *societas delinquere non potest* als Ausdruck des Satzes *Keine Strafe ohne Schuld...* sogar gegenüber dem eigenen geschriebenen Recht durchgesetzt. Das ist umso eindrucksvoller, als diese Entwicklung mitten in der NS-Zeit geschah.“<sup>26</sup>

Hier muss betont werden, dass die Ablehnung des Verbandsstrafrechts das deutsche Strafrecht nicht nur an die Seite der Gerechtigkeit, sondern auch der Wahrheit gestellt habe. Die Verbandsstrafbarkeit wurde dafür kritisiert, dass sie auf (mindestens) einer dogmatischen Fiktion beruhe; da nur natürliche Personen (Menschen) zumindest im strafrechtlichen Sinne handlungs-, vorsatz-, schuld-, straffähig (usw.) seien, sei die Strafbarkeit juristischer Personen eine Fiktion. Die romanistische *Fiktionstheorie* wurde hingegen zum Dogma erhoben, obwohl sie den Begriff der juristischen Person selbst – statt z.B. ihre Handlung – fingiert.<sup>27</sup> Erst die Fiktion des Verbandes macht schließlich die Fiktion der strafrechtlichen Verbandshandlung (usw.) nötig; *Gierke* und die Ger-

25 *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933, S. vi.

26 *Lange*, Zur Strafbarkeit von Personenverbänden, *JZ* 1952, 261 ff., S. 262-263; vgl. *Hartung*, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953, Band 1, 1954, S. E45 („Ich glaube, einen besseren Beweis für das Durchdringen des Schuldgrundsatzes im deutschen Strafrecht kann man kaum anführen.“). Man erinnere sich hier, dass ansonsten in der Nachkriegszeit häufig auf die in einem streng positivistischen Rechts- und Amtsverständnis verwurzelte absolute Pflicht des Richters zur Anwendung des positiven Rechts, ganz gleich welchen auch noch so ungerechten Inhalts, hingewiesen wurde. Vgl. *Müller*, *Furchtbare Juristen*, 1987; *Dubber*, *Judicial Positivism and Hitler's Injustice*, *Columbia Law Review* 93 (1993), S. 1807 ff.

27 Vgl. v. *Jhering*, *Geist des römischen Rechtes*, Teil 3, 1. Abt., 3. Aufl., 1877, S. 296, 299 („technische Nothluge“).

manisten kamen ohne „künstliche“ Handlungsfiktion aus, weil ihrer Ansicht nach die „reale“ Genossenschaft selbst handeln könne.

Die absolute und kategorische Ablehnung der Verbandsstrafbarkeit spielte nach 1945 eine wichtige Rolle; der Ruf des deutschen Strafrechts und der deutschen Strafrechtswissenschaft standen auf dem Spiel.<sup>28</sup> Letztendlich ging es um den Gegensatz zwischen Prinzip, Aufklärung und dem Streben nach Gerechtigkeit einerseits, und Konsequentialismus, Pragmatismus und dem Streben nach Zweckdienlichkeit andererseits. Auf der einen Seite stand eine (angeblich ur-)deutsche Konzeption der juristischen Person und des Strafrechts, auf der anderen Seite standen angloamerikanische Begriffe, die als dem deutschen Strafrechtssystem völlig „fremd“ erachtet wurden.<sup>29</sup>

Das andere in diesem Zusammenhang zitierte Beispiel eines fremden (insbesondere amerikanischen) Strafrechtsverständnisses, welches während der Nachkriegszeit dem deutschen Strafrecht ferngehalten werden musste, war übrigens kein geringeres als die Todesstrafe. Die Todesstrafe Anfang der 1950er Jahre als Fremdkörper im deutschen Recht zu bezeichnen, war allerdings recht bemerkenswert. Abgesehen davon, dass die Todesstrafe in *Deutschland* auf eine jahrhundertelange Geschichte zurückblicken konnte und bis vor kurzem (sowohl vor ordentlichen Strafgerichten als auch vor Militärgerichten, vom Volksgerichtshof ganz zu schweigen) häufige Anwendung fand, war sie erst 1949 durch das Grundgesetz abgeschafft worden, und zwar auf Antrag und mit den Stimmen der Deutschen Partei, die daran interessiert war, wegen nationalsozialistischer Verbrechen Verurteilte vor der Todesstrafe zu bewahren.<sup>30</sup>

Wenden wir uns nun dem dritten Beispiel eines Befürworters der Verbandsstrafbarkeit zu. *Eberhard Schmidt* wurde Mitherausgeber von *Lizsts* einflussreichem Strafrechtslehrbuch, in dem, wie bereits erwähnt, noch 1932 das Verbandsstrafrecht befürwortet

28 S. zur Verdeutlichung die folgende Passage aus *Engischs* Referat anlässlich des Deutschen Juristentags 1953:

„Und wenn wir davon hören, daß im Mittelalter zur Strafe ganze Städte dem Erdboden gleichgemacht wurden, so haben wir in jüngster Zeit solche eine ganze Einwohnerschaft als Kollektiv treffende Maßnahme nicht eben als dem Rechtsempfinden einleuchtende Ausübung einer hochstehenden Strafgewalt schätzen gelernt [...]“.

An dieser Stelle fügte er eine bemerkenswerte, *Carl Schmitt* zitierende Fußnote ein:

„Für das Mittelalter s. *Busch*, a.a.O.: ‚Die Meinung, es handele sich hier um politische Gewaltakte, die mit Bestrafung nichts gemein hätten und auf gleiche Stufe mit Kriegsmaßnahmen zu stellen seien, ist ein Irrtum‘. Für die Gegenwart s. jetzt C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 1950, S. 298/99: ‚Die Diskriminierung des Feindes zum Verbrecher und die gleichzeitige Hineinziehung der *justa causa* laufen parallel mit der Steigerung der Verteidigungsmittel... Der Bomben- oder Tiefflieger gebraucht seine Waffe gegen die Bevölkerung des feindlichen Landes vertikal wie der heilige Georg seine Lanze gegen den Drachen gebrauchte.‘ Der Bombenkrieg wird zur ‚Polizeiaktion gegen Störenfriede, Verbrecher und Schädlinge.‘“ *Engisch*, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953, Band 1, 1954, S. E8 (Fn. 2).

29 *Gierke* hielt ganz im Gegenteil die Verbandsstrafbarkeit für ein Indiz des typisch *deutschen* Rechtsbegriffs der realen Verbandspersönlichkeit – im Gegensatz zur „fremden“ romanistischen Fiktionstheorie. Die vehemente Kritik am angeblich „fremden“ Verbandsstrafrecht stellte also den altvertrauten germanistisch-romanistischen Streit genau auf den Kopf.

30 Vgl. *Evans*, *Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany 1600-1987*, 1996, S. 786. Jetzt ausführlich bei *Hötzel*, *Debatten um die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1990*, 2010.

wurde. Wie *Haftner* hat auch *Schmidt* in diesem Punkt seine Meinung geändert, allerdings ging er noch weiter und setzte sich nach dem Krieg – als Leiter der Kommission für Wirtschaftsstrafrecht beim Wirtschaftsrat (1947-49) – erfolgreich, zwar nicht für Kriminal- und Geldstrafen, aber für *Ordnungsstrafen* und *Geldbußen* für Verbände ein.<sup>31</sup> Diese Sanktionen sollten deswegen möglich sein, weil es sich nicht um „Kriminalstrafen“ handelte. Obgleich als „Bußen“ bezeichnet, sollte sich in ihnen kein ethisch-moralisches Unwerturteil über ein schuldhaftes Tun (oder Unterlassen) widerspiegeln, sodass weder ein Tun noch ein Unterlassen erforderlich war und sie daher auch an Entitäten angeknüpft werden konnten, welche unfähig zu „freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung“ waren.<sup>32</sup> Dieses Modell wurde in den 1960er Jahren schließlich auf eine ganze Kategorie von Delikten („Ordnungswidrigkeiten“) ausgedehnt, welche vom Strafgesetzbuch in ein eigenständiges Gesetzbuch (OWiG) mit einem allgemeinen und besonderen Teil verlegt wurden. Diese finden auch auf Verbände Anwendung, welche einer *Maximalbuße* (nicht *-strafe*) von (mittlerweile) € 10 Millionen unterworfen werden, wenn ihre Vertreter bestimmte Ordnungswidrigkeiten (oder auch Straftaten) in ihrem Namen verüben.<sup>33</sup>

Geldbußen für Ordnungswidrigkeiten sind also keine Kriminalstrafen. Stattdessen handelt es sich um „verschärfte Verwaltungsbefehle“,<sup>34</sup> wodurch ihr in die Zukunft gerichteter und administrativer (anstatt repressiver, und daher punitiver) Charakter kommuniziert wird. Die Geldbuße ist damit lediglich eine ernstgemeinte Erinnerung an öffentlich-rechtliche Pflichten, die sich aus dem Verwaltungsrecht (und nicht dem Strafrecht) ergeben. Eine für eine Ordnungswidrigkeit verhängte Geldbuße ist deshalb schon begrifflich keine für eine Straftat verhängte Kriminalstrafe. Die Geldbuße, wie hoch sie auch sein mag, definiert und – angesichts des Dogmas gegen die strafrechtliche Verbandshaftung kann es gar nicht anders sein – rechtfertigt sich mithin eher nach dem, was sie nicht ist, als nach dem, was sie ist: sie unterscheidet sich *wesentlich* (qualitativ, wenn auch nicht quantitativ) von einer Kriminalstrafe.<sup>35</sup>

Ob zwischen einer Kriminalstrafe und einer ernstgemeinten Ermahnung, bzw. zwischen einer Straftat und einer Ordnungswidrigkeit, wirklich ein substantieller anstatt ein lediglich formaler Unterschied besteht, ist mindestens fragwürdig. Daher überrascht es nicht, wenn Gegner der Verbandsstrafbarkeit bei der Einführung der Geldbuße von einem „Etikettenschwindel“ sprachen.<sup>36</sup> So gesehen hätte *Schmidt* seine Meinung der Form nach, aber nicht in der Sache geändert. Andererseits war jedoch die Unterscheidung zwischen dem sog. echten Strafrecht und dem „unechten“ *Verwaltungsstrafrecht* nicht neu, sondern reichte zurück auf das Werk des brillanten, aber weitgehend in Ver-

31 Näheres über *Schmidt* bei *Koch*, *Schmidt*, Ludwig Ferdinand Eberhard, in: *Neue Deutsche Biographie* 23 (2007), S. 181 f. (<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118759590.html>).

32 BGHSt 2, 194, 200.

33 § 30 OWiG.

34 Vgl. statt vieler *Jescheck*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände*, ZStW 65 (1953), S. 210, 216 f.

35 Vgl. *Dubber*, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, *American Journal of Comparative Law* 53 (2006), 679 ff. (positive Generalprävention als Straftheorie durch Ausschlussdiagnose, die *nicht* in der Vergeltung, der *Spezialprävention*, der *negativen* Generalprävention oder der Unschädlichmachung besteht).

36 *Hartung*, in: *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953*, Band 1, 1954, S. E44.

gessenheit geratenen *James Goldschmidt*, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts das Verwaltungsstrafrecht erfunden (bzw. entdeckt) und ihm seinen Namen gegeben hatte.<sup>37</sup>

Interessanterweise schlugen nun diejenigen, die *Schmidt* des Etikettenschwindels bezichtigten, eine Alternative vor, die auf einer ebenso formalen Unterscheidung (bzw. Umetikettierung) beruhte. Anstatt zwischen Geldstrafen und nichtstrafrechtlichen Geldbußen zu unterscheiden, sollte der Strich zwischen Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung gezogen werden: Verbandsanktionen sollten danach nicht als „Bußen“, sondern als „Maßregeln“ bezeichnet werden.<sup>38</sup> Diese Unterscheidung ist auf die Zweispurigkeit des deutschen Sanktionensystems zurückzuführen, welche häufig als eine der großen Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft angesehen wird. Es überrascht freilich nicht, dass auch die Unterscheidung zwischen Strafe und Maßregel ursprünglich als Etikettenschwindel bezeichnet wurde.<sup>39</sup> Anscheinend störten sich die Kritiker *Schmidts* also eher an der Etikette als am Schwindel.

Wenn man nun noch etwas genauer hinsieht, bzw. die kritische Analyse weiter vertieft, ergibt sich, dass die Unterscheidung zwischen Strafe und Buße (aber auch zwischen Strafe und Maßregel) weitaus tiefere Wurzeln in der Unterscheidung zwischen Polizei und Recht als grundlegende Herrschaftsmodi hat. Seit der Aufklärung steht die Herrschaft *qua* Polizei, die sich um den Schutz des Wohlbefindens des staatlichen Souveräns dreht, im radikalen Gegensatz zur Herrschaft *qua* modernes Recht, die sich durch die Manifestation des Rechts der Person als solcher, d.h. letztendlich der persönlichen Selbstbestimmung oder Autonomie, kennzeichnet. Die Verdrängung des ersten Herrschaftsverständnisses (oder, nach *Foucault*, *gouvernementalité*) durch das letztere zeigt sich in der Beschwörung solcher Begriffe wie „Rechtsstaat“ oder „rule of law“ im 19. Jahrhundert, d.h. den Ersatz des Polizeistaats durch den Rechtsstaat. In diesem Lichte würde *Goldschmidts* Konstruktion eines „Verwaltungsstrafrechts“ zur allgemeinen Lesart der „Verrechtlichung“ der souveränen Polizeimacht passen, indem sie Beschränkungen unterworfen wird, die sich aus dem Begriff der autonomen Persönlichkeit, der großen Entdeckung – oder Erfindung – der Aufklärung, ergeben.<sup>40</sup> Diese Tendenz fand ihren offensichtlichsten Ausdruck in der Schaffung eines neuen, anscheinend selbstwidersprüchlichen Rechtsgebiets namens „Polizeirecht“, welches die nicht beneidenswerte Aufgabe erhielt (und verkörperte), die letztlich unbegrenzte, sich von der absoluten Macht des Hausvaters über seinen Haushalt ableitende (Polizei-)Macht des Souveräns zu beschränken.<sup>41</sup>

Anstatt also die Geschichte des deutschen Verbandsstrafrechts in zwei Phasen vor und nach der Aufklärung einzuteilen, könnte man in ihr eine Geschichte der kontinu-

37 *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902. Über *Goldschmidt* s. *Hildebrandt*, Justice and Police: Regulatory Offenses and the Criminal Law, New Criminal Law Review 12 (2009), 43 ff.; *Ohana*, Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany, University of Toronto Law Journal 64 (2014), 243 ff.

38 *Hartung*, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953, Band 1, 1954, S. E50 ff.

39 *Kohlrausch*, Sicherungshaft: Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW 44 (1924), 21, 33.

40 Vgl. *Dubber*, The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government, 2005; zu *Goldschmidt* vgl. die Nachweise in Fn. 37.

41 *Dubber*, Preventive Justice: The Quest for Principle, in: *Ashworth/Zedner* (Hrsg.), Prevention and the Limits of the Criminal Law, 2013, S. 47, 63 f.

ierlichen Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Ansichten über dessen Möglichkeit, Angemessenheit und Legitimität sehen, in der sich wiederum eine tiefer liegende Auseinandersetzung über das Wesen von Staat, Recht und Strafrecht im Besonderen widerspiegelt. So gesehen lohnt sich eine Untersuchung von der Geschichte und theoretischen Fundierung des Verbandsstrafrechts sowohl im einheimischen Recht als auch aus rechtsvergleichender Sicht; nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der grundlegenden Spannungen, die sich darin zeigen. Wir werden auf diese weiterkehrende kritische Analyse in den Teilen IV und V zurückkommen. Zunächst müssen wir uns jedoch der angloamerikanischen Seite unseres Vergleichs widmen.

### III. Das Auftauchen des Verbandsstrafrechts im angloamerikanischen Recht

Wenn eingeräumt wird, dass es ein deutsches Verbandsstrafrechts je gegeben haben mag, so könnte man dessen Karriere in zwei Epochen einteilen: Vor der Aufklärung gab es Verbandsstrafrecht, danach aber nicht mehr. Auf ähnliche Weise könnte auch mit der Geschichte des englischen Verbandsstrafrechts verfahren werden, wenn auch in genau gegengesetzter Richtung: Ab dem 19. Jahrhundert gibt es Verbandsstrafbarkeit, davor allerdings nicht. Wie wir gesehen haben ist die deutsche Geschichte jedoch weitaus vielschichtiger und interessanter – Entsprechendes gilt auch für die englische.

Wie so häufig in der angloamerikanischen Rechtsgeschichte, ist *Blackstone* ein gleichermaßen geeigneter wie ungeeigneter Ausgangspunkt der Untersuchung. Geeignet, weil er die Frage des Verbandsstrafrechts aufgegriffen und dabei hunderte Jahre englischer Rechtsgeschichte in einfachen Aussagen zusammengefasst hat, die seitdem immer wieder zitiert wurden. Ungeeignet, weil diese einfachen Aussagen irreführend sein können.

Die für unsere Zwecke relevante Aussage lautet, kurz und knapp (in der Originalfassung von 1765):

„*A corporation cannot commit treason, or felony, or other crime, in it's corporate capacity [Zitat: 10 Rep. 32]: though it's members may, in their distinct individual capacities.*“<sup>42</sup>

Das Zitat bezieht sich auf *Cokes* Bericht über die Entscheidung im *Case of Sutton's Hospital*,<sup>43</sup> einem bedeutenden frühen Fall (von 1612) über die Rechtsnatur von *corporations*. Der Entscheidungsbericht besagt allerdings etwas anderes, nämlich, dass die *corporation* weder Hochverrat (*treason*) begehen könne, „nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls“. Zunächst einmal muss betont werden, dass sich *Sutton's Hospital* gar nicht mit der Strafbarkeit von Verbänden befasste. Die von *Blackstone* missverständlich zitierte kurze Aussage gilt daher als *obiter dictum*, das im Zuge einer Aufzählung der Eigenschaften einer *corporation* erfolgte. Es ging eigentlich um einen durch zwei Männer auf dem Anwesen eines Krankenhauses verübten Landfriedensbruch (*trespass*), bei dem diese zur Verteidigung vorbrachten, dass die *corpo-*

42 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Band 1, 1765, S. 476.

43 10 Co. 23 a, 32 b, 77 Eng. Rep. 960, 973 (1612).

ration des Krankenhauses nicht wirksam gegründet worden sei. Daher spielte, wenn überhaupt, die Opfereigenschaft einer (bestimmten) *corporation*, nicht ihre Tütereigenschaft eine Rolle.<sup>44</sup> Ferner ist die Entscheidung von 1612 und sagt weder etwas über die vorherige noch über die nachfolgende Rechtslage zur Strafbarkeit einer *corporation* aus, da *Coke* die Entscheidung nur dazu nutzte, die Voraussetzungen für die Gründung einer *corporation* darzulegen, anstatt sie zum Anlass zu nehmen, sich grundsätzlich mit der dem Gericht nicht vorliegenden Frage der Strafbarkeit einer korrekt gegründeten *corporation* zu befassen.<sup>45</sup> Tatsächlich wissen wir dank der Pionierarbeit von *Gierke* und *Maitland* heute, dass die Verbandsstrafbarkeit im englischen (sowie im deutschen) Strafrecht – manch gegenteiliger Aussagen zum Trotz – mindestens seit dem 13. Jahrhundert weit verbreitet war.

Selbst wenn wir diese allein schon ausschlaggebenden Tatsachen außer Acht lassen und uns die von *Blackstone* zitierte Passage etwas genauer ansehen, stellt sich heraus, dass sie nichts über die Möglichkeit der strafrechtlichen Täterschaft einer *corporation* aussagt. Hier empfiehlt es sich, die Passage aus *Cokes* Bericht im Kontext zu lesen:

„They [corporations aggregate] cannot commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by attorney 33 H. 8. Br. Fealty. A corporation aggregate of many cannot do fealty, for an invisible body can neither be in person, nor swear, Plow. Com. 213, and The Lord Berkley's case 245, it is not subject to imbecilities, death of the natural body, and divers other cases.“

Es heißt hier nicht, dass *corporations* keine Verbrechen (*felonies*) oder Vergehen (*misdemeanours*) begehen können. Stattdessen geht es hier nur um den Verrat (*treason*).<sup>46</sup> *Pollock* und *Maitland* haben diesbezüglich dargelegt, dass der Unterschied zwischen *treason* und *felony* in der englischen Rechtsgeschichte tief verwurzelt ist, wobei *treason* den Inbegriff der Treulosigkeit darstellte.<sup>47</sup> Treulosigkeit bedeutete die Verletzung einer Loyalitätspflicht, die ihrerseits auf die Lehnstreue zurückzuführen war.<sup>48</sup> Wie der zweite oben zitierte Satz deutlich zeigt, kann die *corporation* nicht schwören und damit auch keinen Lehnseid ablegen, woraus folgt, dass sie den Eid auch nicht brechen und somit auch keinen Verrat begehen kann.

44 In dem hier zitierten unmittelbar vorausgehenden Satz merkte er an, dass „a corporation can neither beat, nor be beaten, in its body politic“, s. *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Band 1, 1765, S. 476.

45 10 Co. 34 b, 77 Eng. Rep. 976.

46 Und zwar sowohl im privaten (mikro-haushältlichen) als auch im öffentlichen (makro-haushältlichen) Bereich, als *petit treason* (gegen den Mikro-Hausvater) bzw. als *high treason* (gegen den Makro-Hausvater, den König). Treason Act 1351, 25 Edw. 3 stat. 5 c. 2; *Dubber*, The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government (2005), S. 21-28.

47 *Pollock/Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, Band 2, 2. Aufl., 1898, S. 502 ff.

48 Nach *Pollock/Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, Band 2, 2. Aufl., 1898, S. 502 ff. war ursprünglich auch die *felonia* auf einen Treueidbruch zurückzuführen, jedoch büßte sie im Laufe der Zeit immer mehr diese Bedeutung ein, möglicherweise als Folge der sich entwickelnden Unterscheidung zwischen *felony* und *misdemeanour* in Bezug auf die Schwere der Straftat und der damit verbundenen Niedrigkeit des Charakters, wohingegen die Verletzung der Lehnstreue beim *treason* (Verrat) sichtbarer blieb.

Diese Interpretation des von *Blackstone* zitierten Satzes, *dictum* oder nicht, würde schon für die Feststellung ausreichen, dass er, mit Ausnahme von *treason* (als Eidbruchsdelikt), nichts über die *Strafbarkeit* einer *corporation* aussagt (nicht in dem zu entscheidenden Einzelfall, und schon gar nicht im Allgemeinen, im Jahre 1612, davor oder danach). Jedoch lohnt sich auch der Blick auf die ganze Passage. Die *corporation* konnte deswegen nicht für vogelfrei oder rechtlos (*outlawed*) erklärt werden, weil dies ein verfahrensrechtliches Mittel zur Erzwingung der Anwesenheit einer Partei vor Gericht war. Da die *corporation* allerdings nicht „persönlich erscheinen“ (*be in person*) konnte, konnte auch ihre Anwesenheit nicht erzwungen werden. Denn Anwesenheit bedeutete die physische Präsenz des Angeklagten; die Vertretung durch einen Anwalt reichte hierfür nicht aus.<sup>49</sup>

Schließlich leuchtet ein, dass die *corporation* auch nicht exkommuniziert werden konnte, da sie keine Seele hat. Jedoch hat ihre fehlende Exkommunizierbarkeit nichts mit ihrer Fähigkeit zu strafrechtlicher Haftung zu tun. Sie verhindert lediglich ihre Exkommunikation als Sanktion des kanonischen Rechts, das im Gegensatz zum weltlichen Strafrecht der An- oder Abwesenheit einer Seele sowie der (Un-)Fähigkeit zur Sünde zentrale Bedeutung beimisst.<sup>50</sup>

Die Bezugnahme auf das kanonische Recht ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert. Das kanonische Recht spielte bei *Gierkes* Darstellung der Entwicklung der Fiktionstheorie eine wesentliche Rolle, welche bei *Malblanc* und *Savigny* in der Ablehnung der Verbandsstrafbarkeit wegen angeblich begrifflicher (bzw. wesentlicher) Unmöglichkeit wieder auftauchte. Zu beachten ist hier das Interesse der katholischen Kirche, sich selbst vor strafrechtlicher bzw. deliktischer Haftung zu schützen, indem sie mindestens seit Papst Innozenz IV. im 13. Jahrhundert – laut *Maitland* der „father of the modern theory of corporations“<sup>51</sup> – den Standpunkt vertrat, dass die Kirche als Institution (*universitas*) gegenüber den ihr Angehörigen, zu Rechtsbrüchen und Sünde fähigen Individuen zwar eigenständig war, aber nur als fiktive Entität (*persona ficta*), die selbst als solche weder Recht brechen noch sündigen konnte. Ursprünglich argumentierten die Kanonisten laut *Gierke* und *Maitland*, dass die Kirche eine Entität *sui generis* bildete, die sich nicht nur von der Gesamtheit der Kirchenmitglieder unterschied, sondern auch von allen anderen Gruppierungen. Dieser Argumentationsstrang verlor im Laufe der Zeit jedoch immer mehr an Überzeugungskraft und sollte schließlich in eine allgemeine Theorie der Genossenschaft (*corporation*) als fiktive Entität münden. *Maitland* drückte dies zusammenfassend im Anschluss an *Gierke* folgendermaßen aus:

„The ecclesia is an universitas, and the universitas is a persona. That they [die Kanonisten] should go on to add (as Innocent IV. did [im 13. Jahrhundert]) that it is persona ficta was not unnatural. The organized group [“of bishop and canons, or abbot and monks”] was distinct from the “church”; its will might not be the church’s

49 S. statt vieler *Birmingham and Gloucester Railway Co.*, (1842) 3 QB 223, 114 ER 492; *Evans & Co Ltd. v. London County Council*, [1914] 3 KB 315.

50 Vgl. *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Band 1, 1765, S. 477 (Die Seelenlosigkeit hat auch zur Folge, dass die Genossenschaft nicht vor kirchliche Gerichte zitiert werden kann.).

51 *Pollock/Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, Band 1, 2. Aufl., 1898, S. 494.

*will. To this we must add that the canonist's law aspired to deal not only with wrong and crime, reparation and punishment, but also with sin and damnation. In his eyes a person who cannot sin and cannot be damned can only be persona ficta. So the universitas is not the organized group, but a feigned substratum for rights. This theory will easily lead to a denial that a corporation can commit either crime or wrong, and Innocent went this length; but both practice and theory rejected his doctrine.*<sup>52</sup>

In diesem inhaltsreichen Auszug findet sich die Verbindung zwischen der angeblichen Nichtstrafbarkeit von Verbänden und ihrer Nichtkommunizierbarkeit, die beiläufig in *Sutton's Hospital* erwähnt ist: die Verbindung zwischen Strafe und Verdammung, zwischen Verbrechen und Sünde und, präziser gesagt, zwischen *mens rea* und Bosheit. Nach *Maitland* ergab die Ablehnung des Verbandsstrafrechts Sinn *aus der Perspektive des kanonischen Rechts*, weil dieses nicht trennscharf zwischen Sünde und Verbrechen differenzierte und sich in der Tat wesentlich mehr für Sünde als für (weltliches) Verbrechen und für Verdammung (bzw. Erlösung) als für (weltliche) Strafe interessierte. Insoweit – und nur insoweit – als der englische Verbrechensbegriff im kanonischen Recht verwurzelt ist, erscheint die Ablehnung von Verbandsstrafrecht im englischen Strafrecht also als consequent. Die Ursprünge des sog. *mens rea*-Erfordernisses im englischen Strafrecht (*actus non facit reum, nisi mens sit rea*) werden tatsächlich häufig auf das kanonische Recht zurückgeführt.<sup>53</sup> Daher ist im englischen Recht die Geschichte der Verbandsstrafbarkeit auch eine Geschichte der *mens rea* und nicht (nur) der verschiedenen Konzeptionen der *corporation*, denen jedoch die meiste Aufmerksamkeit geschenkt wurde (von *Sutton's Hospital* bis zu *Savigny*, *Gierke* und den etwa zur gleichen Zeit im 19. Jahrhundert stattfindenden amerikanischen Debatten infolge der wichtigen Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*).<sup>54</sup>

Wie im deutschen spiegelt sich letztlich auch im englischen Recht in den zahlreichen Ansichten zur Verbandsstrafbarkeit das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen den zwei strafrechtlichen Herrschaftsformen Strafpolizei und Strafrecht wider; einerseits in der Aufrechterhaltung des Friedens des staatlichen Souveräns, andererseits im Schutz der Person als, in *Maitlands* Worten, Rechte und Pflichten tragende Einheit.<sup>55</sup> Während wir grundlegende Facetten dieser Herrschaftsmodi sowohl im englischen als auch im deutschen Strafrecht finden können, bestehen im Detail doch bedeutende Unterschiede. Das erste und deutlichste Indiz dieses Unterschieds findet sich in der im Zuge der Aufklärung erhobenen Kritik an der Staatsgewalt, die auf der Entdeckung (bzw. Behauptung) der jeder Person innewohnenden Eigenschaft zur Selbstbestimmung oder Autonomie, unabhängig von ihrem sozialen Status, basiert. Strafrecht im Rechtsstaat

- 
- 52 *Pollock/Maitland*, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Band 1, 2. Aufl., 1898, S. 502; s. auch S. 494 („We now [im 13. Jahrhundert] begin to hear the dogma (of which all English lawyers know a vulgar version) that the *universitas* can be punished neither in this world nor in the next, for that it has nor soul nor body.“).
- 53 S. *Sayre*, *Mens Rea*, *Harv. L. Rev.* 45 (1932), 974 ff.; *Levitt*, *The Origin of the Doctrine of Mens Rea*, *Ill. L. Rev.* 17 (1922-1923), 117 ff.
- 54 118 U.S. 394 (1886); s. dazu *Horwitz*, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, *W. Va. L. Rev.* 88 (1986), 173 ff.
- 55 *Maitland*, *Moral and Personality and Legal Personality*, in: *Fisher* (Hrsg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Band 3, 1911, S. 304, 307.

(also als *Recht*) verfolgt das neue Ideal einer Lösung des anscheinenden Selbstwiderspruchs einer pönalen Ausübung von Staatsgewalt, die sich einerseits dadurch legitimiert (und seit der Aufklärung legitimieren muss), dass sich in ihr die Selbstbestimmung von Personen manifestiert, andererseits aber durch Strafe in die Ausübung eben dieser Selbstbestimmungsfähigkeit erheblich eingreift.

In der englischen Verfassungs- und Rechtsgeschichte zeigt sich der Kontrast zwischen Polizei und Recht nicht in derart deutlicher und historisch festzumachender Form. Das Verhältnis zwischen aufklärerischem Denken sowie damit verbundener Kritik einerseits und englischer (Rechts-)Geschichte andererseits ist mindestens so komplex und umstritten wie das Verhältnis zwischen den Idealen des Rechtsstaats und der *rule of law*. Insoweit als das Verbrechen noch heute als Verletzung des Friedens des Souveräns angesehen wird, könnte man sogar argumentieren, dass sich im englischen Verfassungs- und Rechtsdiskurs nie ein alternatives, rechts- statt friedensbasiertes Strafrechtsverständnis entwickelt hat.<sup>56</sup> Wie dem auch sein mag, kann man im Nachhinein den Ansatz eines solchen Verständnisses – in *England* und anderswo – in der Bedeutung von individueller Sünde und Erlösung im kanonischen Recht erkennen. Dort findet sich zwar noch kein individualisierter Begriff vom Verbrechen als Verletzung der Rechte oder Interessen anderer, jedoch könnte sich die Möglichkeit einer Erwägung der persönlichen Schuld des Täters überhaupt eröffnen anstatt nur seines Status als Gefährder (oder Störer) des Friedens des Souveräns und damit des Souveräns selbst.<sup>57</sup>

Wir werden auf diesen Punkt kurz in unserer vergleichenden Analyse (Teil IV) zurückkommen. Zunächst jedoch greifen wir den Faden der englischen Geschichte wieder auf. Über das erwähnte *dictum* in *Sutton's Hospital* hinaus, dient gemeinhin als weiterer Beweis für die Nichtexistenz der Verbandsstrafbarkeit vor der Industrialisierung im 19. Jahrhundert eine nicht begründete und daher unerklärliche, *Holt* für das Jahr 1701 zugeschriebene Ein-Satz-Urteilsanmerkung. Diese könnte auf einen fehlerhaften Urteilsbericht zurückzuführen sein, aber selbst wenn nicht, würde sie jedenfalls einer damals allgegenwärtigen Praxis der strafrechtlichen Verfolgung von Verbänden zuwiderlaufen.<sup>58</sup>

Unter *Blackstones* irreführendem Einfluss nimmt die traditionelle Version der Entwicklung des englischen Verbandsstrafrechts von dieser weit verbreiteten, jahrhundertalten Praxis keine Kenntnis. Stattdessen wird gängigerweise das Auftauchen des Verbandsstrafrechts mit dem einschneidenden Paradigmenwechsel der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts in Verbindung gebracht. Nach dieser Lesart musste mit dem sich ständig beschleunigenden Aufkommen von immer mächtigeren Industriebetrieben,

56 *Dubber*, Preventive Justice: The Quest for Principle, in: *Ashworth/Zedner* (Hrsg.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, S. 47.

57 Es kann, muss aber nicht, die Tür zu einem Konzept von Schuld als persönlicher Schuld öffnen, abhängig davon, welche Bedeutung man dem, in *Maitlands* Worten, „ungenauen“ (*loose*) Begriff der *mens rea* in der englischen Rechtsgeschichte beimisst. Siehe die Versuche einer historischen Aufarbeitung der *mens rea* von *Turner*, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, Cambridge L.J. 6 (1936), 32 ff.; *Horder*, *Two Histories and Four Hidden Principles of Mens Rea*, *Law Quarterly Review* 113 (1997), 95 ff.

58 12 Mod. 559 (1701) (Der Satz lautet: „A corporation is not indictable, but the particular members of its are.“). S. Näheres bei *Lee*, *Corporate Criminal Liability*, *Colum. L. Rev.* 28 (1928), 1, 4.

von immer größeren Risiken neuer Produktionsmethoden, von Fabriken, Maschinen, und Eisenbahnen die lange kategorische Ablehnung der Möglichkeit eines Verbandsstrafrechts dem Unvermeidlichen pragmatisch Platz machen. Das Prinzip musste der Realität, das Recht der Notwendigkeit und die Logik der Politik weichen. Mit der industriellen Revolution sei die Frage des *Ob* schlagartig – und radikal anders – gelöst gewesen und die vorherige dogmatische Ablehnung verworfen worden, sodass nur noch die Frage des *Wie* blieb.

An dieser Stelle tut sich eine interessante Parallele zur Geschichte der *mens rea* im englischen Strafrecht auf, was angesichts der sich in *Sutton's Hospital* widerspiegelnden historischen Verbindung zwischen den Begriffen der *mens rea* und des Verbandsstrafrechts eigentlich nicht überraschen sollte. (Wie wir gesehen haben, steht die Geschichte des deutschen Schuldgrundsatzes in einem ähnlichen Zusammenhang mit der Geschichte der Verbandsstrafbarkeit, vor allem in der Zeit unmittelbar nach dem zweiten Weltkrieg; die Ablehnung der Verbandsstrafbarkeit galt als Beweis für die Existenz des Schuldprinzips.)<sup>59</sup> Auch von dem Prinzip *actus non facit reum, nisi mens sit rea* wird gesagt, dass es in der Hitze der industriellen Revolution abgeschmolzen sei. Die mit einer modernen Wirtschaft und dem sozialen Leben in überbevölkerten Großstädten – im krassen Gegensatz zum vergleichsweise idyllisch anmutenden familienzentrierten Leben auf dem vormodernen Lande – verbundenen neuen und größeren Gefahren, ob nun durch Verbände geschaffen oder nicht, erforderten eine größere Wachsamkeit seitens der Agenten des Fortschritts. Um diese zu dieser Wachsamkeit anzuhalten, hielt man die Androhung strafrechtlicher Sanktionen bei Sorgfaltpflichtverletzungen für zweckmäßig; angesichts des Ausmaßes potentieller Körperschäden und der schier Anzahl der betroffenen Aktivitäten konnte das neue Regelungssystem allerdings nicht ausreichend effektiv sein, wenn man dabei althergebrachte dogmatische Figuren wie das *mens rea*-Erfordernis beibehalten wollte. Daher verzichtete man von nun an auf die *mens rea* und auf die jahrhundertealte Ablehnung einer Verbandsstrafbarkeit und führte sowohl *strict liability* also auch *corporate liability* ein – so jedenfalls die gängige Sichtweise.

Diese Geschichte hat etwas für sich. Sie geht jedoch davon aus, dass das Prinzip, welches über Bord geworfen worden sei, einmal existierte oder gar allseits akzeptiert gewesen sei. Wie auch die Aussage, dass ein Verbandsstrafrecht undenkbar gewesen sei, steht nämlich auch das Prinzip *actus non facit reum, nisi mens sit rea* auf schwächeren Beinen als uns die traditionelle historische Darstellung glauben machen will. Schon ein cursorischer Blick auf die frühere englische Rechtsgeschichte zeigt, dass strafrechtliche Verantwortung ohne den Beweis einer *mens rea* ebenso denkbar war wie eine Verbandsstrafbarkeit. Sogenannte *statutory crimes* waren beispielsweise dem *mens rea*-Erfordernis nicht unterworfen, weil dieses nur für *common law crimes*, d.h. richterlich statt legislativ geschaffene Straftatbestände galt. Das Parlament konnte nach seinem Belieben Straftatbestände ohne *mens rea* definieren; den Gerichten kam nur die Aufgabe zu, den diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers zu ergründen, womit der

59 S. oben Text und Fn. 26.

*mens rea* die Rolle einer Vermutungsregel (*presumption*) im Rahmen der Gesetzesauslegung zukam statt der eines zwingenden Rechtsprinzips.<sup>60</sup>

So wurde z.B. die Bigamie (*bigamy*) als klassische *strict liability*-Straftat, d.h. ohne *mens rea* in ihren Voraussetzungen, 1603 als ein mit der Todesstrafe bewehrtes Verbrechen geschaffen. (*Blackstone* hat die Bigamie bei den „*Offences Against the Public Health, and the Public Police Or Economy*“ eingeordnet und erklärt, der Gesetzgeber hielte es für erforderlich, sie zum Verbrechen zu erheben, weil es sich um eine gravierende Verletzung der „*public oeconomy and decency of a well ordered state*“ handle,<sup>61</sup> und hob so einmal mehr den Charakter der Polizeiherrschaft als Herrschaft über den (öffentlichen) Haushalt [*oikonomia*] hervor.) Im Jahre 1889 hat dieser Tatbestand in dem bekannten Fall *R. v. Tolson* eine ausführliche richterliche Untersuchung über Bedeutung und Ursprungs des angeblich kategorischen Erfordernisses der *mens rea*, wie von *Blackstone* über ein Jahrhundert zuvor behauptet, ausgelöst.<sup>62</sup> In den Entscheidungsgründen des Richters *Stephen* findet sich diese Aussage:

„*Like most legal Latin maxims, the maxim of mens rea appears to me to be too short and antithetical to be of much practical value. It is, indeed, more like the title of a treatise than a practical rule. I have tried to ascertain its origin, but have not succeeded in doing so.*“<sup>63</sup>

Bei *statutory crimes* zumindest wurde die *mens rea*-Voraussetzung also vom unerschütterlichen Prinzip zur widerleglichen Vermutung („*Maxime*“) herabgestuft, nach welcher der Gesetzgeber als Voraussetzung einer Verurteilung grundsätzlich eine *mens rea* verlange. Das Parlament konnte sich jedoch über die *mens rea*-Voraussetzung hinwegsetzen, indem es diesen gesetzgeberischen Willen zu erkennen gab.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, was mit der „*maxim of mens rea*“ inhaltlich überhaupt gemeint ist. *Stephens* Ausführungen in *Tolson* drehen sich nämlich zum großen Teil darum, was mit dieser *Maxime* nicht oder nicht mehr gemeint ist bzw. was mit ihr nicht gemeint sein kann. Nach *Stephens* Ansicht konnte mit *mens rea* nur ein allgemeines Charakterdefizit gemeint sein, d.h. eine Bösartigkeit, die den Täter als strafwürdig kennzeichnete. Diese Verbindung zwischen moralischer und strafrechtlicher Verfehlung war jedoch der Ursprung der *mens rea* im kanonischen Recht, das (nach dem obigen Zitat von *Maitland*) den Anspruch verfolgte, sich nicht nur mit Verbrechen, Wiedergutmachung und Strafe zu befassen, sondern auch mit Sünde und Verdammung, d.h. sowohl mit weltlicher als auch mit religiöser Schuld.<sup>64</sup>

60 Dies galt auch in Bezug auf den anderen Bestandteil des englischen Verbrechensbegriffs, den *act* als Tathandlung (*act requirement*). Besitzdelikte beispielsweise verletzen dann nicht die Voraussetzung eines *actus (reus* oder nicht), wenn es sich um *statutory crimes* handelte, s. *Dubber*, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, *Journal of Criminal Law & Criminology* 91 (2002), 829, 915-16.

61 *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, Band 4, 1769, S. 163.

62 *Blackstone*, a.a.O., S. 21 („to constitute a crime against human laws, there must be first, a vitious will; and, secondly, an unlawful act consequent upon such vitious will“).

63 *R. v. Tolson*, 16 Cox C.C. 629, 644 (1889).

64 *Pollock/Maitland*, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Band 2, 2. Aufl., 1898, S. 502.

Ohne sich allzu tief in den faszinierenden, und auch schon häufig behandelten Details der Geschichte und Theorie der *mens rea* im englischen Recht zu verlieren, soll für unsere Zwecke der Hinweis genügen, dass schwer nachvollziehbar ist, was mit dem angeblichen Verzicht auf das *mens rea*-Erfordernis im Schmelztiegel der industriellen Revolution eigentlich gemeint sein soll. Schließlich war das Prinzip weder fest verankert noch in seiner Reichweite genau umrissen noch einer klaren Definition zugänglich, was es – für unsere Zwecke bemerkenswert – mit dem angeblichen Prinzip von der Unmöglichkeit eines Verbandsstrafrechts gemein hatte.

Aus der Sicht der *longue durée* erscheinen die Entwicklungen des 19. Jahrhunderts, ob nun durch die industrielle Revolution beeinflusst oder nicht, als Fortsetzung eines langanhaltenden Verständnisses der Ausübung von Strafgewalt, anstatt als radikale Abwendung von fest verankerten Prinzipien. In diesem Lichte erscheinen die angeblich „neuen“ *regulatory offences* des 19. Jahrhunderts in der Tradition der vielzähligen und sich ständig vermehrenden *Offences Against the Public Health, and the Public Police Or Economy*, von denen *Blackstone* bereits 1769 – und zwar damals bereits rückblickend auf die frühere Geschichte des englischen Strafrechts – mehrere aufgezählt hat. Keines dieser Polizeidelikte kümmerte sich sonderlich um die *mens rea* des Täters – und auch nicht um den *actus reus*. Darunter fielen Verbrechen (*felonies*) und Vergehen (*misdemeanours*), die von Bigamie (*bigamy*) bis zum Ärgernis (*nuisance*) reichten, von heimlichen Eheschließungen (*clandestine marriages*) über Müßiggang im Allgemeinen (*idleness*) bis zu Müßiggang von Soldaten und Matrosen im Besonderen (*idle soldiers and mariners wandering about the realm*), von der Eigenschaft, „*outlandish persons*“ zu sein, die sich Ägypter oder Zigeuner nennen (*being outlandish persons calling themselves Egyptians or gypsies*) bis hin zu Luxus-, Spiel- und Wildereidelikten, usw.<sup>65</sup>

Aus polizeilicher Perspektive, die auf die Erhaltung des Friedens des staatlichen Souveräns und damit letztlich der Souveränität als solche mit der sie kennzeichnenden Autorität und Würde ausgerichtet ist, war es unerheblich, ob Strafdelikte in Form einer Handlung, einer Handlung kombiniert mit einer *mens rea*, nur durch *mens rea* ohne Handlung,<sup>66</sup> oder überhaupt ohne Handlung als Handlungsunterlassung (z.B. im Falle des „Müßiggangs“), Zustand (Landstreicher, Zigeuner usw.) oder Nichthandlung (Besitz) auftraten.<sup>67</sup>

Aus demselben Blickwinkel ist die Frage, ob der Täter eine natürliche oder fiktive Person, ein Individuum, eine Gruppe oder eine Anzahl von Individuen ist, nicht von größerer Bedeutung als die Frage, ob die den Frieden des Souveräns und damit den Souverän selbst bedrohende Gefahr von einer Flutwelle, einem tollwütigen Hund, oder

65 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Band 4, 1765, Kap. XIII; s. auch die Diskussion bei *Dubber*, The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government, 2005, Kap. 2.

66 Wie beim klassischen Hochverrat (*high treason*) durch bloßes „Planen oder Vorstellen“ des Todes des Souveräns („compass or imagine the Death of our Lord the King“). Treason Act 1351, 25 Edw. 3 stat. 5 c. 2.

67 Zum Besitz s. *Dubber*, Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law, Journal of Criminal Law & Criminology 91 (2002), 829; *Ashworth*, The Unfairness of Risk-Based Possession Offences, Criminal Law and Philosophy 5 (2011), 237.

menschlichem Ungehorsam bzw. Widerspenstigkeit<sup>68</sup> ausgeht. Aus sich heraus ergibt sich im strafpolizeilichen Modell des englischen (oder irgendeines anderen) Strafrechts nichts, was die Macht des Souveräns *qua* Hausvater des öffentlichen Staatshaushalts zur pönalen Disziplinierung prinzipiell einschränken könnte, d.h. seine Macht, Bedrohungen zu identifizieren und auszuschalten. Individuelle Bedrohungen unterscheiden sich aus polizeilicher Perspektive nicht qualitativ von kollektiven; Bedrohungen, egal welcher Art, sind entweder disziplinierungsbedürftig (im Gegensatz zur Strafwürdigkeit – ganz zu schweigen von einem eventuellen Recht des Täters auf Strafe – im *Strafrecht*) oder nicht. Dies bedeutet, dass auf der einen Seite keine Einwände gegen eine Verbandsstrafbarkeit bestehen (wenn die Strafgewalt zur Identifizierung und Eliminierung von Bedrohungen benötigt wird), auf der anderen Seite Bedrohungen durch natürliche Personen demgegenüber keine eigenständige Besonderheit innehaben. Die Gefährlichkeit (Widerspenstigkeit, Bosheit oder Untreue) des Täters zählt, nicht seine Rechte, Pflichten oder seine persönliche Selbstbestimmungsfähigkeit. Weder der Verband noch das Individuum werden danach (um noch einmal *Maitland* zu bemühen) als Rechte und Pflichte tragende Einheiten betrachtet:<sup>69</sup> die Person, ob individuell oder kollektiv, ist eine belanglose Einheit.

#### IV. Eine vergleichende Geschichte der Verbandsstrafbarkeit im deutschen und angloamerikanischen Recht

Über die Geschichte des Verbandsstrafrechts im deutschen und angloamerikanischen Recht könnte noch einiges mehr gesagt werden, aber nun ist es an der Zeit, einige der vergleichenden Überlegungen aufzugreifen, die bislang zutage getreten sind. Eine weiter gefasste vergleichende Betrachtung der deutschen und englischen Rechtsgeschichte zeigt längerfristige Gemeinsamkeiten zwischen zwei nur scheinbar verschiedenen (wenn nicht gar gegensätzlichen) Entwicklungen sowie Kontinuitäten anstatt scheinbar schlagartiger Richtungswechsel zu Beginn des 19. Jahrhunderts.

Ein Rechtsvergleich ist bei der Verbandsstrafbarkeit besonders vielversprechend, weil ihre Geschichte und theoretische Fundierung in zweifacher Hinsicht schon vergleichende Züge aufweist. Zum einen besteht, wie wir bereits gesehen haben, eine enge Verbindung zwischen *Maitlands* und *Gierkes* Werken über die Geschichte der Genossenschaft bzw. *corporation*, welche auch die Geschichte der Verbandsstrafbarkeit umfasst, die als wichtiger Lackmuse für die Existenz eines – wie es *Gierke* und ihm folgend *Maitland* sahen – zentralen historischen Spannungsverhältnisses verwendet wird: das zwischen der römischrechtlichen bzw. kanonischen Fiktionstheorie und der jeweils einheimischen deutschen bzw. englischen Theorie. *Maitlands* Geschichte der *corporation* im englischen Recht ist tatsächlich angewandte Rechtsvergleichung: Seine sorgfältige historische Analyse folgt *Gierkes* Darstellung des deutschen Rechts so eng, dass sich nur vereinzelte, formale Unterschiede finden. Der wichtigste dieser Unterschiede

68 Dieser Ausdruck (*contumacy*) findet sich noch heute in der Definition des Tatbestands der Gerichtsmissachtung (*contempt of court*). S. z.B., N.Y. Penal Law § 251.50.

69 *Maitland*, *Moral and Personality and Legal Personality*, in: *Fisher* (Hrsg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Band 3, 1911, S. 304, 307.

besteht im englischen Rechtsbegriffs des *trust*, der nach *Maitland* einen umfassenden Begriff der *corporation* entbehrllich machte, weil der *trust* im englischen Recht die gleichen Funktionen erfüllte wie die Genossenschaft im deutschen.<sup>70</sup> Während der Begriff des *trust* oberflächlich betrachtet nützlich war, verdeckte er jedoch *Maitlands* Ansicht nach das substantielle Verständnis der *corporation* als Rechte und Pflichten tragende Einheit, deren Ursprung und Entwicklung im deutschen Recht *Gierke* ausmachte und die *Maitland* in der englischen Rechtsgeschichte zu dokumentieren suchte. Sobald er Begriff der *corporation* im englischen Recht zum Vorschein gebracht wurde, stellte sich heraus, dass sich Inhalt, Bedeutung und Entwicklung dieses Begriffs im englischen und des Genossenschaftsbegriffs im deutschen Recht ähnelten.<sup>71</sup>

Zum anderen spielte das Verbandsstrafrecht während der Besetzung *Deutschlands* nach dem zweiten Weltkrieg insofern eine bedeutende Rolle, als für einen kurzen Zeitraum Strafrecht angewandte Rechtsvergleichung war. Besatzungsrecht und deutsches Recht, insbesondere angloamerikanisches und deutsches Strafrecht interagierten auf faszinierende Weise. Während dieser Periode angewandter Strafrechtsvergleichung mussten deutsche Kommentatoren mit angloamerikanischen Rechtsbegriffen sowie umgekehrt angloamerikanische Gerichte mit deutschen Rechtsbegriffen zurechtkommen.<sup>72</sup> *Schönkes* kurze, aber informative Zusammenfassung angloamerikanischen Strafrechts von 1948 hebt das Verbandsstrafrecht als eine „Besonderheit des englisch-amerikanischen Rechts“ hervor.<sup>73</sup> Es überrascht nicht, dass *Schönke* die uns inzwischen bekannte orthodoxe Lesart wiedergibt, nach der das englische Recht in dieser Hinsicht ursprünglich weniger „besonders“ war, weil es wie das deutsche Recht die Verbandsstrafbarkeit nicht anerkannt hatte, aber im Zuge der industriellen Revolution dazu übergegangen sei, während das deutsche Recht den ursprünglichen Kurs beibehalten habe.

Die gleiche Sichtweise findet sich in einem ausdrücklich vergleichend angelegten Aufsatz über die Verbandsstrafbarkeit, den *Jescheck* (*Schönkes* Nachfolger am Freiburger Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, aus dem später das dortige Max-Planck-Institut hervorgehen sollte) 1952 kurz vor dem das Thema ausführlich behandelnden Deutschen Juristentag von 1953 veröffentlicht hat.<sup>74</sup> Die bis heute häufig zitierten Vorträge auf dieser Tagung spiegeln den rechtsvergleichenden Zugang zu unserem Thema in der Besatzungszeit wider, welches – wie bereits erwähnt<sup>75</sup> – das deut-

70 *Maitland*, Translator's Introduction, in: *Gierke*, Political Theories of the Middle Age, 1900, S. vii, xxx.

71 *Maitlands* Darstellung der Geschichte der *corporation* ähnelte *Gierkes* so sehr, dass er in der zweiten Auflage seiner großen (mit *Pollock* verfassten) „History of English Law“ das Kapitel über „Corporations and Churches“ erheblich überarbeitete und umbenannte: „A repeated perusal of Dr. Gierke's great book, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin, 1868–81, has occasioned many changes in this section, which in the first edition bore the title Fictitious Persons.“ *Pollock/Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, 2. Aufl. 1898, Band 1, S. 486 Fn. 1; s. a.a.O. auch S. v.

72 S. z.B. *Schönke*, Materialien zum englisch-amerikanischen Strafrecht, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1948, 4. Beiheft, S. 3 („Die Besetzung Deutschlands zwingt zu einer eingehenden Beschäftigung und Auseinandersetzung mit ausländischem Recht.“).

73 A.a.O. S. 8.

74 *Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953), 210, 221 („Fiktionstheorie“).

75 S. oben Text und Fn. 28 f.

sche Strafrecht im Kern traf und eine willkommene Gelegenheit bot, durch vergleichende Analyse die Überlegenheit des deutschen Strafrechts gegenüber dem Recht der Besatzer hervorzuheben sowie dabei zugleich die Prinzipientreue des deutschen Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft während der NS-Zeit zu betonen. Das Verbandsstrafrecht wurde erneut zum Lackmustest: Seine Abwesenheit stand für Prinzipientreue, Wissenschaftlichkeit, Wahrheitsverbundenheit – seine Anwesenheit für das Gegenteil.

Die im vorliegenden Beitrag versuchte vergleichende Analyse erfolgt nicht aus einer bestimmten nationalen Perspektive, die nur um einen Blick über den Tellerrand erweitert wird. Vielmehr sollen zwei Geschichten im Lichte der jeweils anderen betrachtet werden, sodass in beiden Aspekte Beachtung finden, die andernfalls verborgen blieben. Im Fall der Verbandsstrafbarkeit scheinen deutsches und angloamerikanisches Recht radikal verschiedene Wege gegangen zu sein oder, besser gesagt, *einen* Weg in entgegengesetzter Richtung begangen zu haben, auf dem sie sich dann um die Wende zum 19. Jahrhundert trafen. Nach der uns mittlerweile vertrauten traditionellen Sichtweise habe es vor der Aufklärung durchaus Verbandsstrafrecht in Deutschland gegeben, aber keines danach (wenn wir die radikal ahistorische Sichtweise außer Acht lassen, nach der es in Deutschland nie ein Verbandsstrafrecht gegeben habe); in England hingegen habe es umgekehrt bis zum 19. Jahrhundert kein Verbandsstrafrecht gegeben, danach aber sehr wohl.

Eine weitergefasste vergleichende Perspektive zeigt jedoch eine parallele anstatt einer divergierenden bzw. entgegengesetzten Entwicklung. Auch *Schönke* und *Jescheck* meinten, ohne in ihren Beiträgen zu unserem Thema ein besonders historisches Interesse an den Tag gelegt zu haben, Gemeinsamkeiten gefunden zu haben, indem sie, sich auf angloamerikanische Standardquellen stützend, konstatierten, dass deutsches wie englisches Recht dem Verbandsstrafrecht bis zum 19. Jahrhundert, dem Anbeginn der industriellen Revolution, ablehnend gegenüber gestanden hätten. Problematisch an dieser Darstellung ist allerdings, dass sie die weit verbreitete Akzeptanz der Verbandsstrafrechts – trotz des oft wiederholten gegenteiligen Dogmas *societas delinquere non potest* – sowohl im englischen als auch deutschen Recht seit mindestens dem 13. Jahrhundert, wie von *Gierke* (und *Maitland*) dokumentiert, außer Acht lässt. Dies war aus der damaligen deutschen Perspektive insofern auch eine willkommene historische Sichtweise, als sie die Frage aufwarf, warum das englische (und ihm folgend auch das amerikanische) Recht diese prinzipientreue Haltung aufgegeben hat, während das deutsche Recht sogar im Angesicht der Industrialisierung, zweier Weltkriege und der Herrschaft eines totalitären Regimes standhaft blieb.

Auch *Maitland* sah Gemeinsamkeiten zwischen englischem und deutschem Recht, die es sogar rechtfertigten, *Gierkes* Darstellung der deutschen Geschichte der Verbandsstrafbarkeit – als Lackmustest für konkurrierende Theorien der Genossenschaft – auf das englische Recht anzuwenden. *Maitlands* Methode ist nicht nur deswegen ansprechend, weil sie ohne selbstrechtfertigende Wertung vergleichend vorgeht und keinen plötzlichen Moment der radikalen Trennung nach einer langen Phase der Ähnlichkeit konstatiert, sondern auch, weil sie die historische und vergleichende Untersuchung auf eine höhere analytische Ebene verlagert. Die Parallele, für die sich *Maitland* letztlich interessierte, war die Rolle der Genossenschaft bzw. *corporation* in der deutschen und angloamerikanischen Verfassungs- und Rechtsgeschichte, d.h. in der Geschichte des öffentlichen Rechts. Er war darauf aus, die Bedeutung der Genossenschaftstheorie in

einer allgemeinen Staatstheorie herauszuarbeiten,<sup>76</sup> anstatt (wie *Gierke*) die Überlegenheit oder gar Vorherrschaft eines Verständnisses der Genossenschaft oder des Verbandes gegenüber einem anderen hervorzuheben.

*Gierke* stellte die Genossenschaftstheorie in den Zusammenhang eines Konflikts zwischen römischen und deutschen Rechtsbegriffen und -institutionen. Die Auffassung der Genossenschaft als reale anstatt „nur“ fiktive (oder „künstliche“) Entität war für ihn insofern bedeutsam, als sie einen wichtigen (wenn nicht gar den wichtigsten) typisch und authentisch deutschen Beitrag zum deutschen Recht darstellte. Die Verbandsstrafbarkeit war als Indiz (fremder) römischer und (einheimischer) deutscher Elemente entscheidend: Ihre Anwesenheit stand für das Deutsche – seine Abwesenheit für das Gegenteil.

Sowohl *Gierke* als auch *Maitland* waren eigentlich am Wesen der Genossenschaft bzw. *corporation* interessiert, nicht so sehr an ihrer Haftung. Strafrechtliche Verantwortlichkeit war ein starker Beweis für „reale Verbandspersönlichkeit“, aber nicht der einzige. Nach *Gierkes* Ansicht konnte, in Abhängigkeit von der jeweils vertretenen Deliktstheorie, auch die (zivilrechtliche) Deliktsfähigkeit als Beweis der deutschrechtlichen Konzeption der Genossenschaft dienen, selbst wenn man deren Straffähigkeit ablehnte.<sup>77</sup>

Wenn man die Spannung zwischen deutschen und römischen Einflüssen außer Acht lässt und sich auf die Verbandsstrafbarkeit als strafrechtliche Frage konzentriert, tritt indes ein anderer Konflikt hervor: der zwischen Polizei und Recht im Allgemeinen und zwischen Strafpolizei und Strafrecht im Besonderen. Nachdem dieses Spannungsverhältnis schon beiläufig erwähnt wurde, stellt es der nächste und abschließende Abschnitt in den Vordergrund unserer kritischen Analyse.

## V. Schlussbetrachtung: Die Verbandsstrafbarkeit zwischen Polizei und Recht

Wie auch die Unterscheidung zwischen römischen und deutschen Elementen stellt die zwischen den Herrschaftsformen der Polizei und des Rechts ein grundlegendes Spannungsverhältnis dar; zwar nicht zwischen soziologischen oder nationalen Eigenschaften, aber zwischen Machtverständnissen, die bis zu den Ursprüngen westlicher Herrschaftstheorie und -praxis zurückreichen.<sup>78</sup> Der Unterschied und das Verhältnis zwischen Polizei und Recht sind an anderer Stelle ausführlich behandelt worden.<sup>79</sup> Hier genügt daher eine kurze Zusammenfassung. Die Unterscheidung zwischen Recht und

76 *Maitland*, Translator's Introduction, in: *Gierke, Political Theories of the Middle Age* vii, 1900, S. xxx: „Then we shall understand how vitally important to a nation – socially, politically, religiously important – its Theory of Corporations might be.“

77 *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 743 ff.

78 Zum Begriff der Polizei in verschiedenen Systemen und Herrschaftsbereichen, s. *Dubber/Valverde* (Hrsg.), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, 2006, S. 107; s. auch *Loughlin*, *Foundations of Public Law*, 2010, Teil V; *Neocleous*, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*, 2000.

79 Zusätzlich zu den in der vorherigen Fußnote genannten Nachweisen s. *Dubber*, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005.

Polizei ist eine modere Ausprägung der weit zurückreichenden Unterscheidung zwischen Selbstbestimmung (Autonomie) und Fremdbestimmung (Heteronomie), welche sich durchweg in der westlichen Verfassungs- und Rechtsgeschichte wiederfindet. Im klassischen *Athen* verlief ursprünglich eine Trennlinie zwischen der Hausherrschaft und dem öffentlichen Herrschaftsbereich. Der („private“) Hausherrsbereich (*oikos* oder, später in Rom, *familia*) war durch radikale Heteronomie gekennzeichnet, d.h. eine kategorische Trennung zwischen Herrscher (dem Hausvater, *oikonomos*, *pater familias*) und Beherrschten (den Haushaltsangehörigen, oder schlicht dem auch nichtmenschliche Ressourcen beinhaltenden Haushalt), d.h. zwischen Subjekt und Objekt der Herrschaft. Den („öffentlichen“) Herrschaftsbereich der Stadt, bzw. des Stadtstaates (*agora*, *forum*) zeichnete hingegen die Autonomie in Form der Identität zwischen Herrschern und Beherrschten aus. Die Teilnahme an der öffentlichen, autonomen Herrschaft war freilich auf diejenigen beschränkt, welche den Status eines Hausvaters im heteronomen Herrschaftsbereich innehatten – Selbstregierung setzte demnach Fremdregierung voraus. Der Hausvater war zur (öffentlichen) Selbstbestimmung fähig, weil er zur (privaten) Fremdbestimmung fähig war. Die Haushaltsmitglieder waren hingegen nur befähigt, regiert zu werden, nicht aber dazu, über sich oder andere zu bestimmen.

Die Beziehung zwischen Autonomie und Heteronomie hat sich im Laufe der Zeit vom Zusammenbruch des republikanischen Autonomismus (in Athen und Rom) zur Entstehung „großer“ Haushalte mit „großen“ Hausvätern als königlichen (bzw. kaiserlichen) Souveränen, und den dazugehörenden öffentlichen, königlichen und kaiserlichen (Haus-, Land-, und Reichs-)Frieden entwickelt.<sup>80</sup> Der Vorstellung der Autonomie als außergewöhnliches *sui juris* Ehrenzeichen (im Kontrast zur Heteronomie der Masse) hatte jahrtausendlang Bestand bis die Autonomie im Zuge der Aufklärung wiederentdeckt (bzw. neu erfunden) wurde als allgemeine, jeder Person als solche innewohnende Fähigkeit zur Selbstbestimmung; die Aufklärung machte die heteronome Masse autonom.<sup>81</sup> Sobald alle Personen als zur Selbstbestimmung fähig angesehen wurden (im Ideal, wenn auch nicht in der Praxis), kam ihre Objektivierung durch den (öffentlichen, aber auch dem privaten) Hausvater in die Kritik: Die Ausübung von Macht durch eine Person über eine andere erforderte von nun an eine Legitimation, und zwar im Zeichen der Autonomie des Herrschaftsobjekts *qua* Person.

Politisch bzw. staatsrechtlich wurde die neue Forderung nach Legitimation *qua* Autonomie in einem neuen Ideal formalisiert: dem Rechtsstaat in Deutschland und der *rule of law* in England und den USA. Dieses Ideal definierte sich im grundsätzlichen (und gar revolutionären) Gegensatz zur letzten und höchstentwickelten Version heteronomer Herrschaft, dem Polizeistaat des gutwilligen Fürsten, der sich selbst als (wenn auch den ersten) Diener des Staates begriff (s. *Friedrich II. von Preußen*) und doch absolut, d.h. nach uneingeschränktem und allenfalls durch Berater geleitetem Ermessen, über einen Haushalt herrschte, welcher inzwischen den gesamten Staat umfasste und in welchem ihm die Rolle des Vaters der Nation zukam (*pater patriae*).

Strafpolizei und Strafrecht sind die Ausprägungen von Polizei und Recht im pönalen Bereich. Aus dem Blickwinkel der Strafpolizei ist ein Verbrechen eine Tat gegen den

80 Zum Ursprung des königlichen Friedens (*the king's peace*) in der englischen Verfassungsgeschichte, s. *Pollock*, *The King's Peace*, *Law Quarterly Review* 1 (1885), S. 37.

81 S. *Schneewind*, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, 1998.

Souverän – gegen den König in einer Monarchie, gegen das Volk oder die Öffentlichkeit in einer Republik. Der Souverän hat hierbei einen weiten Ermessensspielraum seinen, d.h. den Frieden seines Staatshaushalts zu wahren.

Im Strafrecht *qua* Recht hingegen besteht das Verbrechen in der Beeinträchtigung einer anderen Person. Im paradigmatischen interpersonalen Strafrechtsbruch sind demnach sowohl Täter als auch Opfer Person, deren Persönlichkeit sich aus der Fähigkeit zur Selbstbestimmung ergibt. Ein Verbrechen ist somit die Ausübung dieser Fähigkeit durch eine Person auf eine mit der Persönlichkeit – und damit der Autonomie – einer anderen Person inkompatiblen Weise.

Der Unterschied zwischen Polizei und Recht ist deutlicher im deutschen und amerikanischen (auch im französischen)<sup>82</sup> Recht sichtbar als im englischen. Die deutsche Verfassungs- und Rechtsgeschichte dreht sich um die Unterscheidung zwischen Polizei und Recht bzw. Polizeistaat und Rechtsstaat, wobei der Begriff des Polizeistaats seinen negativen (bzw. kritischen) Beiklang erst als Ergebnis der aufklärerischen Kritik unter dem Banner des Rechtsstaates erhielt. Anstatt vom Polizeistaat spricht man heutzutage vom „Wohlfahrtsstaat“. Der Begriff des „sozialen Rechtsstaats“ stellt andererseits einen formell-begrifflichen Ausgleich zwischen Polizei und Recht *per definitionem* dar, was – wie bereits erwähnt – im Bereich der Rechtsdogmatik durch den des „Polizeirechts“ (welches sich zum Verwaltungsrecht und innerhalb dessen zum Verwaltungsstrafrecht weiterentwickelte) versucht wird.

Auch das amerikanische Recht kann insofern gewinnbringend im Lichte der Unterscheidung zwischen Polizei und Recht betrachtet werden, als in der politisch-rechtlichen Rhetorik der amerikanischen Revolution u.a. auf die Schaffung einer Herrschaft des Rechts anstatt des Königs rekurriert wurde, indem – etwa von *Thomas Paine* in seinem berühmten Pamphlet *Common Sense* von 1776 – postuliert wurde, dass von nun an das Recht König sei: „*in America the law is king. For as in absolute governments the King is law, so in free countries the law ought to be king*“.<sup>83</sup> Dennoch blieb auch in der Neuen Welt die Polizeigewalt (*police power*) erhalten, von *Blackstone* nur sieben Jahre vor der Revolution definiert als die Macht des Königs als *pater patriae* über „*the due regulation and domestic order of the kingdom: whereby the individuals of the state, like members of a well-governed family, are bound to conform their general behaviour to the rules of propriety, good neighbourhood, and good manners: and to be decent, industrious, and inoffensive in their respective stations*“.<sup>84</sup> In der Tat wurde die *police power* im amerikanischen Verfassungsrecht wegen ihrer Undefinierbarkeit, Flexibilität und ihres Ausmaßes als unmittelbarster Ausdruck der Souveränität sowie als höchste und am wenigsten einschränkbare Staatsgewalt dargestellt, aus der sich – für unsere Zwecke besonders relevant – u.a. die Strafgewalt ergebe.<sup>85</sup>

82 S. z.B. *Napoli*, *Naissance de la police moderne: Pouvoirs, normes, société*, 2003; *Hildebrandt*, *Radbruch's Rechtsstaat and Schmitt's Legal Order: Legalism, Legality, and the Institution of Law*, *Critical Analysis of Law* 2 (2015), 42 (<http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22514>).

83 *Paine*, *Common Sense*, 1776.

84 *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, Band 4, 1769, S. 162.

85 S. dazu *Tomlins*, *Law Labor, and Ideology in the Early American Republic*, 1993; *Novak*, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, 1996; *Dubber*, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005.

Obwohl *Blackstone* die *police power* sowie die verschiedenen „Offences Against the Public Health, and the Public Police Or Economy“, d.h. Verletzungen der „public oeconomy and decency of a well ordered state“,<sup>86</sup> in seinen einflussreichen und auch in Amerika weitverbreiteten *Commentaries on the Laws of England* behandelte, wurde der Begriff der *police* in England nicht heimisch, weil man ihn mit Frankreich und insbesondere mit repressiven französischen Regierungsmethoden in Verbindung brachte – wie übrigens jeder Bezug auf „Staat“ oder „öffentliches Recht“, dessen Existenz in England bis in das 20. Jahrhundert umstritten war, was wiederum die Entwicklung einer Geschichte des englischen Staats und eines englischen öffentlichen Rechts erschwerte.<sup>87</sup> Hier besteht eine Verbindung zu *Maitlands* Versuch, einen inhaltsreichen Begriff der *corporation* in der englischen Rechtsgeschichte herauszuarbeiten: Um die Realität des englischen Staates zu erfassen, entwickelte man ein Vokabular zur Umschreibung von Regierungsformen, auch wenn dies bedeutete, auf „ausländische“ Konzepte oder ganze Theorien bzw. Geschichten zurückzugreifen wie z.B. auf *Gierkes* deutschen Begriff der Genossenschaft oder, in *Blackstones* (und, weniger überraschend, *Adam Smiths* und *Benthams*) Fall, auf den französischen Begriff der *police*.<sup>88</sup>

Trotz der englischen Zögerlichkeit, den Begriff der Polizei zu gebrauchen, findet sich der Begriff der Hausherrschaft in der gesamten englischen Rechtsgeschichte, insbesondere der Geschichte des Strafrechts, auch wenn sie nicht als *police*, sondern als *peace* (Friede) umschrieben ist: von mittelalterlichen Friedensbürgschaften (*peace bonds*), Bürgschaften zur Wahrung von Frieden und guten Verhaltens (*to keep the peace and good behaviour*), über die örtlichen Friedensrichter (*justices of the peace*) und das in britischen Kolonialverfassungen weitverbreitete Motto „Friede, Ordnung und gute Regierung“ (*peace, order, and good government*)<sup>89</sup> bis hin zur Formulierung von strafrechtlichen Anklageschriften als Verletzungen des königlichen Friedens (und später im amerikanischen Recht, als Verletzungen des öffentlichen Friedens oder des Friedens eines staatlichen Souveräns, also z.B. *the Peace of the State of Alabama*).<sup>90</sup> Der Friede war immer ein bestimmter Frieden, einer bestimmten Person, eines bestimmten Haushalters, Haushalts, Souveräns, etc.<sup>91</sup> So erscheint die englische Verfassungs- und Rechtsgeschichte als Ausdehnung des großen königlichen Haushaltsfriedens (*king's peace*) auf das gesamte (königliche) Herrschaftsgebiet mit der die Herabstufung anderer (kleinerer) Haushalte zu Mikro-Haushalten mit einem geringeren Frieden (*lord's peace*) einherging, die ihre Gewalt nun vom König ableiteten und so, zumindest theoretisch, einer *ultra vires*-Kontrolle durch die Richter des Königs in Gerichten des Königs unter Anwendung des gemeinen Rechts des Königs (*common law*) unterlagen.

86 *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, Band 4, 1765, S. 163.

87 S. *Loughlin*, in: *Dyzenhaus/Hunt/Huscroft* (Hrsg.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*, 2009, S. 151.

88 Zum Begriff der Polizei bei *Smith* und *Bentham* s. *Dubber*, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005, Kap. 3.

89 S. *Valverde*, in: *Dubber/dies.* (Hrsg.), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, 2006, S. 73; s. auch *Loughlin*, *Foundations of Public Law*, 2010, Teil V.

90 *Dubber*, *Preventive Justice: The Quest for Principle*, in: *Ashworth/Zedner* (Hrsg.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, S. 47, 54.

91 *Pollock/Maitland*, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Band 1, 2. Aufl. 1898, S. 454.

Das Verhältnis zwischen Recht und Polizei spiegelt das Verhältnis zwischen Autonomie und der Heteronomie wider, welches durch die Aufklärung in Frage gestellt wurde, indem sie allen Personen als solchen die Fähigkeit zur Selbstbestimmung zusprach und damit die althergebrachte Unterscheidung zwischen Herrscher und Beherrschten entbehrlich machte. Die moderne, post-aufklärerische Beziehung zwischen Recht und Polizei ist durch ein Spannungsverhältnis gekennzeichnet, einem Paradigmenkonflikt, der sich auch und besonders markant im Bereich der Strafrechtspflege zeigt, wo Strafrecht und Strafpolizei nebeneinander existieren.<sup>92</sup>

Schon dieser kurze Abriss der Differenzierung zwischen Recht und Polizei zeigt, dass die Strafpolizei ein Verbandsstrafrecht zulässt. Die Persönlichkeit des Täters ist keine Voraussetzung der Strafbarkeit, sodass die Frage nach dem persönlichen Status des Verbands ohne Belang ist. Wenn man berücksichtigt, dass sich die prinzipielle Begrenzung der Polizeigewalt nicht mit ihrem Ursprung, der letztendlich patriarchalischen Souveränität, verträgt, kann jede Begrenzung nur eine willkürliche Selbstbegrenzung, also eine selbst geschaffene und überwachte, sein. Aus dem Blickwinkel der Strafpolizei kann die Frage daher nicht lauten, ob die Ausübung von Strafgewalt gegenüber einem Verband legitim ist, sondern allenfalls, ob sie klug (im Sinne der Staatsklugheit, *prudentia* oder *raison d'état*) oder effizient ist.

Es mag sinnvoll sein, einen Verband, anstatt der – oder zusätzlich zu den – einzelnen Bestandteilen des Staatshaushalts, polizeilich zu disziplinieren, etwa weil die Verbandshaftung die Notwendigkeit entfallen lässt, quantitativ und qualitativ zwischen der Verantwortung individueller Akteure sorgfältig zu differenzieren, oder weil bestimmte Individuen nur als Gruppe, nicht aber einzeln, eine disziplinwürdige Bedrohung des Friedens darstellen (s. z.B. die klassische Begründung der Strafbarkeit der Verschwörung (*conspiracy*) im angloamerikanischen Recht)<sup>93</sup> oder aus irgendeinem anderen Grund, der ebenfalls nichts mit der Persönlichkeit des Verbands zu tun hat. Aus dem Blickwinkel der Strafpolizei kann man sich den Staat so denken, dass er seine friedenswahrende Funktion auf Verbände überträgt, die er dann dafür polizeilich belangt, dass sie ihrerseits ihre Mitglieder nicht angemessen disziplinieren. (Man denke hier beispielsweise an den Gebrauch kommunaler *peace bonds* im mittelalterlichen englischen Recht).<sup>94</sup>

Eine kritische Analyse der Verbandsstrafbarkeit aus dem Blickwinkel des Strafrechts stellt die Frage nach deren Legitimität (oder *Rechtfertigung*) statt nach ihrer Angemessenheit (oder „guten Policey“). Genauer gesagt ist danach zu untersuchen, ob das Verbandsstrafrecht in Einklang zu bringen ist mit dem Verständnis des Objekts der Strafgewalt (das gleichzeitig das Subjekt der Straftat ist) als Person mit der diese auszeichnenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Das geradlinige Argument gegen die Verbandsstrafbarkeit aus strafrechtlicher Sicht spricht dem Verband mithin schlechtweg die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und damit die Personeneigenschaft ab, weil es entweder schon kein (nicht „nur“ fiktives) Selbst des Verbandes gebe oder dieses Selbst jedenfalls nicht über sich (oder über sonst irgendwen oder -etwas) bestimmen könne.

92 S. Dubber, *Paradigms of Penal Law*, in: *ders./Hörnle* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 1017.

93 Vgl. *Dubber/Hörnle*, *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014, S. 358 ff.

94 S. Dubber, in: *Ashworth/Zedner* (Hrsg.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, S. 47, 63-64.

Der Überzeugungskraft dieses Arguments steht bekanntlich eine Reihe von Schwierigkeiten entgegen, u.a. die Frage der Anerkennung der Verbandspersönlichkeit außerhalb des Strafrechts (sowohl im Zivilrecht als auch, und insbesondere, im Ordnungswidrigkeitenrecht *qua* Recht); die Frage welche Art bzw. Arten der „Persönlichkeit“ ein Verband angeblich haben bzw. nicht haben kann; die hiermit verbundene Frage, welche juristischen Fiktionen erlaubt bzw. „möglich“ (oder legitim) sind und welche nicht; die allgemeine und ebenso wichtige wie schwierige Frage, welche Art von Persönlichkeit Voraussetzung der Strafbarkeit ist; ganz zu schweigen von *Gierkes* detaillierter historisch-dogmatischer Analyse und der Anerkennung eines immer schärferen und schwerer von einem Verbandsstrafrecht zu unterscheidenden Verbands*verwaltungs*strafrechts.

Für unsere Zwecke ist es nicht entscheidend, ob das genannte (oder irgendein anderes) Argument gegen das Verbandsstrafrecht letztendlich durchgreift und, allgemeiner ausgedrückt, was eine kritische Analyse des Verbandsstrafrechts aus der Perspektive des Strafrechts *qua* Recht zutage fördert. Wir begnügen uns damit, durch eine vergleichende Analyse der deutschen und angloamerikanischen Geschichte und Theorie des Verbandsstrafrechts, erstens, an einem Beispiel veranschaulicht zu haben, wie eine kritische Analyse der Legitimität der Ausübung von strafender Staatsgewalt vorgehen könnte und zweitens, gezeigt zu haben, dass das Ergebnis dieser Legitimitätskritik in dem uns hier interessierenden Fall – wie auch überhaupt – keinesfalls offensichtlich ist und sich auf jeden Fall nicht mit der Intonation von (mehr oder minder) althergebrachten lateinischen Devisen wie *societas delinquere non potest* und *nulla poena sine lege* bzw. *actus non facit reum, nisi mens sit rea* begnügen kann.<sup>95</sup>

---

95 Vgl. die rechtsvergleichend ausgerichtete sorgfältige Erörterung von *Weigend*, *Societas Delinquere Non Potest?: A German Perspective*, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 927 ff.