

GERECHTIGKEIT

herausgegeben von
Gert Melville
Gregor Vogt-Spira
Mirko Breitenstein

**ELEKTRONISCHER
SONDERDRUCK**



2014

BÖHLAU VERLAG KÖLN WEIMAR WIEN

INHALT

VORWORT ZUR REIHE:

- 7 Europäische Grundbegriffe, Leitmotive des Strebens nach Vollkommenheit

VORWORT ZUM BAND:

- 11 Gerechtigkeit. Konzepte und Praktiken eines europäischen Grundbegriffs im Wandel

I. ANTIKE

KARL-JOACHIM HÖLKESKAMP

- 17 Einleitung

ARBOGAST SCHMITT

- 25 Gerechtigkeit als Recht zur Selbstverwirklichung bei Platon

GREGOR VOGT-SPIRA

- 40 „Ehrenhaft leben – niemanden verletzen – jedem das Seine gewähren“.
Der Gerechtigkeitsdiskurs in Rom zwischen Tradition, Ethik und Recht

MARTIN JEHNE

- 58 Gerechtigkeitskonkurrenzen in der politischen Praxis der römischen Republik

II. MITTELALTER

ROBERTO LAMBERTINI

- 77 Einleitung

MIRKO BREITENSTEIN

- 80 Die Begründung der besten Ordnung. Gerechtigkeitskonzeptionen im Mittelalter

BERND SCHNEIDMÜLLER

- 97 Gerechtigkeit und politische Praxis im Mittelalter zwischen Konsens und Transzendenz

III. FRÜHE NEUZEIT

MIRKO BREITENSTEIN

- 115 Einleitung

- BERNHARD HUSS
117 Gerechtigkeitskonzeptionen in der Frühen Neuzeit
- GIANCARLO ANDENNA
136 Formen des privaten Rechts. Schiedssprüche im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben Norditaliens im Übergang zur frühen Neuzeit

IV. AUFKLÄRUNG

- GEORG KOHLER
155 Einleitung
- EDOARDO TORTAROLO
161 Aufgeklärte Gerechtigkeit. Einheit der Vernunft und Vielfalt der Lebensformen
- JOACHIM EIBACH
174 *Iustitia* im Zeitalter der Aufklärung: Diskurs und Verfahren

V. MODERNE

- FRIEDRICH WILHELM GRAF
193 Einleitung
- HANS VORLÄNDER
199 Gerechtigkeiten im Theoriediskurs der Gegenwart
- HOLGER LENGFELD
219 Von der Ergebnisgleichheit zur Chancengleichheit?
Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung der Gegenwart im Wandel
- GERHARD AMEND
233 Gerechtigkeit kann man nicht erwarten – nur ein Urteil

VI. DIE ISLAMISCHE WELT

- CARLOS RUTA
247 Einleitung
- TILMAN NAGEL
249 Gerechtigkeit und Vollkommenheit der irdischen Verhältnisse in islamischer Sicht
- 267 Register
- 270 Zu den Autoren

Joachim Eibach

IUSTITIA IM ZEITALTER DER AUFKLÄRUNG: DISKURS UND VERFAHREN

Bereits der Respekt gebietende Begriff *Iustitia* lässt alle Beteiligten wissen, dass es unter diesem Rubrum um nichts Geringeres als die Herstellung von Gerechtigkeit geht. Was jedoch ›Gerechtigkeit‹ eigentlich ist, erweist sich hier wie generell als voraussetzungsvoll, kontextabhängig und damit auch historisch veränderlich. Primär haben wir es mit einer moralisch-ethischen Kategorie zu tun, die als solche kaum ein Analyseinstrument und Maßstab für die historiographische Arbeit sein kann, ebenso wenig wie andere bedeutungsschwangere Konstrukte, zum Beispiel ›Wahrheit‹ oder ›Freiheit‹. Die Kategorie der ›Gerechtigkeit‹ kommt zudem – wohl bis heute – häufig mit einem gewissen Überschuss an Transzendenz daher. Aus guten Gründen vermeiden Historikerinnen und Historiker solche Begriffe bei ihren Analysen. Allerdings spielt ›die Gerechtigkeit‹ auch in einigen Quellengattungen als Referenzbegriff eine zentrale Rolle und ist für historische Akteure in vielen Situationen handlungsleitend. Verstanden als Sonde, mit der wir den Wandel von Diskursen, Verfahren und Praktiken der Vergangenheit untersuchen, wird ›Gerechtigkeit‹ attraktiv.

Kaum eine zweite Institution ist *sui generis* so prädestiniert für das Walten von ›Gerechtigkeit‹ wie die Justiz, sieht man einmal ab vom fürstlichen Landesvater und vom himmlischen Vater, die ja bekanntlich beide auch als Richter wirkten. Dabei zeigen bereits die aufgefächerten Diskussionen und Quisquilien der Juristen, die ab dem 18. Jahrhundert immer ausgefeilter werden, vor allem eins: Es war hochgradig – und wohl zunehmend – problematisch, den Leitwert ›Gerechtigkeit‹ vor Gericht in konkrete Rechtsnormen – mehr noch: in Form und Verfahren – zu gießen. Das Verhältnis zwischen Justiz als sehr irdische Form herrschaftlicher Organisation und ›Gerechtigkeit‹ als Tugend, Leitwert und Versprechen ist prekär. Denn die real existierende Justiz kann unmöglich vollkommen sein, schwerlich jedem ›gerecht‹ werden, obwohl dies nachdrücklich von ihr von allen Beteiligten erwartet wird. Am Ende eines Prozesses muss jedes Gericht ein Urteil sprechen, und es gibt dann zwangsläufig Unzufriedene, Verlierer, Verurteilte und Bestrafte.

Damit zum Ansatz dieses Artikels, in dem es vor allem um die Geschichte der Strafjustiz geht. Wenn das beanspruchte Etikett ›gerecht‹ zum Grundwert erklärt wird, ist es schon deshalb heikel und definitionsbedürftig, und es muss darüber immer wieder aufs Neue und ins Grundsätzliche gehend diskutiert werden. Dabei ändert sich durch Veränderungen von Gesellschaft und Herrschaft auch der Dis-

kurs über ›Gerechtigkeit‹. Möglicherweise intensiviert sich der Rekurs darauf in bestimmten Epochen oder aber er verliert irgendwann an Relevanz zugunsten von anderen Leitbegriffen. Zum anderen hat die Justiz aber aufgrund des latenten oder offenen Spannungsverhältnisses zwischen Gerechtigkeitsempfinden und Urteilspraxis ganz konkret dafür Sorge zu tragen, dass ihr *Procedere* bei den Adressaten ihres Handelns ›gerecht‹ erscheint und damit annehmbar ist. Sie muss also durch entsprechende Verfahrensweisen sicherstellen, dauerhaft soziale Akzeptanz zu erhalten. Als Kategorie hat soziale Akzeptanz nicht zuletzt den Vorteil, eher operationalisierbar und messbar zu sein als ›Gerechtigkeit‹. Im Diskurs vieler Zeitgenossen des 15. bis 18. Jahrhunderts waren allerdings ›gerecht‹ und ›ungerecht‹ zentrale Begriffe und semantisch erheblich weiter gefasst als bloße Einwilligung und Zustimmung. Mit einiger Sicherheit ist die Frühe Neuzeit als diejenige Epoche anzusehen, in der eine qua Recht festgelegte, formale Verfahrensgerechtigkeit sich langsam aus umfassenderen Gerechtigkeitsvorstellungen mit starken transzendentalen Bezügen herauschälte und – wenn man so will – emanzipierte, bis es dann irgendwann in erster Linie um ein *faïres* Verfahren ging. Diese älteren Semantiken und historischen Entwicklungen werden leicht übersehen, wenn man so wie John Rawls eine Theorie der Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft auf der Lehre vom Gesellschaftsvertrag aufbaut und damit explizit die Debatte der europäischen Aufklärer weiterentwickeln will.¹ »Gerechtigkeit« bzw. »Fairness« erscheint bei Rawls als ein unabdingbares Reservoir gemeinsamer Vorstellungen, als Konsens und Kitt, der die insgesamt säkular und westlich-demokratisch gedachte Gesellschaft zusammenhält.²

Um die ins Grundsätzliche gehenden Friktionen zwischen dem Anspruch der bzw. an die Justiz auf Vollkommenheit – d.h. hier: Gerechtigkeit – einerseits, ihrer Praxis und Funktion andererseits zu verdeutlichen, seien im Folgenden zwei Aspekte kurz skizziert.

1) Bereits zu Beginn der Frühen Frühneuzeit, also in der Hochzeit der Ständegesellschaft, versprach *Iustitia* allen Untertanen in Strafsachen Rechtsgleichheit. Generell war im Bereich des Strafrechts die Vorstellung von der Gleichheit der Menschen vor dem Gesetz bemerkenswert ausgeprägt, ausgeprägter als in anderen Rechtsbereichen. So sollten laut Art. 3 der *Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. (Carolina)* von 1532 die Richter qua Eid verpflichtet werden, zu »richten vnd vrtheylen, dem armen als dem reichen, vnd das nit lassen, weder durch lieb, leyd [Abneigung], miet [Belohnung], gab, noch keyner andern sachen wegen.«³ Das Postulat der Gleichheit im Sinne des Ausblendens des Ansehens der Person und das Verbot der Vorteilsannahme in einem Kernbereich des Rechts entsprachen konkreten Ermahnungen an Richter und Amtsträger im Alten und Neuen Testament. Insgesamt sind vor allem für das 16. Jahrhundert, das Zeitalter der Reformation, die biblische Vorlage und die Bedeutung des theologischen Aspekts des *iustitia-*

Verständnisses kaum zu überschätzen.⁴ Schließlich würden auch vor dem nahen Jüngsten Gericht als letztgültigem Forum der Gerechtigkeit alle Menschen gleich sein. Gleichheit vor Gericht gilt bis heute als ein hohes Gut und niemand kann hier den Richtern a priori die besten Intentionen in Abrede stellen. Auch für Rawls ist die Gleichheit der Menschen, im Naturzustand wie in der modernen Gesellschaft, in puncto Rechte, Pflichten, Freiheiten und soziale Güter ein zentraler Bestandteil von ›Gerechtigkeit‹.⁵

Faktisch aber – dies hat die Erforschung der Praxis vor Gericht während der Frühen Neuzeit in den letzten Jahren gezeigt – war die Funktion der Justiz als Ergebnis von Selektions- und Aushandlungsmechanismen vor und während des Verfahrens viel eher die Her- und Sicherstellung von Ungleichheit in verschiedenen Dimensionen: soziale Ungleichheit, Ungleichheit zwischen Einheimischen und Fremden, Ungleichheit der Geschlechter. Die zuerkannten Strafen folgten sogar in hohem Maße einer Logik der Ungleichheit. Dies gilt übrigens auch noch in der liberalen Ära nach 1800.⁶ Ob Gleichheit vor Gericht heute in jedem Fall erwartbar ist, sei dahingestellt. Jedenfalls ist eine Diskrepanz zwischen der Gleichheitsnorm und der Praxis der Justiz zu konstatieren.

2) Die Richter sollten und sollen nichts Geringeres als die ›Wahrheit‹ feststellen. Wie heikel dieses Unterfangen selbst bei einer wissenschaftlich elaborierten Indizienlehre, professionellen Experten und technisch neuartigen Methoden ist, zeigt sich immer wieder auch in Prozessen der Gegenwart. Erinnerung sei an den langwierigen Prozess gegen den Fernsehmoderator Jörg Kachelmann wegen des Verdachts der Vergewaltigung seiner Ex-Lebensgefährtin. In der Praxis kann es wohl nur um die formal korrekte Feststellung von Plausibilität und Wahrscheinlichkeit gehen. Zu diesem Zweck bedarf es – nicht erst heute – ausgeklügelter Verfahrens- und Beweistechniken. So regelte bereits die *Carolina* 1532 sehr ausführlich, unter welchen Umständen die ›peinliche Frage‹ zur Ermittlung eines Geständnisses, das den ultimativen Beweis im Zeitalter des Inquisitionsprozesses darstellte, angewendet werden durfte.⁷ Mehr noch: Die direkt oder indirekt an dem Fall Beteiligten müssen in bestimmten Rollen in das *Procedere* um ›Wahrheit‹ und ›Gerechtigkeit‹ eingebunden werden. Erst dadurch wird die notwendige Akzeptanz, oder wie es Niklas Luhmann formuliert hat: »Legitimation durch Verfahren«, erzeugt.⁸

Der Aspekt der Beteiligung am Verfahren mag vielleicht im Hinblick auf den unter Regie der Obrigkeit geführten Inquisitionsprozess der Vormoderne, der ja geheim und hinter verschlossenen Türen stattfand, überraschen, ist aber wichtig. Denn auch der Inquisitionsprozess, der dann von den Aufklärern vehement kritisiert werden sollte, kam ohne bestimmte Formen der Beteiligung von außen nicht aus: Anzeigen und Gerüchte, Zeugenaussagen und Konfrontationen, Bittgesuche (Suppliken), Expertengutachten, unter Umständen die formelle Verteidigung,

schließlich bei öffentlichem Urteilsvollzug das anwesende Publikum, das rituell seine Zustimmung gab.⁹

Mit einem normenorientierten Fokus auf Rechtsideen und positives Recht hatte die ältere Rechtsgeschichte die Praxis des Verfahrens vor Gericht und seine Einbettung in spezifische soziokulturelle Kontexte außer Acht gelassen. Typisch war zudem, und ist teilweise immer noch, die Auffassung, die Epoche der Aufklärung habe für die Justiz ein entscheidendes Mehr an ›Gerechtigkeit‹ oder überhaupt erst ›das Recht‹ gebracht. So figurieren in einer 2009 erschienenen *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* die Abschnitte zur Strafrechtslehre und -gesetzgebung im Zeitalter der Aufklärung unter der Überschrift »Strafrecht am Beginn der Rechtsepoche«. ¹⁰ Die Aufklärung erscheint in dieser Perspektive als zentrale Inangangsetzung des Fortschritts hin zu einer gerechteren Moderne. ›Gerechtigkeit‹ wird dabei gleichgesetzt mit einer umfassenden und systematischen Ausformulierung des Rechts sowie der grundsätzlichen Reform der Verfahrensweisen um 1800. Es geht damit in der modernen juristischen Perspektive im Kontrast zum Rechtsverständnis vor der Aufklärung primär um eine reine Verfahrensgerechtigkeit.

Das Streben nach Gerechtigkeit in der Rechtsprechung während der europäischen Vormoderne ging von anderen Voraussetzungen aus. Zudem wird die durchaus vorhandene Logik der Verfahrensweisen vor 1800 mit dem Zweck, soziale Akzeptanz zu gewährleisten, unterschätzt. Darüber hinaus übernimmt das klassische, identitätsstiftende Narrativ der Rechtsgeschichte ungeprüft die Sichtweise der aufgeklärten Rechtsreformer vor und nach 1800 im Hinblick auf die ›alte Justiz‹ und die eigenen Reformziele. Diese Perspektive war vom Liberalismus des 19. Jahrhunderts rezipiert, fortgeschrieben und weitergereicht worden. ¹¹ Denn für all die Beccarias und Feuerbachs war die vergangene Rechtsepoche ein ›barbarisches‹ oder auch ›fanatisches‹ Zeitalter der ›Tyrannei‹. Der italienische Rechtsreformer Cesare Beccaria kritisierte in seinem europaweit rezipierten, späterhin klassischen Bestseller *Von den Verbrechen und von den Strafen (Dei delitti e delle pene)* von 1764 die älteren Gesetze als »das Werkzeug der Leidenschaften«. Die Epoche der aufgeklärten Regierungen eröffnete dagegen für Beccaria durch den Verzicht auf Gewalt und »Fanatismus« und die Anwendung von dessen Gegenteil – Vernunft – die Hoffnung auf ein ganz neues Recht der »Milde und Menschlichkeit«. ¹² Eine Generation später (1799) lobte Anselm von Feuerbach unter Berufung auf Beccaria die inzwischen gemachten »glücklichen Fortschritte« im peinlichen Recht, die »die wohlthätige Frucht einer aufgeklärten Philosophie [...], besonders aber der Aufklärungen in der Criminal-Politik« seien. Allerdings gäbe es im Strafrecht noch viel Reformbedarf, ehe die Einflüsse falscher Auslegungen, »übel angewendeter Philosophie« und – mit ausdrücklichem Hinweis auf den wichtigsten deutschen Rechtsdenker der voraufklärerischen Epoche des Gemeinen Rechts Benedikt Carpzov – »Carpzovischer Tyrannei« endgültig überwunden seien. ¹³

Dank der systematischen Erforschung der Gerichtspraxis in der Frühen Neuzeit auf der Grundlage von Vernehmungsprotokollen und anderen Arten von Gerichtsakten sind wir heute in der Lage, ein differenzierteres Bild von der Justiz vor dem Einfluss der Aufklärung zu zeichnen. Zweierlei ist festzuhalten:

1) Das Verfahren des Inquisitionsprozesses, das vielerorts bis Mitte des 19. Jahrhunderts in Gültigkeit blieb, also bereits durch seine Dauerhaftigkeit, auch über Epochengrenzen hinweg, auffällt, war – wie bereits angesprochen – keineswegs nach außen so hermetisch verschlossen und irrational, wie es die Propaganda der Aufklärung und in deren Gefolge auch lange Zeit die moderne Forschung sah. Vielleicht kann man das viel kritisierte Strukturmerkmal der Uneinheitlichkeit der vormodernen Rechtsprechung auch als einen Vorteil betrachten. Zudem gab es Möglichkeiten der Einflussnahme für die außergerichtlichen Akteure, trotz deren Status als ›Untertanen‹, die für das faktische Aushandeln von ›Gerechtigkeit‹ relevant waren. In mancher Hinsicht hat die neuere Forschung die ›alte Justiz‹ geradezu rehabilitiert. Dies gilt zum einen für die Verschränkung von formellen und informellen Faktoren der Sozialkontrolle zur Regulierung von Devianz in der Gesellschaft und zum anderen für den dem vormodernen Rechtsdenken inhärenten Aspekt der Gnadegewährung, der Abweichungen von Rechtsvorschriften nach dem Prinzip ›Gnade vor Recht‹ zuließ.¹⁴ Nicht nur die Möglichkeit der Gnade, sondern auch die Logik der Urteilsprechung, die die jeweiligen ›Umstände‹ von Tat und Täter berücksichtigte, lassen die alte Rechtsprechung in neuer Sicht als flexibles Instrumentarium im Kontext einer Gesellschaft verstehen, die Unterschiede zwischen den Menschen ganz anders bewertete als die auf Einheitlichkeit setzende Moderne.¹⁵

2) Selbstverständlich gab es bereits vor der Aufklärung ›Recht‹ und einen Diskurs über die ›Gerechtigkeit‹ im Zusammenhang mit der Justiz, der eigene Teilnehmerkreise und Sprechweisen aufwies. Als langfristig wirksame Folge der Aufklärung sollte aber sowohl die alte religiös konnotierte Semantik ›der Gerechtigkeit‹ als auch das nicht immer so drakonische, sondern für spezifische Arten des Aushandelns offene Verfahren vor Gericht einem grundlegenden Wandel unterworfen werden. Der Wandel der Justiz durch aufklärerisch inspirierte Reformen steht außer Frage. Insofern figuriert das Denken der Aufklärung ab Mitte des 18. Jahrhunderts in der Geschichte des Rechts durchaus korrekt als Scharnier zwischen Vormoderne und Moderne.

Noch einmal zur Ausgangsüberlegung: Das Verhältnis zwischen der Justiz als höchst irdischer Institution mit alltäglichen Entscheidungszwängen und ihrem postulierten Leitwert ›Gerechtigkeit‹ ist heikel. Angesichts dieses Dilemmas zwischen Norm und Alltag muss die fragile ›Gerechtigkeit‹ umso mehr diskursiv beschworen und in der Praxis soziale Akzeptanz hergestellt werden. Ins Zentrum der Analyse rücken folglich der Diskurs über ›Gerechtigkeit‹ und die Verfahrens-

weisen der Justiz. Beide Aspekte sollten durch den Einfluss der Aufklärung einen grundlegenden Wandel erfahren.

Zuerst zum Diskurs! Ich übernehme hier von Michel Foucault eine gewisse Skepsis gegenüber der älteren rechts- wie auch ideengeschichtlichen Vorstellung, dass die Moderne notwendigerweise und *per se* einen Fortschritt an Humanität und Freiheit bedeutet.¹⁶ Diskurs als Prinzip der Produktion von Wahrheit und der Verknappung von Sprechweisen basiert auch immer auf dem Ausschluss oder der Marginalisierung anderer Positionen. Der Foucault'sche Umkehrschluss, der die Moderne auf eine quasi unentrinnbare Kontrolle und durchdringende Disziplinierung der Akteure festlegt, kann indes auch nicht überzeugen. Vielleicht boten die Vormoderne und die Moderne einfach je verschiedene Handlungsmöglichkeiten für Akteurinnen und Akteure. Die Art der Optionen, Sprechweisen und Verfahren änderte sich. Dies lässt sich jedenfalls am Beispiel der Justiz gut zeigen.

Vorstellungen von der >Gerechtigkeit< fanden in Alteuropa ihren Niederschlag nicht nur in Texten, sondern auch auf Bildern, Fresken sowie Statuen, welche die Kardinaltugend *iustitia* zur Darstellung brachten. Laut einer neuen Studie zur Geschichte der Rechtsikonographie ist *Iustitia* die im öffentlichen Raum am häufigsten anzutreffende allegorische Gestalt in Europa.¹⁷ Dabei steht die Kombination der heute typischen Symbole Waage, Schwert und Augenbinde erst seit der Zeit um 1500 fest. Mit dem Hinzufügen der Augenbinde zu den älteren Symbolen Waage und Schwert, erstmals durch Albrecht Dürer in wahrscheinlich ironischer Absicht im Jahr 1494 auf einer Illustration der *Iustitia* in Sebastian Brants *Narrenschiff*, wurde dem Betrachter in Aussicht gestellt, Gerechtigkeit ohne Ansehen der Person walten zu lassen.¹⁸ Auch die *Carolina* hielt 1532 die Richter dazu an, Strafen aufzuerlegen allein » auß lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu machen«. ¹⁹ Dies sollte, wie gesehen, explizit nicht nur ständeübergreifend gelten, sondern »dem armen als dem reichen«. ²⁰ Natürlich ist es kein Zufall, dass wir zahlreiche *Justitia*-Ikonen an Orten der Rechtsprechung vorfinden, etwa bei Richtstühlen oder vor Gerichtsgebäuden, meistens in Städten mit Herrschaftsrechten. Hier wurde und wird für das Publikum gut sichtbar und zumeist von oben herab auf >Gerechtigkeit< insistiert. Man kann dies wohl zugleich als Behauptung und als Versprechen an die Untertanen interpretieren. Deutlich wird jedenfalls, dass die Idee der Gerechtigkeit im Zusammenhang mit Herrschaft oder Justiz nicht eine Erfindung der Aufklärung oder der Moderne ist.

Darüber hinaus verweist die große Verbreitung von Ikonen der *Iustitia* im 16. Jahrhundert auf einen performativen Aspekt der Justiz, der sich auch in zahlreichen Ritualen findet, zum Beispiel bei dem >Endlichen Rechtstag< mit der Urteilsverkündung oder den notorischen öffentlichen Strafpraktiken, insbesondere Hinrichtungen, aber auch bei Schandstrafen sowie Stadt- und Landesverweisen. Offensichtlich musste die fragile >Gerechtigkeit< visualisiert und immer wieder aufs

Neue inszeniert werden, um glaubhaft zu sein. In dieser Perspektive passt der Hinweis von Rudolf Schlögl, der eine notwendige rituelle Abstützung von relativ neuartigen Verfahren im Allgemeinen in der sog. Anwesenheitsgesellschaft zu Beginn der Neuzeit konstatiert. Das Vordringen der Prinzipien rein rationaler, rechtsorientierter ergebnisoffener Verfahren ermöglichte demnach im Verlauf der Frühen Neuzeit den zunehmenden Verzicht auf Rituale.²¹

Der Diskurs über Gerechtigkeit während des 18. Jahrhunderts weist keineswegs nur nach vorne, in die säkularisierte Moderne. So sind auch die Teilnehmer an diesem Diskurs im Jahrhundert der Aufklärung nicht nur Juristen oder typische »Aufklärer« vom Schlage eines Voltaire oder Kant. »Gerechtigkeit« erweist sich vielmehr als Begriffsschablone, die von verschiedenen Akteuren in verschiedenen Medien verwendet wurde und Unterschiedliches bedeutete. Im Verlauf des 18. Jahrhunderts kommt es dabei zu semantischen Verschiebungen. So benutzen die berühmten Enzyklopädiën des 18. Jahrhunderts diese Schablone jeweils anders. Der Artikel »Gerechter« in Zedlers *Universal-Lexikon* aus dem Jahr 1735 beginnt folgendermaßen: Ein Gerechter »ist ein solcher, der durch das Verdienst Christi von aller Verdammniß frey gesprochen, und das Recht zur Seeligkeit erhalten hat, der auch, wie es der Gerechtigkeit geziemet, würdiglich wandelt, von Bösen ablässet und Gutes thun lernet.«²² Gegenüber diesem rein theologischen, auf das jüngste Gericht abzielenden Verständnis zeigt der Artikel »Gerechtigkeit« bei Zedler deutlichere Spuren der Aufklärung: Gerechtigkeit würde »entweder Gott, oder dem Menschen zugeschrieben«. Die »Gerechtigkeit der Menschen« im engeren Sinne diene letztlich der »göttlichen natürlichen Ordnung«. Aber diese »will« wiederum, »daß die Glückseligkeit aller Menschen durch allerseitige Hülffe und Beytrag aller Menschen soll befördert werden, siehe [Artikel] Geselligkeit. Ist also die Gerechtigkeit ein Innbegriff aller geselligen Tugenden«. Und insofern sei auch die »Gerechtigkeit« zu unterscheiden von der »Frömmigkeit«, die eine »Beobachtung der Pflichten gegen Gott ist.«²³

Dreißig Jahre später sind die theologischen Bezüge bei der Definition von »justice« in Diderots *Encyclopédie* bereits viel geringer ausgeprägt. »Justice« wird im Bd. 9 (1765) zuerst als »morale«, dann im literarischen Sinne als allegorische Gottheit und schließlich mit direktem Bezug auf die Jurisprudenz als Kardinaltugend (»une des quatre vertus cardinales«) sowie in Hinblick auf Rechtsprechung definiert. In den Zeiten des Naturzustands sei die Justiz noch »sans aucun appareil« von den Familienvätern ausgeübt worden, die zugleich Vater, König und Richter (»le pere, le rois & le juge«) waren. Heute sei dies zuvorderst Sache des Königs und der Gerichte. Vor allem aber: Anders als in den früheren »siecles les moins éclairés & le plus corrompus« gelte heute, in der Zeit der Aufklärung, »la voix de la raison.«²⁴

Mit einiger Wahrscheinlichkeit wurde der Artikel bei Zedler von einem Theologen verfasst. Insbesondere für das frühe 18. Jahrhundert ist die Rolle der Geist-

lichkeit im Reden über die Gerechtigkeit nicht zu unterschätzen. Dies lässt sich gut anhand der politischen Predigten zeigen, die 1701 aus Anlass der Verleihung der Königskrone an das Kurfürstentum Preußen gehalten wurden. Dem Monarchen wurde dabei von seinen geistlichen Beratern eine Agenda guter, »gerechter« Herrschaftsausübung präsentiert. Hofprediger und Superintendenten priesen »Gerechtigkeit« als eine Herrschertugend und machten sie so zur Leitschnur der Regierung des neuen Königs Friedrich I.²⁵ Vor dem Hintergrund der reformatorischen *politica christiana*, in deren Kontext Geistliche als Wächter und Mahner über einigen Freiraum verfügten, ist *iustitia* durchaus mehr als ein Topos und kann sich auch konkret auf die Handhabung der Justiz beziehen. Dies gilt quasi lagerübergreifend. Für Daniel Ernst Jablonski, der 1700 mit Gottfried Wilhelm Leibniz die Preußische Sozietät der Wissenschaften begründet hatte und später deren Präsident wurde, sind »Frömmigkeit« und »Gerechtigkeit« die »Säulen [...] einer glücklichen Regierung« des Monarchen.²⁶ Dieser habe nicht nur Pflichten gegenüber Gott, in dessen Auftrag er handelte. Vielmehr sei die gute Handhabung der »Gerechtigkeit gegen alle Menschen, sonderlich die Unterthanen« für Jablonski »eigentlich der Zweck, warumb Gott Könige und Fürsten gesetzt hat«.²⁷ Aus dem göttlichen Auftrag erwachsen Ansprüche und Pflichten.

Philipp Jacob Spener, zu dieser Zeit Propst in Berlin, wird konkreter, wenn er ausführt, Aufgabe des Königs sei die »Bestellung der Gerechtigkeit, daß wo unter den Unterthanen Zwist entstehet über Güter oder andere Dinge, Gerichtstätte seyn, da die Sachen gehandelt werden, um jeden bey seinem Recht zu schützen, daß er sich nicht selbs Recht schaffen, aber auch nicht von andern mit Unrecht belästiget werden, dörfte«.²⁸ Bemerkenswerterweise bedient sich der Pietist Spener 1701 zur Begründung des Zwecks der Herstellung von Sicherheit im Lande eines naturrechtlich-universalistischen Arguments: »Dieser Zweck ist so wesentlich dem Oberkeitlichen Ammt, daß auch die wildeste Völcker erkennen, solchen nöthig zu seyn, indem sonst ohne die Obrigkeit und durch sie erhaltende Sicherheit, der Menschen Leben nicht anders untereinander seyn würde, als der Löwen, Tyger, Parden, Bären, Wölffe, einander zu zerreißen und auffzureiben.«²⁹

Der Generalsuperintendent und Hofprediger Günther Heiler gab Friedrich I. explizite Ratschläge zur Regelung der Justiz mit auf den Weg. Neben dem klassischen Appell »In Urtheilen versperre deine Augen ohne Ansehung der Person« und der Ermahnung, dass »der Beklagte genugsam gehöret« werden möge sowie zuerst sorgfältig »(n)ach allen Umständen zu fragen« sei, bevor es zu Exekutionen komme, findet sich in Heilers Predigt noch folgender Hinweis: »verstatte auch nicht große Weitläufigkeit in Processen«.³⁰ Dieser Ratschlag wirkt nebensächlich und unscheinbar, kann aber als Kritik an der zunehmenden Autonomisierung des Verfahrens vor Gericht gelesen werden. Denn zu Beginn des 18. Jahrhunderts dauerten komplizierte Prozesse vor der Hochgerichtsbarkeit mit schriftlichen

Zeugenvernehmungen, Gegenüberstellungen von Kläger und Beklagtem, Stellungnahmen von Syndizi, Suppliken sowie eventueller Aktenversendung an Juristenfakultäten zur Einholung von Rechtsgutachten häufig mehrere Monate oder länger. Diese zunehmend elaborierten, aktengestützten Verfahren zur Hervorbringung von ›Gerechtigkeit‹ standen in einem deutlichen Kontrast zum traditionellen Bild des milden, weisen, entschlossenen Herrschers in der alten *politica christiana*.

Der Diskurs über Gerechtigkeit in der Justiz wird im 18. Jahrhundert auf europäischer Ebene geführt. So wurde die berühmte Kritik Voltaires an der ›Willkür‹ der Richter im Fall des Justizmords an dem Protestanten Jean Calas in Toulouse im Jahr 1762 europaweit rezipiert. Voltaire benutzte das gravierende Fehlurteil gegen den am Selbstmord seines Sohns unschuldigen Familienvater, um religiöse Voreingenommenheit der Richter und Geheimniskrämerei im Verfahren anzuprangern. Der auf dem Rad hingerichtete Calas sei hilflos »dem Irrtum, der Leidenschaft oder dem Fanatismus« der Justiz ausgeliefert gewesen.³¹ Voltaire produzierte durch seine Briefe und Traktate über den Fall ein frühes Beispiel für einen Justizskandal. In den Diskurs über die Justiz sollten sich zukünftig auch Intellektuelle einmischen, die nicht mehr nur als Ratgeber von Fürsten oder für den Austausch mit anderen Gelehrten schrieben.

Indes ist die Frage, was ›europäisch‹ im 18. Jahrhundert eigentlich heißt. Oft kamen die Stichwortgeber der Debatten wie Voltaire und Montesquieu aus Frankreich oder wie Beccaria aus Italien. Der englische Philanthrop John Howard reiste durch halb Europa und beschrieb systematisch die Missstände in Gefängnissen mit dem Ziel einer Reform des Strafvollzugs. Die Juristen in Deutschland reagierten eher, als dass sie aktiv Impulse auf diesen internationalen Diskurs ausübten. Wenig erforscht ist bislang, wie weit die Gelehrtenrepublik der Aufklärer nach Ost- und Nordeuropa oder in andere katholische Länder Südeuropas reichte. Erst recht gilt dieses Desiderat für die Wirkungen über Europa hinaus. Der Diskurs über Gerechtigkeit und Justizreform ist ein gutes Exempel für die *histoire croisée*. Nur müssten die Transfers auch stärker unterhalb der Ebene der Ideen untersucht werden.

Kehren wir zurück zu den Stichwortgebern und ihrem Gebrauch von ›Gerechtigkeit‹. Eine eingehende Analyse der juristischen Argumentation auf mittlerer Diskursebene, wie sie Michel Porret für Genf vorgelegt hat, steht für Deutschland noch aus. Das Quellenmaterial dafür wäre durchaus vorhanden. Aber nicht nur von Geistlichen oder Juristen, sondern auch von einfachen Untertanen wurde bei Klagen und Bittgesuchen vor Gericht im Rahmen ihrer »Justiznutzung« (Martin Dinges) explizit ›Gerechtigkeit‹ eingefordert. Dies zeigt ein Blick in die Akten des *Peinlichen Verhöramts der Reichsstadt Frankfurt* Mitte des 18. Jahrhunderts. Dort konnte zum Beispiel selbst ein dem unteren Bürgersegment zuzurechnender Gärtner namens Johannes Knodt nach einer Körperverletzung an seiner Magd durch den zudringlichen Sohn des Nachbarn vor Gericht auftreten, um eine »hochobrig-

keitl. gerecht Straffe« für den Nachbarn zu fordern.³² Ob und wie solche lebensweltlich situierten Vorstellungen von der ›Gerechtigkeit‹ mit Expertendiskursen verknüpft waren, ist bislang kaum erforscht. An dieser Stelle können nur die Entwicklungslinien auf der gleichsam obersten Diskursebene skizziert werden.

Unter Rechtstheoretikern sind im 18. Jahrhundert naturrechtliche Bezüge fast schon eine Selbstverständlichkeit. Interessant ist dabei, dass die Vorstellung eines göttlichen Rechts bis gegen Ende des Jahrhunderts nicht völlig aufgegeben wird. So nannte Cesare Beccaria 1764 in seinem bahnbrechenden Werk *Von den Verbrechen und von den Strafen* drei Quellen für normative Grundsätze: »Offenbarung, Naturgesetz und künstlich geschaffene gesellschaftliche Übereinkünfte«.³³ Indes ist die für Beccaria letztlich entscheidende »Gerechtigkeit« gesellschaftsimmanent definiert und kommt ganz ohne transzendente Bezüge aus: Sie ist »das notwendige Band, um Einzelinteressen zusammenzuhalten, die ohne dieses Band sich zum alten Zustand der Ungeselligkeit lösen würden«. Er erläutert: »Gerechtigkeit« hat nichts zu tun mit der Vorstellung »einer physischen Kraft oder eines wirklichen Wesens [...]; noch weniger verstehe ich darunter jene andere Art von Gerechtigkeit, die von Gott kommt«.³⁴

Vier Jahre später teilte auch Wiguläus Xaver von Kreittmayr bei seinem – für die Aufklärung charakteristischen – Unternehmen einer umfassenden Kodifizierung des bayerischen Rechts im *Compendium Codicis Bavarici* das Recht ein in »göttlich-natürlich und menschliches Recht«. In einem zeittypischen Begriffsmix erläutert Kreittmayr: »Das erste heisset darum das natürliche oder vernünftige, weil es von Gott auf die menschliche Natur gegründet ist«; und der Mensch könne »solches durch die blosse Vernunft begreifen«.³⁵ Demgegenüber sollte sich das *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* von 1794 nach einer Kabinettsorder Friedrichs II. am Römischen Recht orientieren, das am vollständigsten und auch »dem Rechte der Natur und der Billigkeit gemäß« sei.³⁶ Zukünftige Zusätze zum neuen Recht sollten, sofern sie nicht aus den älteren Landesgesetzen stammten, zuerst einer »vernünftigen Erwegung« unterzogen werden.³⁷

Insgesamt verliert ›Gerechtigkeit‹ als Leitbegriff und regulative Kategorie in Rechtstexten um 1800 quantitativ wie qualitativ an Relevanz.³⁸ Bereits Voltaire hatte den so heiligen Begriff ironisiert: Der unschuldige Calas sei in Toulouse »mit dem Schwerte der Gerechtigkeit« ermordet worden.³⁹ Dieser Bedeutungsverlust könnte neben der – wie gesehen – vielgestaltigen Semantik und Dehnbarkeit des Begriffs, die den nach Exaktheit und Systematisierung des Rechts strebenden Juristen aufstieß, seinen Grund in der langfristigen Tendenz zur Säkularisierung haben. Die starke religiös-theologische Tradition der Semantik von ›Gerechtigkeit‹ erschwerte eine Neuformulierung, weswegen man den Begriff oft einfach wegließ. Der Gießener Juraprofessor Karl Grolman postulierte in diesem Sinne 1798: »Strafe ist nicht Rache, sondern Kalkulation der ruhigen Vernunft. Ein Recht zur

Rache kann nicht deducirt werden.« Seine Ausführungen zum Sinn und Zweck der Strafe kommen einer Abrechnung mit einem vergangenen Zeitalter des Rechtsdenkens gleich: »Ihr denkt euch eure Gerechtigkeit als eine Göttin, und vergeßt, daß es der niedrigste Anthropomorphism ist, wenn ihr behauptet, daß sie nur durch Strafe versöhnt werden könne.«⁴⁰

Vor diesem Hintergrund kann es dann auch nicht überraschen, dass Feuerbach 1799 zwar den Begriff »Gerechtigkeit« benutzt, ihn aber schlicht, strikt und formalistisch an den Buchstaben des Gesetzes knüpft. Gerechtigkeit hatte in seinem Verständnis nichts mit Milde zu tun, sondern verlangte in der Ausführung von Gesetzen »unerbittlich und streng einen unbedingten Gehorsam«. Der transzendente Überbau und die »Politik aus der Bibel« sind verschwunden. »Das Gesetz ist heilig, solange es noch Gesetz ist.«⁴¹ Darüber hinaus gibt es keinen letzten Grund mehr. Feuerbachs Ansatz, der für viele Zeitgenossen eine Provokation sein musste, entsprach dem modernen Typus einer nurmehr »formalen Gerechtigkeit«, die sich laut John Rawls durch eine für alle Seiten erwartbare »Gesetzesherrschaft« auszeichnet.⁴²

Die massive Kritik und Bedeutungsverschiebung im Diskurs der Aufklärer machte eine grundsätzliche Revision des Verfahrens notwendig. »Formale Gerechtigkeit« als Prinzip widersprach dem – je nach Lesart – schwankenden bzw. flexiblen Usus des Abwägens der Umstände. Die älteren Verfahrensweisen des Aushandelns vor Gericht galten der den Diskurs nun gänzlich dominierenden Gruppe der gelehrten Juristen und Intellektuellen als inadäquat. Aber wie waren diese älteren Verfahrensweisen überhaupt beschaffen und worin bestand die Innovation? Auch unter dem Regime des Inquisitionsprozesses gab es verfahrenstechnisch abgesicherte Austauschprozesse zwischen Justiz und Umwelt mit der Funktion der Herstellung von sozialer Akzeptanz. Und diese Möglichkeiten der Einflussnahme und des Aushandelns von Entscheidungen blieben während des 18. Jahrhunderts trotz vieler Reformideen grundsätzlich bestehen. Zwar war die Verhandlungsmacht im Inquisitionsprozess äußerst ungleich verteilt. Aber ein Blick auf die Praxis der Justiz anhand von Vernehmungsprotokollen zeigt, dass die weitaus meisten Konflikte durch Klagen oder Anzeigen aus der Gesellschaft vor Gericht gebracht wurden, ohne irgendwelchen Zwang. Über Verurteilung und sodann Strafe oder Milde (>Gnade<) entschied daraufhin nicht zuletzt der sog. »Leumund« und damit das soziale Kapital des Angeklagten. Guter »Leumund« war auch ein prozessrechtliches Kriterium, um als Zeuge zugelassen zu werden.⁴³ Aus Sicht der Herrschaft war ein weiter Spielraum des Ermessens für die Richter zudem relevant, weil man sich so mal als exemplarisch hart, mal als gnädig erweisen konnte. In beiden Fällen wurde Herrschaft als unumschränkt mächtig und mit höherem Segen »gerecht« inszeniert. Das Zusammenspiel galt natürlich nicht als Widerspruch.

Die Praxis des Aushandelns hatte einen sozialen Kontext. Denn der entscheidend wichtige ›Leumund‹ des Angeklagten wurde im Verfahren vor Gericht eruiert anhand von Zeugenaussagen und Suppliken aus dem unmittelbaren Umfeld des Angeklagten. Dieses Verfahren legt schon nahe, dass durch derartige Umweltbeziehungen nicht unbedingt die Gleichheit vor Gericht befördert wurde. Eher trifft das Gegenteil zu. Die soziale Praxis der ›Inquisition‹ war ein Einfallstor für verschiedene Ungleichheiten, die auf normativer Ebene nicht fassbar sind. Der Einfluss des sozialen Umfelds und der ›Umstände‹ von Tat und Täter konnte sich zu dessen Vorteil oder aber, wie im Fall Calas, der als calvinistischer ›Ketzer‹ in Toulouse unter ›Rechtgläubigen‹ lebte, gravierend zu dessen Nachteil auswirken. Einheimische bzw. rechtlich Integrierte zogen allgemein öfter vor Gericht, und sie hatten bessere Chancen, Zeugen für sich zu organisieren oder Klagen abzuwenden, als Ortsfremde und ›Ketzer‹. Frauen, die ab der Reformation zahlreich ihre Ehemänner vor geistliche Gerichte brachten, wussten strategisch auf die Pflichten von ›Hausvater‹ und ›Hausmutter‹ zu rekurrieren und eine entsprechende eigene Rolle zu spielen. Ähnliche Mechanismen wirkten in Unzuchtsverfahren. Auf diese Weise wurden auch ungleiche Geschlechterstereotype vor Gericht ausgehandelt.⁴⁴ Die Wirkungskraft von Suppliken auf jeder Stufe des Verfahrens ist ein vielfach belegtes Faktum. Sie begünstigte zumindest teilintegrierte Einheimische gegenüber fremden Beschuldigten.

Thesenartig zugespitzt, ist ›Gerechtigkeit‹ in der Frühen Neuzeit vor allem aus der Sicht privilegierter außergerichtlicher Akteure zu unterscheiden von Rechtsgleichheit. Die Herstellung von sozialer Akzeptanz in der Praxis stand im Kontrast zu zahlreichen normativen Statements. Erinnert sei an die vielerorts an Gerichtsstandorten anzutreffende Göttin mit der Augenbinde, die als tugendhafter Beistand Urteile ohne Ansehen der Person in Aussicht stellte. Relativ unerforscht ist übrigens die Praxis des Verteidigers im Zeitalter des Gemeinen Rechts. Neuere rechtshistorische Arbeiten plädieren dafür, die Rolle auch der förmlichen Verteidigung durch einen ›Defensor‹ im Zeitalter des Inquisitionsprozesses nicht zu unterschätzen.⁴⁵

Für die Aufklärer hatte das alte *Procedere* seine Legitimität eingebüßt, ebenso dessen Einbettung in transzendente Bezüge. Konkret galt insbesondere das weit gesteckte Ermessen der Richter zwischen nachgiebiger Milde und drakonischer Härte als ›Willkür‹. Die Wurzel des Übels war die weithin unklare, wenig elaborierte und nicht systematisierte normative Basis des Rechts. In der Tat war das schriftliche Recht unter Einschluss der *Policey*-Ordnungen ausgesprochen unübersichtlich, vor allem, aber nicht nur für Laienrichter. Um nicht die harschen ›ordentlichen‹ Strafen der *Carolina* auferlegen zu müssen, konsultierten Syndizi und Ratskonsulenten im 18. Jahrhundert die Rechtskommentare der gelehrten Juristen. Versuche einer neuen, systematischen Kodifizierung des Strafrechts gab es

im Reich aber nur in den größeren Territorien. Die alten Körper- und Todesstrafen, die, wie man heute weiß, immer nur einen zahlenmäßig kleinen Teil der tatsächlich ausgesprochenen Urteile ausmachten – dies im Kontrast zu den Annahmen Foucaults –, galten im 18. Jahrhundert nicht nur als ›barbarisch‹, sondern auch als ›unnützlich‹ für das Gemeinwesen. Strafen am Körper versprachen weder eine ›Besserung‹ des Delinquenten noch die ›Sicherheit‹ der Gesellschaft zu befördern. Bei den öffentlichen Strafspektakeln konnte es für die Aufklärer nicht mehr darum gehen, einen erzürnten Gott rituell zu versöhnen, sondern höchstens noch um Abschreckung. Aber auch dieser Sinn wurde zunehmend in Zweifel gezogen. Zwar erklärte der bekanntermaßen sittenstrenge Landesvater Friedrich Wilhelm I. noch in der Vorrede der Kriminalordnung von Brandenburg 1717 im Stil einer Predigt, die Strafjustiz müsse dergestalt im Lande eingerichtet werden, »daß denen Sünden und Lastern gesteuert, Missethaten und Verbrechen bestraftet, wider Recht aber niemand beschweret, noch Blut und Seufftzen auf das Land gebracht werde, so, daß der allerhöchste Gott einen Gefallen daran haben möge«. ⁴⁶ Am Ende des 18. Jahrhunderts hatte diese Art der Argumentation aber unter den Reformern ausgedient.

Die Kritik der Aufklärung am Inquisitionsprozess setzte in Deutschland um die Mitte des 18. Jahrhunderts ein. Dabei geriet die bibelorientierte Sichtweise der Geistlichkeit, aber auch vieler Juristen, aus der Epoche des Gemeinen Rechts ins Hintertreffen. Der Hinweis auf ›göttliches Recht‹ in den Einleitungen gelehrter Abhandlungen und Vorreden neuer Strafgesetzbücher wurde im letzten Drittel des Jahrhunderts immer mehr zu einem Topos. Die praktische Umsetzung der auf ›Besserung‹ und Gemeinnutz abzielenden aufklärerischen Ideen und Reformprojekte sollte sich jedoch sehr lange hinziehen. So finden sich in Deutschland im 18. Jahrhundert mit der Einschränkung und dann Abschaffung der Folter sowie der Entkriminalisierung einiger ›überkommener‹ Tatbestände im materiellen Strafrecht nur relativ geringe Spuren des Wandels. Bekanntlich stellte in Frankreich die Revolutionszeit einen Einschnitt dar, der sich rechtlich auch auf das Rheinland auswirkte. Zentrale Aspekte aufgeklärter Strafrechtsreform wie die Prinzipien der Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtsverhandlung sowie das Anklageprinzip wurden im rechtsrheinischen Deutschland aber nicht in der Reformzeit um 1800, sondern erst Mitte des 19. Jahrhunderts verwirklicht, als der politische Liberalismus sich zunehmend durchsetzte. ⁴⁷ An einigen Orten in Deutschland, Österreich und auch der republikanischen Schweiz wurden öffentliche Hinrichtungen vor Massenpublikum, die bereits Beccaria wegen ihrer Nutzlosigkeit für das Gemeinwesen kritisiert hatte, ⁴⁸ bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts praktiziert.

Schließlich sollte das zweckorientierte Vernunftdenken der Aufklärung ein neues System der Strafjustiz begründen. ›Gerechtigkeit‹ hieß am Ende der Entwicklung – wenn man den Begriff überhaupt weiterhin benutzte – vor allem:

konsequentes und einheitliches Verfahren durch formal korrekte Anwendung von Recht.⁴⁹ Davon unbenommen, gab und gibt es außerhalb des gelehrten Diskurses weiterhin moralische, ja transzendente Bezüge der Semantik, die gerade gegen eine reduzierte ›formale Gerechtigkeit‹ ins Felde geführt werden. Die herkömmliche Strafjustiz musste schon deshalb ins Zielfeld der Aufklärer geraten, weil sich an ihrem Beispiel trefflich die beiden aufklärerischen Prinzipien par excellence, Traditionskritik und Herrschaftskritik, anwenden ließen. So korrespondierten die diskursleitenden Begriffe und die Vorschläge zur Reform des Gerichtsverfahrens eng mit der allgemeinen Herrschaftskritik der Aufklärung. Die neue, naturrechtliche Begründung der Strafjustiz entsprach der Tendenz zur Säkularisierung. Der Kardinalvorwurf der ›Willkür‹ an die Adresse der kaum kontrollierten Richter spiegelte das ›Despotismus‹-Verdikt gegen die Fürsten. Vor dem Hintergrund der Kritik an Willkür und Allmacht von Herrschaft mussten auch die Funktionen des Richters im alten Inquisitionsprozess aufgeteilt werden. Und wohl nicht aus Zufall wählte die Aufklärung ein Gefängnis, also ein Strafinstrument der Obrigkeit, zum steinernen, finsternen Symbol des ›Despotismus‹ schlechthin, nämlich die Bastille.

Die alten Verfahrenspraktiken waren mit dem neuen Gesellschaftsentwurf der Aufklärung nicht mehr vereinbar. Deshalb hatte die Justiz bei der neuen, im Diskurs tonangebenden Elite ihre Akzeptanz verloren. So genügten auch das Prinzip von Bitte und Gnade und die impliziten Möglichkeiten des Aushandelns nicht mehr dem übergreifenden Ziel der Emanzipation der Gesellschaft. Die Forderungen nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens sowie Geschworenengerichten verwiesen auf die Genese eines Publikums aus autonomen Staatsbürgern, das politisch mitreden wollte. Die angestrebte Kodifizierung des Strafrechts im Verbund mit der kritischen Durchforstung alter Straftatbestände kann mit den Verfassungsbewegungen um 1800 verglichen werden. Noch in der Revolution von 1848 sollten Geschworenengerichte zu den ›Märzforderungen‹ der Liberalen gehören. Vielleicht spiegelt eine sehr früh umgesetzte Reform im 18. Jahrhundert, nämlich die Abschaffung der Folter, am prägnantesten den utopischen Charakter der Aufklärung. Gegen das Beweismittel der Folter hatte sich zwar bereits lange vor der Aufklärung Widerstand geregt, vor allem in Westeuropa. Indes ist es kein Zufall, wenn die Phase der sukzessiven Abschaffung der Folter in den deutschsprachigen Staaten in der Ära der Hochaufklärung einsetzte, nämlich erstmals in Preußen 1740/1754. Es konnte nicht mehr darum gehen, mit kruder physischer Gewalt Geständnisse zu erpressen, wenn das Endziel eine Gesellschaft der Zukunft war, deren Beziehungen eben nicht auf Gewalt und alten Ritualen gründen sollten, sondern ausschließlich auf zweckmäßiger ›Vernunft‹ und auf vernunftmäßigen Verfahren. Die alte Semantik der ›Gerechtigkeit‹ brauchte man dafür nicht mehr.

Anmerkungen

- 1 J. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1979, S. 12.
- 2 Zum Begriff der ›Fairness‹ RAWLS, *Theorie* (o. Anm. 1), S. 19 ff. und pass.
- 3 F.-CH. SCHROEDER (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*, Stuttgart 1991, S. 24, Art. 3: »Des Richters eyde über das blut zurichten«.
- 4 Genauer dazu J. EIBACH, »Versprochene Gleichheit – verhandelte Ungleichheit. Zum sozialen Aspekt in der Strafjustiz der Frühen Neuzeit«, *Geschichte und Gesellschaft* 35/4 (2009), S. 488–533; hier 492 f.; vgl. die einschlägigen Bibelstellen: Die Offenbarung des Johannes 20, 12; 5. Mose 1, 17; 5. Mose 16, 19; Jesaja 11, 4; 1. Petrusbrief 1, 17; vgl. auch A. GRIESEBENER, »Justiz und Gerechtigkeit. Anmerkungen zu religiösen und säkularen Gerechtigkeitsmaximen«, in: DIES. u.a. (Hgg.), *Justiz und Gerechtigkeit. Historische Beiträge (16.-19. Jahrhundert)*, Innsbruck 2002, S. 23–31.
- 5 RAWLS, *Theorie* (o. Anm. 1), S. 28 ff. und 81 ff.
- 6 CH. VON HODENBERG, *Die Partei der Unparteiischen. Der Liberalismus der preußischen Richterschaft 1815–1848/49*, Göttingen 1996, S. 193 ff.; M. BORS, *Injurien. Funktionen des juristischen Ehrschutzes zwischen Ancien Régime und Moderne*, Habil. jur., Univ. Freiburg i.Ue. 2008, S. 353 ff.
- 7 *Peinliche Gerichtsordnung* (o. Anm. 3), Art. 20–29, v.a. Art. 23, S. 34: »Wie die gnugsam anzeygung eyner mißthat, bewisen werden sollen«; vgl. zum Beweisrecht in der *Carolina* auch Art. 62 ff., S. 53 ff.
- 8 N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M. 1983.
- 9 K. HÄRTER, »Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation«, in: A. BLAUERT / G. SCHWERHOFF (Hgg.), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000, S. 459–480.
- 10 TH. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin 2009, S. 25.
- 11 Vgl. R. HABERMAS, »Von Anselm von Feuerbach zu Jack the Ripper. Recht und Kriminalität im 19. Jahrhundert. Ein Literaturbericht«, *Rechtsgeschichte* 3 (2003), S. 128–163.
- 12 C. BECCARIA, *Von den Verbrechen und von den Strafen*, 1764 (ND Berlin 2005), S. 6 und 2 (in der Reihenfolge der Zitate).
- 13 P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt 1799 (ND 1966), S. XI, XII und XVII (in der Reihenfolge der Zitate).
- 14 Zusammenfassend G. SCHWERHOFF, *Historische Kriminalitätsforschung* (Historische Einführungen, Bd. 9), Frankfurt a. M. 2011, S. 90–95.
- 15 M. PORRET, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genf 1995.
- 16 Vgl. in diesem Zusammenhang vor allem M. FOUCAULT, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt a. M. 1998.
- 17 S. BEHRISCH, *Die Justitia. Eine Annäherung an die Allegorie der Gerechtigkeit*, Weimar 2006, S. 9 ff.

- 18 *Ebd.*, S. 74 ff.
- 19 *Peinliche Gerichtsordnung* (o. Anm. 3), Art. 104, S. 70.
- 20 *Ebd.*, Art. 3, S. 24.
- 21 R. SCHLÖGL, »Kommunikation und Vergesellschaftung unter Anwesenden. Formen des Sozialen und ihre Transformation in der Frühen Neuzeit«, *Geschichte und Gesellschaft* 34 (2008), S. 155–224, hier: S. 195 f.
- 22 J.H. ZEDLER (Hrsg.), *Grosses Vollständiges Universal-Lexikon*, Halle / Leipzig, Bd. 10, 1735, Sp. 1079.
- 23 Alle Zitate aus: ZEDLER, *Universal-Lexikon* (o. Anm. 22), Sp. 1080.
- 24 Art. »Justice«, in: *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Art et des Métiers*, hrsg. von D. DIDEROT, Bd. 9, 1765, S. 89.
- 25 Vgl. näher zu den Predigten; J. EIBACH, »Preußens Salomon. Herrschaftslegitimation und Herrscherpflichten in Predigten anlässlich der Krönung Friedrichs I.«, in: J. KUNISCH (Hrsg.), *Dreihundert Jahre Preussische Königskrönung* (Forschungen zur Brandenburgischen und Preussischen Geschichte, Beiheft 6), Berlin 2002, S. 135–158; vgl. zuletzt PH. HAHN u.a., *Der Politik die Leviten lesen. Politik von der Kanzel in Thüringen und Sachsen, 1550–1675*, Gotha 2011.
- 26 D.E. JABLONSKI, »Krönungs-Predigt, gehalten in der Dohm-Kirchen zu Berlin, am XVIII. Januarii 1701, Da an selbigem Tage der Allerdurchlauchtigste, Großmächtigste Fürst und Herr, Friedrich, Erster Christlicher König in Preussen, zu Königsberg in Preussen, gekrönt und gesalbet worden«, in: DERS., *Christliche Predigten, über verschiedene Auserlesene Sprüche, Heil. Schrift, zu verschiedenen Zeiten gehalten*, Teil 2, Berlin 1727, S. 89–120, hier: S. 104.
- 27 *Ebd.* S. 117.
- 28 P.J. SPENER, *Getreuer Unterthanen Gebet vor ihre Regenten, Auff gnädigst angeordnetes solennes Crönungs-Fest [...], In Berlin zu St. Nicolai der versamleten Gemeinde, zu ihrem Unterrichts und Einschärfung ihrer Pflicht aus dem Worte des Herrn vorgetragen*, Berlin [1701] (vorhanden in der Hauptbibliothek der Franckeschen Stiftungen in Halle), S. 2.
- 29 *Ebd.* S. 2 f.
- 30 G. HEILER, *Concio inauguralis, Frolockende Krönungs-Predigt, am 18. Januarii 1701 über die Text-Worte I. Reg. I. v. 38,39, Gott zu Ehren, und dem Allerdurchlauchtigsten Großmächtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Friderich, König in Preussen, Marggraffen zu Brandenburg [...]*, Stargardt [1701] (vorhanden in der Staatsbibliothek Berlin Unter den Linden) S. 13.
- 31 VOLTAIRE, »Über die Toleranz; Veranlasst durch die Hinrichtung des Johann Calas im Jahre 1762«, in: I. GILCHER-HOLTEY (Hrsg.), *Voltaire. Die Affäre Calas*, Berlin 2010, S. 111–247, hier S. 113.
- 32 Institut für Stadtgeschichte Frankfurt a. M., *Criminalia* 5266 (1741).
- 33 BECCARIA, *Verbrechen* (o. Anm. 12), S. 2; im Original (C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, Milano 1997, S. 57): »La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società.«
- 34 Alle Zitate BECCARIA, *Verbrechen* (o. Anm. 12), S. 11; im Original (BECCARIA, *Dei Delitti* [o. Anm. 33], S. 66): »nemmeno intendo quell'altra sorta di giustizia che è emanata da Dio«.

- 35 W.X.A. FREIHERR VON KREITTMAYR, *Compendium Codicis Bavarici* (1768), ND München 1990, S. 3.
- 36 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, hrsg. von H. HATTENHAUER, Berlin ³1996, Art. 3, S. 42.
- 37 *Allgemeines Landrecht* (o. Anm. 36), Art. 7, S. 43.
- 38 So fehlen die Begriffe »gerecht« und »Gerechtigkeit« auch im ausführlichen Sachregister bei ERNST F. KLEIN, *Grundsätze des Gemeinen Deutschen und Preußischen Peinlichen Rechts*, 1796 (ND 1996).
- 39 VOLTAIRE, *Über die Toleranz* (o. Anm. 31), S. 113; vgl. aber *Dictionnaire de la pensée de Voltaire par lui-même*, hrsg. von A. VERSAILLE, Bruxelles 1994, S. 720 ff.
- 40 K. GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Gießen 1798 (ND Glashütten 1970), S. 9 und 12.
- 41 Alle Zitate FEUERBACH, *Revision* (o. Anm. 13), S. XXV.
- 42 RAWLS, *Theorie* (o. Anm. 1), S. 79.
- 43 *Peinliche Gerichtsordnung* (o. Anm. 3), Art. 63, S. 53: »Von vnbekanten zeugen«; diese sollen »redlich vnd vnuerleumbt« sein; die Strafgesetzbücher des 18. Jahrhunderts enthalten ähnliche Bestimmungen; vgl. zum Ruf bzw. Leumund A. GRIESEBNER, *Konkurrierende Wahrheiten. Malefizprozesse vor dem Landgericht Perchtoldsdorf im 18. Jahrhundert*, Wien 2000, S. 164 ff.; K. HÄRTER, *Policy und Straffjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat*, Frankfurt a. M. 2005, S. 492.
- 44 U. GLEIXNER, »Das Mensch« und »der Kerl«. *Die Konstruktion von Geschlecht in Unzuchtverfahren der Frühen Neuzeit (1700–1760)*, Frankfurt a. M. 1994; J. EIBACH, »Männer vor Gericht – Frauen vor Gericht«, in: CH. ROLL u.a. (Hgg.), *Grenzen und Grenzüberschreitungen. Bilanz und Perspektiven der Frühneuzeitforschung*, Köln 2010, S. 559–572.
- 45 A. IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Paderborn 2002, S. 135 ff.
- 46 Zit. nach IGNOR, *Geschichte* (o. Anm. 45), S. 131. Die Vorrede der Kriminalordnung von Hannover übernahm 1736 diese Formulierung.
- 47 Vgl. IGNOR, *Geschichte* (o. Anm. 45), S. 211 ff.
- 48 BECCARIA, *Verbrechen* (o. Anm. 12), S. 48 ff.
- 49 Vgl. die Definition von »formaler Gerechtigkeit« bei RAWLS, *Theorie* (o. Anm. 1), S. 78–81.