

William Blackstone's *Commentaries on the Law of England*,  
Band 4: Ein Grundlagentext des amerikanischen  
Straftatsystems?

Carsten Momsen

*I. Einleitung*

Ein einzelnes Fragezeichen hinter der Überschrift reicht nicht aus, um die Bedenken gegen die damit vorgenommene Einordnung des Textes auszudrücken, denn es sind deren mehrere und sie scheinen prima vista von grundlegender Natur zu sein. Wo liegen die Probleme? Beginnen wir mit dem am nächsten liegenden Einwand: William *Blackstone* war Engländer und er befasste sich – nahezu ausschließlich – mit dem englischen Recht, bevor es die Vereinigten Staaten, geschweige denn ein amerikanisches Strafrecht gab. Die zumindest in Deutschland bekannteste Sentenz *Blackstones* befasst sich mit dem Verfahrensrecht, nicht mit dem materiellen Strafrecht. *Blackstone* war weder als materieller Strafrechtler noch als Systematiker bekannt. Ein amerikanisches Straftatsystem ist angesichts der Struktur des in Federal und diverse State Laws zersplitterten sowie stark durch Präjudizien aber vergleichsweise wenige und noch dazu vielfach vage Tatbestände gekennzeichneten amerikanischen Strafrechts kaum als solches vorhanden.

Alle Einwände treffen für sich genommen zu. Sie vermögen aber auch in ihrer Gesamtheit nicht die Bedeutung *Blackstones* für die Grundlagen des amerikanischen Strafrechts zu erschüttern, noch nicht einmal zu relativieren. Sie sollen nachfolgend näher untersucht werden.

*II. William Blackstone und die Commentaries*

*1. Reformator und Bewahrer – Kategorisierung als Basis einer Systematik*

William *Blackstone* lebte von 1723 bis 1780 und verfasste die wohl einflussreichste Abhandlung über die Gesetze Englands, deren Bedeutung schnell erkannt wurde und bis heute anhält.

Er besuchte die Oxford University und praktizierte kurzzeitig als Anwalt, bevor er zum Fellow des All Souls College in Oxford gewählt wurde. Seine Vorlesungen über englisches Recht waren sehr beliebt und bildeten die Grundlage für seine zukünftigen Veröffentlichungen. *Blackstone* war von 1761 bis 1770 Mitglied des Parlaments, und 1770 wurde er Richter am Court of Common Pleas. Seine juristische Laufbahn war durch die gleichzeitige akademische und praktische Tätigkeit geprägt.

*Blackstones* Kommentare zu den Gesetzen Englands, die in vier Bänden von 1765 bis 1769 veröffentlicht wurden, bieten eine umfassende Untersuchung des englischen Rechts, vom Konstitutionalismus bis zum Common Law. Obwohl *Blackstone* stark von John Lockes Werk beeinflusst war, fand er dessen inhärentes Konzept der Revolution beunruhigend und erkannte ein Recht auf Revolution nur theoretisch an und behauptete, dass die Macht erst dann zum Volk zurückkehrte, wenn die eigentliche souveräne Macht völlig abgeschafft würde. *Solange es das Parlament als den von ihm anerkannten Souverän gab, blieb dessen Macht also absolut.* Eine Doktrin, die als parlamentarische Souveränität bekannt ist. Sie ist zugleich Ursache und Ausdruck dafür, dass *Blackstone* eines nicht gewesen ist, ein revolutionärer Neuerer. Seine systematische Wirkung liegt nicht darin, ein vollständig neues System des Strafrechts konzipiert zu haben. Vielmehr systematisiert er das Vorhandene und Vorgefundene. Er sucht nach Gemeinsamkeiten und Mustern, die es ihm erlauben, Kategorien zu bilden, welche das Rückgrat eines Systems bilden, welches er selbst nicht zur Gänze ausentwickelt sondern vielfach nur angedeutet hat und gelegentlich sogar davor zurückgeschreckt ist, die Konsequenzen seiner Ansätze auch tatsächlich zu ziehen, soweit sie zu einem Umbruch einer von ihm in weiten Teilen für richtig gehaltenen Praxis des Common Law hätten führen müssen.

## 2. Der vierte Band der Commentaries – Grundlagen und Bedeutung für die Entwicklung des strafrechtlichen Case-Law

### a) Zwischen Reform und Tradition

Es gibt nur wenige Abhandlungen, die *Blackstone* als Apologeten eines materiell-rechtlichen Straftatsystems analysieren. Dies liegt einerseits an der eher kursorischen Rezeption in der deutschen Strafrechtswissenschaft und andererseits und vor allem daran, dass in der US-amerikanischen Literatur selten in diesen Kategorien gedacht wird. Eine der besten Analysen hat *Simon Stern* in einem ganz ähnlichen Kontext wie dem unseren verfasst.

Seiner Auswahl bin ich in vielen Fällen gefolgt und versuche die Analyse in eine deutsche Perspektive zu übertragen.<sup>1</sup>

Im vierten Band der Commentaries (1769) wird die Stellung *Blackstones* in der damaligen Diskussion deutlich, insbesondere aber auch die Differenzen zwischen *Blackstone* und seinen Vorläufern (insbesondere Matthew Hale<sup>2</sup> und William Hawkins<sup>3</sup>). Will man die strafrechtssystematische Bedeutung *Blackstones* einordnen, muss man sich immer vor Augen halten, als was sie gedacht waren: Als Bestandsaufnahme und als eine Art Reformagenda, vor allem aber auch als Mittel zur Unterstützung der sich im Wandel befindlichen Rechtsordnung des Common Law. Deren Grunddeterminanten hielt *Blackstone* aber für richtig und bewahrenswert. Dementsprechend sind weder die strafrechtlichen Kategorien, die *Blackstone* bildet, noch die systematischen Ansätze, die sich daraus ergeben, vollständig, kohärent oder progressiv. Sie sind eher getragen von dem Bemühen um Integration für richtig gehaltener neuer Wertungen in ein seit Langem bestehendes System.

*Stern* sagt: „Gemeinhin ist *Blackstone* eher bekannt als Apologet für den Status quo und eleganter Stilist, dessen perfekt ausbalancierte Sätze darauf abzielen, das Common Law als undurchlässiges System darzustellen“.<sup>4</sup> Auch in der Literatur des Common Law wird *Blackstone* oft als Exponent des zeitgenössischen Rechts angesehen, das sich eher der Synthese und Verallgemeinerung als der Kritik oder normativen Bewertung verschrieben hat.<sup>5</sup> Tatsächlich werden seine Werke häufig deshalb auch gern in der heutigen Zeit zitiert, um ein genaues Bild des englischen Rechtsgedankens und der Rechtspraxis des achtzehnten Jahrhunderts zu vermitteln. Ein

- 1 Simon Stern in Dubber (Hrsg), Foundational Texts in modern Criminal Law, Blackstone's Criminal Law: Common-Law Harmonization and Legislative Reform, S. 62 ff. – Text: UofToronto open lib <http://www.lawlib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/foundational.html>. Markus Dubber gebührt herzlicher Dank für den Hinweis auf den Beitrag Sterns in dem von ihm herausgegebenen Sammelband zu den Grundlagen der Strafrechtswissenschaft und die damit verbundene Bestätigung der Auswahl *Blackstones*.
- 2 Matthew Hale, *History of the Common Law of England: Divided into Twelve Chapters Written by a Learned Hand* (In the Savoy London: Printed by J. Nutt, assignee of Edw. Sayer for J. Walthoe, 1713).
- 3 William Hawkins, *Treatise of the Pleas of the Crown: or, a System of the Principal Matters Relating to That Subject, Digested under Proper Heads.* in 1, London, Printed by E. and R. Nutt, and R. Gosling, 1716–21.
- 4 Simon Stern in Dubber (Hrsg), Foundational Texts in modern Criminal Law, Blackstone's Criminal Law: Common-Law Harmonization and Legislative Reform, S. 62 ff.
- 5 William Blackstone, *Kommentare zu den Gesetzen Englands* (1765–69).

Bild, dessen Objektivität deshalb gewährleistet sei, weil *Blackstone* das Ziel verfolgt habe, einen umfassenden Überblick über das Gesetz in seiner damaligen Form zu geben, nicht über ein ideales Gesetz.<sup>6</sup>

b) *Zeitgenössische und nachfolgende Kritik – Bentham, Austin, Dicey, Kennedy*

*Blackstone* wird bis in die Gegenwart gerade in Plädoyers anglo-amerikanischer Juristen häufig als Anwalt der unbedingten Geltung des Gesetzes, man könnte fast sagen, als Rechtspositivist zitiert. Eine Ansicht, die bei zeitgenössischen Kommentatoren seiner Werke, von *Bentham* bis *Kennedy*, ebenfalls zu finden ist.<sup>7</sup>

Dies war jedoch keineswegs als Kompliment gedacht.

*Bentham* nannte *Blackstone* einen "korrupten Verteidiger" von Gesetzen, die "nie zu verurteilen waren...[oder] in denen sich nie ein Fehler fand" und einen "ruhigen Kopisten und wahllosen Apologet"; *Austin* konnte in den Kommentaren "nichts vom ursprünglich diskriminierenden Denken" der Gesetze finden.<sup>8</sup> Für *Dicey* spielte *Blackstone* "ewig die Rolle des Apologet" und sei so sehr darauf bedacht, "einen vernünftigen Grund für die kleinlichsten Bräuche zu finden", dass er "gelegentlich ...den gesunden Menschenverstand seiner Zeit vergisst".<sup>9</sup> Sehr viel später schließt sich im Prinzip auch *Duncan Kennedy* noch dieser Zielrichtung der Kritik an und bezeichnet den Versuch, das Common Law in dieser Weise zu systematisieren, zudem als einzigen jemals unternommenen derartigen Versuch, der zudem allein ideologischen Vorstellungen *Blackstones* folge und dabei den Charakter des Common Law verkenne.<sup>10</sup> Dies ist in gewisser Weise die Grundlage des auch heute immer wieder bemühten Widerspruchs des dynamischen präjudizien-basierten Common Law zu dem aus dieser Perspektive systematischen deshalb (zu) statischen Gesetzesrecht des Civil Law.

Begünstigt wurde diese Einschätzung durch *Blackstones* Stil. Dieser selbst ist für ihn ein Mittel, um die Inhalte zu untermalen, wie wir an eini-

6 *Stern*, a.a.O. (Fn. 4).

7 *Jeremy Bentham*, A Comment on the Commentaries (1977) 398–400, 202. *J Austin*, The Province of Jurisprudence Determined (1832) lxiii. *AV Dicey*, "Blackstone's Commentaries" (1932) 4 CLJ 286, 292.

8 *J Austin*, The Province of Jurisprudence Determined (1832), lxiii.

9 *AV Dicey*, "Blackstone's Commentaries" (1932) 4 CLJ 286, 292.

10 *Duncan Kennedy*, The Structure of Blackstone's Commentaries, 28 Buffalo L. Rev. 205, 209 (1979): "Blackstone's work is the only systematic attempt that has been made to present a theory of the whole common law system."

gen seiner bekanntesten rhetorischen Aussagen sehen können, die darauf abzielen, durch den Gebrauch der Metapher den Wert einer allmählichen rechtlichen Veränderung des Rechts zu betonen und der Gefahr gegenüberzustellen, die jeder Versuch, sie zu beschleunigen, bedeutet.

c) *Legitimation der Systematisierung des Common Law – Watson*

In der Auseinandersetzung mit *Duncan Kennedy* verteidigt *Allan Watson* in einer posthumen Veröffentlichung die Bemühungen *Blackstones* das Recht des Common Law zu systematisieren. Zum einen gebe es erweislich mehrere Versuche einer Systematisierung<sup>11</sup>, die *Blackstone* auch selbst genannt habe.<sup>12</sup> Zum anderen müsse der historische Kontext betrachtet werden, wenn die von *Blackstone* erarbeiteten Kriterien gewürdigt werden sollen.<sup>13</sup> *Kennedy* sei zuzugeben, dass das Common Law selbst keine inhärente Struktur aufweise, die Ordnungskriterien also externer Natur sein müssten.<sup>14</sup> Hier habe es drei Vorbilder gegeben: Die „Institutes“ des Justinian,

11 *Alan Watson* The Structure of Blackstone's Commentaries, The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 5 (Apr., 1988), pp. 795–821: "Duncan Kennedy's view of Sir William Blackstone's Commentaries on the Laws of England as the first systematic attempt to present a theory of the whole common law system is interesting but wrong. (...) Blackstone himself listed his predecessors, "those who have laboured in reducing our laws to a System": Glanville, Bracton, Britton, the author of Fleta, Fitzherbert, Brook, Lord Bacon, Sir Edward Coke, Dr. Cowell, Sir Henry Finch, Dr. Wood, Sir Matthew Hale. Certainly their arrangements are not free from defects. In particular, as Blackstone pointed out, the arrangement of Fitzherbert and Brook was alphabetical, and Bacon purposely avoided any regular order. But that still leaves the other nine. Kennedy's astonishing error, coupled with his lack of interest in the background to Blackstone, leads him to present an explanation of the structure of the Commentaries in purely ideological terms. But things are not that simple."

12 *William Blackstone*, An Analysis of the Laws of England v (1st ed. 1756).

13 *Alan Watson* a.a.O. (Fn. 11).

14 In one respect, Kennedy is entirely right. The common law itself has no structure; accordingly, Blackstone was obliged to draw the structure of his treatise from some source external to the common law. The question is whether that source is to be sought in the ideology of eighteenth English society. The need for structure in a treatise lies in the necessity of communicating information, and information is more easily grasped when in an orderly, systematic way. But when law is based on cases it has obvious system or structure. It is difficult enough to deduce from a number of cases – each dealing with a particular point, and each apparently unrelated to, and independent of, other cases dealing with a different point – the outlines of a legal institution such as "sale." *Alan Watson* a.a.O. (Fn. 11).

deren Interpretation durch Dionysos Gothofredus sowie Hale. Auch wenn er sie nicht alle als Quellen benannt habe, seien sie in der Anlehnung an diese Texte der Grund für die teilweise wenig eingängige Struktur der *Commentaries* zu finden. Nicht dagegen, wie von seinen Kritikern teilweise unterstellt, in einer bestimmten politischen Zielrichtung.<sup>15</sup> Konkret, dort wo die Kategorisierung dazu führt, selbst für seltsame Pirouetten der Rechtsanwendung einen systematischen Begründungsansatz zu finden, kann dies zwar nicht überzeugen und beschädigt gelegentlich die Statik des gesamten Systems. Diese Unzulänglichkeiten sind aber auf die verwendeten externen Ordnungskriterien zurückzuführen, die *Blackstone* nicht immer hinreichend kritisch hinterfragt hat. Die teilweise unkritische Übernahme nicht gänzlich passender Vorbilder führt zu strukturellen Schwächen. Die Idee und Methode der Systematisierung durch die Bildung unterschiedlicher und hierarchischer Kategorien ist jedoch methodisch ein großer Schritt vorwärts.

#### d) Grundlagen und Bedeutung des kategorisierend-systematisierenden Ansatzes

Auch wenn der Text somit in Inhalt und Struktur die Basis des seinerzeit geltenden Common Law nicht verlässt, war *Blackstone* auch ein Verfechter der Rechtsreform. Denn jedenfalls die gerade stattfindenden Veränderungen des Common Law wurden ebenfalls bereits als bewahrenswert angesehen. Und dies macht ihn für uns interessant – vor allem in seiner Diskussion über das Strafrecht.

Das Strafrecht war für *Blackstone* besonders geeignet. Es wurde, da in weiten Teilen der Krone vorbehalten, eher mit dem Gesetzesrecht als mit dem Gewohnheitsrecht assoziiert. Gerade weil das Gewohnheitsrecht des Common Law gegenüber raschen Veränderungen überhaupt nicht geöffnet

15 In fact, there is no way to deduce logically any particular structure if one bases the law solely on decided cases. No help is available internally in the law (except for statutes which in this instance were no adequate basis). But the good news for English legal writers of Blackstone's time was that there was an external model which could be pressed into service to aid in constructing a systematic structure for the law. The bad news was that the model did not fit. This external model was, of course, Justinian's Institutes, the elementary student textbook which was published by the Byzantine Emperor in 533 A.D. and which was itself largely based, in structure, on the Institutes of Gaius of around 160 A.D.<sup>6</sup> The success of the model is unparalleled in legal history; its descendants at times more great-grandchildren than sons and daughters could be found in countries such as Holland, France, Scotland and Germany.

net ist, war das Strafrecht, das nur in Teilen vor den Civil Courts verhandelt wurde, ohnehin in einem stärkeren Umbruchsprozess begriffen als andere Bereiche. Kommt es zu einem Umbruch, so ist für unsere Rechtstradition auf den ersten Blick überraschend, dass das stärker kodifizierte Strafrecht der damaligen Zeit besser für Reformen, die einer neuen Struktur folgen, geeignet ist, da explizite Normen mit expliziten und rationalen Begründungen abgeändert werden können und unmittelbar in der neuen – theoretisch transparenten – Fassung gelten. Demgegenüber ist die Veränderung einer gewohnheitsrechtlichen Rechtstradition viel problematischer. Sie kann kaum explizit gemacht werden und es entsteht nicht sofort eine neue Tradition, sondern zunächst ein Stand der Rechtsunsicherheit – der Abweichung von als feststehend angesehenen Präjudizien. Ohne dass für eine Zwischenzeit klar ist, ob die Abweichung bereits als Präjudiz einer neuen Gewohnheit anzusehen ist.

Aus dieser justiz- und sozialhistorischen Situation ergibt sich in gewisser Weise der enorme Einfluss, den *Blackstone* auf die Methodik des Common Law, insbesondere des amerikanischen Case Law ausgeübt hat. Denn er verbleibt grundsätzlich auf dem Boden des traditionellen Rechts (das im Common Law damaliger Zeit noch viel mehr Rechtsprechung war als heute). Auf dieser Basis wird aber durch ihn das Rechtsproblem zunächst einmal in eine systematische Kategorie eingeordnet. Diese systematisierende Herangehensweise stellt einen neuen methodischen Schritt dar. Erst auf diesem Boden wird dann – wieder traditionell – nach vorhandenen Lösungen vergleichbarer Fälle gesucht (das eigentliche Präjudiz, wir werden so gleich sehen, wie sich dieser Schritt in den *Commentaries* widerspiegelt). Erst dort, wo diese fehlen, ist eine Neuerung des Rechts vorzunehmen, im Prinzip die heutige Unterscheidung zwischen „Precedent“ und „Stare Decises“. Wie wir sehen werden, vollzieht *Blackstone* auf einer Makroebene, was sich auf der Mikroebene des einzelnen Falles zur Standardmethodik des Case Law entwickelt hat.

### III. Zur Methode der Systembildung in den *Commentaries* (Band IV)

#### 1. Methodische Defizite und Friktionen zwischen abstrakter Systematisierung und konkreter Entscheidung

Die von *Blackstone* verwendete Vergleichsmethode hält allerdings einer modernen begrifflichen Methodik nicht überall stand:

Obwohl Kategorienbildung und Suche nach kohärenten Prinzipien die Untersuchung leiten, akzeptiert und rationalisiert *Blackstone* zahlreiche fragwürdige gemeinrechtliche Lehren.

Hier setze der Vorwurf von *Dacey* an. Auch scheint er oft eine Veränderung der traditionellen Sichtweise vorzubereiten, nur um sie später zu verwerfen oder auch gar nicht mehr darauf zurückzukommen, einer der Kritikpunkte *Benthams*.<sup>16</sup>

Dies gilt beispielhaft für seine Diskussion über die subjektiven Merkmale, insbesondere der *mens rea*. Wie wir sehen werden, scheint *Blackstone* zu einer echten Kategorienbildung anzusetzen, schwenkt jedoch sehr schnell auf eine lediglich verfahrenspragmatische Handreichung um. Auch hier denkt er ähnlich wie ein Gericht, das einen konkreten Fall zu entscheiden hat. Mögliche Alternativen werden erwogen, jedoch dann zugunsten der Aufrechterhaltung des Bestehenden Zustands (*Precedent*) verworfen. Seine Bemühungen um eine umfassende Analyse legen zudem den Grundstein für die späteren kritisch-systematischen Untersuchungen seiner Nachfolger, auch wenn ihre Ergebnisse aus heutiger Perspektive und Begründungen bereits aus zeitgenössischer Sicht teilweise unbefriedigend sind.

*Blackstone* selbst, würde wohl auf diese Kritik entgegnet haben, er wolle die bewährten Rechtsgrundsätze und die durch sie geprägte Praxis des Common Law vor vorschnellen und unerfahrenen Gesetzgebern schützen.<sup>17</sup>

## 2. *Blackstones* Methode der „systematischen Integration“

*Blackstone* wird in der Regel als erster englischer Wissenschaftler anerkannt, der versucht hat, eine umfassende und detaillierte Darstellung des Common Law in all seinen Facetten zu erstellen.<sup>18</sup> Tatsächlich unterscheidet sich seine Darstellung des Strafrechts von früheren vor allem dadurch,

16 Siehe oben II.2.b).

17 *Stern* a.a.O. (Fn. 11), S. 62.

18 So *Stern*, a.a.O. (Fn. 11), S. 63 – andere Wissenschaftler verfassten auch synthetische Darstellungen des englischen Rechts, aber sie konzentrierten sich nicht auf das Common Law, wie es *Blackstone* tat. Stattdessen argumentierten sie eher für die Bedeutung des Zivilrechts innerhalb der englischen Rechtsordnung (und sogar innerhalb des Common Law), mit Verweis auf *JW Cairns*, "Blackstone, ein englischer Institutionalist: Rechtsliteratur und der Aufstieg des Nationalstaates" (1984) 4 OJLS 318.

dass er das Strafrecht als Teil eines Gesamtkonzepts untersucht und seinen Platz im Rechtssystem betrachtet. Dies zeigt sich nicht nur am Erscheinen des Strafrechtsbandes als des letzten der vier Bände, sondern auch an seinen zahlreichen Querweisen auf in den anderen Bänden angesprochenen Punkte.

Gerade in stilistischer und methodischer Hinsicht wird *Blackstone* in der juristischen Ausbildung immer noch zitiert, um beispielhaft Funktion und Gebrauch von Analogie und Auslegung im Rahmen einer "rationalen Rechtswissenschaft" darzustellen.<sup>19</sup>

*Blackstones* Betonung der zugrunde liegenden Prinzipien und sein Interesse an der Gesamtkohärenz gehören zu den wichtigsten Merkmalen, die seine Arbeit von früheren, deutlich stärker praxisorientierten Texten, etwa von *Hale* und *Hawkins*, unterscheiden. Diese eher pädagogische Ausrichtung ist eng mit den Ursprüngen der Kommentare als Vortragsreihe verbunden. Diese pädagogische Funktion war entscheidend für *Blackstones* Art der Darstellung, genau wie bspw. für *James Kents* Kommentare zum amerikanischen Recht in den 1820er Jahren.<sup>20</sup>

Eine weitere Reminiszenz an die Ursprünge der Kommentare im Hörsaal sind seine vielfältigen literarischen und historischen Referenzen (von *Bracton* und *Fleta* über *Sir Edward Coke* und *Francis Bacon* bis hin zu *Sir Michael Foster* und *Richard Burn*).

Daneben enthalten die *Commentaries* zahlreiche Verweise auf klassische Quellen (wie *Cicero*, *Horace* und *Tacitus*), aber auch auf damals zeitgenössische Autoren wie *Locke*, *Addison*, *Swift*, *Voltaire*, *Montesquieu* und *Beccaria* – vor allem um zu beweisen, dass die Erwägungen sich in einem breiten englischen und auch kontinentalen Konsens befinden.<sup>21</sup>

19 *William Blackstone*, *Commentaries*, Band 2, 44, 2. über die Verwendung von Querweisen in frühneuzeitlichen Texten, siehe *A Blair*, *Too much to know: Verwaltung wissenschaftlicher Informationen vor der Neuzeit* (2010) 140–1, 171–2, 260–2.

20 *P Girard*, "Of Institutes and Treatises" in *A Fernandez* und *MD Dubber* (Hrsg.), *Law Books in Action: Aufsätze über die angloamerikanische Abhandlung* (2012) 43, 47; *R Pound*, *The Formative Era of American Law* (1938) 163.

21 *Stern* a.a.O. (Fn. 11), S. 63, bemerkt hierzu: Wie *Nicole Wright* bei der Beschreibung der Vorträge von *Robert Chambers* (*Blackstones* Nachfolgerin auf dem „Vinerian Chair“) bemerkte, "sind Rechtskonzepte überzeugender, wenn sie als Produkt des Konsenses bezeichnet werden", was durch die Konsultation "einer Vielzahl von Quellen" erreicht wird. *E Coke*, *Der erste Teil der Institute of the Lawes of England* (1628) 97b. *Blackstone* spiegelt diese Ansicht wider und hat offensichtlich *Cola* im Sinn, wenn er "unseren Anwälte" für ihre "ausgiebigen...Lobgesänge über die Gründe des Common Law" empfiehlt, anzumerken, dass "das Gesetz die

Wie seine eher zufälligen Anspielungen manchmal vermuten lassen, konnte *Blackstone* es wohl als selbstverständlich ansehen, dass seine Schüler bereits mit einigen dieser Figuren vertraut waren. Anstatt beispielsweise *Swift* namentlich zu identifizieren, erwähnt *Blackstone Gullivers* Reisen auf eine Weise, die einen gemeinsamen Bezugsrahmen signalisiert. Die Bestrafung der Autoren aufrührerischer Veröffentlichungen, schreibt er, schmälert nicht die Freiheit des Denkens im Privaten: "Einem Mann (sagt ein guter Schriftsteller zu diesem Thema) kann es erlaubt sein, Gifte in seinem Schrank aufzubewahren, aber nicht, um sie zu verkaufen."<sup>22</sup> Auch diese Methode der Einbindung scheinbar nicht zum Thema gehörender Argumente in einen Zusammenhang mit der rechtlichen Lösung des Problems, gleichsam um zu demonstrieren, dass die Entscheidung nicht nur juristisch richtig ist, sondern auch von Alltagsethik und kulturellem Kanon getragen ist. Dadurch wird der Abweichung vom Präjudiz u.U. zwar einerseits etwas von ihrer Neuartigkeit aber eben zugleich auch von ihrer möglichen Bedrohung für die bestehenden Verhältnisse genommen. Zum anderen aber erscheint sie als etwas aus sich heraus Richtiges.

### 3. Die Ordnung von materiellem und Prozessrecht

In Bezug auf materielles und prozessuales Recht geht *Blackstone* strukturell ähnlich wie seine Vorläufer im Bereich des Strafrechts, Sir Matthew *Hale* und William *Hawkins*, vor.<sup>23</sup> Beide deckten das Thema in zwei Bänden ab,

---

Vollkommenheit der Vernunft ist,...es beabsichtigt immer, sich an diese anzupassen, und...was nicht Vernunft ist, ist kein Gesetz"; W *Blackstone*, Kommentare, Band 1, 70; W *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 435. NM *Wright*, "A More Exact Purity: Rechtliche Autorität und auffällige Zusammenführung in den English Law Guides des 18. Jahrhunderts" (2013) 82 U Toronto Q 864, 882.

- 22 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 156. „Der König von Brobdingnag bietet diese Analogie in genau dem gleichen Kontext an: "Er sagte: "Er wusste keinen Grund, warum diejenigen, die Meinungen vertreten, die der Öffentlichkeit schaden, zur Änderung verpflichtet sein sollten oder nicht verpflichtet sein sollten, sie zu verbergen. Und wie es in jeder Regierung Tyrannei war, die erste zu fordern, so war es auch Schwäche, die zweite nicht zu erzwingen: Denn einem Mann kann es erlaubt sein, Gifte in seinem Schrank zu behalten, aber nicht, sie für Herzlichkeiten zu verkaufen." Siehe J *Swift*, *Gulliver's Travels* (1726) pt 2, ch 6.
- 23 M *Hale*, *Historia Placitorum Coronæ: Die Geschichte der Bitten der Krone* (1736); W *Hawkins*, *Eine Abhandlung der Bitten der Krone* (1716–21). *Hale*, dessen Abhandlung posthum veröffentlicht wurde, starb 1676.

die sich mit materiell-inhaltlichen Fragen im ersten Buch und verfahrenstechnischen Fragen im zweiten beschäftigten, ähnlich wie *Blackstone*.

Etwas von den beiden abweichend beginnt *Blackstone* mit einer Diskussion über die "Art der Verbrechen" und ordnet sie nach dem Ausmaß der Verletzung. Dabei wendet er sich religiösen Delikten, Verstöße gegen das Völkerrecht (eine seiner Innovationen), sodann Verbrechen gegen den Staat, den öffentlichen Frieden und die öffentliche Gesundheit zu – bis hin schließlich zu Verbrechen gegen Einzelpersonen (Mord, Körperverletzung, Sachschäden).<sup>24</sup>

Diese Reihenfolge sollte es nach *Blackstones* Verständnis ermöglichen, zugleich die Schwere der „Rechtsgutsverletzung“ im Gesamtkonzept einzuordnen.

Im Bereich der Verfahrensfragen diskutiert *Blackstone* erstmals die sog. „präventive Gerechtigkeit“, also die Sicherstellung des „Friedens und Wohilverhaltens“.<sup>25</sup> Möglicherweise beeinflusst durch *Beccaria*. *Hale* und *Hawkins* befassten sich nur fragmentarisch mit Präventionserwägungen.

Im Übrigen bleibt die Darstellung *Blackstones* beschreibend, beginnend mit der Gerichtsbarkeit und über den Strafprozess von der Verhaftung, der Kautions- und die Verhandlung bis hin zur Verurteilung, Berufung und Hinrichtung. In dieser Hinsicht wiederholt *Blackstone* die Struktur der beiden anderen Autoren.

*Blackstone* konnte die materiell-rechtlichen Fragen mit denen des Verfahrens so eng verschränken, weil sich im älteren Common Law beide Bereiche stark überlappten und in gegenseitiger Abhängigkeit standen. Auch heute noch finden sich mehr als nur Spuren dieser Tradition im amerikanischen Strafrecht. Viele Tatbestände sind so vage gehalten, dass die Voraussetzungen der konkreten Strafbarkeit sich erst im Zusammenspiel mit dem Verfahrens- und insbesondere dem Beweisrecht konkretisieren. Zwar findet neben der Subsumtion unter das Präjudiz auch eine Subsumtion unter den Tatbestand statt. Jedoch bestimmt die Beweisbarkeit bzw. der Umfang der zulässigerweise einführbaren Beweise entscheidend, welcher Tatbestand verwirklicht wird – und präeterminiert damit die Subsumtion im kontinentaleuropäischen Sinne.<sup>26</sup>

---

24 *Stern* a.a.O. (Fn. 11), S. 64.

25 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 248.

26 Allerdings ist auch das ältere deutsche Strafrecht nicht streng in materielles und Verfahrensrecht getrennt, wie ein Blick in die CCC zeigt.

#### 4. Die historische Umbruchsituation als externer Rahmen der Kategorienbildung

Das Strafrecht stellte für *Blackstone* noch aus einem weiteren Grund ein besonders geeignetes Feld zur Umsetzung seines vereinheitlichenden Ansatzes dar. Denn im Laufe des späten 17. und 18. Jahrhundert wurde die zivilen Gerichte auch für eine zunehmende Anzahl an Straftaten zuständig. Die traditionell als "Anklagen der Krone" kategorisierten Gewalttaten waren bis dahin praktisch die einzigen echten Strafverfahren vor den zivilen Gerichten.<sup>27</sup> Andere – aus heutiger Sicht dem Strafrecht zugehörige – Taten unter Bürgern waren eher Fälle von Schadensersatz und Schmerzensgeld, Streitigkeiten, in welche sich die Krone mangels Bedeutsamkeit selten einmischte. Aus heutiger Sicht eher harmlose Vergehen, wie mangelnder Respekt gegenüber der Krone, der Kirche oder den guten Sitten, aber auch solche bei denen die Täter ihre Taten durch Täuschung und List vor Opfern und Behörden zu verbergen suchten, wurden als sehr viel schwerer wiegend eingestuft. Jedenfalls sowie sie sich in irgendeiner Weise gegen die Obrigkeit richteten, wurden sie mit aller Schärfe durch den Staat verfolgt und mit heute kaum vorstellbarer Härte durch besondere Gerichte bestraft.

Zu *Blackstones* Zeit war die Liste der „echten“ Straftaten deutlich angewachsen und die Gerichte hatten sich mit Taten anderer und sehr unterschiedlicher Schwere zu befassen. Es mussten also Regelungen getroffen werden.

Neben den "Gewaltverbrechen", wurden den Zivilgerichten nun auch die "Verbrechen der List" und verschiedene moralische und religiöse Delikte zugewiesen, die zuvor in der Kompetenz der „Star Chamber“ und der dem König vorbehaltenen Gerichte waren.<sup>28</sup> Verbrechen, die Täuschung und heimliches Verhalten beinhalten – wie Erpressung, Fälschung, Betrug und Verschwörung –, fielen bis zu deren Abschaffung 1641 ebenfalls in die Zuständigkeit der Star Chamber und wurden nur auf Intervention der Krone, nicht aber unter der Jurisdiktion des Common Law bestraft.<sup>29</sup> Verstöße gegen die religiösen Gesetze – wie Abtrünnigkeit, Ketzerei, Blaspheme

27 Hier als Abgrenzung zu den Sondergerichten der Krone.

28 12 TG *Barnes*, "The Making of the English Criminal Law: Sternenkammer und die Raffinesse des Strafrechts" (1977) Crim LR 316, 316, 316.

29 HJ *Berman*, Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition (2003) 311. *Berman* stellt fest, dass "das Common Law noch 1640 die Verbrechen der Bestechung, Erpressung, Fälschung, Meineid, Betrug, Verleumdung, Aufruhr oder Verschwörung nicht bestraft hat".

mie und Hexerei – waren bis dahin Sache des Gerichtshofs der High Commission, der zusammen mit der Star Chamber abgeschafft wurde.<sup>30</sup> Im Ergebnis wurde die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Anklagen der Krone durch eine vielfältige Palette neuer Straftatbestände ergänzt.

Damit waren nun auch kompliziertere dogmatische Fragen, etwa nach dem Übereinstimmen von Handlung und Intentionen oder nach der Unterscheidung verschiedener Formen von Intentionen bzw. Absichten, von den zivilen Gerichten zu entscheiden und mussten demzufolge in das Strafrecht integriert werden. Hier nun stellte sich für *Blackstone* die Frage, wie man diese verschiedenen Verbrechen in einem kohärenten Rahmen einordnen konnte.

Obwohl auch *Hale* und *Hawkins* die gesamte Bandbreite der den Gerichten neu übertragenen Straftaten in ihre strafrechtlichen Texte aufnahmen, hatten sie nicht versucht zu erklären, welche gemeinsamen Kriterien Handlungen und Unterlassungen in diesem Katalog verband, um sie systematisch einem klar definierten Bereich von Straftaten zuzuordnen zu können.

*Blackstones* Lösung war es, alle Delikte als Störungen der sozialen Ordnung darzustellen: "[P]ublic wrongs...are a breach and violation of the public rights and duties, due to the whole community, considered...in its social aggregate capacity".<sup>31</sup> Diese Stärke des Ansatzes, überhaupt abgrenzen zu können, was als Straftat in Betracht kommen konnte, war zugleich eine zentrale Schwäche. Denn diese starke Fixierung auf objektiv gesellschaftsgefährdendes Verhalten stand einer vergleichbar strukturierten Befassung mit den subjektiven Elementen der Tat im Wege.

Obwohl dies weder eine neuartige Idee noch eine eigentliche Theorie der Straftaten darstellte, konnte *Blackstone* den Ansatz nutzen, um ein Straftatsystem zu entwickeln. Dies hatte noch kein der Vorgänger versucht.

Gleichwohl führte ihn dieser Ansatz oft in zirkuläre oder irreführende Begründungen.

Wenn er zum Beispiel annimmt, dass Verleumdungen Auswirkungen auf die Gemeinschaft als Ganzes haben, weil ihre "direkte Intention.... die Verletzung des öffentlichen Friedens ist, da sie die Betroffenen zur Rache und vielleicht zum Blutvergießen anstacheln"<sup>32</sup>, ist dies nicht nur aus kriminologischer Sicht eine bloße Vermutung und aus dogmatischer Perspek-

30 HJ *Berman* a.a.O. (Fn. 31) 312.

31 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 5.

32 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 150.

tive inkonsistent, da ein Element mittelbarer Verursachung zum Kern der Tatbestände wird. Würde man den Ansatz konsequent verfolgen, so konnte auf dieser Grundlage in kaum beschränktem Umfang jedem bloß zivilrechtlichen Unrecht das Potential zugeschrieben werden, zu einer Straftat zu werden. Denn jede Verursachung des Schadens könnte mit einer entsprechenden Vermutung unterlegt werden, das Opfer werde zur Abwehr des ihm drohenden Schadens ggf. auch Schäden bei Dritten in Kauf nehmen.<sup>33</sup> Mit gleicher Begründung verweist *Blackstone* im Rahmen der Erklärung, warum Glücksspiele Verbrechen seien, auf deren Tendenz, „bei niedrigen und untätigen Personen...[um] die Untätigkeit zu fördern...was ein Verstoß gegen die...Ökonomie des Commonwealth sei...“ hin.<sup>34</sup>

Hier zeigen sich neben einer sehr lebendigen utilitaristischen Gedankenwelt vor allem Grundprobleme der Übertragung von gewohnheitsrechtlichen Rechtssprüchen in eine Straftatsystematik. Zum einen war die Unterscheidung zwischen Strafrecht und Zivilrecht, insbesondere Deliktsrecht nicht trennscharf und sind in dieser Tradition bis heute nicht vollständig voneinander abgegrenzt. Beide Bereiche waren im Gewohnheitsrecht auch nicht getrennt, sondern lediglich den zivilen Gerichten als nicht so schädliche Verhaltensweisen zugeordnet, dass die Krone sie hätte an sich ziehen müssen. Gerade dieser Gedanke aber ist es, der *Blackstone* zum anderen zur Kategorisierung der Straftaten immer wieder nach Folgewirkungen suchen lässt, welche von so großer Allgemeenschädlichkeit sind, dass sie früher die Krone zum Eingreifen genötigt hätten. Diese an sich seinem System fremde Orientierung an der ursprünglichen Trennung von Zuständigkeit der Krone für Staats- oder allgemeenschädliche Taten sowie Zuständigkeit der zivilen Gerichte für die nur unter Bürgern eintretenden Verletzungen, zeigt die Verhaftung im alten System – und erneut die prozessualen Ursprünge des materiellen Straftatsystems.

33 D Lieberman, "Blackstone and the Categories of English Jurisprudence" in N Landau (ed), *Law, Crime and English Society*, 1660–1830 (2002) 139, 156.

34 W Schwarzstein, *Kommentare*, Band 4, 174–5. Tatsächlich zeigt sich die potenziell große Bandbreite solcher Straftaten im Hinblick auf die Verpflichtung der "[D]ividuen des Staates...ihr allgemeines Verhalten an die Regeln der Korrektheit, der guten Nachbarschaft und der guten Manieren anzupassen und in ihren jeweiligen Stationen anständig, fleißig und harmlos zu sein" (*William Blackstone*, *Commentaries*, vol 4, 162).

##### 5. Methodische Wegweisung für die amerikanische Rechtspraxis

Mit diesen Einschränkungen gelingt es *Blackstone*, ein kohärentes System zu entwickeln. Durch die Wiederholung des Grundthemas zeigt er zudem, wie Juristen vorgehen sollten, wenn sie das Recht als rationale Wissenschaft betrachten. Die Darstellungsweise gibt dem Leser die Möglichkeit, das vorgebrachte Argument und die Begründung zu kritisieren – eine Möglichkeit, welche die bisherigen Darstellungen, die eher unsystematische Praxisleitfaden (ohne Bindegewebe) zur Entscheidung einzelner Beispielfälle waren, nicht geboten hatten.

Hier zeigt sich der bis heute sichtbare Einfluss *Blackstones* auf die juristische Ausbildung und Entscheidungspraxis. Denn das US-amerikanische Präjudizienrecht sucht ja nicht blind nach einem äußerlich passenden Fall, sondern kategorisiert und analysiert zunächst die Rechtsfragen, die der Fall bietet, um erst auf der nächsten Ebene nach Präjudizien für jede dieser Rechtsfragen zu suchen.

Die Suche nach kohärenten Prinzipien konnte zudem ein Bewertungsmodell für nachfolgende Kommentatoren anbieten. Darunter *Bentham*, dessen umfassende Ablehnung der *Commentaries* schließlich einem gedämpften Lob für *Blackstones* systematischen Umgang mit dem Strafrecht Platz machte. So schrieb er, *Blackstones* Methode helfe, die „Schädlichkeit eines schlechten Gesetzes“ aufzudecken und organisiere Delikte „durch jene Eigenschaften, die Gründe für ihre Strafbarkeit sind“.<sup>35</sup>

*Blackstones* Bemühungen, das Feld des Strafrechts zu organisieren und zu systematisieren, seine verstreuten Teile aufeinander abzustimmen, blieben noch eine Zeit lang ein besonderes Merkmal der *Commentaries*.<sup>36</sup> Die

35 *Bentham* schrieb, dass *Blackstones* Methode in Band 4 hilft, "[t]he Schädlichkeit eines schlechten Gesetzes] aufzudecken und organisiert Delikte "durch jene Eigenschaften, die Gründe für ihre Vergehen sind"; J *Bentham*, *A Fragment on Government* (1776) li, xlvi, xlvi, xlvi. *Lieberman* bemerkt, dass *Benthams* "eigene Untersuchungen das *Blackstone*'sche Projekt zur Systematisierung des Gesetzes vollständig unterstützt haben"; *Lieberman* a.a.O. (Fn. 34) 161; 259–60.

36 Traditionell verhaftet blieben z.B. *EH East*, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803); *J Burnett*, *A Treatise on Various Branches of the Criminal Law of Scotland* (1811); *I Espinasse*, *A Treatise on the Law of Action on Penal Statutes* (1813); *J Nares*, *A Summary of the Law on Penal Convictions* (1814); *T Starkie*, *A Treatise on Criminal Pleading* (1814); *WO Russell*, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (1819); *JF Archbold*, *A Summary of the Law Relative to Pleading and Evidence in Criminal Cases* (1822) – vgl. *Stern*, a.a.O. (Fn. 11), S. 65 f.).

wenigen moderneren Darstellungen waren eindeutig von *Blackstone* inspiriert.<sup>37</sup>

#### 6. Rezeption in den Vereinigten Staaten – ein spezifischer Blickwinkel auf das System *Blackstones*

Diese für das amerikanische Recht stilprägende Verknüpfung von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht ist wesentlich durch Rezeption der *Blackstone*'schen Schriften in den sich gründenden Vereinigten Staaten angelegt.<sup>38</sup>

Obwohl die Führer der Amerikanischen Revolution *Blackstones* aus ihrer Sicht rückständigen Ansichten über die Volkssouveränität und das sich daraus ergebende sehr beschränkte Recht auf Revolution ablehnten, kehrten die Väter der Verfassung nur wenig später zu *Blackstones* Analyse der Rechtsgrundsätze zurück, auf dessen Basis sie ein System zur Verwaltung der ehemaligen Kolonien entwickelten. *Blackstones* Arbeit wird nach wie vor als zentral angesehen für die Bestimmung der Rechte des Einzelnen gegen die Regierung und den Schutz der Meinungsfreiheit im Verhältnis zu staatlichen Autoritäten.

Diese besondere Betonung der Free Speech bestimmt auch den Aufbau der Darstellung der strafrechtlichen Konzeption bei *Blackstone*. Bei ihm ist dies damit zu erklären, dass die Bürger auch im Verhältnis zur Krone Rechte erlangen. Strafrecht wird in Verallgemeinerung dieses Gedankens sowohl von *Blackstone* wie den amerikanischen Gründervätern konstitutionell abgeleitet, dass es die notwendigen Beschränkungen der Freiheiten der Einzelnen umschreibt. Exemplarisch für diese methodische Herangehensweise sind seine Ausführungen zu den strafrechtlichen Grenzen freier Rede, da diese in ursprünglicher Weise das Recht erst artikuliert:

Obwohl *Blackstone* das Recht der Regierung anerkannte, „blasphemische, unmoralische, verräterische, schismatische, aufrührerische oder skandalöse Verleumdungen“ zu bestrafen, setzte er sich auch entschieden für eine weitgehende Pressefreiheit und ein absolutes Verbot der vorherigen

37 Siehe z.B. H *Dagge*, Überlegungen zum Strafrecht (1772); M *Dawes*, An Essay on Crimes and Punishments (1782); D *Hume*, Commentaries on the Law of Scotland Respecting the Description and Punishment of Crimes (1797) – näher *Stern*, a.a.O. (Fn. 11), S. 65.

38 Sehr gute Materialien, inklusive des Textes der Commentaries finden sich auf der Seite des „Avalon-Projects“ der Yale Law School: [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/Blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/Blackstone.asp).

Einschränkung der Veröffentlichung ein. So lesen wir in Band 4: „Die Pressefreiheit ist in der Tat für den Charakter eines freien Staates wesentlich: Aber dieser besteht darin, keine vorherigen Einschränkungen für Veröffentlichungen vorzunehmen, und nicht darin, grundsätzlich Meinungsäußerungen bei Strafe zu misstrauen, wenn sie veröffentlicht werden. Jeder Freie hat zweifellos das Recht, der Öffentlichkeit mitzuteilen, was ihm gefällt: Dies zu verbieten, bedeutet, die Pressefreiheit zu zerstören; aber wenn er das Unangemessene, Schelmische oder Illegale veröffentlicht, muss er die Folgen seiner eigenen Unbeschwertheit tragen.“ Obwohl James *Madison*<sup>39</sup> und andere Framers<sup>40</sup> (Gründerväter i.w.S.<sup>41</sup>) im Virginia Report von

39 Zusammen mit Alexander Hamilton und John Jay verteidigte er nach der Philadelphia Convention unter dem Pseudonym Publius in 29 der insgesamt 85 Federalist Papers die neue Verfassung. In diesen Artikeln, von denen Federalist No. 51 als der bedeutendste gilt, sprach sich Madison für eine starke Zentralregierung aus, die der Gewaltenteilung, den Checks and Balances unterworfen ist. Im Repräsentantenhaus agierte er als wichtigster Unterstützer der Politik von Präsident Washington und brachte erfolgreich die ersten zehn Zusatzartikeln zur Verfassung der Vereinigten Staaten, die Bill of Rights durch den Kongress. Damit erfüllte er auch eine Zusage an Jefferson, der seine Zustimmung zur Verfassung der Philadelphia Convention von der späteren Erweiterung durch unveräußerliche Grundrechte abhängig gemacht hatte.

40 Als „Framers“ werden vom Nationalarchiv als jene 55 Personen definiert, die zu Delegierten (der Einzelstaaten) des Verfassungskonvents von 1787 ernannt wurden und an der Ausarbeitung der vorgeschlagenen Verfassung der Vereinigten Staaten beteiligt waren. Von den 55 Framers waren nur 39 Unterzeichner der Verfassung.

41 Der Begriff Gründerväter (Founding Fathers of the Constitution) wird manchmal verwendet, um sich auf die Unterzeichner der geprägten Version der Unabhängigkeitserklärung von 1776 zu beziehen. Die Gründerväter der Vereinigten Staaten (oder einfach nur Gründerväter) waren eine Gruppe von Führern, die die Dreizehn Kolonien vereinten, den Unabhängigkeitskrieg von Großbritannien führten und in den letzten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts einen Regierungsrahmen für die neuen Vereinigten Staaten von Amerika nach republikanischen Prinzipien aufbauten. Die meisten Gründerväter betrachteten sich irgendwann als britische Untertanen; aber sie verstanden sich mehr als patriotische Amerikaner, die einen Geist besaßen, der sich von dem ihrer Heimat unterschied. Die Gruppe bestand aus Geschäftsleuten, Philosophen, Politikern, Plantagenbesitzern und Schriftstellern mit unterschiedlichen sozialen, wirtschaftlichen und ethnischen Hintergründen. Der Historiker Richard B. *Morris* identifizierte 1973 die folgenden sieben Figuren als die wichtigsten Gründungsväter: John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison und George Washington (*Morris*, Seven Who Shaped Our Destiny: The Founding Fathers as Revolutionaries (New York: Harper & Row, 1973); *Kettler*, The Found-

1800<sup>42</sup> argumentierten, dass die Pressefreiheit nicht auf die Vermutung, dass im Ausgangspunkt keine Einschränkung der Pressefreiheit bestehe, beschränkt sei, stimmten fast alle amerikanischen Gründer zu, dass sie doch auf eben diese Vermutung ausgerichtet sei. Diese Frage ist auch für die Konzeption des amerikanischen Strafrechts von Relevanz. Zum einen ist sie letztendlich nach vielen Auseinandersetzungen in der von *Madison* vertretenen Form zum Kern des First Amendments geworden, was ihre grundsätzliche Bedeutung unterstreicht. Zum anderen geht es um die Frage, ob der Staat die bürgerlichen Freiheiten mit vernünftigen Gründen beschränken kann, oder ob es ein echtes Abwehrrecht der Bürger gegen staatliche Beschränkungen gibt, welches nur im Ausnahmefall unterliegt. Da-

---

ing Fathers: Who Were They Really? 2017. Adams, Jefferson und Franklin waren Mitglieder des Fünferausschusses, der die Unabhängigkeitserklärung verfasst hat. Hamilton, Madison und Jay waren Autoren der *Federalist Papers* und befürworteten die Ratifizierung der Verfassung. Die von Jay und Adams für ihre jeweiligen Staaten New York (1777) und Massachusetts (1780) ausgearbeiteten Verfassungen wurden bei der Schaffung einer Sprache für die US-Verfassung stark berücksichtigt (<https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-english/constitution.pdf>). Jay, Adams und Franklin verhandelten den Vertrag von Paris (1783), der den amerikanischen Revolutionskrieg beenden sollte (<https://www.pbs.org/newshour/nation/forgotten-founding-father>; näher und mit vielen weiteren Nachweisen: <http://jayheritagecenter.org/about/history-of-the-jay-estate/john-jay/>). Washington war Oberbefehlshaber der kontinentalen Armee und Präsident der Verfassungskonvention. Alle hatten zusätzliche wichtige Rollen in der frühen Regierung der Vereinigten Staaten inne, wobei Washington, Adams, Jefferson und Madison als Präsidenten fungierten. Jay war der erste Oberste Richter der Nation, Hamilton war der erste Finanzminister, und Franklin war der älteste Diplomat Amerikas und später der Regierungschef von Pennsylvania.

- 42 Auch „Madison-Report“: The Report of 1800 was a resolution drafted by James Madison arguing for the sovereignty of the individual states under the United States Constitution and against the Alien and Sedition Acts.[1] Adopted by the Virginia General Assembly in January 1800, the Report amends arguments from the 1798 Virginia Resolutions and attempts to resolve contemporary criticisms against the Resolutions. The Report was the last important explication of the Constitution produced before the 1817 Bonus Bill veto message by Madison, who has come to be regarded as the "Father of the Constitution." [2] The arguments made in the Resolutions and the Report were later used frequently during the nullification crisis of 1832, when South Carolina declared federal tariffs to be unconstitutional and void within the state. Madison rejected the concept of nullification and the notion that his arguments supported such a practice. Whether Madison's theory of Republicanism really supported the nullification movement, and more broadly whether the ideas he expressed between 1798 and 1800 are consistent with his work before and after this period, are the main questions surrounding the Report in the modern literature.

neben spiegelt sich dieselbe Frage im Hinblick auf die Befugnisse der Bundesregierung gegenüber den souveränen Einzelstaaten. Letzteres ist auch für das Strafrecht von unmittelbarer Bedeutung, da jede Strafnorm damals wie heute als Beschränkung eben dieser Freiheit gesehen wird.

Die Föderalisten versuchten, den Sedition Act von 1798, der die Kompetenz der Einzelstaaten erheblich stärkte, teilweise mit der sog. „*Blackstone'schen* Vermutung“ zu rechtfertigen. Denn, so betonten sie, gerade *Blackstone* habe dargelegt, dass das Recht und auch das Strafrecht darauf aufbauten, dass jeder Bürger, auch wenn er die US-Regierung kritisiere, grundsätzlich keiner Beschränkung unterliege. Dementsprechend reiche es – modern formuliert – eben nicht aus, dass jemand ein Verbot dem Wortlaut nach erfülle, um ihn zu bestrafen. Vielmehr müsse nach *Blackstone* jeder Einzelperson erlaubt werden, sich zu verteidigen, indem sie versuchen könne, bspw. im Falle einer verunglimpfenden Behauptung die Wahrheit ihrer Anschuldigungen zu beweisen.

Dieses Verständnis von Strafrecht spiegelt die heutige US-Wirklichkeit längst nicht mehr wider. Immer wieder aber kann man die Aktualität dieser Gedanken beobachten, wenn sich Einzelpersonen oder Gruppierungen für unabhängig erklären und die prinzipielle Sanktionsgewalt der Staats- oder Bundesregierung in Frage stellen. Egal, ob von rechts oder links, sie berufen sich immer auf die „Gründerväter“ – und damit auf eine bestimmte Interpretation der *Blackstone'schen* Kommentare.

Diese materielle „*Blackstone'sche* Vermutung“ dient tatsächlich bis in die Gegenwart als eines der grundlegenden Prinzipien der First Amendment Rechtsprechung, wie die Zurückhaltung des US Supreme Court zeigt, Beschränkungen der Free Speech zu akzeptieren, selbst wenn eine Person Materialien veröffentlicht, die als diffamierend erachtet werden, wie in *Near v. Minnesota* (1931) und *New York Times Co. v. United States* (1971), dem Fall *Pentagon Papers*, in dem die Regierung behauptete, dass nationale Sicherheitsinteressen solche Einschränkungen erforderten. Die First Amendment Rechtsprechung zur Frage der Strafbarkeit von Presseveröffentlichungen spiegelt bis ins frühe 21. Jahrhundert eine fast vollständige Akzeptanz der *Blackstone'schen* Ansicht wider.

Eine Einschränkung kommt nur bei zwingenden staatlichen Interessen in Betracht und nur dann, wenn die Regierung eine enge Verbindung zwischen dem Punkt, den sie zu beschränken versucht und einer gerade da-

raus resultierenden erheblichen Gefahr der Verletzung öffentlicher Interessen darlegen kann.<sup>43</sup>

#### IV. System und Kategorien des Strafrechts in Einzelpunkten

Nachfolgend werden zunächst die Grundlagen der von *Blackstone* vorgenommenen Kategorienbildung im historischen Kontext erläutert. Beispielhaft wird sodann der Bereich der „mens rea“ und „capacity“ analysiert.

##### 1. Naturrechtlich abgeleitetes Verhältnis Bürger – Staat als Grundlage der Deliktskategorien und der strafrechtlichen Konzeption der Person

Für moderne Leser scheint *Blackstones* Anspruch, die konzeptionellen Grundlagen des Strafrechts darzustellen, indes oft mehr zu versprechen, als er leistet.

Es mag naheliegend erscheinen, dass die Klassifizierung des gesamten Rechtssystems und seine Komponenten ihren jeweiligen systematischen Orten zuzuordnen, normative Erkenntnisse auf einer höheren Abstraktionsebene liefern kann, die bei Betrachtung bestimmter einzelner Themen also Straftaten nicht erreicht werden kann.

Es wäre eigentlich zu erwarten, dass ein Überblick über das Strafrecht die bestehenden konzeptionellen Unterschiede aufzeigt, diese Unterschiede und ihre angeblichen Gründe untersucht, um sie auf eine systematische Grundlage zu stellen. Theoretisch müssten sich so Asymmetrien beseitigen lassen, die bei der Untersuchung des Rechts auf einer tatbezogenen Ebene phänomenologischer Betrachtung nicht erkennbar sind.

Man könnte daher erwarten, bei *Blackstone* strukturierte Erwägungen zur Abgrenzung von vollzogenen Handlungen und bloßen Absichten zu finden, ebenso zu Versuch und vollendetem Delikt oder den Unterschieden von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Haftung.

Dass *Blackstone* diese Themen gleichwohl nur am Rande und wenig systematisch intermittierend verfolgt, lässt sich durch die relativ geringe Aufmerksamkeit erklären, die ihnen in den Abhandlungen und Fällen, die

<sup>43</sup> Zum Ganzen ausführlich, Howard L. Lubert, Sovereignty and Liberty in William Blackstone's Commentaries on the Laws of England, *The Review of Politics*, 2010, Vol.72(2), pp.271 – 297.

ihm zur Verfügung standen, gewidmet wurde.<sup>44</sup> Allerdings wird *Blackstone* vorgeworfen, dass er durchaus an Vorbilder angeknüpft, diese Quellen, aus denen er direkt schöpfte, jedoch im Gegensatz zu seinen beschriebenen ausführlichen Zitationspraxis nicht angegeben habe. Als Beispiele werden insbesondere *Grotius* und *Pufendorf* genannt.<sup>45</sup> Dies ist sicher richtig mit Blick auf *Blackstones* konservative Konzeption des Souveräns, in welcher sich deutlicher Widerhall der von *Grotius*, *Hobbes* und *Pufendorf* vertretenen ebenso konservativen naturrechtlichen Konzeptionen findet, wenn es heißt: in jeder Verfassung müsse es eine absolute Autorität („a supreme, irresistible, absolute, uncontrolled authority in which... the rights of sovereignty reside“<sup>46</sup>) geben.<sup>47</sup> Die (naturrechtliche) Einbettung der strafrechtlichen Kategorien kann also durchaus auf eine starke europäische Naturrechtstradition zurückgeführt werden. Im Einzelnen allerdings entwickelt *Blackstone* diesen Ansatz weiter zu seinen konkreten Deliktskategorien.

Erst viel später, im 19. Jahrhundert, finden sich in ersten rechtstheoretischen bzw. rechtsphilosophischen Abhandlungen entsprechende Ansätze, die teilweise explizit auf *Blackstones* Modell zurückgreifen. Die meisten der im Rahmen der Tagung behandelten Texte entstammen demgemäß auch einer deutlich späteren Periode, in welcher viele dieser Differenzierungen erstmals systematisiert wurden.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Dass die Einschätzungen der von *Blackstone* vorgenommenen oder zumindest angedeuteten Systembildungen seit je her und bis heute sehr unterschiedlich ausfallen, wird von Michael Lobban, *Blackstone and the Science of Law*, *The Historical Journal*, Vol. 30, No. 2 (Jun., 1987), pp. 311–335, überzeugend ausgeführt.

<sup>45</sup> Paul Lucas, Ex Parte Sir William Blackstone, "Plagiarist": A Note on Blackstone and the Natural Law, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, No. 2 (Apr., 1963), pp. 142–158. So auch der Eintrag zu *Pufendorf* in der *New World Encyclopedia*, [https://www.newworldencyclopedia.org/entry/Samuel\\_von\\_Pufendorf](https://www.newworldencyclopedia.org/entry/Samuel_von_Pufendorf), zuletzt abgerufen am 28.7.2019.

<sup>46</sup> William Blackstone, "Commentaries on the Laws of England" in *Colonies to Nation, 1763–1789*, Jack P. Greene, ed. (New York: Norton, 1975), pp. 86–88, esp. 87.

<sup>47</sup> Lee Ward, *Natural Law and the Colonial Roots of American Constitutionalism*, online verfügbar unter <http://www.nlnrac.org/american/colonial-roots>, zuletzt abgerufen a 27.7.2019.

<sup>48</sup> Milsom stellt fest, dass "[Blackstones] Werk... von einer neuen Art von juristischer Literatur gefolgt wurde", und fügt hinzu, dass "die Lehrbücher des 19. Jahrhunderts... Erweiterungen seiner Reduktion und Vereinfachung des mechanischen Lernens von Praktizierenden sind. Indem er versuchte, Laien einen Blick von oben auf die verfahrenstechnischen Details zu geben, hatte er den Anwälten eine neue Rechtsvision gegeben"; SFC Milsom, "The Nature of *Blackstone's* Achievement" (1981) 1 OJLS 1, 9, 10. Simpson schreibt: "Der Erfolg von Blackstone ermutigte das Schreiben detaillierterer Studien über die Zweige des Gesetzes, die vom Meister nur in grober Form behandelt worden waren. Darüber hinaus muss

So zeigt *Blackstone* beispielsweise bei der Behandlung von Beweisstandards im Strafrecht wenig, was über die Anzahl der Zeugen hinaus geht, die erforderlich sind, um eine Verurteilung für bestimmte Verbrechen zu erzielen. Zwar hatten sich die Gerichte noch nicht auf den Satz „über begründeten Zweifel hinaus“ geeinigt, um das Maß an Sicherheit zu beschreiben, das zur Rechtfertigung einer strafrechtlichen Verurteilung erforderlich ist, aber trotz seines berühmten und immer wieder vertretenen Satzes, dass „es besser ist, dass zehn Schuldige entkommen, als dass ein Unschuldiger leidet“<sup>49</sup>, sagt *Blackstone* wenig darüber, wie die Jury die Schuld bestimmen sollte. Dass ein Schuldspruch nur erfolgen könne, wenn „die Wahrheit jeder Anklage ... von der Jury einstimmig bestätigt werden sollte“<sup>50</sup>, ist eine Fortschreibung der Tradition, verbunden mit *Blackstones* Zurückhaltung bei der Legitimierung staatlicher Sanktionen gegenüber Verhaltensweisen, welche lediglich andere Bürger betreffen.

## 2. Das prozessual Beweisbare als Rahmen der Tatbestände

Auch in Plädoyers deutscher Strafverteidiger hört man bisweilen den Satz: *Es ist besser, dass zehn Schuldige entkommen, als dass ein Unschuldiger leidet*“.

Wer diese Worte gebraucht zitiert zugleich die *Commentaries on the Laws of England* Band IV, 352 (S. 359) – vermutlich häufig ohne es zu wissen. Dieser vierte Band enthält jedoch keineswegs nur Ausführungen zu prozessrechtlichen Fragen wie der Unschuldsvermutung und dem hier eigentlich angesprochenen Standard des „beyond reasonable doubt“, also der richterlichen. Auf dem Umweg des Prozessrechts und der Frage der Beweisbarkeit macht *Blackstone* zugleich Ausführungen zur Zurechnung und zum Vorsatz sowie an anderer Stelle zur Legitimation und Zielrichtung der Strafe, letzteres in intensiver Auseinandersetzung mit *Beccaria*.

Dabei sind zwei Dinge typisch für die traditionelle amerikanische Strafrechtsdogmatik – soweit diese Worte sich denn überhaupt in sinnvoller Weise zusammenfügen lassen.

---

der diskursive literarische Stil der Kommentare, der ein solches Werk stark von Glossaren oder Maximalisten unterschied, die Idee gefördert haben, dass dies der bessere Weg sei, um die prinzipientreue Rechtswissenschaft zu erklären“; AWB Simpson, "The Rise and Fall of the Legal Treatise" (1981) 48 U Chi L Rev 632, 658.

49 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 352.

50 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 343.

Durch das Verfassungsrecht stark und unmittelbar vorgeformt, spielt das Prozessrecht die eigentlich entscheidende Rolle. Aus der Struktur des Prozessrechts folgt häufig der Aufbau des materiellen Rechts und der einzelnen Tatbestände.

Dies führt zu einer bestenfalls aufgelockerten Systematik, die sich mit dem deutschen AT und BT nur beschränkt vergleichen lässt. Sie lässt auch vieles ungesagt und vage, was für uns schon aufgrund des Bestimmtheitsgebots zu definieren ist.

## 3. Vorsatz, Absicht, Wille und Fähigkeit zu Bildung eines unrechten Willens (Capacity / Unrechtsbewusstsein)

So steht denn auch seine oberflächliche Behandlung krimineller Absichten und deren Unterscheidung von kriminellen Handlungen im Einklang mit diesem mangelnden Interesse an allgemeingültigen Beweisstandards.

Wir sind gegenwärtig mit der Problematik konfrontiert, die der Beweis der subjektiven Tatsachen, der kognitiven und vor allem voluntativen Tatseite mit sich bringt. *Blackstone* hätte mit den „Raser-Fällen“ wohl keinerlei Probleme gehabt. Denn sowohl das Beweismaß als auch die Kategorisierung der subjektiven Tatseite hätte lediglich in sich kohärente und pragmatische Begründungen erfordert. Vergleichen wir gegenwärtige Bemühungen, den Vorsatz so zu definieren, dass er sich auch ohne eindeutige Indizien oder eine geständige Einlassung anhand von Wahrscheinlichkeitsabwägungen begründen lässt, so kann man durchaus eine Bewegung in Richtung *Blackstone*'scher Pragmatik konzedieren.

Stilprägend ist *Blackstone* auch insoweit für das US-amerikanische Strafrecht. Denn dieses arbeitet eben auch in weiten Bereichen mit bloßen Standards, welche sich im Rahmen der Entscheidung eines einzelnen Falles diesem anpassen lassen.

*Blackstones* Darstellung des Strafrechts beinhaltet keinen "allgemeinen Teil", er zitiert nicht einmal die *Maxime* "actus non facit reum nisi mens sit rea" – die Handlung macht nicht schuldig solange der Geist nicht schuldig ist.

Darüber hinaus bietet er zwar an verschiedenen Stellen, aber auch insgesamt nicht mehr als eine flüchtige Diskussion der subjektiven Voraussetzungen einer Straftat.

a) *Kriminelle Absicht*

Betrachtet man zum Beispiel seine aus heutiger Sicht unsystematischen Begründungen dafür, was mit „Zielrichtung oder Vorstellung des Todes des Königs“ als Voraussetzung der Strafbarkeit des Verrats (hier also Hochverrat) gemeint ist<sup>51</sup>: Lediglich private Gedanken, so bemerkt er, können nicht bestraft werden: „[ei]n Akt des Geistes...kann unmöglich unter irgendeine gerichtliche Erkenntnis fallen, es sei denn, es wird durch einen offenen oder offensichtlichen Akt demonstriert“.<sup>52</sup>

aa) *Vorsatzvermutung*

*Blackstone* sagt, es könne mit Blick auf den Hochverrat selbst bei Veröffentlichung von bloßen Gedanken nichts „Zweideutigeres und Zweifelhafteres geben als Worte“, und deshalb „sei es unvernünftig“, sie zum Beweis des Hochverrats heranzuziehen.<sup>53</sup> Dennoch, „[wenn] die Worte geschrieben werden, begründen sie eine bewusster Absicht“ und so sind es nicht mehr „die bloßen Worte...sondern der bewusste Akt, sie zu schreiben“, der den offensichtlichen Verrat darstellt.<sup>54</sup>

Natürlich werden ein zweideutiger Ausdruck oder Gedanke nicht dadurch eindeutig, dass sie geschrieben und veröffentlicht werden. *Blackstone* weicht schließlich der kategorialen Entscheidung aus und begnügt sich mit der Beobachtung, dass früher „Veröffentlichung...eine ausreichende weil offensichtliche Handlung“ dargestellt habe, um eine Anklage wegen Verrats zu tragen, aber „in letzter Zeit sogar das in Frage gestellt“ werde.<sup>55</sup> Von wem und mit welchem Ergebnis wird nicht ausgeführt. Auch hätte man erwarten können, dass eine systematische Begründung dafür geliefert wird, warum die Intention nicht bloß aus einer objektiv erkennbaren Handlung gefolgert werden kann. Dies geschieht nicht. Insofern bleibt *Blackstone* noch stark dem Gewohnheitsrecht verhaftet. Was so vielversprechend beginnt, als Argument, dass bloße Worte schlechte Beweise für Absichten sind, verwandelt sich in das Bemühen, eine Entscheidung von Fäl-

51 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 78.

52 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 79.

53 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 80.

54 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 80.

55 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 81.

len zu ermöglichen, das zwischen Rechtfertigung der alten Politik und Zweifel an der aktuellen diese bloß übernehmenden Rechtslage schwankt.

Auf diese Weise entsteht im Prinzip *prima vista* eine Vorsatzvermutung, welche sich mit den Grundsätzen des positiven Schuld nachweises schlecht verträgt. Eine Entwicklung, die auch heute wieder in der Diskussion ist, mit Blick auf schweigende Angeklagte und die Schwierigkeiten, die dies bereitet, ihnen den Vorsatz nachzuweisen, oder dem Argument zu begegnen, man habe auf einen guten Ausgang vertraut. Wenn uns dieser Ansatz *Blackstones* mit Blick auf die Nachweisprobleme vorsätzlichen Handelns als modern erscheint, so deshalb, weil wir zunehmend bereit zu sein scheinen, Kategorien und normative Prinzipien zugunsten von flexibleren Standards aufzugeben.

bb) *Vorsatzbeschränkung und Schutz der Beschuldigten*

*Blackstones* Ansatz ist aber eigentlich ein ganz anderer, tatsächlich dem Beschuldigten sehr dienlicher. Zu sehen sind seine Überlegungen vor dem Hintergrund der Abschaffung der Sondergerichte, insbesondere der berüchtigten „Star Chamber“, zugleich sind sie auch eine Abkehr von der Folter. Gerade Folter war bis dahin das zentrale Beweismittel dieser Institutionen, um die subjektive Tatseite „nachzuweisen“. Die Konzentration auf objektive Gegebenheiten hat daher auch durchaus ein Element des Schutzes der Beschuldigten vor der Folter.

Auch materiell führt der Ansatz in einer wichtigen Hinsicht zu einer massiven Beschränkung des Bereichs der strafbaren Verhaltensweisen. Denn er sagt, der bloße Gedanke könne nicht strafbar sein. Das bedeutet, dass jede bloße gedankliche Sozialisierung mit fremden Taten nicht strafbar ist. Damit wird ein erheblicher Bereich der sog. „second prongs“<sup>56</sup>, ins-

56 Sehr anschaulich, allerdings unterkomplex dargestellt in den Materialien des National Paralegal College: „In its most basic sense, a conspiracy is simply an agreement between two or more people to commit a crime. However, there are several requirements that must be met in order for a defendant to have actually committed the crime of conspiracy. The first requirement is the men's rea requirement which actually has two prongs. The first prong is that the defendant must have actually intended to agree to commit a crime. The second prong is that the defendant must have intended to accomplish the objective of the conspiracy when he entered into the agreement. In other words, in order for the men's rea requirement to be satisfied, the defendant must intend to form an agreement with others to commit a crime and, at the time the defendant made the agreement, he must have intended to do what he would need to do in order to bring about the objec-

besondere im Umfeld der „Conspiracy“<sup>57</sup>, erfasst. Gemeint ist damit die innerliche Solidarisierung mit der Tat. Allein der Wunsch nach einem bestimmten Erfolg könne nach *Blackstone* niemals zur Strafbarkeit führen und auch nicht den Rückschluss auf den „first prong“, die Verabredung, ermöglichen. Insoweit ist *Blackstone* deutlich restriktiver als das heutige amerikanische Strafrecht. Erforderlich ist für *Blackstone* immer, dass der Wille zur Solidarisierung sich durch eine äußerlich erkennbare Verhaltensweise verkörpert.

#### b) Missgeschick

Auch in seiner Behandlung von Mord durch Missgeschick, also einer der vielen Erscheinungsformen der Fahrlässigkeit im Common Law, konzentriert sich *Blackstone* auf die Frage der Vermutung von Schuld, ohne sich mit allen Problemen zu befassen, die sich daraus ergeben könnten und ohne die Friktionen zu seiner berühmten These des „beyond reasonable doubt“ zu thematisieren, die auch als eine frühe Erscheinungsform der Unschuldsvermutung angesehen wird.

Im Gegenteil, ganz im Geiste des Common Law behauptet er, das Gesetz „leg(e) einen so hohen Wert auf das Leben eines Menschen, dass es im-

---

tive of the conspiracy (ie. the commission of the crime) as well. Please note that, many times, the prosecution will prove the requisite intent by showing that the defendant had a stake in the venture he was planning with his co-conspirators. In other words, the prosecution can prove intent by demonstrating that the defendant was going to benefit, either financially or otherwise, if the object of the conspiracy was successfully carried out. This allowance is, of course necessary, as it would be almost impossible to actually show what was going through the defendant's mind at any given time. Therefore, circumstantial evidence is allowed, and indeed is prevalent, when trying to prove the state of mind of a defendant.” See *Direct Sales Co. v. United States*, 319 U.S. 703 (1943).

There is some debate as to whether or not a defendant can be convicted for conspiracy if he did not know that what he was conspiring to do was illegal. Some jurisdictions do not criminalize a conspiracy unless the defendant knew that the object of the conspiracy was a crime. However, other jurisdictions hold that, since ignorance of the law is generally not a defense to a criminal charge, conspiracy is no exception and a defendant can be guilty of a conspiracy to commit an act even though he did not know that the act was a crime. See *People v. McLaughlin*, 111 Cal. App. 2d 781 (1952), <https://lawshelf.com/courseware/entry/conspiracy>, zuletzt abgerufen am 27.7.2019.

57 Ausführlich *Momsen/Washington*, ZIS 2019, 182 ff, 243 ff.

mer ein Fehlverhalten der Person vermutet, welche das Leben einem anderen nehme“.

Deshalb setze es „[i]m Falle eines Missgeschicks Fahrlässigkeit oder zumindest einen Mangel an ausreichender Vorsicht bei dem voraus, der so unglücklich war, die Tat zu begehen; und der daher nicht ganz fehlerfrei ist.“<sup>58</sup>

Wenn, hier so führt *Blackstone* aus, "alle mutmaßlichen Beweise für ein Verbrechen nur zurückhaltend zugelassen werden sollten", damit eine unschuldige Person nicht verurteilt werde<sup>59</sup>, verfolge das Gesetz zwar auch insoweit den Grundsatz, dass bei der Annahme von Beweisen für belastende Tatsachen generell Vorsicht geboten sei, es gebe aber zugleich auch den Hinweis darauf, dass diese Zurückhaltung sich nicht auf Vermutungen über den Willen des Angeklagten erstrecke. „Bei jeder Tötung“, bemerkt *Blackstone*, „wird vermutet, dass der Täter bösen Willens ist, bis das Gegenteil als bewiesen erscheint.“<sup>60</sup>

Die Bereitschaft, bei bestimmten als schwerwiegend empfundenen und (subjektiv) schwer beweisbaren Taten, die dogmatisch kohärente und kategorial treue Begründung zu suspendieren und zu nivellieren, um sie den faktischen forensischen Möglichkeiten und der für notwendig gehaltenen Bestrafung des Verursachers anzupassen, ist in gewisser Weise typisch Common Law – sie ist aber auch erschreckend modern. Dass durch derartige Verschiebungen aus der Unschuldsvermutung eine Schuldvermutung wird, sagt *Blackstone* immerhin ganz offen. Es scheint aber auch sein an der älteren vorsystematischen Tradition geschultes rechtswissenschaftliches Gewissen nicht sonderlich zu belasten. Möglicherweise sah er auch schlicht ein Überwiegen der positiven Aspekte im Hinblick auf den Verzicht auf Folter. Auch diese Tradition findet sich in der heutigen amerikanischen Strafgesetzgebung und Praxis wieder, namentlich in der sog. „Felony Murder Rule“.<sup>61</sup>

---

58 *William Blackstone*, Kommentare, Band 4, 186–7. Ebenso hat "ein Mann, der einen anderen tötet", einen Teil der Schuld, denn "das Gesetz beabsichtigt, dass der Streit oder Angriff aus einem unbekanntem Unrecht entstand".

59 *William Blackstone*, Kommentare, Band 4, 352.

60 *William Blackstone*, Kommentare, Band 4, 201.

61 The felony murder rule is a rule that allows a defendant to be charged with first-degree murder for a killing that occurs during a dangerous felony, even if the defendant is not the killer. The felony murder rule applies only to those crimes that are considered "inherently dangerous," as the rationale underlying the felony murder rule is that certain crimes are so dangerous that society wants to deter individuals from engaging in them altogether. Thus, when a person participates in

c) Generelle Vermutung eines Verbrechens – und individuelle Wiederlegung

Eine weitere Möglichkeit, die subjektiven Voraussetzungen einer Straftat zu definieren – aber auch forensisch festzustellen, scheint sich zu ergeben, wenn *Blackstone* die generelle Notwendigkeit betont, „die Intention“ für verschiedene Verbrechen zu ermitteln. Aber mit diesem Satz stellt er lediglich heraus, dass die Anklage zumindest die Adverbien verwenden muss, welche „die eigentliche Handlung zum Ausdruck bringen“ (z.B. „einbrechend“ für einen Einbruch). Dass die damit eigentlich verbundene Handlungsintention des Täters schwierige Fragen aufwerfen kann, wird nicht weiterverfolgt. Selbst bei der Untersuchung des „animus furandi“ – der Diebstahlsabsicht, die zum Nachweis eines Diebstahls erforderlich sei, geht *Blackstone* nur so weit, fallbezogen zu erklären, wann die Absicht nicht vermutet werden kann: „Die bloße Nichtlieferung [von Gütern durch einen Spediteur] soll“ natürlich nicht (automatisch) auf ein Verbrechen weisen, da dies auch durch eine Vielzahl von bloßen Unfällen begründet sein kann.<sup>62</sup>

Kurz gesagt, es reicht ihm aus, zu erklären, wie bzw. in welchen Fällen das Strafrecht bislang Annahmen über Geisteszustände getroffen hat, anstatt diese präjudiziellen Doktrinen einer systematischen Prüfung zu unterziehen, die durch Vergleich und Angleichung die Bildung einer abstrakten dogmatischen Kategorie ermöglicht.

d) „mens rea“ und „capacity“

Soweit *Blackstone* die „mens rea“ darlegt, behandelt er sie als eine Frage der „Capacity“, die sich eigentlich am ehesten mit „Unrechtsbewusstsein“ in

---

an inherently dangerous crime, he or she may be held responsible for the fatal consequences of that crime, even if someone else caused the actual death.

The felony murder rule is an exception to the normal rules of homicide. Normally, a defendant can be convicted of murder only if a prosecutor shows that the defendant acted with the intent to kill or with a reckless indifference to human life. Under the felony murder rule, however, a defendant can be convicted of murder even if the defendant did not act with intent or a reckless indifference; the prosecution must show only that the defendant participated in a felony where fatalities occurred, vgl. <https://www.justia.com/criminal/offenses/homicide/felony-murder/>, zuletzt abgerufen am 29.7.2019.

62 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 230.

eine Kategorie des deutschen Strafrechts übersetzen lässt, aber bei *Blackstone* kategorial auch den Vorsatz umfasst.

Im zweiten Kapitel (über "die Personen, die in der Lage sind, Verbrechen zu begehen") legt er dar, dass alle Personen strafrechtlich verfolgt werden können, es sei denn, es liege ein "Mangel oder Defekt des Willens" vor.<sup>63</sup>

Präziser ausgedrückt sagt *Blackstone*, dass eine Verurteilung einen „bewussten Willen“ erfordere, wobei zu beachten sei, dass „eine offenkundige Handlung oder ein offensichtlicher Beweis für ein beabsichtigtes Verbrechen erforderlich sei, um diese Verderbtheit des Willens zu demonstrieren.“<sup>64</sup>

Für moderne Leser mag diese Formulierung nahe legen, dass die Anklage Beweise für die Absicht bzw. „den bösen Willen“ vorlegen muss, aber *Blackstone* geht davon aus, dass die von ihm so bezeichnete Boshaftigkeit von der Handlung selbst unterschieden werden kann – das heißt, dass eine offensichtliche kriminelle Handlung genau der Beweis ist, der den Geisteszustand des Handelnden offenbart. George *Fletcher* hat bereits darauf hingewiesen, dass hier anders als in der deutschen Strafrechtsdogmatik die forensischen Möglichkeiten des Beweisrechts den Rahmen für die materiellrechtliche Dogmatik vorgeben. Er bezeichnete dies als ein Kennzeichen und zugleich eine zentrale Schwäche des US-amerikanischen Strafrechts.<sup>65</sup>

Diese Capacity dient als primärer Rahmen für die Beschreibung der mens rea im Sinne des Vorsatzes. So unbefriedigend es dogmatisch ist, das Problem wurde genau auf diese Weise von *Hale* und *Hawkins* behandelt und *Blackstone* folgt ihnen hier schlicht. (S. 68)

Tatsächlich, so führt Simon *Stern* in seiner Analyse<sup>66</sup> aus, stellt *Hale* die Begründung für vorsätzliches Handeln, die *Blackstone* als selbstverständlich hinzunehmen scheint, sogar vollständiger dar: "Der Mensch ist natürlich mit diesen beiden großen Fähigkeiten, dem Verständnis und der Willensfreiheit, ausgestattet und ist daher ein Subjekt", gegen das strafrechtliche Sanktionen rechtmäßig verhängt werden, wenn er einem Gesetz nicht ge-

---

63 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 20.

64 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 21.

65 George P. *Fletcher*, Rethinking Criminal (1978) ch 3; N *Lacey*, "Auf der Suche nach dem Verantwortlichen: Geschichte, Philosophie und Sozialwissenschaften in der Strafrechtstheorie" (2001) 64 MLR 350, 361–2.

66 Simon *Stern* a.a.O. (Fn. 11), S. 62 ff., <http://www.lawlib.utoronto.ca/bcl/crimweb/web1/foundational.html>.

horcht, "das er in Bezug auf diese beiden großen Fähigkeiten zu befolgen vermag".<sup>67</sup>

Diese oft von Strafrechtstheoretikern zitierte Aussage beschreibt das strafbare Subjekt und legt die Gründe für das Subjektsein wesentlich konkreter und trennschärfer dar als *Blackstone*. *Hale* betrachtet nachfolgend bestimmte Situationen, in denen diese Fähigkeiten fehlen, Kindheit, Wahnsinn, Fehler und Unfall sowie interessanterweise auch Personen, deren rechtlicher Status sie des unabhängigen Willens beraubt oder die unter Zwang, Drohung oder Notstand handeln. *Blackstone* folgt genau dem gleichen Muster, sieht dies aber nicht als Möglichkeit, eine Darstellung der Persönlichkeit und deren subjektiver Konstitution im kriminellen Kontext anzubieten. Hier unterlässt er sogar einen Querverweis auf die Darstellung *Hales*.

Der relative Unterschied zwischen *Blackstone's* Ansatz und *Hale's* besteht darin, dass sich zwar beide auf die Capacity konzentrieren, *Blackstone* aber in Bezug auf die von ihm sogenannten offensichtlichen Handlungen und böartigen Absichten die Absicht stärker in den Vordergrund rückt. Wie gezeigt, fällt er aber schnell wieder auf die für den Vorsatz weniger trennscharfe Capacity zurück. Als Mittel, um eine Absicht zu festzustellen, mag *Blackstones* "offener Beweis für ein beabsichtigtes Verbrechen" heutzutage zu dünn erscheinen, erst recht, um eine plausible Vorstellung vom erforderlichen "bewussten Willen" aufrechtzuerhalten.

Aber mit seiner weichen Formel bietet *Blackstone* ein Mittel, um die Funktion der Absicht im weiteren Verlauf dieses Kapitels und im gesamten Band darzulegen, ohne dass es zu Friktionen kommen oder – jedenfalls aus seiner Sicht – Differenzierungsbedarf bzw. die Notwendigkeit der präziseren Kategorienbildung entstehen würde. Beide Autoren sind sich einig, dass ein Fehler des Willens eine Person der Fähigkeit beraubt, eine böartige Absicht zu bilden. Umgekehrt sehen wir, dass aus *Blackstones* Sicht die Absicht nichts anderes als eine Frage der Capacity ist, denn der Geisteszustand des Angeklagten kann immer aus der Tat abgeleitet werden, es sei denn, die Person kann keine böartige Absicht bilden (oder handelt unter Zwang, so dass ihre Fähigkeit, eine Absicht zu bilden, irrelevant ist). Das Ganze entspricht näherungsweise einem zweistufigen, nur aus einheitlicher Tatbestandsmäßigkeit und möglichen Gründen für den Ausschluss der Capacity bestehenden Straftaufbau.

67 *Hale* (n 10) Band 1, 14.

Dass mit dieser – im Grunde genommen zirkulären – Formel den Gerichten praktisch freies Ermessen gegeben wird, eine mens rea zu begründen, sofern keine Ausnahmetatbestände vorliegen, ist offensichtlich.

Und tatsächlich wird so auch die Unschuldsvermutung wesentlich relativiert. In unserem Straftatsystem, lässt der Satz „die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit“, die Unschuldsvermutung unberührt. Der Satz „die Verwirklichung des objektiven Tatbestands indiziert das Vorliegen von Vorsatz“ verkehrt sie in ihr Gegenteil. Es sei denn, man wollte den Vorsatz nicht mehr als subjektive Tatsache, die den prozessual einheitlich normierten Beweisanforderungen unterliegt, begreifen.

Wo *Hale* schreibt, dass jeder mit ausreichendem Verständnis die Fähigkeit hat, dem Gesetz zu gehorchen, fügt *Blackstone* einfach hinzu, dass die Verletzung des Gesetzes daher den erforderlichen Grad an Absicht offenbare. Eine eindeutige Verkehrung der Begründungslast.

Dementsprechend ist für *Blackstone* auch keine allgemeine Darstellung von mens rea im Sinne eines "Allgemeinen Teils", der zwischen den Graden der schuldhaften Intention unterscheidet, erforderlich. Denn "offensichtliche Beweise für eine beabsichtigte Straftat" reichen immer aus, um einen böartigen Willen zu zeigen, es sei denn, diese Annahme kann aufgrund des Status des Angeklagten widerlegt werden. Und der zentrale offensichtliche Beweis ist eben in den meisten Fällen die Begehung der Tat in objektiver Hinsicht.

Zu konzedieren ist, dass *Blackstone* dennoch über eine bloße statusbasierte Sichtweise der mens rea hinauszugehen scheint, indem er Irrtum und Unfall als mögliche Ausschlussgründe einbezieht. Dann aber hätte er die Tür für die sich daraus zwingend ergebenden komplizierteren Fragen öffnen können – z.B. ob der Irrtum vernünftig sein muss oder ob eine Tat als Unfall betrachtet werden sollte, wenn das Risiko eines Schadens offensichtlich war.

Aber diese Fragen fehlen in *Blackstones* Darstellung. Er erwähnt sie als Punkte auf einer Liste der Handlungsweisen und des Willens, die vielleicht nicht übereinstimmen, aber sie erscheinen als flüchtige Überlegungen, die, wie *Stern* es bildhaft formuliert, „zwischen den vollständigeren und plastischeren aus dem Common Law bekannten Figuren des Säuglings, des Verrückten und der (unverheirateten) Frau als Subjekt ohne eigene Rechte wie in einem Sandwich eingeklemmt sind.“<sup>68</sup>

Tatsächlich geht es bei *Blackstones* intensivster Untersuchung kognitiver Zustände denn auch um prozessuale Fragen der Verzögerung des Rechts-

68 *Simon Stern* a.a.O. (Fn. 11), S. 69.

verfahrens für Personen, die nach Begehung eines Verbrechens, aber vor der Anklage, oder während des Prozesses, oder nach der Verurteilung geistig inkompetent werden.<sup>69</sup>

Die Kompetenz, vor Gericht zu stehen (und verurteilt zu werden), definiert somit die Capacity und letztlich die mens rea. Wie mehrfach angedeutet, ein geradezu erschreckend moderner Ansatz.<sup>70</sup>

#### e) Capacity und „Verbrechen der List“

*Blackstone* macht also die Capacity zum Prüfstein der Untersuchung und überträgt die Erwägungen, die er im Rahmen der genaueren Analyse der "Verbrechen der List" (die den zivilen Gerichten des Common Law übertragen worden waren), auf das Modell der "manifesten Kriminalität" in Verbindung mit den "Gewaltverbrechen", die er unter der Rubrik der Anträge der Krone behandelt. Im Umkehrschluss werden die Schlüsse, die sich aus objektiven Tatumständen ziehen lassen, in seinem Modell auch auf die Verbrechen der List angewendet: Auch für diese Verbrechen könne ein Gericht "die Absichten des Geistes nicht anders ergründen, als sie sich durch äußere Handlungen zeigen."<sup>71</sup>

Letztlich beraubt diese *Blackstone*'sche Formel die subjektive Seite der mens rea ihrer eigentlichen Inhalte. Aber in der Zeit *Blackstones* waren "die institutionellen Mechanismen, die notwendig sind, um die subjektive Verantwortung in einem Strafverfahren zum Beweisobjekt zu machen, noch nicht vorhanden – eben so wenig vorhanden war das Bewusstsein dafür, dass dies ein drängendes praktisches oder ethisches Problem sein

69 W Schwarzstein, Kommentare, Band 4, 24–5, Simon Stern a.a.O. (Fn. 11), S. 69.

70 Auch heute noch verfahren US-amerikanische Strafgerichte häufig auf der Basis dieser Grundsätze: Vgl. *People v. Johnson*, Docket: A149394 (First Appellate District), Opinion Date: May 10, 2019, Judge: Streeter -

A jury convicted Johnson of rape of an intoxicated person (Pen. Code 261(a)(3)) and the trial court sentenced him to eight years in prison. The court of appeal affirmed, rejecting an argument that the statute defining the crime of rape of an intoxicated person is unconstitutionally vague and improperly permits conviction without a finding of intent or criminal negligence. The court also upheld the jury instructions, rejecting Johnson's argument that a defendant's belief in the capacity to consent, whether or not that belief was reasonable, is a defense to the charged crime. The court found that any prosecutorial misconduct in mentioning Johnson's prior drug conviction or in Johnson's cross-examination was harmless error and that upheld the trial court's evidentiary rulings.

71 William *Blackstone*, Kommentare, Band 4, 21.

könnte".<sup>72</sup> Und nochmals sei betont, dass aus eben diesen Gründen ein Beharren auf dem unabhängigen Beweis der subjektiven Tatseite allzu leicht ein Festhalten an der Folter aus Beweismittel bedeutet hätte. Denn weder waren die Gerichte, häufig auch aus Laien zusammengesetzt, in Vernehmungstechniken oder psychologisch geschult, noch standen bspw. Sachverständige zur Verfügung. In einer Situation aber, in der es außer u.U. widersprüchlichen Zeugenaussagen kaum Beweismittel zur Verfügung standen, um als Indizien Rückschlüsse auf die subjektive Tatseite zu erlauben und schon gar keine wissenschaftlichen Methoden, um die Validität dieser Indizien zu überprüfen – in einer solchen Zeit ist eine Regel-Ausnahmevermutung wie von *Blackstone* postuliert, jedenfalls die bessere Alternative als der Beweis durch Folter. Das darf allerdings nicht den Blick dafür trüben, dass heute wesentlich bessere Beweismittel und Mittel zu ihrer Überprüfung zur Verfügung stehen. Der indizielle Beweis der subjektiven Tatseite mag zwar vielfach mühsam sein, aber er ist grundsätzlich in einer menschwürdigen Weise möglich.

#### V. *Blackstone* im aktuellen amerikanischen Diskurs

*Blackstone* wird im US-amerikanischen Diskurs schon früh und bis heute rezipiert. Erst jüngst ist die Auseinandersetzung um seine grundlegende Bedeutung für das US-amerikanische Strafrecht im Rahmen von drei Artikeln im Harvard Law Journal wieder aufgeflammt. Streitpunkt die oben zitierte *Blackstone*'sche Formel, die im Kontext lautet:

*„The doctrine of evidence upon pleas of the crown is, in most respects, the same as that upon civil actions. There are however a few leading points, wherein, by several statutes and resolutions, a difference is made between civil and criminal evidence...“*

***All presumptive evidence of felony should be admitted cautiously: for the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffers. And sir Matthew Hale in particular... lays down two rules, most prudent and necessary to be observed: 1. Never to convict a man for stealing the goods of a person unknown, merely because he will give no account how he came by them, unless an actual felony be proved of such goods: and, 2. Never to convict any person of murder or manslaughter, till at least the body be found dead; on account of two instances he mentions, whe-***

72 N Lacey, "Psychologisierende Jekyll, Dämonisierender Hyde: Der seltsame Fall von strafrechtlicher Verantwortung" (2010) 4 Crim L & Phil 109, 118.

*re persons were executed for the murder of others, who were then alive, but missing*".<sup>73</sup>

Die Kritik entzündet sich im Wesentlichen daran, ob das *Blackstone* zugeschrieben Kosten-Nutzen Prinzip heute noch Geltung beanspruchen kann, *Epps* verweist auf die geringe Quote von Fehlurteilen und die Vielzahl von Strafen unterhalb der Todesstrafe. Ein unerwünschter Nebeneffekt dieses Prinzips sei, dass es die Begehung von Straftaten de facto fördere. Schließlich entspreche die Realität, in welcher über 90 % aller Verfahren mit Absprachen endeten, nicht mehr derjenigen der Zeit *Blackstones*, als die Verfahren von Grand Jurys entschieden worden seien<sup>74</sup>, an welche die Worte *Blackstones* auch gerichtet waren.

Während der letzte Punkt nicht ernsthaft bestritten werden kann und die US-amerikanischen Doktrinen des „reasonable doubt“ und der „presumption of innocence“ vor so massive Probleme stellen, dass vielfach von einem systeminhärenten Kollaps die Rede ist, werden die anderen Argumente zum Teil wütend attackiert. Eine abgewogene Replik von *Bronsteen*

73 William *Blackstone*, Kommentare Bd. 4, \*350–52. Vgl. *Epps*, The Consequences of Error in Criminal Justice, HarvardLR Vol 128, S. 1067 ff., 1077 ff.: The principle was also well known across the Atlantic. In 1693, Increase Mather, a leading figure in the Massachusetts Bay Colony, published a book critical of the Salem Witch Trials. One of his objections was that authorities had not required sufficient proof before executing the alleged witches, for “[i]t were better that Ten Suspected Witches should escape, than that one Innocent Person should be Condemned.” (INCREASE MATHER, CASES OF CONSCIENCE CONCERNING EVIL SPIRITS 66 (Boston, Benjamin Harris 1693). The maxim was familiar to the framing generation. John *Adams*, in defending the British soldiers charged with murder in connection with the event known as the Boston Massacre, urged the jury to look to “the rules laid down by the greatest English Judges, who have been the brightest of mankind; We are to look upon it as more beneficial, that many guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should suffer.” (3 LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 242 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965). Similarly, Benjamin *Franklin* wrote in a letter: “That it is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer, is a maxim that has been long and generally approved; never, that I know of, controverted.” (Letter from Benjamin *Franklin* to Benjamin *Vaughan* (Mar. 14, 1785), in 11 THE WORKS OF BENJAMIN FRANKLIN 11, 13 (John *Bigelow* ed., 1904).

74 *Epps*, The Consequences of Error in Criminal Justice, HarvardLR Vol 128, S. 1067 ff.

und *Masur*<sup>75</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass von einer kriminalitätsfördernden Wirkung nicht die Rede sein kann.

Schärfer fällt die Entgegnung *Laura Applemans*<sup>76</sup> aus. Die Frage sei, welche Auswirkungen habe das *Blackstone*-Prinzip wirklich auf das Strafrechtssystem? Anders gefragt, haben die Ergebnisse des *Blackstone*-Prinzips einen Einfluss auf die schnelle und schmutzige Welt des tatsächlichen kriminellen Alltags?

*Epps* würde ja sagen, und ich würde in begrenztem Umfang zustimmen. Mantras haben Macht. Aber man unterscheidet sich schon im Grundsatz, welcher philosophische Ansatz zur Regelung des Strafrechtssystems am besten geeignet sei. *Epps* beschäftige sich mit den Nettokosten, Systemfehlern, der Asymmetrie der Verfahrensparteien und den sozialen Kosten von Fehlentscheidungen und Verurteilungen. Im Gegensatz dazu gehe es *Appleman* mehr um die Behandlung der Angeklagten, der Schuldigen oder Unschuldigen, während des gesamten Prozesses. Die Gewährleistung einer prozessualen Gerechtigkeit für alle Angeklagten, von der Verhaftung bis zur Freilassung (und darüber hinaus), sollte das Hauptziel der Strafrechtsreform sein, um dem vollständigen Zusammenbruch der amerikanischen Strafjustiz entgegenzuwirken.<sup>77</sup>

Letztendlich solle man sich mit dem amerikanischen System der schnellen Annahme von Schuld, den rassen- und klassenbedingten Ungleichbehandlung und der harten Mindeststrafen immer noch eine zumindest kleine Asymmetrie wünschen, die die Angeklagten begünstigt, auch diejenigen, die schuldig seien. Tatsächlich leben wir vielleicht nicht mehr in einer Welt *Blackstones*, in der die strafrechtliche Verurteilung automatisch dem Tod gleichkommt, aber wir leben immer noch in einer Welt, in der die strafrechtliche Verurteilung oft das finanzielle Ende, Entrechtung und gesellschaftliches Exil bedeutet. Obwohl *Epps* diese geradezu „böartige“ Macht der strafrechtlichen Verurteilung anerkenne, scheine sein Glaube, dass die Schaffung von mehr Verfahrensgerechtigkeit im Sinne gleicher Schutzrechte dazu beitragen würde, einige Ungleichheiten der strafrechtlichen Verfolgung zu beseitigen, naiv.

Die Strafrechtslehre – und zwar die Strafrechtspflege als Ganzes – existiere nicht in einem Vakuum. *Epps* habe zwar Recht, dass selbst kleine phi-

75 *Bronsteen/Mazur*, The Overlooked Benefits of the Blackstone Principle, Harvard Law Review Forum, 128, S. 289 ff.

76 *Appleman*, A Tragedy of Errors: Blackstone, Procedural Asymmetry and Criminal Justice, Harvard Law Review Forum, 128, S. 91 ff.

77 William J. *Stuntz*, The Collapse of American Criminal Justice, Harvard (2011), 1–2, 285 ff.

losophische Veränderungen langfristig große Auswirkungen haben können.<sup>78</sup>

Nun gehört diese Auseinandersetzung eigentlich nicht zum Thema der Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen. So wie dieses *Blackstone*'sche Prinzip – es gibt deren mehrere, wie auch eine sogenannte „*Blackstone*'sche Vermutung“ – eigentlich prozessualer Natur ist, hat es doch ganz erhebliche Auswirkungen auf seine Konzeption der Tatbestände. Denn im Sinne des Common Law richten sich die Voraussetzungen der materiellen Straftatbestände im Gedankengebäude *Blackstones* ganz wesentlich nach der prozessualen Beweisbarkeit. Was nicht bewiesen werden kann, ist nach *Blackstone* nicht geeignet ein Kriterium der Strafbarkeit zu sein. Hier unterscheiden sich traditionelle amerikanische und deutsche Grundkonzeptionen fundamental. Allerdings finden, wie sich zeigen wird, in beide Richtungen Annäherungen und Systembrüche statt. Daher ist *Blackstone* auch für uns von Interesse.

Die geradezu klassisch utilitaristische Kritik betrifft aber mittelbar auch die Leistungsfähigkeit seines Straftatsystems. Denn eine Veränderung des prozessualen Beweisrechts würde in diesem System geradezu zwingend auch eine Neujustierung von Tatbeständen nach sich ziehen. Dieser Ansatz scheint mir übrigens aktuell in Deutschland geradezu in Mode zu kommen – ohne Reflektion *Blackstones*, versteht sich.

Die Reflektion aber würde der gegenwärtigen kriminalpolitischen Debatte guttun. Denn, wie sich zeigen wird, spricht *Blackstone* vieles ganz unverblümt aus, was moderne Ansätze gelegentlich leugnen oder zumindest nicht in den Vordergrund rücken. So ist bspw. die utilitaristische Kritik *Epps* mit den Entgegnungen der Kritiker hochinteressant im Rahmen der Diskussion um die sog. „Gefährder“, die derzeit in Deutschland geführt wird. Dabei muss man sich bewusst machen, dass diese Kritik gerade voraussetzt, dass es keine Trennung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gibt. Prävention gewinnt dann eine andere Bedeutung. Die Kritik *Applebaums* zeigt deutlich nicht nur die Gefahren für die Unschuldsvermutung, sondern weitergehend für das Ziel der Resozialisierung und damit verbunden die alternativen Strategien zu Bestrafung und Freiheitsentzug auf. Für *Blackstone* spielten diese Punkte in seiner Zeit natürlich keine vergleichbare Rolle. Daher stellt sich die Frage, wie „modern“ einige Reformideen wirklich sind. Wichtig ist darüber hinaus die Einbettung in das konstitutionelle Recht des anglo-amerikanischen Rechtskreises.

78 Ganz im Stile *Blackstones*, zitiert *Applebaum* hier das Deuteronomium 16:20, Harvard Law Review Forum, 128, S. 97.

## VI. Fazit

William *Blackstones* Commentaries gehören zu den grundlegenden Texten der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft und -kultur. Er hat wesentlich die US-amerikanische Einstellung der besonderen Begründungsbedürftigkeit staatlicher Beschränkungen der Handlungsfreiheit, insbesondere der Meinungsfreiheit geprägt, in der Form die Madison dem 1st Amendment gegeben hat. Seine Determinierung des materiellen Rechts durch das Verfahren und insbesondere dessen tatsächlicher Praxis war ebenso stilbildend wie der Versuch der Kategorisierung von Delikten und Rechtsproblemen. Bis heute erhalten hat sich die von ihm mitbegründete Form eines Präjudizienrechts, das an einzelne Kategorien von Rechtsfragen anknüpft. Die daraus resultierende Weite von Tatbeständen, die relativ geringe Bedeutung eines „Allgemeinen Teils“ sowie vergleichsweise geringe Verbindlichkeit des materiellen Rechts – anders ausgedrückt, dessen weitgehende Öffnung für eine im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden stehende Anwendung einzelner Tatbestände geht auch auf *Blackstone* zurück.

Beiträge zum Strafrecht –  
Contributions to Criminal Law

herausgegeben von

Prof. Dr. Jochen Bung, Universität Hamburg

Prof. Dr. Christoph Burchard,  
Goethe-Universität Frankfurt

Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Tübingen

Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität Leipzig

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Tobias Reinbacher,  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski, Universität zu Köln

Band 9

Frauke Rostalski (Hrsg.)

## Grundlagen und Konzepte des Strafrechts

Zur Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen



Nomos