



LITERATUR UND RECHT

BAND 5

Eric Achermann / Gideon Stiening (Hg.)
Vom „Theater des Schreckens“
zum „peinlichen Rechte nach
der Vernunft“

Literatur und Strafrecht im 17. und
18. Jahrhundert



J.B. METZLER

Literatur und Recht

Band 5

Reihe herausgegeben von

Klaus Stierstorfer, Münster, Deutschland

Die Reihe „Literatur und Recht“ bietet eine Publikationsplattform für Forschungen im interdisziplinären Gebiet zwischen Literatur und Recht. In Monographien und thematisch integrierten Sammelbänden erscheinen hier Arbeiten in deutscher Sprache, die dieses hoch aktuelle und sehr produktive Feld bearbeiten, erweitern oder neu vermessen wollen.

Wie bereits im Reihentitel angedeutet, liegt der Schwerpunkt nicht nur auf rechtstheoretischen, rechtssoziologischen oder rechtskulturellen Arbeiten, die die Rolle von Literatur im Rechtsdiskurs und dessen ‚Humanisierung‘ erkunden. Diese Form von Arbeiten, die v.a. im Nachgang des amerikanischen Law and Literature Movement seit den 1970er Jahren entstanden sind, wird durch eine neue Akzentsetzung weiterentwickelt. Hier treffen sich die beiden Disziplinen von Literatur- und Rechtswissenschaft auf Augenhöhe ohne monodirektionale Voreinstellung inhaltlicher, theoretischer, politischer oder ideologischer Art. Grundlagenforschung im interdisziplinären Bereich steht neben Einzelstudien zu einschlägigen Spezialthemen. Darüber hinaus soll die Reihe zwar zum einen Literatur und Recht im europäischen Kontext vertieft erkunden, zum anderen aber auch den Blick weiten auf rechtskulturelle und literarische Kontexte, die durch die traditionelle Recht- und Literatur-Forschung noch wenig erschlossen sind, namentlich in Osteuropa, Asien und Afrika.

Weitere Bände in der Reihe <https://link.springer.com/bookseries/16649>

Eric Achermann · Gideon Stiening
(Hrsg.)

Vom „Theater des Schreckens“ zum „peinlichen Rechte nach der Vernunft“

Literatur und Strafrecht im 17. und
18. Jahrhundert



J.B. METZLER

Hrsg.
Eric Achermann
Germanistisches Institut
Westfälische Wilhelms-Universität
Münster, Deutschland

Gideon Stiening
SFB 1385 – Recht und Literatur
Westfälische Wilhelms-Universität
Münster, Deutschland

ISSN 2730-7085

Literatur und Recht

ISBN 978-3-662-64091-3

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-64092-0>

ISSN 2730-7093 (electronic)

ISBN 978-3-662-64092-0 (eBook)

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

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert durch Springer-Verlag GmbH, DE, ein Teil von Springer Nature 2022

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Umschlagabbildung: Franz Kafka: „Mann, eingezäunt“ (um 1905); Skizze zum Roman *Der Prozeß*

© Archiv K. Wagenbach / akg-images / picture alliance

Planung/Lektorat: Ferdinand Pöhlmann

J.B. Metzler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

Vom „Theater des Schreckens“ zum „peinlichen Rechte nach der Vernunft“. Literatur und Strafrecht im 17. und 18. Jahrhundert 3
Eric Achermann und Gideon Stiening

II. Philosophische Grundlagen

Außen und Innen. Zur moralischen Steuerungsfunktion der Strafe im Strafrechtsdenken der deutschen Aufklärung 23
Frank Grunert

III. Literatur und Strafrecht im Schatten der *Carolina*

Jämmerliche Mordgeschichte, Fallstudie, Farce. Zum Wechselverhältnis von Literatur und Justiz am Beispiel Kindsmord 39
Jutta Heinz

Ermittlungspraktiken und Bestrafung in ausgewählten Historien aus Georg Philipp Harsdörffers Erzählsammlung *Der Grosse Schau-Platz jämmerlicher Mord-Geschichte* (ab 1649) 57
Hans-Joachim Jakob

Ein Schauplatz der Gerechtigkeit? Strafrechtskonzeptionen in Christoph Kormarts Prosabearbeitung *Maria Stuart Oder Gemarterte Majestät* (1673) 81
Anna Sebastian

Florilegium juridicum. Strafrecht und Strafe in der Buntschriftstellerei 113
Udo Roth

IV. Strafrecht und Literatur der Hochaufklärung

Vergnügen an gerechter Strafe. Poetische Gerechtigkeit und Strafrecht in Pitavalgeschichten	135
Sebastian Speth	

Politische Freiheit und Strafrecht bei Montesquieu. Anmerkungen zum <i>L'esprit des lois</i> und zu den <i>Lettres persanes</i>	171
Franz Hespe	

Voltaires kriminalpolitische Aufklärung. Über den Zusammenhang von Religionskritik, Toleranzforderung und kriminalpolitischer Aufklärung	191
Dieter Hüning	

Zwischen Sodomie und Götterliebe. Strafrecht und Literatur zu den <i>Peccata contra naturam</i>	211
Gideon Stiening	

„Nun kömmt die Reu – und die Moral zu späte“. Zur Verhandlung von ‚Ius Divinum‘ und ‚Strafe‘ in Christoph Martin Wielands satirischer Verserzählung <i>Schach Lolo</i>	237
Michael Schwingenschlögl	

V. Literatur und Strafrecht nach der Französischen Revolution

Das alles sehende Auge. Zur Imagination des juristischen und polizeilichen Blicks in Schillers Dramenfragment <i>Die Polizey</i>	259
Jens Ole Schneider	

„zu strafen und zu rächen“. Friedrich Schillers <i>Wilhelm Tell</i> über das Recht und die Pflicht zu strafen	281
Oliver Bach	

Gerechte Strafe für gerechte Selbstjustiz. Strafgerechtigkeit und Rechtsgefühl in Kleists <i>Michael Kohlhaas</i>	327
Philipp-Alexander Hirsch	

Personenregister	365
-------------------------------	-----

I. Einleitung



Vom „Theater des Schreckens“ zum „peinlichen Rechte nach der Vernunft“

Literatur und Strafrecht im 17. und 18.
Jahrhundert

Eric Achermann und Gideon Stiening

1 ‚Swinging out of this world‘ – Hinrichtungsrituale in Dichtung und Wahrheit

Jonathan Wild, der Protagonist und Held des gleichnamigen Romans von Henry Fielding, endet sein Leben in der folgenden Weise:

At length the morning came which Fortune at his birth had resolutely ordained for the consummation of our hero's GREATNESS: he had himself indeed modestly declined the public honour she intended him, and had taken a quantity of laudanum, in order to retire quietly off the stage; but we have already observed, in the course of our wonderful history, that to struggle against this lady's decrees is vain and impotent; and whether she hath determined you shall be hanged or be a prime minister, it is in either case lost labour to resist. Laudanum, therefore, being unable to stop the breath of our hero, which the fruit of hemp- seed, and not the spirit of poppy-seed, was to overcome, he was at the usual hour attended by the proper gentleman appointed for that purpose, and acquainted that the cart was ready. On this occasion he exerted that greatness of courage which hath been so much celebrated in other heroes; and, knowing it was impossible to resist, he gravely declared he would attend them. He then descended to that room where the fetters of great men are knocked off in a most solemn and ceremonious manner. Then shaking hands with his friends (to wit, those who were conducting him to the tree), and drinking their healths in a bumper of brandy, he ascended the cart, where he was no sooner seated than he received the acclamations of the multitude, who were highly ravished with his GREATNESS.

E. Achermann (✉)

Germanistisches Institut, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, Deutschland

E-Mail: acherman@uni-muenster.de

G. Stiening

Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, Deutschland

E-Mail: gstienin@uni-muenster.de

© Der/die Autor(en), exklusiv lizenziert durch Springer-Verlag GmbH, DE, ein Teil
von Springer Nature 2022

E. Achermann und G. Stiening (Hrsg.), *Vom „Theater des Schreckens“
zum „peinlichen Rechte nach der Vernunft“*, Literatur und Recht 5,
https://doi.org/10.1007/978-3-662-64092-0_1

The cart now moved slowly on, being preceded by a troop of horseguards bearing javelins in their hands, through streets lined with crowds all admiring the great behaviour of our hero, who rode on, sometimes sighing, sometimes swearing, sometimes singing or whistling, as his humour varied.

When he came to the tree of glory, he was welcomed with an universal shout of the people, who were there assembled in prodigious numbers to behold a sight much more rare in populous cities than one would reasonably imagine it should be, viz., the proper catastrophe of a great man.

But though envy was, through fear, obliged to join the general voice in applause on this occasion, there were not wanting some who maligned this completion of glory, which was now about to be fulfilled to our hero, and endeavoured to prevent it by knocking him on the head as he stood under the tree, while the ordinary was performing his last office. They therefore began to batter the cart with stones, brick-bats, dirt, and all manner of mischievous weapons, some of which, erroneously playing on the robes of the ecclesiastic, made him so expeditious in his repetition, that with wonderful alacrity he had ended almost in an instant, and conveyed himself into a place of safety in a hackney-coach, where he waited the compulsion with a temper of mind described in these verses:

Suave mari magno, turbantibus aequora ventis,
E terra alterius magnum spectare laborem.

We must not, however, omit one circumstance, as it serves to shew the most admirable conservation of character in our hero to his last moment, which was, that, whilst the ordinary was busy in his ejaculations, Wild, in the midst of the shower of stones, &c., which played upon him, applied his hands to the parson's pocket, and emptied it of his bottle-screw, which he carried out of the world in his hand.

The ordinary being now descended from the cart, Wild had just opportunity to cast his eyes around the crowd, and to give them a hearty curse, when immediately the horses moved on, and with universal applause our hero swung out of this world.

Thus fell Jonathan Wild the GREAT [...]!¹

Der mehrfach kodierte Sarkasmus, welcher der ‚Heldenwerdung‘ eines der berühmtesten und dreistesten Kriminellen im London des frühen 18. Jahrhunderts, Jonathan Wild, gilt, zielt bekanntermaßen auf Sir Robert Walpole, der als Premierminister unter Georg I. und Georg II. zu einem der mächtigsten Politiker des britischen Königreiches aufgestiegen war.² Zwar sind Vergleiche von Räubern und Politikern seit Augustinus oder Jean Bodin topisch;³ doch die Verwendung einer detailliert beschriebenen Hinrichtung eines Diebes zu genannten politikkritischen Zwecken kann als typisch für die frühneuzeitliche Literatur gelten: Erst die strafrechtliche Entwicklung im Europa der Frühen Neuzeit machte Hinrichtungen zu solchen Spektakeln, die die politische Öffentlichkeit mit der öffentlich zur Schau gestellten Verbrechensbekämpfung und einer öffentlichen Strafpraxis korrelierte. Fielding veranschaulicht die suggerierte Identität von Dieb und Politiker am

¹Fielding 1743, S. 403 ff.

²Vgl. hierzu Pearce 2007.

³Augustinus ⁴1977, S. 173 f.; Bodin 1976, S. 8 f.; Fielding kommt im *Jonathan Wild* auf diesen Topos und dessen Tradition zu sprechen, vgl. Fielding 1743, S. 277 f.

Medium der „peinlichen Strafe“, die dem diebischen wie dem politischen Helden zu Recht zukomme. Erst die Frühe Neuzeit macht die öffentliche Strafe und die zugrundeliegende Rechtsvorstellung poetisierbar.⁴

Zu erkennen ist dabei nicht allein die allgemeine Gleichsetzung Wilds und Walpoles, der ebenso wie der Verbrecher eine ‚Apotheose durch den Strick‘ verdient hätte; vielmehr enthalten auch einzelne Elemente dieser humoristischen Schilderung sarkastische Spitzen gegen den Politiker wie den Betrüger, der sich zum Diebesjäger stilisiert und eben dadurch die von ihm organisierte Kriminalität kaschiert hatte. Tatsächlich war die Hinrichtung Wilds – wie wir durch eine Darstellung Daniel Defoes wissen⁵ – ein bedeutendes öffentliches Spektakel und eine der bis dato größten Ansammlungen in der Geschichte Londons.⁶ Dies bedeutete einen erheblichen Organisationsaufwand, gar Eintrittskarten wurden verkauft (s. Abb. 1.1).

Sympathiebekundungen für Wild – wie Fieldings Erzählung suggeriert – oder gar Proteste gegen die Hinrichtung, die auch im 18. Jahrhundert noch zu Begnadigungen führen konnten,⁷ hat es jedoch nicht gegeben. Als „Großer“, wengleich offenkundig ‚Gefasster‘, ist Wild nicht gestorben, zumal der vergebliche Versuch der Romanfigur, sich mit Laudanum der öffentlichen Exekution zu entziehen, die Helden-Glorie für das Publikum deutlich trübte; denn wie das Trinken des Brandys gehörte die Verabreichung von Beruhigungsmedikamenten tatsächlich zu den Mitteln, die häufig ganz unheldenhaft jammervollen Delinquenten psychisch zu entlasten.⁸ Auch der Transport mit dem offenen Wagen war eher unüblich – die meisten Verurteilten erreichten die Richtstätte zu Fuß – und wurde nur jenen gestattet, die, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr gehen konnten. Fielding bedient sich also für seine sarkastische Distanzierung einer Reihe realistischer Momente in den Usancen öffentlicher Hinrichtungen in der frühen Neuzeit.⁹

Die literarische Reflexion auf die Vorgänge einer historischen Hinrichtung, die bei allen realistischen Details vor allem als drastische Kritik an korrupter Politik gelesen werden sollte, ist durchaus kein Einzelfall. In vielfältigen Formen und Gattungen beschäftigt sich die frühneuzeitliche Literatur mit der Theorie und Praxis der Strafe, deren rechtliche Ordnung seit dem späten 15. Jahrhundert auf eine neue Grundlage gestellt worden war.¹⁰

⁴Dieser Sachverhalt ist erst in wenigen Ansätzen zum Gegenstand der Forschung geworden, allerdings zumeist eher im Hinblick auf das Verbrechen als auf die Strafe; vgl. Schönert 2015.

⁵Defoe 1725.

⁶Dass große Zuschauerzahlen bei öffentlichen Strafen nicht ungewöhnlich waren, dokumentiert Evans 2020, S. 106 f.

⁷Vgl. van Dülmen 1985, S. 43 ff.

⁸Vgl. Evans 2020, S. 108.

⁹Vgl. hierzu auch Foucault 1994, S. 44 ff.

¹⁰Siehe hierzu u. a. Bach 2014, S. 330 ff. u. S. 574 ff.



Abb. 1.1 ‚Pray bring the Ticket with you‘. Eintrittskarte zur Hinrichtung Jonathan Wilds im Jahr 1725. (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Jonathan_Wild)

2 Entwicklungslinien des Strafrechts in der Frühen Neuzeit

Das Strafrecht der frühen Neuzeit erfährt zwischen dem frühen 17. und dem späten 18. Jahrhundert in Theorie und Praxis grundstürzende Veränderungen. Bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts gilt in der Praxis vieler europäischer Staaten die *Constitutio Criminalis Carolina* neben gewohnheitsrechtlichen Besonderheiten

und Teilen des römischen Strafrechts.¹¹ Diese in den und für die Krisenzeiten um 1500 entworfene und 1530 endlich ratifizierte Strafrechts- und Prozessordnung sollte grundlegende Bereiche der Strafpraxis in formaler wie materialer Hinsicht reichsweit vereinheitlichen und so eine Strafrechtsgerechtigkeit ebenso gewähren, wie die politische Einheit des Reichs in Zeiten der religionspolitischen Dissoziierungen befördern. Es war die weitgehend gleiche Geltung grundlegender Strafrechte, die eine Einheit des Reiches für und an seinen Delinquenten erkennbar machte,¹² trotz der Differenzierung in hohe und niedere Gerichtsbarkeiten.¹³ Da Herrschaft sich vor allem durch Steuern und Strafen am und für den Untertanen unmittelbar realisierte, zeigte sich ihm in der Strafordnung der höheren Gerichtsbarkeit das Reich als politische Institution. Unabhängig von der Tatsache, dass es bis weit ins 18. Jahrhundert auch regionale und lokale Straffindung und -ausübung gab, mithin während der gesamten frühen Neuzeit höchst unterschiedliche Ebenen der Strafpraxis zu verzeichnen waren, beförderten die *Carolina* und die durch sie angestoßenen Prozesse eine Vereinheitlichung und Professionalisierung des Strafrechts;¹⁴ ähnliche Prozesse sind für Frankreich¹⁵ und England¹⁶ oder die spanischen Niederlande¹⁷ zu verzeichnen.

Überhaupt ermöglichte allererst die *Carolina* das ‚Recht‘ zu Strafen, damit aber auch die Bestimmung des Vergehens als strafwürdiger Handlung. Zudem hob sie das Verfahren der prozessualen Be- und Verurteilung einzelner Handlungen auf eine obrigkeitliche und damit seit dem 17. Jahrhundert auf eine sich entwickelnde staatlich-institutionelle Ebene.¹⁸ Die grundlegenden Änderungen in Theorie und Anwendung des Strafrechts haben seit 1750 durch den Einfluss der Aufklärung den Prozess der Verstaatlichung und Zentralisierung von Strafe weitergeführt und verstärkt.¹⁹ Dabei erwirkt die *Carolina* auf der Ebene der Strafprozessordnung²⁰ eine klare Trennung zwischen der Rechtsfindung einerseits, die unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt, sowie der Urteilverkündung und der Exekution andererseits, die öffentlich zu erfolgen hatten.²¹ Vor allem die Vollstreckung von Ehren-, Körper- und Todesstrafen geriet dabei bisweilen zu einem großen Spektakel, zu

¹¹ Vgl. hierzu u. a. Härter 2018, S. 27 ff., S. 66 f. u. ö.

¹² Vgl. hierzu auch Jerouschek 2007.

¹³ Siehe hierzu auch Luther 2016, S. 64.

¹⁴ Siehe hierzu Luther 2016, S. 65 ff.; Härter 2018, S. 29 f.

¹⁵ Vgl. Luther 2016, S. 54–64.

¹⁶ Langbein 1984 sowie Dezza 2017, S. 57 ff.

¹⁷ Siehe Moormann van Kappen 1984.

¹⁸ Vgl. hierzu u. a. Landau/Schroeder (Hg.) 1984.

¹⁹ Siehe hierzu u. a. Günther 1907; Cattaneo 1998, S. 225 ff.; Koch 2014; Luther 2016 und Evans 2020, S. 157 ff.

²⁰ Siehe hierzu Dezza 2017, S. 49 ff.

²¹ van Dülmen 1985, S. 13 ff.

einem „Theater des Schreckens“.²² Diesem kam eine zentrale politische Funktion zu, indem sich die obrigkeitliche ‚Potestas‘ am und vor den Untertanen realisierte. Zum anderen drängte es als zumeist präzise choreographiertes Verfahren zu einer narrativen Rekonstruktion, die sich mitunter in die Literatur erstreckte. Allein die 1737 öffentlich vollzogene Hinrichtung des vormals höchst erfolgreichen Geheimen Finanzrates und Freidenkers Joseph Süß Oppenheimer,²³ um dessen Vermarktung sich schon kurz nach der Exekution Buchhändler rissen²⁴ und dessen rein politisch motiviertes Schicksal noch 200 Jahre später literarisch reflektiert wurde,²⁵ dokumentiert diese systematische Nähe von frühneuzeitlicher Strafrechtspraxis und Literatur.

Doch zeigt der Fall Oppenheimer auch an, dass bei aller territorialen Vereinheitlichung und Verstaatlichung der Strafe nicht nur für die Strafrechtsordnung der *Carolina*, sondern noch für viele der seit der Mitte des 18. Jahrhunderts reformierten Strafgesetzbücher eine ständische Differenzierung galt, die darauf hinauslief, dass eine Vielzahl von Verbrechen nur als Vergehen der unteren Stände der Gesellschaft galt und dass der Strafkatalog der *Carolina* nicht auf alle Stände und nicht im gleichen Maße Anwendung fand. Strafen wurden mithin ständisch differenziert vollzogen;²⁶ die Vorstellung eines allgemeinen und gleichen Rechts und damit eines allgemeinen und gleichen Strafrechts bringt allererst die Aufklärungstheorie hervor.²⁷ Bei der vor- bzw. gegenaufklärerischen Ausdifferenzierung der Strafpraxis ging es allerdings weniger um die Durchsetzung ungerechter Privilegien, als vielmehr um die Aufrechterhaltung der ständischen Ordnung, die eine öffentliche Demütigung der höheren Stände aus stabilitätspolitischen Gründen nicht angeraten sein ließ. Erst in der Spätaufklärung, insbesondere nach Rousseau, wird das Gros der höchst unterschiedlichen Strömungen der Aufklärung an dieser rechtlichen Ungleichheit auch auf dem Felde des Strafrechts deutliche – zumeist naturrechtlich fundierte – Kritik üben. Als prominentes Beispiel sei Lessings *Emilia Galotti* genannt, dessen Problemkonstellation ohne Kenntnis der Infragestellung ständischer Ungleichheit und ihrer rechtlichen Voraussetzungen nicht zu verstehen ist; die unbedachte Unterschrift des Prinzen unter ein Todesurteil spielt hierbei eine zentrale Rolle.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sowohl die *Carolina* als auch die aus der Aufklärungsbewegung hervorgegangenen neuen Strafrechtsordnungen, wie das *Josephinische Strafgesetz* (1787), das *Allgemeine Preußische Landrecht* (1794) oder selbst das *Bayerische Strafgesetzbuch* (1813), noch keineswegs als

²²Vgl. beispielsweise Schild 1984; van Dülmen 1985 sowie Evans 2020, S. 59 ff.

²³Vgl. hierzu u. a. Haasis 1998.

²⁴Haasis 1998, S. 449.

²⁵Feuchtwanger 1991.

²⁶Vgl. u. a. Koselleck 1981, S. 640–659; van Dülmen 1985, S. 15 ff., S. 22 ff.

²⁷Siehe hierzu Reulecke 2007.

ein vollständig säkulares Strafrecht zu bezeichnen sind;²⁸ viele der in der frühen Neuzeit geltenden Delikte betrafen religiöse Regelungsgegenstände wie Gotteslästerung oder nur theologisch fundierte Verbrechen wie die ‚Sünden wider die Natur‘. Wie die Beispiele La Mettries und Helvétius zeigten, galt auch noch Mitte des 18. Jahrhunderts nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis der Atheismus als strafwürdiges Vergehen und wurde in beiden Fällen mit der öffentlichen Verbrennung der Schriften sanktioniert.²⁹ Diese Vergehen wurde aber nicht nur von der Kirche, sondern auch und vor allem von staatlichen Institutionen verurteilt und bestraft. Von einem tatsächlich säkularen – und damit mehr als nur säkularisierten³⁰ – Strafrecht lässt sich folglich für das 17. und 18. Jahrhundert nicht sprechen, gerade weil auch im Rahmen der sogenannten Sittlichkeitsdelikte theonome Voraussetzungen³¹ wie selbstverständlich weiterwirkten. Die Annahme nämlich, dass bestimmte Sexualpraktiken die Stabilität des Staates gefährdeten, ist nur unter der fortgesetzten Geltung der Reduktion aller legalen Sexualität auf den biblischen Fortpflanzungsauftrag zu verstehen.³² Auch die Verurteilung und Bestrafung konfessioneller Differenz – wie im europaweit wahrgenommenen Fall Calas – dokumentiert den theonomen, bisweilen gar theologischen Einfluss auf staatliches Strafrecht und Strafpraxis. Der Fall Calas dokumentiert aber auch, dass die publizistische Aufklärung in diese juristischen Vorgänge kritisch und gar erfolgreich einzuwirken begann.³³

Überhaupt gab es nicht allein eine Fülle von Vergehen, die noch das späte Mittelalter nicht kannte, sondern auch die Vielfalt an verurteilenden und strafenden Institutionen nahm – bei allen Verstaatlichungsprozessen – durchaus nicht ab. So strafte Landesherrn neben Städten und Gemeinden, Kirchen neben dem Militär – und bis ins 18. Jahrhundert galten theoretisch wie praktisch Eigentumsdelikte zumindest auch als Verbrechen wider das Naturrecht, sodass jedes einzelne ‚beleidigte‘, also geschädigte Individuum selbst strafen konnte. Man denke an Grimmelshausens *Simplicius Simplicissimus*, der eine ganze Palette an strafenden Institutionen dokumentiert.³⁴ Und auch noch Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas* geht nach der erwähnten naturrechtlichen Legitimation in seinem strafenden Verhalten selbst vor.³⁵ Noch bis weit ins 19. Jahrhundert gibt

²⁸ Siehe hierzu u. a. Koch 2014, S. 56 f. sowie Härter 2018, S. 31.

²⁹ Vgl. bei Ozanam 1955, S. 140–170, Bayertz 2004 und Richter 2018.

³⁰ Zu dieser Unterscheidung vgl. Blumenberg ²1988, S. 73 ff.

³¹ Die Rechtsgeschichte spricht in diesem Zusammenhang gerne von einem „theokratischen Strafrecht“ (vgl. Koch 2014, S. 42 f. oder auch Luther 2016, S. 86, 113 u. ö.); uns scheint diese Terminologie den Sachverhalt zu verharmlosen, zeigten sich doch auch in Strafrechtsordnung und -theorien mit ausdrücklich säkularen Strafzwecken bedeutende, ja prägende Reste theologischer Voraussetzungen, die allererst bestimmte Handlungen zu Vergehen machten.

³² Vgl. hierzu Derks 1990, S. 140–173 sowie Stiening 2020.

³³ Vgl. hierzu u. a. Voltaire 2010 sowie den Beitrag von Dieter Hüning in diesem Band.

³⁴ Grimmelshausen 2005, S. 73 ff. (I. 20); S. 210 ff. (II. 26); S. 274 ff. (III. 9 f.) u. ö.

³⁵ Siehe hierzu u. a. Stiening 2016 sowie den Beitrag von Philipp Hirsch in diesem Band.

es eine vor allem ordnungspolitisch begründete, von staatlichen Institutionen unabhängige Strafgerichtsbarkeit von Gutsherren gegenüber ihrem „Gesinde“. ³⁶

Dabei ist es von entscheidender Bedeutung, dass Strafzweck wie auch Strafmaß erheblicher Willkür unterworfen waren. ³⁷ Vor allem in der Strafrechtspraxis, aber auch in weiten Teilen der Strafrechtstheorie galt nämlich das politische Telos der innergesellschaftlichen und staatlichen Stabilität, Sicherheit und Wohlstandsmehrung – allgemeiner gefasst: das ‚bonum commune‘, die staatliche „Glückseligkeit“ – als zentraler, bisweilen einziger Staatszweck, auf den hin auch alles Strafrecht auszurichten war. ³⁸ Diese weithin in Theorie und Praxis akzeptierte Prämisse führte notwendigerweise – allererst Kant hat diese Zusammenhänge hinreichend analysiert ³⁹ – zu einer despotischen Willkür auch im Hinblick auf staatliche Strafen, und zwar durch deren ausschließliche Funktionalisierung für das staatliche ‚bonum commune‘. Nicht zuletzt mit Blick auf die politischen oder ökonomischen Krisenzeiten lassen sich verschärfte Strafpraktiken beobachten, wie u. a. in der letzten Phase und im Anschluss an den Dreißigjährigen Krieg. Die unerhörten Grausamkeiten führten zu einer Verrohung der Lebenswelten ⁴⁰ – auch weil in vielen Gebieten des Reiches naturzuständige Verhältnisse herrschten. ⁴¹ Nicht selten gelangte ein Magistrat zu der Überzeugung, dass nur mithilfe verschärfter Strafgewalt die gesellschaftliche Ordnung wiederhergestellt werden könne. Auch die Geschichte des Jonathan Wild wird durch die große ökonomische Krise Englands nach 1680 allererst ermöglicht. ⁴² Und noch im Anschluss an den Siebenjährigen Krieg sind ähnliche Vorgänge zu verzeichnen. ⁴³

Auch unabhängig von Krieg oder Krise lassen sich in ruhigeren Zeiten sowohl im 17. als auch 18. Jahrhundert in Theorie und Praxis trotz der normativ weitgehend ungebundenen Auffassungen einer Staatsräson oder eines aufgeklärten Staatseudämonismus herrscherliche Willkürakte häufig beobachten, die belegen, dass die zunehmende *Vergesetzlichung* von Staat und Gesellschaft keineswegs mit einer *Verrechtlichung* der lebensweltlichen Verhältnisse gleichzusetzen war. Friedrichs II. berühmt gewordenes Eingreifen in das Verfahren gegen den „Müller Arnold“ zeigt auf allen Ebenen und mit aller Deutlichkeit, dass es keine

³⁶ Vgl. Koselleck 1981, S. 650 ff.

³⁷ Seelmann 1989.

³⁸ Vgl. hierzu noch Svarez 1960, S. 3 ff.; siehe dazu Kuhli 2012, S. 59 ff.

³⁹ Im *Gemeinspruch* hatte Kant nachgewiesen, dass das Gemeinwohl als oberster Staatszweck, weil letztlich kriterienlos, zu jederart willkürlichen Regierungshandeln freie Hand ließ (AA VIII, S. 290 f.); vgl. auch Immanuel Kant: Streit der Fakultäten. In: AA VII, 87 f.: „Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den, der sie empfängt, noch der sie austeilte (der eine setzt sie hierin, der andere darin); weil es dabei auf das Materielle des Willens ankommt, welches empirisch, und so der Allgemeinheit einer Regel unfähig ist.“

⁴⁰ Vgl. hierzu u. a. Lindegren 1999; Schmidt 2018, S. 620 ff.; Wilson 2017, S. 890 ff.

⁴¹ Vgl. hierzu Wilson 2017, S. 919 ff.

⁴² Siehe hierzu Beattie 2001.

⁴³ Siehe hierzu Füßel 2018, S. 470 ff.

unabhängige Justiz gab und geben konnte, weil der Herrscher des absolutistischen Staates alle drei Gewalten in sich vereinigte.⁴⁴ Friedrich schützt zwar in Einzelfällen den Untertanen gegen die Willkür seines Justizapparates, vollzieht dies aber, indem er nicht nur die Urteile seiner Justiz kassiert, sondern die zuständigen Richter drastisch bestraft und die verantwortlichen obersten Justizbeamten entlässt. Es ist erneut Lessing, der in *Minna von Barnhelm* solcherart willkürliche Eingriffe des absolutistischen Herrschers in laufende Gerichtsverfahren kritisch gestaltete.

3 Einflüsse der Strafrechtstheorie der Aufklärung

Gleichwohl ist nicht zu bestreiten, dass es seit Mitte des 18. Jahrhunderts sowohl auf Ebene der Strafgesetzgebung als auch auf der der Strafpraxis deutliche Veränderungen gab, die sich u. a. in der Zurückdrängung der Folter,⁴⁵ der zeitweisen Infragestellung der Todesstrafe,⁴⁶ aber auch einer zunehmenden Trennung staatlicher und kirchlicher Strafausübung vollzog.⁴⁷ Ohne jeden Zweifel wirkten sich in diesem Zusammenhang Theorien der Aufklärung,⁴⁸ namentlich des philosophischen Naturrechts,⁴⁹ prägend auf die Praxis aus, sodass auch und im Besonderen auf dem Feld des Strafrechts von einem genuin aufklärerischen Prozess, einem „Wandels durch Vernunft“, gesprochen werden kann.⁵⁰ Den entscheidenden Anstoß für die seit Mitte des 18. Jahrhunderts zu verzeichnende, ab den 1770er Jahren an theoretischer Valenz und praktischer Bedeutung zunehmenden Reformdebatten ging, wie erwähnt, von den Naturrechtsdebatten aus, die seit Francisco Suárez, Hugo Grotius und Thomas Hobbes die politische Philosophie europaweit beeinflusste.⁵¹ Im Rahmen dieses Natur- und später Vernunftrechts wurde nicht nur danach gefragt, was das Recht überhaupt sei, was der Staat und seine Herrschaft ausmachen und in welchem Verhältnis beide zur natürlichen Freiheit des Menschen stünden, sondern auch, was genau Strafe sei, wie sie zu legitimieren und im Hinblick auf das Verbrechen zu bestimmen sei.⁵² Schon Francisco Suárez bearbeitet in seiner rechtstheologischen Summe *De legibus ac de legislatore* zu Beginn des 17. Jahrhunderts das Problem, welch

⁴⁴Vgl. hierzu u. a. Kunisch 2004, S. 293 ff.

⁴⁵Koch 2014, S. 62 f.

⁴⁶Koch 2014, S. 60 ff.

⁴⁷Vgl. hierzu u. a. Repgen 2021.

⁴⁸Siehe hierzu schon Fischl 1913; Cattaneo 1998; Reulecke 2007; Koch 2014; Luther 2016.

⁴⁹Vgl. Hüning 2022.

⁵⁰Schmidt 2009.

⁵¹Siehe hierzu u. a. Welzel ⁴1962; Röd 1970; Scattola 1999; Hartung ²1999; Klippel 2000, S. 73–90; Grunert 2000; Eggers 2008; Bach/Brieskorn/Stiening (Hg.) 2017.

⁵²Siehe hierzu u. a. Reulecke 2007 sowie Hüning 2022.

normativer Charakter überhaupt der Strafe zukomme, d. h. in welchem Verhältnis sie zu den drei rechtlichen Grundnormen – Gebot, Verbot, Erlaubnis – stehe. Dabei muss der Conimbricenser Rechtstheologe zum einen begründen, warum es nicht nur möglich, sondern notwendig ist, dass die unterschiedlichen Gesetze, die als der Schöpfung Gottes entstammend nur positive Eigenschaften haben können, mit Strafen für ihre Übertretung versehen werden können, die doch ein Übel für den Menschen implizieren – was schon hier mit Verweis auf das innerstaatliche Gemeinwohl vermittelt wird.⁵³ Zum anderen aber gibt es für den Rechtstheologen Klärungsbedarf im Hinblick auf die notwendig anzunehmende doppelte Bestrafung jedes Vergehens, nämlich als Verbrechen durch irdische und als Sünde durch die jenseitige Richterinstanz. Jedes Gesetz nämlich beansprucht vor dem ‚forum externum‘ durch die ‚recta ratio‘ Geltung, gleichzeitig kann es nur vor dem ‚forum internum‘ als Gewissen Verbindlichkeit innehaben. Für Suárez ist diese Konstruktion nicht etwa Problem, sondern vielmehr Lösung einer jeden Verbindlichkeitstheorie.⁵⁴

Mit der allgemeinen Gesetzes- und besonderen Strafrechtstheorie legt Suárez eine der letzten großen Rechtstheologien der frühen Neuzeit vor. Schon mit Grotius‘, verstärkt mit Hobbes‘ Strafrechtstheorie setzt jener Prozess ein, der sich über Samuel Pufendorf, Christian Thomasius und Christian Wolff fortsetzt und mit den Begriffen der Rationalisierung, Liberalisierung, Säkularisierung und Humanisierung, mithin einem aufklärerischen Strafrecht – durchaus zutreffend, wenngleich nicht unproblematisch – verbunden wird.⁵⁵ Tatsächlich ist die Zurückweisung der Bedeutung der Offenbarung als Rechtsquelle, die Kritik an natürlichen Strafen oder die Verwerfung des angeblichen Verbrechens der Hexerei, die Kontroverse über Körper- und Todesstrafen sowie über die Folter, die keineswegs zu deren vollständiger Abschaffung führte und die dennoch ihre Selbstverständlichkeit verlor, wie auch die allmähliche Depoenalisierung von Sittlichkeitsdelikten bis hin zum Kindsmord mit diesen genuin aufklärerischen Begriffen und Begründungen zu verbinden. Auch die noch für Suárez essentielle Gewissensverpflichtung staatlicher, ja aller Gesetze, sowie seine Annahme der Schöpfung des Rechts unabhängig von dem, wenngleich im Hinblick auf den Menschen, werden durch die Säkularisierungs- und Rationalisierungsprozesse verabschiedet. Nichts hat den Einfluss der Rechtstheologie auf das Recht zu Strafen nachhaltiger zurückgedrängt als die seit Thomasius kontrovers geführte Debatte über den Unterschied zwischen Recht und Moral.⁵⁶

Vor allem seit Charles de Montesquieus erfolgreichen *L'esprit des lois* (1748) und Cesare Beccarias einflussreichem Essay *Dei delitti e delle pene* (1764) erhielt die grundlagentheoretisch fundierte Reformdebatte zum Strafrecht eine

⁵³ Suárez 2021, (DL V. II. 2 u. 5.).

⁵⁴ Vgl. hierzu auch Grunert 2013.

⁵⁵ Vgl. hierzu Koch 2014.

⁵⁶ Siehe hierzu den Beitrag von Frank Grunert in diesem Band.

europaweite Wirksamkeit,⁵⁷ die die Felder der Theorie in Philosophie und Jurisprudenz bald überschritt und zu Reformen in den geltenden Strafrechtordnungen führte, wie etwa den bereits erwähnten *Allgemeinen Landrecht* und *Josephina*. Dennoch kann bei aller Säkularisierung der allgemeinen Rechts- und besonderen Strafrechtstheorie noch in den 1780er Jahren von prominenter Seite ausgeführt werden: „Man ist einig, daß Sünde und Verbrechen nicht einerley seien.“⁵⁸ Nahezu 150 Jahre nach Hobbes' *De cive* ist diese These des Göttinger Philosophen Johann Georg Heinrich Feder offenbar ungewöhnlich genug, um sich auf sie als ‚communis opinio‘ öffentlich zu berufen. Dies belegt auch der als ‚deutscher Beccaria‘ berühmt gewordene Karl Ferdinand Hommel,⁵⁹ der in seinen *Philosophischen Gedanken von dem Criminalrechte* aus dem Jahre 1784 ausdrücklich festhält:

Man muss Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht unter einander werfen. Ein Loch im Strumpf zu haben, ist weder Sünde noch Verbrechen, sondern Schande, seine Schwester zu heyrathen, ist bey den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Blos dieses ist der Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze. Es kann etwas schändlich, und doch bürgerlich kein Verbrechen seyn. Mensch, Bürger und Christ sind drey unterschiedene Begriffe.⁶⁰

Damit ist eine klare Grenze zwischen der säkularen Moral, dem ebenso säkularen Recht und der religiösen Sündenvorstellung gezogen, die nicht nur für Suárez, sondern noch für den Leipziger Philosophen und prominenten Wolff-Gegner, Christian August Crusius, durchaus nicht selbstverständlich war.⁶¹ Darüber hinaus zeigen Hommels ebenso philosophische wie juristische Ausführungen, dass der Zweck der staatlichen Strafe sich keineswegs mehr auf das rein politische Instrument zur Sicherheits-, Ordnungs- und Wohlstandsgarantie reduzieren ließ, die nur das staatliche oder gesellschaftliche, nicht aber – der nur bedingter Weise – das Wohl des Einzelnen zum Ziele hatte. Vielmehr lassen sich neben unterschiedlichen Präventionsabsichten, die schon Beccaria in den Vordergrund seiner Theorie der Strafe stellte,⁶² auch Vorstellungen der sittlichen Besserung ausmachen, die durch eine Psychologisierung von Charaktereigenschaften, Herkunftsgeschichte und Handlungsmotiven des Delinquenten sich von dem ausschließlich äußeren Zweck der staatspolitischen Ordnungssicherung zugunsten einer inneren Zweckmäßigkeit der Strafe distanzieren. In eben diesem Sinne schreibt Immanuel Kant:

⁵⁷Vgl. Cattaneo 1998, S. 3–48.

⁵⁸Feder 1786, S. IV.

⁵⁹Siehe hierzu u. a. Cattaneo 1998, S. 63–139.

⁶⁰Hommel 1784, S. 39 ff., siehe auch Hommel 1784, S. 121 f.

⁶¹Siehe Crusius 1744, S. 302 ff.

⁶²Siehe hierzu u. a. Porret (ed.) 1997.

Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurtheilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vortheil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde nach dem pharisäischen Wahlspruch: „Es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe“; denn wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, daß Menschen auf Erden leben.⁶³

Die aufklärerischen Tendenzen zu Rationalisierung, Humanisierung, Liberalisierung und Säkularisierung finden in dieser Einsicht, der zufolge staatliche Strafe nicht als Funktionselement eines staatlichen Eudämonismus missverstanden werden darf, sondern lediglich als Moment rechtlicher Normativität zu verstehen sei, ihren Grund und Zweck.⁶⁴ Allerdings ist bei allen aufklärerischen Reformern des Strafrechts von Montesquieu und Beccaria über Voltaire bis zu Johann Jakob Cella, Karl Ferdinand Hommel oder Johann Christian von Quistorp zu erkennen, dass sie den Schritt von der rein oder zumindest weitgehend politischen Funktionalisierung der Strafe als Instrument einer nicht gewaltenteiligen Herrschaft – d. h. von einem technisch-praktischen Status der ‚poena‘ – zu einer tatsächlich normativen Interpretation des Strafrechts – und damit zu deren moralisch-praktischen Status – nicht vollends zu gehen vermögen. Der Übergang vom Verständnis der Strafe als einer ‚Genugtuung des Geschädigten‘⁶⁵ zu einer ‚Genugtuung des Rechts‘ gelingt einzig Kant zumindest ansatzweise.⁶⁶

Daher gilt auch im Zusammenhang des Strafrechts wie für andere Felder, so die Religions-, Rasse- oder die Geschlechterpolitik, dass die Rationalisierungstendenzen der Aufklärung nicht weit genug gingen, mithin die europäische Aufklärung in einigen Bereichen nicht aufgeklärt genug war, um zu erkennen, dass bestimmte Formen menschlichen Handelns, wie sexuelle Praktiken (Orientierung ist kein Handeln) oder die Entscheidung zum Selbstmord, nicht nur keine

⁶³ Kant: *Metaphysik der Sitten*, AA VII, S. 331 f.

⁶⁴ Es ist eben diese Einsicht in die rechtsnormative Qualität der Strafe, die der Arbeit von Foucault grundlegend verkennt, weil er sie einzig als Instrument der politischen Macht interpretiert (deshalb „Überwachen“ und Strafen) und damit die Anstrengungen der Aufklärung, eine rechtsnormative Legitimation von Strafe zu finden und hinreichend zu begründen, gar nicht zur Kenntnis nehmen kann. Foucault reduziert die moralisch-praktische Dimension der Strafe auf ihre technisch-praktische Funktion und damit das Recht auf Strafe auf eine disziplinierende Politik.

⁶⁵ Luther 2016, S. 86.

⁶⁶ Vgl. hierzu Hüning 2022.

Verbrechen (wozu sich Reformjuristen wie Cella oder Hans Ernst von Globig und Johann Georg Huster durchbringen konnten,⁶⁷ indem sie solches Verhalten zu polizeilich zu verfolgende Ordnungswidrigkeiten herabstimmten), sondern *überhaupt* nicht rechtsförmig sind. Das hat nichts damit zu tun, was die Gegner der Aufklärung – bis in unsere Tage⁶⁸ – ihr gerne als Grenze attestieren, nämlich die Unfähigkeit zu Humanität und Liberalität gerade aufgrund ihrer Rationalität und Säkularität. Vielmehr zeigt sich auch auf dem Gebiet des Strafrechts, dass dieses im 17. und 18. Jahrhundert tatsächlich und ohne jeden Zweifel einen Aufklärungsprozess durchlief. Es zeigt sich aber auch, dass das Projekt der Aufklärung nicht innerhalb eines Jahrhunderts zu realisieren war. Der widerspruchsfreie Umgang mit dem Grundsatz der Gleichheit bleibt vielmehr eine Aufgabe, die sich stets vor neue Herausforderungen gestellt sieht.

4 Der Beitrag der Literatur – Zwischen Affirmation und Kritik

Die hier grob skizzierte Entwicklung des Strafrechts in Theorie und Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts, mithin von der *Carolina* zum *Bayerischen Strafgesetzbuch*, von Suárez' *De legibus* zu Kants *Metaphysik der Sitten*, vom „Theater des Schreckens“ zur „peinlichen Strafe nach der Vernunft“, wird durch die europäische Literatur nicht allein kritisch oder affirmativ begleitet, sondern bisweilen befördert, bisweilen aber auch behindert. Dabei sind es nicht allein die öffentlichen Bestrafungen, deren spektakuläre Grausamkeiten zur narrativen Rekonstruktion einladen, und dies aus unterhaltendem wie reflektierendem, aber auch rechtsdidaktischem Interesse. Die Leiden des Delinquenten waren hier ebenso von Interesse wie die höchst unterschiedlichen Reaktionen eines durchaus partizipativen Publikums, das selbst Todesurteile befördern oder verhindern wollte und bisweilen auch konnte.⁶⁹

Schon William Shakespeare oder Miguel de Cervantes aber erweiterten die Perspektive auf die Äußerlichkeit der Strafe um Fragen nach ihrer allgemeinen Legitimität und Funktion; für den Ritter von der traurigen Gestalt ist Strafe vor dem Hintergrund der anthropologisch fundierten äußeren Freiheit des Menschen kaum begründbar. Als er sich anschiekt, die Überzeugung in Tat zu übersetzen, hat diese furchtbare Konsequenzen.⁷⁰ Und auch für den Merchant of Venice, der vor den Schranken des Gerichts für sich in Anspruch nimmt „I stand here for law“,⁷¹ endet seine Berufung auf das vormodere Talionsprinzip letztlich tragisch. Andreas

⁶⁷Vgl. hierzu Cella 1787 sowie Globig/Huster 1783.

⁶⁸Pečar/Tricoire 2015.

⁶⁹van Dülmen 1985, S. 43 ff.

⁷⁰Vgl. hierzu Stiening 2015.

⁷¹Shakespeare 2012, S. 130.

Gryphius seinerseits lässt „Papinian“, den Protagonisten seines gleichnamigen Stückes, an der durch ihn selbst verschuldeten Hinrichtung seines Sohnes teilnehmen und im Angesicht der geköpften Kindes sinnieren:

Papinian. Nun seh Ich / O mein Kind! was Ich von dir geglaubt!
 Ich schaw den hohen Mutt! die unverzagten Sinnen!
 Die nicht durch Furcht / durch Angst / durch dräuen zu gewinnen/
 Die in den frechen Tod sich unerschreckt gewagt.
 Die / ob dem alles bebt / und zittert / nicht verzagt.
 Die standhaft / ob wol zart! vor Threnen / Blut vergossen /
 Und engen Lebens-Zil / mit weitem Ruhm beschlossen.
 Rühmt Eltern eure Frucht die umb deß Landes Heil /
 Für Wund und sterben bot das edle Leben feil!
 Mir bleib es unverwehrt den Sohn recht auszustreichen /
 Der für Recht / Gott / und Land und Vater wolt erbleichen!
 Der meine blühend Ehr ergetzt durch disen Preis!
 Und seine fest gestellt! wie grosser Väter Fleiß /
 Und Glück / und Ruhm ist nicht auff erstes Kind abkommen! (IV, 277–291)

Die historische Verbindung der Gewaltexzesse des Dreißigjährigen Krieges, die Gryphius vermutlich miterlebte,⁷² und die Entstehung und Entwicklung eines Rechtsverständnisses, dessen Unbedingtheit zur Bedingung der Möglichkeit desjenigen Staats- und Strafrechts gehörte, die zur Ausprägung absolutistischer Flächenstaaten führte, mag helfen, die außergewöhnliche Grausamkeit zu erklären: Noch im Angesicht des geköpften Kindes lobt sein Vater dessen Standhaftigkeit, für „Recht / Gott / und Land und Vater“ gestorben zu sein, weil er daran festhält, dass alles positive Recht uneingeschränkt gelten muss. Szenen einer solchen Grausamkeit finden sich zwar auch schon bei Seneca; das Rechtsverständnis jedoch lässt sich wohl nur aus der normativen Krise der Herausbildung des modernen Absolutismus und seinem grundlegenden Problem, einer Letztbegründung weltlicher Macht und weltlichen Rechts zur Aufrechterhaltung einer göttlichen Ordnung, erklären. Papinians – von Gryphius an keiner Stelle kritisiert – Rechtsfanatismus stellt das Gegenbild zu demjenigen ‚Theater des Schreckens‘ dar, das den Zeitgenossen auf den Markt- und Hinrichtungsplätzen begegnete.

Doch nicht allein die Strafschauspiele der frühen Neuzeit – bis hin zu Goethes Reflexionen zur Kindsmörderin Gretchen –, sondern auch die nicht-öffentlichen Prozesse, die Praxis der Folter oder auch die Frage nach einer allgemeinen Begründung von Recht und Gerechtigkeit der Strafe wie die Überlegungen zu den Bedingungen und Gründen des Verbrechens, haben die europäische Literatur der frühen Neuzeit intensiv beschäftigt. Noch die Frage, ob und – wenn ja – in welcher Weise es Strafe und deren rechtliche Kodierung überhaupt geben müsse, wird in den Utopien bzw. den gesellschaftlichen Idealvorstellungen der Zeit zwischen 1600 und 1800 intensiv reflektiert. Selbst politische Realisten wie Jean-Jacques Rousseau oder auch Christoph Martin Wieland waren überzeugt, dass es

⁷²Vgl. hierzu Garber 2020.

in einer idealen Gesellschaft – literarisch gestaltet in der *Idylle de Clarens* oder in *Republik von Tarent* – letztlich keinerlei Strafe und damit auch kein diesbezügliches Recht, allenfalls Schwundstufen eines solchen, geben könne oder sollte: den Ausschluss aus dem Gemeinwesen. Nicht erst die sozialistischen, sondern schon die Utopien der Aufklärung stellen sich die grundsätzliche Frage: Kann es ein Gemeinwesen ohne Strafe und so ohne Strafrecht geben?

Umgekehrt gilt jedoch auch, dass die Literatur die Bewegungen zu einer Aufklärung des Strafrechts kritisch verfolgte: Nicht allein aus theatralischen Gründen, sondern offenkundig auch aus Überzeugung lässt Choderlos de Laclos die einzige echte Heldin seiner *Liaisons dangereuses*, die Marquise de Merteuil, durch eine ‚natürliche Strafe‘ belangt werden – nämlich durch die Blattern. Einzig diese entstellende Erkrankung sowie die öffentliche Schande ist in der Lage, ihr das Handwerk zu legen. Sie steht sarkastisch für die einzige Instanz, die sie legitimerweise strafen durfte: Gott – und dies ein Jahrhundert nach der Samuel Pufendorfs begründeter Zurückweisung, dass natürliche Strafen wirklich stattfinden oder nur schon, als *Strafe*, möglich wären.⁷³ Es ist vor allem die Literatur, die zwischen 1600 und 1800 über die Möglichkeit, Wirklichkeit und Notwendigkeit der Strafe und ihre rechtliche Fixierung kritisch reflektierte, während sowohl die Philosophie als auch die Rechtswissenschaft der frühen Neuzeit von einer unabdingbaren Realität des Strafens ausgingen.⁷⁴

Die Rechtsgeschichte scheint den unübersehbaren Quellenfundus, den die Literatur der frühen Neuzeit für die Entwicklung des Strafrechts und deren individuelle und gesellschaftliche Konsequenzen bereitstellt, noch nicht wirklich entdeckt zu haben. Umgekehrt gilt, dass die Literaturgeschichte den vielfach erschlossenen Fundus an Strafrechtstheorien und deren Praxis zwischen 1600 und 1800 als Kontext der literarischen Entwicklung der Zeit für eine differenzierte Interpretation ihrer Texte noch nicht hinreichend zur Kenntnis genommen hat. Der nachfolgende Band sucht erste Schritte auf dem Feld eines interdisziplinären Austausches zwischen beiden Forschungs-Feldern zu gehen, was vorerst nur punktuell und an einzelnen Beispielen erfolgen kann.

Literatur

Quellen

Augustinus: *Der Gottesstaat*. Aus dem Lateinischen übertragen von Wilhelm Thimme. Eingeleitet und kommentiert von Carl Andresen. München ⁴1977.

Bodin, Jean: *Über den Staat*. Auswahl, Übersetzung und Nachwort von Gottfried Neidhart. Stuttgart 1976.

Cella, Johann Jakob: *Ueber Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen*. Saarbrücken 1787.

⁷³Vgl. hierzu Hüning 2009.

⁷⁴Vgl. hierzu Hüning 2022, der deutlich macht, dass die philosophischen und juristischen Wissenschaften von der Strafe deren Notwendigkeit – reflexionslos – voraussetzten.

- Crusius, Christian August: *Anweisung vernünftig zu leben*. Leipzig 1744.
- Defoe, Daniel: *A True & Genuine Account of the Life and Actions of the late Jonathan Wild, Not made up of Fictions and Fable, but taken from his Own Mouth and collected from papers of his Own Writing*. London 1725.
- Feder, Johann Georg Heinrich: Vorrede. In: *Servin über die peinliche Gesetzgebung*. Aus dem Französischen übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Johann Ernst Gruner. Mit einer Vorrede von Hofrath Prof. Feder. Nürnberg 1786, S. III–XV.
- Fielding, Henry: *The Life of Mr. Jonathan Wild the Great*. London 1743.
- Grimmelshausen, Hans Jacob Christoffel: *Simplicissimus Teutsch*. Hg. von Dieter Breuer. Frankfurt a.M. 2005.
- Globig, Hans Ernst von/Huster, Johann Georg: *Abhandlung von der Criminalgesetzgebung*. Zürich 1783.
- Hommel, Karl Ferdinand: *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*. Breslau 1784. *Kant's gesammelte Schriften*. Hg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin 1900ff. (AA, Band, Seitenzahl).
- Shakespeare, William: *The Merchant of Venice/Der Kaufmann von Venedig*. Englisch/Deutsch. Übersetzt, kommentiert und hg. von Barbara Puschmann-Nalenz. Stuttgart 2012.
- Suárez, Francisco: *De legibus ac Deo legislatore. Liber V / Über die Gesetze und Gott den Gesetzgeber. Buch V*. Hg., eingeleitet und ins Deutsche übersetzt von Oliver Bach, Norbert Brieskorn und Gideon Stiening. Stuttgart-Bad Cannstatt 2021, [i.D.]
- Svarež, Carl Gottlieb: *Vorträge über Recht und Staat*. Hg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Köln, Opladen 1960.
- Voltaire: *Die Affäre Calas*. Hg. und mit einem Nachwort versehen von Ingrid Gilcher-Holtey. Frankfurt a.M. 2010.
- Voltaire: *Recht und Politik*. Schriften 1 / *Republikanische Idee*. Schriften 2. Hg. von Günther Mensching. Frankfurt a.M. 1978.

Forschungsliteratur

- Bach, Oliver: *Zwischen Heilsgeschichte und säkularer Jurisprudenz. Politische Theologie in den Trauerspielen des Andreas Gryphius*. Berlin, Boston 2014.
- Bach, Oliver/Norbert Brieskorn/Gideon Stiening (Hg.): *Die Naturrechtslehre des Francisco Suárez*. Berlin, Boston 2017
- Bayertz, Kurt: Der aufrechte Gang: Ursprung der Kultur und des Denkens? Eine anthropologische Debatte im Anschluß an Helvétius' *De l'Esprit*. In: Jörn Garber/Heinz Thoma (Hg.): *Zwischen Empirisierung und Konstruktionsleistung: Anthropologie im 18. Jahrhundert*. Tübingen 2004, S. 59–76.
- Beattie, John M.: *Policing and Punishment in London 1660–1750*. Oxford, New York 2001.
- Blumenberg, Hans: *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt a. M. 2¹⁹⁸⁸.
- Cattaneo, Mario A.: *Aufklärung und Strafrecht. Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*. Baden-Baden 1998.
- Derks, Manfred: *Die Schande der heiligen Päderastie. Homosexualität und Öffentlichkeit in der deutschen Literatur 1750–1850*. Berlin 1990.
- Dezza, Ettore: *Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit. Eine Einführung*. Berlin, Heidelberg 2017.
- Dülmen, Richard van: *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*. München 1985.
- Eggers, Daniel: *Die Naturzustandstheorie des Thomas Hobbes*. Berlin 2008.
- Evans, Richard: *Rituale der Vergeltung. Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte*. Darmstadt 2020.
- Feuchtwanger, Lion: *Jud Süß*. [EA 1921] Berlin 1991.

- Fischl, Otto: *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*. Diss. München 1913.
- Foucault, Michel: *Verbrechen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*. Frankfurt a.M. 1994.
- Füssel, Marian: *Der Preis des Ruhms. Eine Weltgeschichte des Siebenjährigen Krieges*. 1756–1763. München 2019.
- Garber, Klaus: „Heimatkunde“. Der schlesische Lebensraum des Dichters im Zeichen von Konfessionalismus und Gegenreformation. In: Astrid Dröse/Oliver Bach (Hg.): *Andreas Gryphius (1616–1664). Zwischen Tradition und Aufbruch*. Berlin, Boston 2020, S. 23–54.
- Grunert, Frank: *Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*. Tübingen 2000.
- Grunert, Frank: Strafe als Pflicht. Zur Strafrechtslehre von Francisco Suárez (DL Buch V). In: Oliver Bach/Norbert Brieskorn/Gideon Stiening (Hg.): *„Auctoritas omnium legum“. Francisco Suárez’ De Legibus zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz*. Stuttgart-Bad Cannstatt 2013, S. 255–266.
- Günther, Louis: Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter, nebst Vergleichen mit unserer modernen kriminalpolitischen Reformbewegung. In: *Archiv für Kriminalanthropologie* 28 (1907), S. 112–192 u. S. 225–291.
- Haasis, Hellmut G.: *Joseph Süß Oppenheimer, genannt Jud Süß. Finanzier, Freidenker, Justizopfer*. Hamburg 1998.
- Härter, Karl: *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der frühen Neuzeit*. Berlin, Boston 2018.
- Hartung, Gerald: *Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert*. Freiburg, München ²1999.
- Hüning, Dieter: *Pufendorfs Begründung des Strafrechts*. In: Dieter Hüning (Hg.): *Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf*. Baden-Baden 2009, S. 71–93.
- Hüning, Dieter: *Philosophie der Strafe. Aspekte der Grundlegung des Strafrechts in der neuzeitlichen Naturrechtslehre*. Berlin, Boston 2022 [i.D.].
- Jerouschek, Günter: Die Carolina – Antwort auf ein „Feindstrafrecht“? In: Eric Hilgendorf/Jürgen Weitzel (Hg.): *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*. Berlin 2007, S. 81–99.
- Klippel, Diethelm: Ideen zu einer Revision des Naturrechts. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 8 (2000), S. 73–90.
- Koch, Arnd: Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813. In: Arnd Koch/Michael Kubiciel/Martin Löhnig/Michael Pawlik (Hg.): *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*. Tübingen 2014, S. 39–68.
- Koselleck, Reinhard: *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791–1848*. München 1981.
- Kuhli, Milan: *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*. Frankfurt a.M. 2012.
- Kunisch, Johannes: *Friedrich der Große. Der König und seine Zeit*. München 2004.
- Landau, Peter/Friedrich-Christian Schroeder (Hg.): *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der ‚Constitutio Criminalis Carolina‘*. Frankfurt a.M. 1984.
- Langbein, John H.: The Constitutio Criminalis Carolina in Comparative Perspectives: An Anglo-American View. In: Peter Landau/Friedrich-Christian Schroeder (Hg.): *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der ‚Constitutio Criminalis Carolina‘*. Frankfurt a.M. 1984, S. 215–226.
- Lindgren, Jan: Frauenland und Soldatenleben. Perspektiven auf Schweden und den Dreißigjährigen Krieg. In: Benigna von Krusenstjern/Hans Medick (Hg.): *Zwischen Alltag und Katastrophe. Der Dreißigjährige Krieg aus der Nähe*. Göttingen 1999, S. 135–158.
- Luther, Christoph: *Aufgeklärt strafen. Menschengerechtigkeit im 18. Jahrhundert*. Frankfurt a.M. 2016.

- Moormann van Kappen, Olav: Die Kriminalordnungen Philipps II. Für die Niederlande im Vergleich zur Carolina. In: Peter Landau/Friedrich-Christian Schroeder (Hg.): *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der ‚Constitutio Criminalis Carolina‘*. Frankfurt a.M. 1984, S. 227–252.
- Ozanam, Didier: La disgrâce d’un premier commis. Tercier et l’affaire de l’Esprit (1758–1759). In: *Bibliothèque de l’École des chartes* 113 (1955), S. 140–170
- Pearce, Edward: *The Great Man. Sir Robert Walpole: Scoundrel, Genius and Britain’s First Prime Minister*. London 2007.
- Pečar, Andreas/Damien Tricoire: *Falsche Freunde. War die Aufklärung wirklich die Geburtsstunde der Moderne?* Frankfurt a.M. 2015.
- Porret, Michel (Hg.): *Beccaria et la culture juridique des Lumières. Études historiques*, Genf 1997.
- Reppen, Tilman: Die Ritualgesetze des Moses Mendelssohn. In: Ursula Goldenbaum/Stephan Meder/Matthias Armgard (Hg.): *Moses Mendelssohns Rechtsphilosophie im Kontext*. Hannover 2021, S. 41–64.
- Reulecke, Martin: *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*. Tübingen 2007
- Richter, Susan: Rechtliche Voraussetzungen für gesellschaftliche Exklusion von Ungläubigen in Frankreich im 18. Jahrhundert – Das Beispiel Julien Offray de La Mettrie. In: dies. (Hg.): *Verfolgter Unglaube. Atheismus und gesellschaftliche Exklusion in historischer Perspektive*. Frankfurt a. M. 2018, S. 145–176.
- Röd, Wolfgang: *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*. München 1970.
- Scattola, Merio: *Das Naturrecht vor dem Naturrecht. Zur Geschichte des ‚ius naturae‘ im 16. Jahrhundert*. Tübingen 1999.
- Schild, Wolfgang: Der „entliche Rechtstag“ als das Theater des Rechts. In: Peter Landau/Friedrich-Christian Schroeder (Hg.): *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der ‚Constitutio Criminalis Carolina‘*. Frankfurt a.M. 1984, S. 119–144.
- Schmidt, Georg: *Wandel durch Vernunft. Deutsche Geschichte im 18. Jahrhundert*. München 2009.
- Schmidt, Georg: *Die Reiter der Apokalypse. Geschichte des Dreissigjährigen Krieges*. München 2018.
- Schönert, Jörg: *Kriminalität erzählen. Studien zu Kriminalität in der deutschsprachigen Literatur*. Berlin, Boston 2015.
- Seelmann, Kurt: Zum Verhältnis von Strafzecken und Sanktionen in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), S. 335–351.
- Stiening, Gideon: Des Ritters freier Wille und der Zwang des Königs. Miguel de Cervantes’ kritische Reflexion auf die Rechts- und Moralbegründung der Spanischen Spätscholasti. In: Yvonne Al-Taie/Bernd Auerochs/Anna-Margaretha Horatschek (Hg.): *Kollision und Devianz. Diskursivierungen von Moral in der Frühen Neuzeit*. Berlin, Boston 2015, S. 77–100.
- Stiening, Gideon: Zwischen gerechtem Krieg und kluger Politik. Naturrecht, positives Recht und Staatsraison in Kleists *Michael Kohlhaas*. In: Frieder von Ammon/Cornelia Rémi/Gideon Stiening (Hg.): *Literatur und praktische Vernunft. Festschrift für Friedrich Vollhardt zum 60. Geburtstag*. Berlin, Boston 2016, S. 485–522
- Stiening, Gideon: „Chi teme il dolore ubbidisce alle leggi“. Suizid und attische Liebe in den Strafrechtstheorien Christian Wolffs, Cesare Beccarias und Johann Adam Bergks. In: Chiara Conterno, Astrid Dröse (Hg.): *Deutsch-italienischer Kulturtransfer im 18. Jahrhundert: Konstellationen, Medien, Kontexte*. Bologna 2020, S. 81–110.
- Welzel, Hans: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen ⁴1962.
- Wilson, Peter: *Der Dreißigjährige Krieg. Eine europäische Tragödie*. Darmstadt 2017.

II. Philosophische Grundlagen



Außen und Innen

Zur moralischen Steuerungsfunktion der Strafe im Strafrechtsdenken der deutschen Aufklärung

Frank Grunert

Die Vorstellung, menschengemachtes äußeres Recht binde den Menschen auch innerlich und bringe auf diese Weise eine innere Veränderung zuwege, galt lange Zeit – insbesondere unter Rückgriff auf theologische Begründungsfiguren – für selbstverständlich.¹ Damit wurde verbunden, was als Unterschied schon früh sichtbar war und später als eine Innen-Außen-Dichotomie ausgebaut wurde, deren Überbrückung sozialpolitisch für wünschenswert, juristisch aber mindestens für problematisch gehalten wurde. Dieser Vorgang spiegelt sich in der zunächst begrifflichen Unterscheidung von Recht und Moral, die gegen Ende des 17. Jahrhunderts, bzw. des beginnenden 18. Jahrhunderts zu einer sachlichen Trennung geführt wurde, ohne dass die zugrundeliegende Beziehung zwischen beiden Normtypen abschließend geklärt werden konnte. Die Diskussion über die Moral des Rechts war im 18. Jahrhundert noch nicht erledigt, und genau genommen ist sie das noch immer nicht.²

Weil Strafe mit Blick auf ihre regulierende Funktion einen besonders prominenten Anwendungsfall des in unterschiedlichen Hinsichten problematischen Verhältnisses von Recht und Moral darstellt, ist der strafrechtstheoretische Umgang mit

¹ Prodi 2005, S. 142 ff.

² Was hier nur angedeutet wird, ist Gegenstand einer faktisch jahrhundertelangen, sehr breiten und inhaltlich vielfältigen Diskussion, die im Laufe der Zeit in unterschiedlichen Kontexten differierende Positionen hervorgebracht hat, vgl. dazu nur die knappen, allerdings ausgesprochen konzisen Hinweise bei Seelmann 1994, S. 73–81.

F. Grunert (✉)

Interdisziplinäres Zentrum für die Erforschung der europäischen Aufklärung,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale), Deutschland
E-Mail: frank.grunert@izea.uni-halle.de

der Reichweite der pönalen Intervention und ihrer Begründung für den gegebenen Zusammenhang besonders aufschlussreich. Dabei betrifft die mit der Innen-Außen-Dichotomie gegebene strafrechtstheoretische Problemkonstellation ein ganzes Bündel von relevanten Hinsichten: Denn zum einen fragt sich, was genau gestraft wird, nur äußere oder auch innere Handlungen, womöglich sogar innere Einstellungen, sowie ob und wie werden innere Einstellungen bei der Würdigung äußerer Handlungen berücksichtigt. Zum anderen stellt sich die Frage, auf was genau die Strafe zielt: auf die Wiederherstellung einer gestörten (Rechts-)Ordnung, die Restitution eines (Rechts-)Guts oder die Sicherung der Rechtsgemeinschaft durch die Besserung des Delinquenten, und zwar mit der eingestanden oder nicht eingestanden Absicht seiner inneren Änderung, was mit Blick auf die Generalprävention als Strafzweck dann noch gleich auf Rechtsgenossen ausgedehnt wird, die nicht einmal als Dritte tatbeteiligt sind. Die Fragerichtung zielt also auf den Tatbestand, wobei man sich noch heute etwa bei der Würdigung des subjektiven Tatbestandes auf dem Hintergrund einer geforderten Rechtfertigung alles andere als leicht tut.

Eine weitere Frage zielt auf den Strafzweck, wobei hier unter dem Titel von Spezial- und Generalprävention insofern unbekümmert auf das Innere des Delinquenten und seiner Rechtsgenossen gezielt wird, als die Strafe, dem Vorgehen nach, kein manifester Eingriff ins Innere darstellen soll. Sie wird eher als ein ernstzunehmendes, regulierungsfähiges Moment im Motivationsgefüge des Einzelnen eingebracht und bezieht sich im Besserungsanspruch eben nicht auf innere Handlungen.³ Dennoch wird hier von außen eine Wirkung im Inneren anvisiert und im gegebenen Fall auch erzielt, die tatsächlich doch einigermaßen weit geht. Dieser faktische Eingriff des Rechts in das Innere des Menschen und seine Rechtfertigungen ist – nicht zuletzt in historischer Perspektive – von besonderem Interesse. Dass dies an dieser Stelle nicht in dem wünschenswerten Umfang geleistet werden kann, versteht sich von selbst. Möglich ist hier – etwa vor dem Hintergrund der strafrechtshistorischen bzw. strafrechtstheoretischen Arbeiten von Mario Cattaneo und Dieter Hüning⁴ – lediglich die Zuspitzung bzw. eine Skizzierung einer Problemkonstellation.

1 Von außen nach innen: Theonome Konzepte

Das Problem einer Wirkung rechtlicher Normen, d. h. von außen, von Menschen gesetzten Normen im Innern des Menschen ist – jenseits strafrechtstheoretischer Fragestellungen – vergleichsweise alt und wird zunächst in einem rechtstheologischen Kontext intensiv diskutiert. Ein für die nachfolgende Diskussion

³So lohnend eine ausführliche systematische Analyse auch sein mag, an dieser Stelle muss sie begrifflicherweise unterbleiben; verwiesen sei hier nur auf die instruktiven Ausführungen zu strafrechtlichen Grundfragen von Stratenwerth/Kuhlen 2011, S. 1–52.

⁴Cattaneo 1998 sowie Hüning 2022.

maßgeblicher locus classicus ist die Antwort, die Thomas von Aquin auf die in quaestio 96, Artikel 4 der prima secundae gestellte Frage gibt, ob das menschliche Gesetz im Gewissen verpflichtet.⁵ Hier ist es das Gewissen als innere Instanz des Menschen, das normativ von außen, und zwar nicht durch göttliches Recht, sondern durch das von Menschen gemachte positive Gesetz in Anspruch genommen werden soll. Das Gewissen als innere moralische Instanz wird von außen angesprochen und soll auf eine bestimmte Antwort verpflichtet werden. Die Frage wird mit Bezug auf Sprüche 8,15 – „durch mich regieren die Könige“ – bejaht, allerdings unter der Voraussetzung, dass die vom Menschen erlassenen Gesetze gerecht sind. Gerecht sind die Gesetze jedoch

1. durch ihr Ziel, d. h. wenn sie dem Gemeinwohl dienen,
2. durch die Legitimität ihres Urhebers und
3. durch ihren Inhalt, d. h. durch die gleichmäßige Verteilung der Lasten auf alle Untergebenen.

Diese gerechten Gesetze leiten sich, insofern sie gerecht sind, von der göttlichen lex aeterna ab, von der sie auch ihre gewissensbindende Kraft empfangen. Ungerechte Gesetze, die die genannten Bedingungen nicht erfüllen und daher auch keine normative Beziehung zur lex aeterna haben, sind tatsächlich keine Gesetze, sondern Gewaltmaßnahmen, die nicht im Gewissen verpflichten, es sein denn „um Ärgernis oder grobe Unordnung zu vermeiden; denn aus solchem Grunde muß der Mensch auf sein Recht verzichten“.⁶ Diese Cautele fällt weg, und damit wird ein zweiter Modus der Ungerechtigkeit benannt, wenn sich die Gesetze im Gegensatz zum „bonum divinum“ befinden, deren Ungerechtigkeit auf diesem Gegensatz beruht. Dies ist etwa dann gegeben, wenn „die Gesetze von Tyrannen“ zur Gottlosigkeit verleiten, oder zu etwas, das dem göttlichen Gesetz widerspricht. „Solche Gesetze“ – so hält Thomas kategorisch fest – „dürfen auf keine Weise beobachtet werden; denn es heißt: ‚Man muß Gott mehr gehorchen als den Menschen‘ (Apg. 5,29)“.⁷ Indem Thomas behauptet, dass das menschliche Gesetz das Gewissen verpflichtet, bestätigt er einen regulierenden Effekt äußerer Normen auf das Innere des Menschen. Die externe, von außen kommende, insofern heteronome, Norm wirkt intern, nämlich auf das Innere des Menschen, und zwar verpflichtend, das heißt, der Mensch ist verbunden, der von außen kommenden Anweisung zu folgen, verweigert er den Gehorsam, wird er schuldig und verfällt dann der vorgesehenen Pönalisierung. Allerdings entfaltet – und das ist wichtig – das menschliche Gesetz seine innerliche Bindungswirkung nicht sui generis, sondern nur insofern es seine eigene Legitimität wiederum von der göttlichen lex aeterna ableiten kann. Die beschriebene Bewegung von außen nach innen ist in

⁵Thomas von Aquin: Summa theologica I–II, qu. 96, a. 4: Utrum lex humana imponat homini necessitate in foro conscientiae. In: Thomas von Aquin 1977, Bd. 13.

⁶Thomas von Aquin: Summa theologica I–II, qu. 96, a. 4, (1977, Bd. 13, S. 120).

⁷Thomas von Aquin: Summa theologica I–II, qu. 96, a. 4, (1977, Bd. 13 S. 120 f.).