

Felix Ekardt

**Liberalismus,
Besitzindividualismus
und Handlungstheorie**

Verfassungs- und grundrechtshistorische
Untersuchungen

Inhaltsverzeichnis

Liberalismus, Besitzindividualismus und Handlungstheorie: Am Beispiel der Verfassungsdebatte um die Schwurgerichte im Paulskirchenvorfeld

A. Die Schwurgerichtsdebatte als Ereignis liberaler Verfassungsgeschichte: verfassungshistorisch-wissenssoziologischer versus normativer Blick auf Besitzindividualismus, Gewaltenteilung und Unparteilichkeit	7
B. Historischer Hintergrund und Gang der Schwurgerichtsdebatte: Der deutsche Vormärzliberalismus und die Jury als seine zentrale Forderung	
I. Klassischer (Vormärz-)Liberalismus versus moderner Liberalismus	15
II. Der Kampf um das französische/ rheinische Recht und seine liberalen Protagonisten	24
III. Die Genese einer gelehrten Debatte über die Schwurgerichte	31
C. Verfassungshistorisch-wissenssoziologische und handlungstheoretische Analyse der liberal forcierten Jurydebatte: nur Eigeninteresse und Besitzindividualismus?	
I. Die Kritik am gemeinen Strafprozeß, die Notwendigkeit eines reformierten Strafverfahrensrechts und das Kulminieren in der Schwurgerichtsfrage	36
1. Gesetzliche Beweistheorie und Folter in der Kritik – die Forderung nach freier richterlicher Beweiswürdigung und Beseitigung von Foltersubstituten (Lügen-, Ungehorsams- und Verdachtsstrafen sowie Instanzenbindung)	37
2. Richterliche Unabhängigkeit durch die Jury – statt obrigkeitshöriger Richter	43
3. Die Kritik am geheimen und schriftlichen Prozeß und der Bezug zur Jury	49
II. Patriotische und volksbildende Bedeutung der Jury	50
III. Absicherung von Pressefreiheit, Rechtsgleichheit und Gewaltenteilung durch die Jury. Überzeugungen oder Interessen als Kern der Jurydebatte?	53
IV. Ökonomische Relevanz der Jury. Persönlich-politische Freiheit oder Besitzindividualismus als Kern vormärzliberaler Überzeugungen?	62

V. Wissenssoziologische Einzelanalyse zu Savigny: verfassungspolitische Interessen im Gewand strafrechtsdogmatischer Überzeugungen	74
VI. Historischer Ausblick: Einrichtung und Wiederabschaffung der Jury	80

D. Rechtsphilosophische normative Kritik am Vormärzliberalismus – aus der Sicht eines modernen Liberalismus **87**

I. Verhältnis von Recht, Gerechtigkeit und „Politik“ – sowie von Tatsachen und Wertungen	87
II. Freiheit ohne Volksrichter – Unparteilichkeit ohne Einschränkungen – Grundrechte ohne Besitzindividualismus	92

Anhang:

Calvinistisches Denken – eine verfassungs- und philosophiehistorische Wurzel der liberalen Grundrechtsidee?

I. Die Grundrechtsidee: Richtigkeit versus faktische Hintergründe	99
II. Ereignis-, sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Faktoren sowie die Erinnerung an ständische Rechte als faktische Hintergründe	104
III. Der calvinistische Anteil an den Ideen der Würde, der gleichen Freiheit, der wirtschaftlichen Freiheit, der Herrschaft des Rechts und der Volkssouveränität	107
IV. Faktische Grundrechtshintergründe in der Ideenwelt der protestantischen Sekten und speziell der Täufer	118
V. Spielte also die liberale Vernunftphilosophie bei der erstmaligen Grundrechtsetablierung faktisch nur eine begrenzte Rolle?	121

Literaturverzeichnis (zur Hauptabhandlung)	127
Sach- und Personenregister	136
Autorenhinweis	138

Liberalismus, Besitzindividualismus und Handlungstheorie: Am Beispiel der Verfassungsdebatte um die Schwurgerichte im Paulskirchenvorfeld

A. Die Schwurgerichtsdebatte als Ereignis liberaler Verfassungsgeschichte: verfassungshistorisch-wissenssoziologischer versus normativer Blick auf Besitzindividualismus, Gewaltenteilung und Unparteilichkeit

In meiner Arbeit „Zukunft in Freiheit: Grundrechtliche, philosophische und steuerungstheoretische Elemente eines modernen Liberalismus – und einer Theorie der Nachhaltigkeit“ habe ich dreierlei versucht:

- einen modernen philosophischen Liberalismus als allein überzeugendes Modell einer gerechten gesellschaftlichen Grundordnung zu rechtfertigen;
- einen inhaltlich gleichlaufenden modernen verfassungsrechtlichen Liberalismus durch Interpretation westlicher Verfassungen (speziell der deutschen und der europäischen) zu gewinnen, der die philosophische Gerechtigkeitsidee mit einer zwangsweisen staatlichen Durchsetzbarkeit bewehrt;
- einen modernen steuerungstheoretischen Liberalismus zu entwickeln, der innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens eine effektive und effiziente verhaltenssteuernde Umsetzung politischer Ziele verspricht.

Im Rahmen der Themen 1 und 2 habe ich das liberale Modell der Normrechtfertigung und das liberale Verständnis von Unparteilichkeit und Freiheit in zentralen Punkten verändert (philosophisch und verfassungsrechtlich). Unter anderem wurde der Unparteilichkeitsgedanke auf den Lebenszeitpunkt ausgedehnt: Die Interessen junger und künftiger Menschen sind damit stärker zu beachten, als es bislang in westlichen Gesellschaften der Fall ist. Und diese Interessen können uns in Gestalt der (aus der Zukunft vorwirkenden) Grundrechte auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum entgegengehalten werden. Ferner wurde das Freiheitsverständnis verändert und damit einerseits gegen paternalistische Verkürzungstendenzen, aber auch gegen hyperindividualistische Vereinseitigungen verteidigt.¹

¹ Vgl. die zusammenfassende Formel bei Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 9 D.: *Das Freiheitsverständnis muß sich ändern*, und zwar sowohl im Rahmen der Verfassungsinterpretation, die im Achtungs- und Unparteilichkeitsprinzip fußt, als auch im Rahmen der philosophischen Gerechtigkeitslehre, die beide Prinzipien in der „indeterminierten“ Vernunft fest begründet: Der Freiheitsbegriff muß die *elementaren* Freiheitsvoraussetzungen einschließen und damit neben das Grundrecht auf Leben und Gesundheit ein Grundrecht auf das ökonomisch-ökologische Existenzminimum stellen. Freiheit muß als mehrdimensionales Problem begriffen werden, wobei sich Freiheitsrechte und (*weit* verstandene)

Diese philosophischen und verfassungsrechtlichen Probleme sind normwissenschaftliche Probleme. Sie handeln davon, was ein richtiger und gerechter Liberalismus wäre. Eine ganz andere Frage ist die verfassungs- und philosophiehistorische sowie wissenssoziologische Frage danach, wie die liberalen Ideen faktisch entstanden und sich faktisch in den entstehenden Verfassungsstaaten des 18. und 19. Jahrhunderts manifestierten. Hier, bei einer verfassungshistorischen und wissenssoziologischen Analyse der Liberalismusergenese, ist der Ort der vorliegenden Untersuchung. Die verfassungshistorisch-wissenssoziologische Analyse ist veranlaßt durch meine Untersuchung und einige Einsichten zum historischen klassischen Liberalismus des 19. und 20. Jahrhunderts, die ich in „Zukunft in Freiheit“ und „Steuerungsdefizite im Umweltrecht: Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte – zugleich zur Relevanz religiöser Säkularisats im öffentlichen Recht“ gewonnen zu haben meine. Bestimmte *faktische* Eigenheiten klassisch-liberalen Denkens haben bei mir die Frage aufgeworfen, ob die altliberalen Ideen einschließlich der Fixierung auf ökonomische Belange philosophisch und verfassungsrechtlich *richtig* sind. Mit der vorliegenden Untersuchung möchte ich von der normativen zur deskriptiven Ebene zurückkehren. Es erscheint mir sinnvoll, die historische Analyse des klassischen Liberalismus, wie sie andernorts entwickelt wurde, weiter zu vertiefen und verfassungshistorisch zu exemplifizieren. Es geht dabei zunächst einmal insgesamt um eine weitere historische Erhellung des klassisch-liberalen Verständnisses von Grundrechten, Freiheit und Unparteilichkeit. Vor allem aber geht es um folgendes: In den genannten Arbeiten habe ich zu zeigen versucht, dass für das klassisch-liberale Denken die Betonung von Freiheit und wirtschaftlicher Freiheit oftmals zusammenfällt – und dass jene Überhöhung des Ökonomischen heute fatale Folgen für die langfristige Sicherung von unser aller Freiheit haben könnte. *Die vorliegende Untersuchung will die wissenssoziologische und verfassungshistorische These von der Überhöhung des Ökonomischen anhand des 19. Jahrhunderts an einem speziellen Fallbeispiel nochmals überprüfen.*

Als Exempel wählt diese Monographie die deutsche Schwurgerichtsdebatte im 19. Jahrhundert. Diese Debatte, die im Sinne eines Justizgrundrechts auf Schwurgerichte geführt (und schließlich mit dem Art. 179 PKV im Grundrechtskatalog der 1848er Verfassung entschieden) wurde, war die wichtigste Verfassungsdebatte zu einer konkreten rechtlich-politischen Einzelfrage im Vormärz.² Die Jurydebatte war ein Kampf des liberalen Bürgertums für die Übernahme eines zentralen Verfahrenselementes des liberalen französisch-angelsächsischen Rechts, welcher ge-

Freiheitsvoraussetzungen rein wechselseitig begrenzen (was eine Freiheitsbegrenzung um des Gemeinwohls, der Ökozentrik, des Schutzes des „guten Lebens“ oder des „Schutzes vor sich selbst“ ausschließt). Ebenso zentral ist die strikte Folgenverantwortlichkeit für eigene freie Handlungen, die Einsicht in den freiheitsschaffenden und nicht nur beschränkenden Charakter von Gesetzen sowie die Abschaffung des Begriffs Gemeinwohl als Freiheitsschranke.“

² Vgl. zur Schwurgerichtsdebatte im Vormärz schon Ekardt, JurA 1998, 121 ff.

gen die restaurativen Kräfte hierzulande ausgefochten werden mußte. Die Frage nach den liberalen Motiven in diesem Kampf wirft ein Schlaglicht auf das liberale Denken zu einem Zeitpunkt, als sein unaufhaltsamer Siegeszug in Deutschland gerade erst begann. *Neben (1) der Überprüfung der dargestellten verfassungshistorisch-wissenssoziologischen These zum klassischen Liberalismus geht es in der vorliegenden Arbeit aber auch (2) um die weitere Überprüfung zweier handlungstheoretischer Thesen*, die ich im Rahmen meiner Entwicklung eines steuerungstheoretischen modernen Liberalismus aufgestellt habe. Die beiden Thesen, die sich überschneiden, aber nicht einfach nur mit anderen Worten das selbe sagen, lauten³:

1. Menschliches Verhalten ist von (instrumentell rationalen) Kosten-Nutzen-Erwägungen, Konformität sowie emotionalen oder wertrational fundierten echten Überzeugungen beeinflusst. Wer menschliches Verhalten auf Kosten-Nutzen-Erwägungen und damit auf Zweckrationalität reduziert, verkennet das menschliche Bedürfnis nach guten Gründen für das eigene Verhalten und damit nach einem Handeln aus echter Überzeugung. Wer umgekehrt die Kosten-Nutzen-Beeinflussung (sowie Mechanismen der Identifikation bzw. der Konformität) negiert, wird auf das häufige egoistische menschliche Verhalten nicht angemessen reagieren können – und wird das Verhalten gar nicht erst verstehen.
2. Konkreter formuliert: Es sind nicht nur ökonomisch-politische Bedingungen geeignet, als Verhaltensantrieb zu wirken, sondern auch bestimmte verhaltensbiologische (genetische) Anlagen des Menschen⁴ wie Egoismus, Kurzzeitorientierung, Narzißmus, Existenzsicherung sowie kulturelle Werte und Elemente „freien Willens“, wobei alle Faktoren in einem komplexen Wechselwirkungsverhältnis stehen. Ökonomisch-politische sowie biologische Faktoren kann man dabei Interessen und kulturelle Aspekte Ideen nennen.⁵

Die beiden Thesen lassen sich anhand der Beweggründe, die die vormärzlichen Liberalen zur Forderung nach Schwurgerichten trieben, exemplarisch (ein weiteres

³ Vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 8 B. II. 1.

⁴ Die komplizierte biowissenschaftliche Fragestellung, unter welchen Bedingungen sich Anlagen überhaupt in ein konkretes Verhalten übersetzen – und ob sie kulturell sublimierbar sind – muß ich hier offenlassen. In jedem Fall ist aber davon auszugehen, dass selbst eine Anlage, die sich tatsächlich ausprägt, keinen Determinismus erzeugt: Genetische Prägungen machen ein gegenläufiges Verhalten nicht unmöglich (jedenfalls meistens nicht). Der Mensch hat durchaus die Fähigkeit, sich reflexiv zu seinen Instinkten zu verhalten und auch gegen sie zu handeln (kurioserweise ist diese Befähigung zur Reflexivität bzw. zur Vernunft selbst eine biologische Eigenschaft des Menschen); zur Problematik von Genforschung und Handlungstheorie auch Irrgang, Lehrbuch, passim.

⁵ Sowohl Ideen als auch Interessen treten, aus der Perspektive des einzelnen, als „innere“ Antriebe des Individuums als auch als „äußerer“ Rahmen in Gestalt des Verhaltens anderer in Erscheinung; vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 8 B. II. 1.; noch etwas unklar Ekardt, Steuerungsdefizite, § 13. 4.

Mal) überprüfen. Damit versprechen die historischen Fragen nach dem altliberalen Besitzindividualismus⁶ (und nebenbei nach dem eingeschränkten Verständnis von Unparteilichkeit, nach den Vorstellungen zur Gewaltenteilung und nach der Scheidung von Recht und Politik) einerseits verfassungshistorisch-wissenssoziologischen Ertrag. Sie präzisieren damit deskriptiv das historische Liberalismusbild, von dem sich ein moderner Liberalismus, wie ich ihn vorgeschlagen und in seinen Grundstrukturen zu entwickeln versucht habe, normativ absetzt. Andererseits exemplifizieren sie eine allgemeine deskriptive Handlungstheorie, also eine Erklärung menschlicher Verhaltensantriebe und ihres Zusammenwirkens, wie sie in einem steuerungstheoretischen modernen Liberalismus, der die verbleibenden verfassungsrechtlichen Spielräume bei der Findung und Durchsetzung politischer Ziele durch allgemeine Überlegungen zur Effektivität und Effizienz politischer Steuerung ausfüllen hilft, enthalten ist. Dabei macht jene Handlungstheorie zugleich die Voraussetzungen sichtbar, unter denen liberale Normen auch jenen gegenüber durchgesetzt werden können, die sie nicht schon aus innerer Überzeugung von den „guten Gründen“ befolgen. Denn die Handlungstheorie macht zum einen deutlich, dass menschliches Verhalten, z.B. der liberale Kampf für die Schwurgerichte im Vormärz, nicht nur auf guten Gründen, sondern auch auf ökonomischen und machtpolitischen Interessen beruht. Zum anderen unterstreicht sie durch Berücksichtigung der Scheidung von normativer Richtigkeit und faktischen Überzeugungen, dass subjektiv empfundene gute Gründe zwar ein faktisches Handeln aus innerer Überzeugung verkörpern⁷ – dass jedoch jene Überzeugung normativ gleichwohl einer Fundierung durch gute Gründe ermangeln kann. Wenn also z.B. der vormärzliche Liberalismus Ungebildete vom Wahlrecht ausschließen wollte, mag dies *teilweise*, aber *nicht nur* Ausdruck machtpolitisch-ökonomischer Interessen gewesen sein. Es war höchstwahrscheinlich auch Ausdruck echter Überzeugung. Gleichwohl mag ein solcher Ausschluß normativ ungerecht sein (wobei die Perspektive, aus der sich normativ feststellen läßt, was gerecht ist, noch darzulegen ist). Die verfassungshistorische und wissenssoziologische Herangehensweise an den Liberalismus erfordert eine kurze methodische Kennzeichnung. Wissenssoziologie handelt davon, wie etwas faktisch zu den Tatsachenüberzeugungen und Wertungen einer Person wurde; im Unterschied dazu fragt die Philosophie, ob die betreffenden Tatsachen und Wertungen auch wirklich wahr und richtig sind. Während also die praktische Philosophie danach fragt, ob eine bestimmte Lehre von einer gerechten gesellschaftlichen Grundordnung als richtig zu gelten hat (z.B. die liberale), fragt die Wissenssoziologie danach⁸, wie die Vertreter dieser Lehre faktisch zu ihrer

⁶ Der Begriff Besitzindividualismus stammt vom Marxisten Macpherson, *Theorie*, S. 295 ff.

⁷ Zu dieser Unterscheidung Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 7 A.

⁸ Zu dieser Differenzierung (die sehr oft verkannt wird) zutreffend Berger/ Luckmann, *Konstruktion*, S. 2 f.; Zimmermann, *Soziologie*, passim; Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 A.; zur dahinterstehenden Sein-Sollen-Scheidung und ihrer Verteidigung a.a.O. § 2 A. und § 5 C. IV. 2.

Überzeugung gelangt sind. Die Antwort auf die praktisch-philosophische und die wissenssoziologische Frage decken sich meist nur teilweise. Denn die guten Gründe für ein Verhalten (Wertrationalität) sind eben in aller Regel allenfalls (wenn überhaupt) ein teilweiser Verhaltensantrieb, der durch kosten-nutzen-bezogene Interessen, Konformitätserwägungen und Gefühle ergänzt wird. Das gilt wenigstens dann, wenn man annimmt, dass nur normativ rationale Gründe gute Gründe sein können – und nicht etwa ein metaphysisch-spekulativer Glaube oder nicht weiter begründete „moralische Gefühle“. Man wird noch sehen, warum nur eine normativ rationale (also kantianische bzw. liberale) Rechtfertigung die Richtigkeit von Normen/ Zielen/ Präferenzen erweisen kann: Eine Grundordnung einer Gesellschaft ist gerecht, wenn sie normativ vernünftig ist. Das bedeutet nun aber nicht, dass heutige oder historische Liberale nur wegen deren innerer Überzeugungskraft liberalen Ideen gefolgt wären. Vielmehr werden sich Ideen zumeist nur dann als Legitimationsmuster einer Gesellschaft durchsetzen, die mit bestimmten handfesten Interessen übereinstimmen.

Das bedeutet, beispielhaft ausgedrückt: Eine liberal-rationalistische Grundordnung, die zentral auf dem Menschenwürde- und dem Unparteilichkeitsprinzip sowie den aus ihnen deduzierten Prinzipien der Freiheit und der Demokratie beruht, mag normativ gerechtfertigt sein. Das schließt aber nicht aus, dass faktisch viele dem nur deshalb zustimmen, weil sie vermuten, dass jene Grundordnung der Verfolgung ihrer egoistischen (z.B. ökonomischen oder statusbezogenen) Interessen dienlich ist.⁹ Diese handlungstheoretischen Gegebenheiten sollen zugleich mit der historischen Evaluierung des liberalen Besitzindividualismus weiter aufgeklärt und exemplifiziert werden. Gleichzeitig soll innerhalb der „echten Überzeugungen“ gefragt werden, inwieweit diese Überzeugungen Freiheit und Individualität faktisch primär wirtschaftlich verstanden – was ich sodann in einem weiteren Untersuchungsschritt normativ kritisieren werde. Die Schwurgerichtsdebatte ist dafür ein besonders interessantes Forschungsfeld. Denn ihre Protagonisten traten einerseits mit dem Gestus wissenschaftlicher Unabhängigkeit auf, warfen sich gleichzeitig aber auch als energische politische Streiter in die Diskussion. Aber auch die Interessengebundenheit der Forschung ist nicht uninteressant. Es existiert eine Reihe von Untersuchungen zum vorliegenden Problem, die stark von Schwinge und seinen Schülern und Begleitern geprägt sind.¹⁰ Einige dieser Autoren neigen gelegentlich zu einer unkritischen Übernahme der Ansichten ihres Mentors.

⁹ Vgl. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns I, S. 264 ff.

¹⁰ Schwinge, Kampf, S. 1 ff., Hadding, Schwurgerichte, S. 23 ff., Knittel, Mitbestimmung, S. 11 ff., Hahn, Entwicklung, S. 11 ff.; Böttges, Laienbeteiligung, S. 13 ff. Die Ausrichtung dieser Schule dokumentiert beispielhaft zumindest zweifelhafte Bemerkung zum Vormärz bei Schwinge, Kampf, S. 44: "Alles war gut, solange der Autoritätsglaube im Volk noch vorhanden war." Dabei übernehmen z.B. Hahn, Entwicklung, S. 35 und Böttges, Laienbeteiligung, S. 30 trotz des ansonsten erheblichen Umfangs ihrer Untersuchungen ungeprüft Schwinges lakonische Negativeinschätzung von der "fehlende(n) Originalität und (der) fehlende(n) schöpferische(n) Kraft der Liberalen."

Die klare Scheidung einer Liberalismusanalyse in Wertungsfragen nach der Richtigkeit von Handlungen oder Zuständen und in eine Tatsachenfrage nach den faktischen Ursachen ihrer Entstehung und Erhaltung liegt im Grunde auf der Hand¹¹; sie wird aber gleichwohl selten konsequent praktiziert. Wissenssoziologie ist vorliegend also im Sinne von Berger und Luckmann gemeint – und nicht im Sinne des sogenannten „strong programme“, welches einem strikten Relativismus und letztlich wohl auch Determinismus huldigt. Es wird also nicht angenommen, dass die faktische Beeinflussung menschlicher Erkenntnis- und Wertungsakte durch Gene, Kultur usw. sozusagen wahre Tatsachen und richtige Normen von vornherein illusorisch macht (weil es weder Wahrheit noch Richtigkeit in einem irgendwie objektiven Sinne gebe). Vielmehr halte ich es ausdrücklich für möglich, dass Tatsachen objektiv erkannt und Normen objektiv (genauer: intersubjektiv) gerechtfertigt werden können. Bei aller äußerer Bedingtheit von Tatsachen- und Normwissen halte ich es also für zwar äußerst *schwierig*, aber mitunter durchaus *möglich*, sich von Voreingenommenheiten freizumachen und mit der Vernunft Fragen der Wahrheit bzw. Richtigkeit zu entscheiden.¹² Genau dies bestreiten die neueren Wissenssoziologen aber.¹³ Zwar ist die Einsicht in die genetische, kulturelle und ökonomische Bedingtheit von Normen und Tatsachenwissen prinzipiell geeignet, die Möglichkeit unbedingter Tatsachen- und Normerkenntnis zu erschüttern. Doch ein solcher strikter wissenssoziologischer Relativismus kann mit einem transzendentalen Argument widerlegt werden – also mit einem Argument, das nachweist, dass die relativistische Argumentation an bestimmten Bedingungen scheitert, die jede Erkenntnis notwendig und allgemein machen muß. Denn der wissenssoziologische Relativismus verwickelt sich unweigerlich in einen performativen Widerspruch, weil seine Thesen notwendig genau das implizit voraussetzen müssen, was vorgeblich bestritten wird¹⁴: Wer behauptet, es gebe kein Richtig und kein Wahr, stellt selbst eine Aussage auf, die selbst schon wieder ebenjene Kategorien für sich in Anspruch nimmt. Und wer sagt „alles ist subjektiv“, muß dies auch für die eigenen relativistischen Behauptungen gelten lassen – die sich damit von selbst erledigen. Das klassisch-liberale Verfassungsrecht reicht zurück auf die bürgerlichen Revolutionen im Okzident und ihren geistigen Hintergrund. Die Adaption der westlichen Verfassungspraxis und die Umsetzung der Ideen eines Locke oder Kant beginnt in Deutschland im Vormärz, zunächst allerdings in oppositioneller Form. Träger war das gebildete und zunehmend zu Wohlstand gelangte Bürgertum. Im folgenden wird mit seiner Forderung nach einem *modernem Strafprozeß* und speziell nach

¹¹ Das gilt natürlich nur, sofern man die Gründe für eine (differenzierte) Scheidung von Richtigkeits- und Wahrheitsfragen realisiert; vgl. dazu Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 C. und § 6 A. IV. 2.

¹² Zu Normen insoweit Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 C.; zu Tatsachen (sowie zur Logik und zur Sprache) Nagel, *Wort*, S. 22 ff.

¹³ Vgl. jetzt die eingehende Untersuchung von Schofer, *Relativismusproblem*, S. 264 ff.

¹⁴ Im einzelnen dazu Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A. III., § 2 B. und § 2 C.

Schwurgerichten nicht etwa ein abseitiges Spezialgebiet zum Untersuchungsgegenstand gemacht. Vielmehr ging es den Zeitgenossen bei den rechtsstaatlichen Sicherungen im Strafrecht um einen ganz zentralen verfassungspolitischen Streit des Vormärz. Das kann man bereits ohne genaue Würdigung der Beweggründe der Liberalen sagen. Einer ihrer wichtigsten Führer, der noch eingehend zu würdigen Carl Theodor Welcker, stellte 1843 unmißverständlich fest: „Im ganzen Rechtsgebiete, vielleicht im ganzen politischen Gebiete, gibt es nichts wichtigeres als den Strafproceß. Seine gute oder verderbliche Einrichtung entscheidet am Meisten über alle heiligsten und wichtigsten Güter – noch weit mehr als selbst das Strafgesetzbuch.“¹⁵ Der moderne Strafprozeß besteht aus einer Reihe von Prinzipien, die im Gegensatz zum altdeutschen „gemeinen Strafprozeß“ umfassende rechtsstaatliche, gewaltenteilende und freiheitssichernde Kautelen vorsehen. Er setzte sich im Gefolge der Revolution von 1848 in den deutschen Ländern durch und hat seine damals geschaffene Form im wesentlichen bis heute behalten. Es geht unter anderem um die Trennung von Strafgericht und Staatsanwaltschaft (Anklageprinzip), um von der Staatsgewalt unabhängige Richter, um die Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Strafprozesses und um die Abschaffung der Folter als „beweissicherndes“ Mittel der Geständniserzwingung. In besonders hervorgehobenem Maße ging es aber um die Flankierung der fürstenhörigen Berufsrichter durch – mit bürgerlichen Laien besetzte – Geschworenengerichte.

Im folgenden werden zunächst die Charakteristik des vormärzlichen Liberalismus, der „Kampf um das rheinische Recht“ und der Verlauf der Jurydebatte untersucht (Kapitel B.). Daran schließt sich der Hauptteil an: die verfassungshistorische und wissenssoziologische Analyse von Motivationsfragen im liberalen Bürgertum. Dabei wird sowohl den Vorwurf des Besitzindividualismus (Problem 1) als auch die soeben skizzierte Handlungstheorie (Problem 2) zu überprüfen sein (Kapitel C.). Die Analyse der Jurydebatte als heftigste rechtspolitische Debatte im Vormärz verspricht Aufschluß darüber, wie wichtig wirtschaftliche Interessen für den vormärzlichen Liberalismus tatsächlich waren. War vielleicht die Forderung nach einem reformierten Recht des Strafprozesses weniger Gerechtigkeitsüberzeugungen als vielmehr handfesten Interessen geschuldet, und vielleicht gerade solchen ökonomischer Art? Der Schlußabschnitt wechselt von der deskriptiven auf die normative Ebene und befragt zentrale Ansichten der Vormärzliberalen auf ihre normative Richtigkeit (Kapitel D.).

Der Untersuchung sei noch eine kurze Klärung des Begriffs „Schwurgericht“ vorangestellt. Das Schwurgericht beinhaltet ebenso wie das Schöffengericht eine Form der Mitwirkung von Laien an der Rechtspflege. Bei beiden Einrichtungen sind sowohl Berufsrichter als auch Laien am zu fällenden Urteil beteiligt, wenn auch in unterschiedlicher Weise. Als Schwurgericht (bzw. Geschworenengericht oder Ju-

¹⁵ Welcker, Criminalprozeß, S. 274; vgl. auch Merkel, Strafrecht, S. 43 f.

ry¹⁶) wird ein Gericht bezeichnet, das aus regelmäßig zwölf Bürgern, die nicht als Richter angestellt sind, die von Fall zu Fall neu ausgewählt werden und die keine Rechtskenntnisse zu besitzen brauchen, gebildet wird.¹⁷ Die Bezeichnung Schwurgericht wurde im Vormärz sowohl verwendet für das Gericht als ganzes (unter Einschluß der am Prozeß mitwirkenden Berufsrichter) als auch für die eigentliche Jury (die Gesamtheit der 12 Laienrichter).¹⁸ Die Bezeichnung Schwurgericht rührt daher, dass ursprünglich die Laien vor jeder Sitzung feierlich die Erfüllung ihrer Pflichten beschwören mußten.¹⁹ Im Schöffengericht (heute gemäß §§ 28, 30, 77 GVG in Deutschland ein häufiger Fall) sollen die Laien alle Tat- und Rechtsfragen gemeinsam mit den Berufsrichtern entscheiden und das gesamte Urteil mit ihnen sprechen. Beim Schwurgericht agieren zwar ebenfalls Berufsrichter neben den Geschworenen. Die Juroren entscheiden jedoch beim Geschworenengericht i.e.S. alleine über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der deliktsrelevanten Tatsachen - ohne Mitwirkung der Berufsrichter. Die Berufsrichter sind darauf beschränkt, die Schuldfrage zu klären, Strafmilderungsgründe zu prüfen, eventuell noch rein normative Auslegungsfragen zu klären (die der Subsumtion der von der Jury festgestellten Fakten unter einen gesetzlichen Tatbestand vorangehen müssen) und das genaue Strafmaß festzulegen. Beim Schwurgericht i.w.S. liegen die Dinge insofern anders, als die Geschworenen den Schuldspruch im ganzen ohne Beteiligung der Berufsrichter (bzw. nach einer Zusammenfassung der Beweisaufnahme durch diese) fällen und diesen die Subsumtion abnehmen sollen. Schwurgericht in der Diskussion des Vormärz war die Jury i.e.S. (und nur eine Urteils- und keine Anklagejury²⁰). Gefordert wurde im Vormärz, in Anlehnung an Frankreich und anders als in den USA, nur eine Jury in Strafsachen. Nicht erörtert wurde auch die Einrichtung von Schöffengerichten, weil das Schöffengericht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts *unter dieser Bezeichnung* praktisch von niemandem in Erwägung gezogen wurde.²¹ Allerdings wurde eine scharfe Abgrenzung zum Schöffengericht oft auch nicht vorgenommen.²² Im geltenden Recht heißt eine für Kapitalverbrechen zuständige Kammer beim Landgericht Schwurgericht (§ 74 Abs. 2 GVG). Sie ist allerdings realiter mit Schöffen besetzt; denn die „Geschworenen“ entscheiden gemeinsam mit den beteiligten Berufsrichtern über Tat- und Rechtsfragen. Auf der Basis dieser Vorklärung kann das Feld der Jurydebatte betreten werden.

¹⁶ Im Vormärz wurden die Begriffe gleichbedeutend gebraucht, vgl. Welcker, Jury, S. 687 f.

¹⁷ Welcker, Jury, S. 688; Mittermaier, Mündlichkeit, S. 360.

¹⁸ Über die Zahl der Berufsrichter bestanden unterschiedliche Vorstellungen; regelmäßig sollten es fünf sein.

¹⁹ Welcker, Jury, S. 688; so auch noch nach 1848, vgl. Hadding, Schwurgerichte, S. 33.

²⁰ Eine Anklagejury entschied in Frankreich zwischen 1791 und 1808 über die Erhebung der Anklage. Auch in England kannte man eine Anklagejury für bestimmte Fälle; vgl. Glaser, Schwurgerichtsverfahren, S. 6-10.

²¹ Vgl. Welcker, Jury, S. 688; Siebenpfeiffer, Frage, S. 216; Köstlin, Zukunft, S. 315 (329 f.).

²² Vgl. Mittermaier, Mündlichkeit, S. 358 f.

B. Historischer Hintergrund und Gang der Schwurgerichtsdebatte: Der deutsche Vormärzliberalismus und die Jury als seine zentrale Forderung

I. *Klassischer (Vormärz-)Liberalismus versus moderner Liberalismus*

Vor der verfassungshistorisch-wissenssoziologischen Analyse der Argumente Jurydebatte und der rechtsphilosophischen Hinterfragung bestimmter klassisch-liberaler Ideen soll eine überblicksartige Darstellung der grundsätzlichen Diskussion um das sogenannte „rheinische Recht“ in Straf- und Zivilsachen, in die die Jurydebatte eingebettet ist, gegeben werden. Ferner muß – als erstes – eine Kurzcharakterisierung des Vormärz und des Liberalismus als Philosophie und politische Bewegung unternommen werden. Als Vormärz wird die Epoche seit dem Wiener Kongreß 1815, der die Zeit der französischen Revolution, der napoleonischen Herrschaft über Europa und der Freiheitskriege abschloß, bis zur deutschen *März*-revolution 1848 bezeichnet.²³ Die Zeit war gekennzeichnet durch äußeren Frieden, einzelstaatliche Zersplitterung und innenpolitische Restauration nach dem preußisch-österreichischen Sieg in den napoleonischen Kriegen. Die wichtigste, allerdings unterdrückte oppositionelle Kraft war der vom Bürgertum getragene Liberalismus. Seine politischen Forderungen nach Freiheitsrechten (insbesondere Pressefreiheit), rechtsstaatlichen Verhältnissen, politischer Mitsprache, Verfassungen zur Staatsbegrenzung sowie nach einem vereinigten Nationalstaat blieben trotz beginnender Verfassungsgebung in Süddeutschland weitgehend unerfüllt. Im Rahmen dieser Forderungen und jener nach allgemeinen Justizreformen entstand das Ansinnen nach einer deutschlandweiten Einführung von Schwurgerichten, begleitet von heftigen Kontroversen unter den zahlreichen liberalen Intellektuellen und vor allem Juraprofessoren. Wenn man sich jetzt dieser Kontroverse und dem Bild des vormärzlichen Liberalismus nähert, muß man zweispurig verfahren (da diese Untersuchung Aspekte des klassischen Liberalismus verfassungshistorisch, wissenssoziologisch und handlungstheoretisch analysieren, gleichzeitig aber auch der normativen rechtsphilosophischen Perspektive eines modernen Liberalismus hinterfragen will). Als erstes skizziere ich mit wenigen Strichen meinen *normativen* modern-liberalen Ansatz von einer gerechten Grundordnung (an ihm wird im Kapitel D. das vormärzliche Denken gemessen). Als zweites wird sodann der faktische klassische Liberalismus des deutschen Vormärz, der den Rahmen der Schwurgerichtsdebatte bildet, abrißartig dargestellt (das bildet die Grundlage der wissenssoziologischen Analyse zu Besitzindividualismus und Handlungstheorie in Kapitel C.).

²³ Vgl. Hardtwig, Vormärz, S. 7 f.; Sheehan, Liberalismus, S. 208; manche meinen nur den Zeitraum von 1830 an; vgl. z.B. Nipperdey, Geschichte, S. 396.

Liberalismus heißt jene seit der Aufklärung zunehmend dominante Rechtsphilosophie²⁴ bzw. politische Philosophie, welche genau die Grundordnung einer Gesellschaft für gerecht hält, die der normativen praktischen Vernunft entspricht und die das vor allem in einem individualistischen Menschenwürdeprinzip sowie dem Unparteilichkeitsgedanken verwirklicht sieht.²⁵ Vernunft sei dabei verstanden als die menschliche Befähigung, mit Gründen und Gegengründen über normative Fragen zu streiten.²⁶ Kontextualistische und skeptizistische Liberalismuskritiker bestreiten freilich die Richtigkeit und Möglichkeit einer solchen normativen Theorie, die in Prinzipien denkt und auf Diskurs setzt, ohne für jeden Einzelfall genau ein richtiges Ergebnis zu behaupten: entweder zugunsten einer Sprichwortmoral des Üblichen und Traditionellen oder durch Leugnung der Möglichkeit normativer Urteile überhaupt. Sie behaupten gerne, dass Gerechtigkeit lediglich ein gewachsener kultureller Bestand oder sogar eine beliebige „Setzung“ sei: Gerechtheit sei eher eine kulturelle Konvention und damit genau das, was in einer bestimmten Gesellschaft als gerecht empfunden werde (Kontextualismus) – oder das, was jeder einzelne eben für sich als gerecht betrachte (Skeptizismus). Doch sind kontextualistische und skeptizistische Ansätze unhaltbar. Sie haben zahlreiche Argumente gegen sich. Entscheidend ist, dass sie sich mit ihrer Behauptung, dass alle normativen Richtigkeitsaussagen vom kulturellen Kontext abhängig seien, in einen performativen Widerspruch verwickeln, also mit ihrem Argument genau das als Hintergrundannahme macht, was sie verbal bestreitet. Denn *die Aussage selbst*, dass als normativ richtig das aus dem kulturellen Kontext Gewonnene zu gelten habe, wird wohl kaum selbst kontextabhängig gemeint sein. Dann wäre sie falsch, weil die empirische Annahme, dass in unserer konkreten Gemeinschaft eben die Werte allgemein für verbindlich gehalten werden, die sozial üblich seien, unzutreffend ist. Denn viele Europäer oder Deutsche begründen ihre Gerechtigkeitsurteile nicht kontextualistisch, sondern beispielsweise metaphysisch-spekulativ oder liberal-rationalistisch (im übrigen würde man dann fragen: Warum sollte eine vermeintliche tatsächliche Präferenz für den Kontextualismus seine Richtigkeit beweisen? Warum sollte das Vorfindliche per se richtig sein? Warum wird nicht empirisch erhoben, ob wirklich alle Deutschen Kontextualisten sind? Soll es auf die Mehrheit oder einen echten Konsens in dieser Frage ankommen?). Wer sagt: „Alles ist kontextabhängig“, will darum wohl eher erklären, dass wenigstens diese Aussage selbst kontextunabhängig und allein im Lichte der reflexiven Vernunft objektiv und nicht allein aus seiner subjektiven Sicht richtig ist. Damit muß ein Kontextualist aber genau die Ebene betreten, die er vorher für inexistent erklärt hat: Offenbar ist

²⁴ Der Begriff deckt sich mit dem der politischen, Sozial- oder Staatsphilosophie; vgl. zur Begrifflichkeit Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 B.

²⁵ Zur Verwurzelung liberal-rationalistischer Ideen im Calvinismus Ekardt, *Steuerungsdefizite*, §§ 14, 18.

²⁶ Vgl. im einzelnen dazu Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 D.

die kritisch-reflexive Vernunft mit ihrem deduktiven Schließen und Argumentieren die letzte Instanz, von der aus wir über Gerechtigkeit reden können (und nicht der soziale Kontext). Im Prozeß des Austauschs von guten und weniger guten Gründen kann man offenbar zu Standpunkten gelangen, die selbst nicht wieder nur als Produkt z.B. der abendländischen Kultur zu verstehen sind.

Es besteht entgegen *Kant* aber kein erkennbarer Maßstab, um zu sagen, was substantiell der normativen praktischen Vernunft entspricht. „Deswegen kann sich Gerechtigkeit nur im Nachdenken und im Gespräch entfalten. Das gilt für das persönliche Leben ebenso wie für gesamtgesellschaftliche Entscheidungen über die gerechte Grundordnung und über einzelne staatliche Gesetze. Es kann nur darüber geredet werden, was gerecht ist. Und es steht nicht im vorhinein fest, wer recht haben wird. Denn woher wollte man das wissen, sofern man nicht auf einen religiösen Glauben oder auf eine konkrete sittliche Gemeinschaft abstellt (und jenes Abstellen wird sich als unbegründbar erweisen) – oder auf eine ja ebenfalls zweifelhafte substanzialistische Vernunft. Das führt aber nicht zu Beliebigkeit. Und man muß auch Achtung und Unparteilichkeit nicht dogmatisch setzen, sondern kann ihre Unhintergebarkeit (transzendente Notwendigkeit) zeigen: *Denn wenn man wegen der indeterminierten Vernunft nicht weiß, wer Recht haben wird, muß man für jeden, der irgendwie Vernunft besitzt, also für jeden Menschen, unterstellen, dass er es sein könnte. Und man muß die Grundordnung wählen, die diesen Streit mit Gründen ermöglicht. Deswegen muß man seine Gesprächspartner als Gleiche achten (ja, sogar alle potentiellen Gesprächspartner und damit alle Menschen – dazu sogleich).* Anders gewendet: Niemand würde sagen ‚Meine These würde zwar von X leicht widerlegt werden können, Du aber solltest sie wegen Deiner Dummheit glauben.‘ Oder, mit einem weiteren Beispiel von *Alexy* gesagt – es würde auch niemand als guten Grund anerkennen, wenn jemand sagt: ‚Wenn Du meiner These nicht zustimmst, bist Du entlassen.‘ *Es widerspricht mithin schon dem Wortsinn von „Gründen“, das Begründen als einen hierarchischen Vorgang zu verstehen – ein Grund ist etwas, das überzeugen und das jeder einsehen kann. Darum muß der, der sich einmal auf den Streit mit Gründen einläßt, den Gesprächspartner als Gleichen achten. Und zwar gerade den einzelnen Menschen: Denn es sind nicht Kollektive, die ihre Vernunft betätigen, sondern es ist der einzelne sprechende Mensch.* Zwar kann es instrumentell rational sein, sich z.B. Zwang zu beugen; und es ist sogar normativ rational, eine staatliche Zwangsordnung zu errichten, die normativ rationale Gebote mit Zwang bewehrt und damit für den einzelnen instrumentell rational attraktiv macht – aber der Zwang bedarf, um gerechtfertigt zu sein, des Grundes. Er ist nicht selbst Grund. In alledem liegt die bei *Kant* noch vermißte Begründung der Achtung als Prinzip des Respekts vor dem autonomen Individuum. Dieser Respekt gründet sich damit in einer Vernunft, die nicht der substanzialistischen Konzeption *Kants* bedarf – und die nicht mit *Kants* Pathos ein quasi angeborenes Normenset ist, sondern schlicht als Vermögen, normative Fragen mit Gründen zu entscheiden. Und sofern ein Gerechtigkeitsdis-

kurs geführt und entschieden wird, muß, wiederum in Ermangelung eines substanzialistischen Maßstabs, sowohl der Ablauf als auch das Ergebnis allgemein zustimmungsfähig sein – kurz: unparteiisch im Sinne von Unabhängigkeit von der Sonderperspektive eines einzelnen.

Es kann aber nicht nur mein aktueller Diskurspartner Achtung und Unparteilichkeit beanspruchen. Gründe richten sich vielmehr an jeden, der potentiell in der Lage wäre, meine Thesen zu bestreiten. Wirklich relevant werden die *Diskursregeln* gegenüber aktuellen und potentiellen Mitdiskutanten aber erst dadurch, dass ich hiermit behaupte, dass sie zugleich Regeln für das *Handeln* sind. Denn der Diskurs über eine Frage (oder ein neuer Diskurs über eine andere Frage) kann ja jederzeit (wieder) eröffnet werden. Wer, auch außerhalb eines laufenden Diskurses, das Achtungsprinzip verletzt, würde die Möglichkeit zu weiteren Diskursen einschränken, wie sie angesichts der indeterminierten Vernunft unausweichlich ist. Wiederrum lebt diese Unausweichlichkeit nicht nur von der Schwäche einer substanzialen Vernunft und von der Inkonsistenz antiliberaler Modelle, sondern auch vom Wortsinne von „Grund“. Niemand würde sagen: ‚Ich weiß zwar, dass Dich meine Gründe, wenn Du ein paar Wochen darüber nachdenken würdest, nicht mehr überzeugen würden. Trotzdem solltest Du sie mir jetzt glauben.‘ Grund ist also offenbar etwas, dass prinzipiell wieder in Frage gestellt werden kann und darf, sobald ich mich überhaupt erst einmal auf den Prozeß des Begründens einlasse. Darum muß die Möglichkeit eines neuen Diskurses offenstehen – und sie würde vereitelt, wenn Achtung und Unparteilichkeit zwischendurch im Handeln nicht gelten und ich meinen aktuellen oder potentiellen Gesprächspartner z.B. umbringen dürfte. ... Mit alledem wandelt sich die positive Rechtfertigung des liberal-demokratischen Rechtsstaates bei *Kant* in eine „negative“. Die Freiheitsrechte sind dem Menschen nicht zwingend eingeschrieben, aber sie sind, da der Vernunft keine substanziale Gerechtigkeitsvorstellung inhärent ist, alternativlos: Die aufgrund der „Leere“ der normativen Vernunft – sie ist eine bloße Befähigung zum Austausch von normativen Gründen – allein mögliche Diskussion über Gerechtigkeit erzwingt Achtung, Unparteilichkeit und Freiheit als Kern gerechter Grundordnungen.“²⁷ Ein so fundierter moderner Liberalismus, der sich übrigens von den voraussetzungsvolleren und gleichzeitig folgenärmeren Denkansätzen der Diskursethiker unterscheidet, zieht zwei klare Grenzen: gegen kontextualistische oder skeptizistische Lehren, aber auch gegen einen Ultra- oder Neoliberalismus, der eine wirtschaftsliberale Radikalisierung des klassischen Liberalismus ist und in der allgemeinen Wahrnehmung heute das Liberalismusbild prägt. Dass Freiheit für einen modernen Liberalen nicht nur wirtschaftliche Freiheit ist, wird im normativen Kapitel D. noch

²⁷ Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A. III. (dort mit Fußnoten sowie zu den Mängeln von Habermas’ und Alexys Diskursethik, die je in den Voraussetzungen zu anspruchsvoll und in den Folgerungen zu sparsam sind).

etwas näher aufzugreifen sein.²⁸

Die Orientierung an Vernunft, Menschenwürde und Unparteilichkeit (bzw. kategorischem Imperativ) und die darauf gestützte Rechtfertigung weitgehender Freiheitsrechte waren, wie bedeutet, schon für den klassischen philosophischen Liberalismus eines Kant konstitutiv. Vorliegend geht es jedoch nicht so sehr um philosophische Ideengeschichte als vielmehr um Verfassungsgeschichte. Es geht also um die politische Bewegung, die die Ideen von Freiheit, Individualität, Unparteilichkeit, Repräsentation und Verfassungsstaatlichkeit seinerzeit aufgriff und in eine konkrete Staatspraxis umzusetzen versuchte. Ihr Gegner sind die alten halbabsolutistischen Monarchien, die das Staatsleben in Mitteleuropa bis 1848 in autokratischer, halbabsolutistischer Weise beherrschten. Der klassische Liberalismus wurde zwischen 1815 und 1848 zur wichtigsten politisch-oppositionellen Kraft in Deutschland.²⁹ Wirtschafts- und sozialgeschichtlich ist sein Auftreten verknüpft mit dem Erstarren des Bürgertums³⁰ als eine Art Mittelschicht sowie mit der Ausbreitung der kapitalistischen Wirtschaftsform einschließlich einer umfassenden Nutzung der modernen Naturwissenschaft und Technik. Folgerichtig reichen liberale Ideen in ersten Ansätzen wesentlich weiter zurück, als es die herkömmliche Geschichtsschreibung (im Gegensatz zur historischen Soziologie z.B. eines Max Weber) glauben machen will. Eine liberale politische Massenbewegung entstand zwar erst in den napoleonischen Befreiungskriegen 1813/ 14. Doch nicht nur vage reformatorische Vorläufer, sondern durchaus zusammenhängende liberale politische Konzepte wurden bereits Mitte des 18. Jahrhunderts artikuliert.³¹

Kennzeichnend für den vormärzlichen Liberalismus ist die Betonung von Freiheit, Würde und Selbstbestimmung des Individuums sowie von deren verfassungsförmiger Absicherung, wobei sich diese Prinzipien überwiegend gut kantianisch mit irgendeiner Form rationalistischer Rechtfertigung verbinden (und nicht bloß grundlos behauptet werden). Verfassungspolitisch wendet er sich gegen die Bevormundung der Bürger im absolutistischen Staat und gegen die Privilegien des Adels. Er tritt ein für die Anerkennung der Menschenrechte, verstanden als Freiheitsrechte

²⁸ Ebenso wird vorliegend der Liberalismus nicht auf die juristentypische Verfassungstheorie reduziert, die an die enge Grundrechtslesart des autoritär-liberalen Konstitutionalismus Deutschlands im 19. Jahrhundert anschließen möchte. Zur Kritik am Ultraliberalismus und der „Verwechslungsgefahr“ Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 3 D. (und zur Kritik an juristischen Rückkehransätzen zu Grundrechten als reinen Abwehrrechten a.a.O. in § 6 A. II. 1.).

²⁹ Vgl. Hardtwig, *Vormärz*, S. 140 f.; Karpen, *Entwicklung*, S. 62 ff.; Backes, *Liberalismus*, S. 11 ff.; zum Schweizer Liberalismus (der einen wichtigen und interessanten Vergleichsgegenstand zur deutschen Entwicklung liefert) Kölz, *Verfassungsgeschichte*, S. 268 ff.

³⁰ Wie Sheehan, *Liberalismus*, S. 208 ff. zeigt, hatten liberale Ideen aber Anhänger in allen Schichten. Die überragende Präsenz gerade von Intellektuellen und ökonomisch Tätigen in den Parlamenten hing mit deren größerer Möglichkeit, sich terminlich „freizumachen“, zusammen – und beweist allein nicht, dass nicht auch Besitzlose liberalen Ideen anhängen konnten.

³¹ Gegen die gängige Verkürzung der Historiker auch U. Wilhelm, *Wurzeln*, S. 23 ff.

des einzelnen, vor allem für Presse- und Meinungsfreiheit, Gewissens- und Religionsfreiheit, Gewerbefreiheit, Freizügigkeit und Rechtsgleichheit – aber auch für Gewaltenteilung und eine Repräsentation der Bürger sowie deren Teilhabe an der Staatsgewalt. Mit seinen Forderungen nach Menschenrechten und einem Rechts- und Verfassungsstaat induziert das liberale Denken in der Folge der französischen Revolution und der Napoleonischen Ära den deutschen Frühkonstitutionalismus. Dem Ruf nach mehr politischer Mitsprache der Bürger und Gewaltenteilung ist jedoch zunächst kein durchschlagender politischer Erfolg beschieden. Wirtschaftspolitisch verfechten die Liberalen des frühen 19. Jahrhunderts in Abgrenzung zu Merkantilismus und Zunftsystem eine freie Konkurrenz- und Marktwirtschaft nach dem Laissez-faire-Prinzip im Anschluß an Adam Smith. Es ging mithin für das Bürgertum um die bürgerliche Emanzipation von der Vorherrschaft des Adels³², denn die Liberalen des Vormärz entstammen meist dem gebildeten und zunehmend wohlhabenden Bürgertum (wobei Juraprofessoren eine herausgehobene Rolle spielen). Das Bürgertum drängte in die Leitungsebene des Staates. Aufgrund seines neuen Selbstverständnisses und seiner Trägerschaft hinsichtlich des ökonomischen Fortschritts wollte es seine politische Bedeutung mit dem ungleich stärkeren wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gewicht in Einklang bringen, gleichzeitig aber auch die persönliche und wirtschaftliche Entfaltung rechtsförmig und bleibend absichern.

Die Liberalen lehnen revolutionäre Veränderungen tendenziell ab und streben vielmehr im Anschluß an Vorstellungen von Locke und Montesquieu einen 'Vertrag' mit dem Monarchen an. Die große Mehrheit der Liberalen denkt zudem an ein dem späteren preußischen Dreiklassenwahlrecht vergleichbares oder die unteren Schichten sogar völlig von der Partizipation ausschließendes Wahlsystem nach Steueraufkommen. Dies und die liberale Skepsis gegenüber radikalen, revolutionären Veränderungen führt in der zweiten Hälfte des Vormärz zu einer Abspaltung der minoritären Radikaldemokraten von der liberalen Bewegung. Die Radikaldemokraten berufen sich stark auf die Tradition der französischen Revolution und insbesondere auf den Jakobinismus.³³ Sie haben wie die gemäßigten Liberalen ihren Wirkungsschwerpunkt in Baden. Freilich kennt das Deutschland des frühen Vormärz noch keine organisierten politischen Parteien. Auch das Versammlungswesen ist aufgrund der rigiden staatlichen Reglementierung seit den Karlsbader Beschlüssen nur rudimentär entwickelt. Gleichwohl setzt in dieser Zeit neben der Spaltung von Liberalen und Radikaldemokraten eine politische Differenzierung ein, die das spätere fünfgliedrige deutsche Parteiwesen (Konservative, politischer

³² Vgl. nur Landau, Schwurgerichte, S. 252.

³³ Robespierre hatte die Jury als entscheidende Grundlage der Freiheit gepriesen; vgl. HRG/ Sellert, Bd. 4, Schwurgericht, S. 1581 (1583). Angesichts dessen, was er offenbar unter „Freiheit“ verstand, gibt das freilich sehr zu denken.

Katholizismus, Liberalismus, Radikaldemokraten, Sozialisten) vorbereitet.³⁴ Anfänge dieser Entwicklung zeigen sich auch in den Ständeversammlungen der frühkonstitutionellen süddeutschen Staaten. Die dort geübte „Kammeropposition“, an der die Führer der späteren Revolution maßgeblich beteiligt sind, ist für die einsetzende Organisation des Liberalismus von entscheidender Bedeutung.

Für die folgenden Überlegungen nicht ganz unwichtig ist das Verhältnis von „Liberalen“ und „Radikaldemokraten“, das in der Forschung umstritten ist (wobei jene Bewegungen heute im wesentlichen nicht mehr als getrennte Bewegungen erkennbar sind³⁵). Es geht damit empirisch-historisch um die Frage, die an anderer Stelle als normative Frage diskutiert wurde: um das Verhältnis von Freiheit und Rechtsstaatlichkeit zur Demokratie.³⁶ Man könnte einerseits sagen, die Radikaldemokraten seien nur eine Art radikaler Ableger der liberalen Bewegung gewesen. Andererseits könnte man sie als Teil der entstehenden politischen Linken in statu nascendi begreifen, und zwar einer mit erheblicher Distanz zur modernen Idee eines freiheitlichen Verfassungsstaates.³⁷ Sowohl verfassungshistorisch als auch normativ-philosophisch wird die damit gekennzeichnete Unterscheidung im Auge zu behalten sein. Sie lenkt nämlich normativ den Blick auf eine Scheidung berechtigter und unberechtigter Kritik am vormärzlichen Liberalismus: Dessen Besitzindividualismus und Rest-Autoritarismus sowie die weitgehende Übergehung der *Freiheitsvoraussetzungen* wird in der Tat zu kritisieren sein (das sei vorweggenommen) – nicht dagegen sein Vorrang liberal-rechtsstaatlicher Freiheitsrechte vor einer „radikalen“ direkten Demokratie. Das ergibt sich schon bei konsequenter Durchführung der soeben vorgestellten Begründungsfigur einer gerechten Grundordnung. Umgekehrt sind gerade die völlige Beseitigung des autoritären Staates und die Herstellung ansatzweiser sozialer Gleichheit, um allen Bürgern überhaupt erst den Genuß ihrer Freiheiten zu ermöglichen, zentrale Themen der Radikaldemokraten.³⁸ „Die Demokraten nehmen im Vergleich zu den Liberalen die Gefahr freiheitsbedrohender Ungleichheit stärker wahr als die Gefahr freiheitsbedrohender

³⁴ So Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 322 f.; zur Schweiz auch Kölz, Verfassungsgeschichte, S. 209 ff.

³⁵ Die liberale Bewegung hat das wesentliche Grundgerüst eines freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates vorweggenommen. Und die radikaldemokratische hat das demokratische Element darin gestärkt, aber gleichzeitig auch einerseits Stichworte für totalitaristische Anschauungen im 20. Jahrhundert geliefert und andererseits die sozialistische Opposition innerhalb der Verfassungsstaaten befruchtet. Ein moderner Radikaldemokratismus findet sich bei Macpherson, Nachruf, S. 110; Ansätze finden sich auch bei Habermas, Faktizität, passim.

³⁶ Zur normativ-philosophischen und –verfassungsrechtlichen Seite insoweit Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 5 A. V. 2.

³⁷ Für letzteres Backes, Liberalismus, S. 16 f., 20 und passim; für ersteres Schieder, Staat, S. 113.

³⁸ Bei einzelnen Radikaldemokraten wird zudem in für den Vormärz sonst völlig untypischer Weise die volle Gleichberechtigung der Frauen – und damit ein umfassenderes Verständnis von Rechtsgleichheit – gefordert; vgl. Backes, Liberalismus, S. 499 f.; zu Liberalismus und Radikaldemokratie in der englischen Debatte vgl. Macpherson, Nachruf, S. 34 ff.

Gleichheit.“³⁹ Das bedeutet freilich auch: Für die Liberalen spielte die Begrenzung und Einhegung jeglicher Herrschaft (auch jener des Volkes und nicht nur der des absoluten Monarchen) eine entscheidende Rolle, und zwar im Interesse des Individuums und seiner Freiheit. Demgegenüber scheinen die Radikaldemokraten die liberal-philosophische Scheidung von Fragen der Gerechtigkeit und Fragen des guten Lebens abzulehnen und fanden mitunter, „die Demokratie der Zukunft erfordere den tugendhaft-enthaltamen Nichtraucher, Antialkoholiker und Vegetarier“.⁴⁰ Die vormärzlichen Radikaldemokraten treten daneben häufig für eine direkte Demokratie oder wenigstens für starke plebiszitäre Elemente ein; dies und die Vermengung von Gerechtigkeits- und Tugendfragen weist nicht unerhebliche Bezüge zum späteren Marxismus auf. Dies alles wird an späterer Stelle auch kurz normativ zu bewerten sein; man wird dabei aber die tatsächliche historische Ausgangslage in Rechnung stellen müssen. Unter vormärzlichen Verhältnissen waren Bildung und Vermögen auf eine vergleichsweise kleine Schicht beschränkt. Die bäuerliche sowie die entstehende städtische Arbeiterschicht kämpfte in vielen Fällen buchstäblich um das physische Überleben. Die formale Zuerkennung von Freiheitsrechten allein hätte an dieser Lage möglicherweise vorerst wenig geändert. Umgekehrt wird man durchaus fragen können, wie sich die Demokraten unter jenen (materiellen wie intellektuellen) Bedingungen eine direkt-demokratische Herrschaft vorgestellt hätten.

Jenseits der Demokratiefrage und der Stellung der Grundrechte ergibt sich eine weitere zentrale Differenz zwischen Liberalen und Radikaldemokraten. Die Liberalen halten trotz heftiger Polemik gegen bestimmte Mißstände an der konstitutionellen Monarchie fest. Dagegen ist für radikaldemokratische Denker in aller Regel die baldestmögliche Institutionalisierung einer Republik das Ziel. Bei alledem darf keinesfalls verkannt werden: Der vormärzliche Liberalismus trug im Vergleich zu seinem nationalliberalen Epigonen nach 1848 noch durchaus oppositionelle Züge.⁴¹ Die weitgehende Assimilation an den Adel ist ein Prozeß, der erst nach der gescheiterten bürgerlichen Revolution in Gang kam. Sie hängt auch zusammen mit dem Erstarken der Arbeiterbewegung, die es für Adel und Bürgertum gleichermaßen ratsam machte, sich kompromißhaft zu arrangieren. „Kapitulation im Politischen und ein konzessionsloses Beharren auf den eigenen materiellen Interessen – das wurde zur vorrangigen Maxime des bürgerlichen Bewußtseins.“⁴²

Die Differenzen von gemäßigten Liberalen und Radikaldemokraten exemplifizieren sich in zwei im Jahr 1847 verabschiedeten Programmen, die hier nur im Hin-

³⁹ Backes, Liberalismus, S. 499.

⁴⁰ So ein treffendes Bonmot von Backes, Liberalismus, S. 502 (auf Struve bezogen).

⁴¹ Zur „Degeneration“ des parteipolitischen Liberalismus Ende des 19. Jahrhunderts Merkel, Strafrecht, S. 23 ff. Der Degenerationsvorwurf stammt ursprünglich von dem amerikanischen Pragmatisten John Dewey.

⁴² Merkel, Strafrecht, S. 26.

blick auf ihre Erwähnung der Schwurgerichtsproblematik genannt seien. Im Offenburger Programm vom 12. 9. 1847⁴³ heißt es in Art. 11: „Wir verlangen Gesetze, welche freier Bürger würdig sind und deren Anwendung durch Geschworenengerichte. Der Bürger werde von dem Bürger gerichtet. Die Gerechtigkeitspflege sei Sache des Volks.“ Das Offenburger Programm ist das Grundsatzprogramm der süddeutschen Radikaldemokraten vor der Revolution und ein entscheidender Schritt in der Formierung dieser Bewegung als Partei.⁴⁴ Hinter dem Programm, das von einer Volksversammlung in Baden proklamiert wurde, stehen als Führer und Verfasser Struve und Hecker.⁴⁵ Sie wollen ein linksorientiertes Gegengewicht zu den vermeintlichen "liberalen Worthelden"⁴⁶ bilden. Das Programm fordert einen rechtsstaatlich ausgestalteten Nationalstaat mit allgemeinem Wahlrecht und garantierten Freiheitsrechten. Als essentieller Bestandteil des Rechtsstaates werden die Schwurgerichte gekennzeichnet. In Anlehnung an die französische Revolution und die jakobinische Tradition wird so die Idee der Volksjustiz propagiert und damit die französisch-republikanische Herkunft der neuzeitlichen Jury betont.⁴⁷ Dementsprechend lehnen die Radikaldemokraten eine Zugangsbegrenzung zum Geschworenenamnt anhand von Bildung oder Vermögen der Bürger grundsätzlich ab.⁴⁸ Das Heppenheimer Programm vom 10. 10. 1847⁴⁹ assistiert dem Offenburger Programm und macht doch den Unterschied zwischen liberaler und radikaldemokratischer Politikströmung sehr deutlich: „Öffentliches und mündliches Gerichtsverfahren mit Schwurgerichten, u. a. kamen zu ausführlicher Besprechung“, heißt es dort. Das Heppenheimer Programm ist eine Art Ergebnisprotokoll eines Treffens von 18 führenden Liberalen aus Südwestdeutschland (unter maßgeblicher Beteiligung vor allem des schon erwähnten Welcker). Es wird wenige Wochen nach dem *Offenburger Programm* verabschiedet – woraus viele schließen, dass es sich zumindest auch um eine direkte Reaktion und um einen Abgrenzungsversuch der gemäßigten Liberalen gegenüber den Radikaldemokraten handelt.⁵⁰ Neben einer umfassenden Justizreform werden vor allem Pressefreiheit und ein deutscher Nationalstaat mit gemeinsamer Legislative und Exekutive in Aussicht genommen. Es fällt auf, dass die gemäßigten Liberalen gegenüber den Radikaldemokraten einen vorsichtigeren Ton anschlagen: Sie halten eine "Besprechung" und stellen Erwägungen an, erheben aber nicht apodiktisch Forderungen. Hier dokumentiert sich, dass der gemäßigt-

⁴³ Das Programm ist abgedruckt bei Huber, Dokumente, Bd. 1, Nr. 68.

⁴⁴ Vgl. Hardtwig, Vormärz, S. 150 f.

⁴⁵ Die Advokaten Gustav von Struve (1805-1870) und Friedrich Karl Franz Hecker (1811-1881) gehörten der badischen II. Kammer sowie später dem Frankfurter Vorparlament an; ausführlich zu Struve und seiner wechselvollen Biographie Kunze, Freiheit, passim.

⁴⁶ Struve, Actenstücke, S. 135 f.(Artikel "Die Worthelden").

⁴⁷ Vgl. Haber, ZStW 1979, 627 ff. m. w. N.

⁴⁸ Siehe z.B. Frey, Geschworenengericht, S. 143.

⁴⁹ Abgedruckt bei Huber, Dokumente, Bd. 1, Nr. 69.

⁵⁰ Dem widerspricht entgegen der ansonsten gängigen Ansicht Hoede, Geschichte, S. 296 f.

te Liberalismus im Vormärz scharfe und revolutionäre Auseinandersetzung mit den Fürsten tendenziell vermeiden wollte. Das Schriftstück liest sich dementsprechend eher wie ein Sitzungsprotokoll als wie ein Zielvorstellungen formulierendes Parteiprogramm.

Diese prima facie eher historistisch-evolutionäre Orientierung des Heppenheimer Programms (gegenüber dem revolutionären Gestus des Offenburger Programms) weist auf einen wichtigen Aspekt des deutschen Vormärzliberalismus hin: auf seine Affinität zur Romantik. Im 19. Jahrhundert ist die Romantik eine bestimmende kulturelle Strömung, die sich einerseits als Ableger, andererseits als Antipode zur Aufklärung und ihrem Liberalismus und Rationalismus sowie zum pseudorationalistischen Idealismus eines Hegel, Fichte oder Schelling entfaltet.⁵¹ Diese Betrachtungsweise gilt nicht nur dem einzelnen, sondern auch den Völkern. Denn man glaubt, dass Völker wie Menschen „leben“. Die Nationen fühlen sich deshalb in dieser Epoche zunehmend berufen, den Rest der "Welt an ihrem Wesen genesen" zu lassen⁵² – was die Romantik später in handfesten Nationalismus übergehen läßt und damit ein anderes Charakteristikum des Vormärzliberalismus anspricht. Auslöser der zunehmenden nationalen Begeisterung sind letztlich die Besetzung durch und der spätere Sieg über Napoleon. Sie bringen den Deutschen wie auch anderen Völkern die Vorstellung einer gesteigerten Wichtigkeit der eigenen Nation.

II. Der Kampf um das französische/ rheinische Recht und seine liberalen Protagonisten

Die liberale Oppositionsbewegung forderte also Grundrechte, Repräsentation und Verfassungsstaatlichkeit. In einer aus heutiger Sicht vielleicht überraschenden Weise kulminierte dieses Bestreben in einem Kampf um ein modernes Strafverfahrensrecht. Man erinnere sich an den einleitend zitierten Ausspruch des führenden Vormärzliberalen Welcker: „Im ganzen Rechtsgebiete, vielleicht im ganzen politischen Gebiete, gibt es nichts wichtigeres als den Strafproceß.“ Der moderne Strafprozeß bildete hier das gedankliche Gegenstück zum altdeutschen gemeinen Strafprozeß, der keine Trennung von Richter und Staatsanwalt, keine strikte Unabhängigkeit des Richters vom Herrscher, keine Laienrichter und keine mündliche und

⁵¹ Idealismus ist ein philosophisches System, das davon ausgeht, dass der letzte Grund aller Dinge etwas Immaterielles, Geistiges ist. Als objektiven Idealismus bezeichnet man eine Sichtweise, die davon ausgeht, dass die letzte Wirklichkeit ein "Absolutes" ist, ungeachtet der Frage, ob dieses als *Gott, Weltgeist, Brahman, Tao* oder noch anders bezeichnet wird. Subjektiv idealistisch ist dagegen, wer das Bewußtsein der einzelnen Menschen zu Ausgangspunkt und Fundament der Welt erklärt. Dies sind zunächst einmal erkenntnistheoretische Positionen, die sodann aber in handfeste politisch-philosophische Unterschiede umschlagen: Die Subjektphilosophie eines Kant ist liberal, der objektive Idealismus eines Hegel dagegen eher kontextualistisch bzw. metaphysisch-spekulativ; zu den vier verschiedenen Formen politischer Philosophie der Neuzeit Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 D.

⁵² Hattenhauer, *Grundlagen*, Rdn. 131 f. in Anspielung auf das wilhelminische Sprichwort.

öffentliche Verhandlung kannte. Ferner fand bei ihm die Beweiserhebung nach der noch eingehend zu erörternden „gesetzlichen Beweistheorie“ statt, die Verurteilungen im wesentlichen für durch Folter erzwungene Geständnisse des Angeklagten vorsah. Eine moderne Form des Strafprozesses war dagegen nach und nach in England und seit der französischen Revolution auch in Frankreich entstanden. Insbesondere schloß das reformierte Verfahren Schwurgerichte sowie das Anklage-, Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsprinzip, richterliche Unabhängigkeit und freie Beweiswürdigung ein. Der Gegner in diesem Kampf waren die halbabsolutistischen Monarchen, insbesondere in den deutschen Großstaaten Österreich und Preußen. Diese Länder hatten sich mit dem Kampf gegen Napoleon zugleich einer umfassenden Übernahme liberal-revolutionärer Ideale aus Frankreich und den USA nach Mitteleuropa (erfolgreich) widersetzt. Im Moment des militärischen Sieges wurden die Fürsten freilich gewahrt, dass ihre Untertanen – bei aller Unterstützung in den Befreiungskriegen – gleichwohl vielen liberalen und „westlichen“ Ideen gegenüber keineswegs abgeneigt waren. Eine solche Idee war die Jury.

In Frankreich hatte man moderne strafprozessuale Formen und mit ihnen die Geschworenengerichte unter englischem Einfluß sowie auf der Grundlage der Lehren von Montesquieu und Rousseau 1791 eingeführt. Die Geschworenengerichte und überhaupt der gesamte moderne Strafprozeß waren sodann als Produkt der französischen Revolution 1798 nach der französischen Okkupation⁵³ im Rheinland eingeführt und 1808 mit einer neuen französischen Strafprozeßordnung (dem *Code d'instruction criminelle*) verfestigt worden. Freilich mußten die Geschworenen fortan aus der reichen Oberschicht stammen, und ihre Auswahl, die ursprünglich beim Volk lag, fiel nun in die Zuständigkeit eines Verwaltungsbeamten, der gegenüber der Regierung weisungsgebunden war. Die gesamte Reform stand im Kontext von Napoleons Revision des revolutionsinduzierten französischen Zivil- und Strafrechts, die zwar einzelne Reformen in autoritärer Tendenz revidierte, insgesamt aber die revolutionären Errungenschaften befestigte. Diese Befestigung geschah insbesondere durch die gesetzbuchhafte Kodifizierung des neuen, liberalen Rechtsrahmens.⁵⁴ Aber nicht nur das dem französischen Mutterland angegliederte linke Rheinufer kam in den Genuß des neuen Strafverfahrensrechts. Vielmehr hatte Napoleon auch das rechtsrheinische Westdeutschland weitgehend unter Kontrolle. Er generierte dort Satellitenstaaten, die sodann im Rheinbund zusammengeschlossen wurden. Und in diesen Staaten, insbesondere in Baden, kam es zu einer weitgehenden (wenngleich nicht ganz wörtlichen) Adaption des neuen französischen Kodifikationsrechts.

⁵³ Die Okkupation datiert von 1795 und wurde 1801 völkerrechtlich legalisiert; vgl. Becker, JuS 1985, 338 (339).

⁵⁴ Es geht dabei um die berühmten cinq codes: das Zivilgesetzbuch, das Zivilverfahrensrecht, das Handelsgesetzbuch, das Strafgesetzbuch und das Strafverfahrensrecht; vgl. Becker, JuS 1985, 338 (339).

Die Schwurgerichte im Rheinland wurden nach Napoleons Vertreibung vom dortigen Bürgertum – welches auch ansonsten eine liberale Herausforderung des preußischen Staates bildete⁵⁵ – energisch verteidigt. „Die Großbürger nahmen dabei keine direkt oppositionelle Haltung ein, sondern verweigerten sich in vielen Fragen den Vorgaben der preußischen Administration. Das Rheinland war nach 1815 ein Gebiet von einer bürgerlich-liberalen Renitenz, die den preußischen Obrigkeitsstaat herausforderte.“⁵⁶ Bei allem Autoritarismus hatte Napoleon in der Rechtspolitik nämlich durchaus stark liberale Züge und strebte eine umfassende Kodifizierung des Rechts im Interesse der Rechtssicherheit und der Einhegung der Staatsgewalten an. Als das Rheinland 1815 preußisch wurde, prallte das moderne französische Recht auf das altpreußische Bestreben, die neue Provinz wieder dem überkommenen deutschen Recht zu unterwerfen. Es kam sohin zu einem erbitterten Kampf um das rheinische (bzw. französische) Recht⁵⁷, welches in vielerlei Hinsicht stellvertretend für eine liberale Neuformierung der Staatlichkeit stand. Die Schwurgerichtsdebatte ist der Kern dieses Kampfes.⁵⁸ Zunächst einmal erreichte das rheinische Bürgertum, dass das alte preußische Recht (speziell das Strafverfahrensrecht) 1815 nicht einfach eingeführt wurde, sondern zunächst das französische Recht weitergalt. Sodann erreichte es die Einsetzung einer Kommission rheinischer Justizpraktiker, die die Einführung des preußischen Rechts im Rheinland vorbereiten, zugleich aber die Erhaltung bestimmter französischer Elemente prüfen sollte. Das 1818 publizierte Gutachten jener vom preußischen König eingesetzten Rheinischen Immediats-Justizkommission war dann aber weniger eine Vorbereitung der preußischen Rechtseinheit als vielmehr ein flammendes Plädoyer für die Beibehaltung gerade der Schwurgerichte in den neupreußischen Rheinprovinzen.⁵⁹ Trotz erheblichen Unwillens ließ sich die preußische Krone deshalb darauf ein, vorläufig das rheinische Recht weitergelten zu lassen – offiziell bis zum geplanten Abschluß einer ohnehin avisierten Reform des preußischen Allgemeinen Landrechts. Da sich

⁵⁵ Zur Rolle des rheinischen liberalen Bürgertums Berghausen, Liberalen, S. 9 ff.; Blasius, Pffiffe, S. 32.

⁵⁶ Berghausen, Liberalen, S. 9; Blasius, Pffiffe, S. 32.

⁵⁷ Vgl. etwa Becker, JuS 1985, 338 ff.; Haber, ZStW 1979, 590 ff.; Fögen, Kampf, passim.

⁵⁸ Die Abschaffung des 'echten' Schwurgerichts 1924 war übrigens eine Art kurioser Irrtum. Eine Notverordnung des Reichspräsidenten Ebert gemäß Art. 48 Abs. 2 WRV hatte damals das Schwurgericht in seiner klassischen Form für abgeschafft erklärt. Diese Maßnahme war Teil der nach dem seinerzeitigen Justizminister benannten Emmingerschen Justizreform. SPD, KPD, Zentrum und DDP als traditionelle Schwurgerichtsbefürworter hatten geplant, gemäß Art. 48 Abs. 3 S. 2 WRV die Notverordnung des Reichspräsidenten durch einen Mehrheitsbeschluß des Reichstages außer Kraft setzen. Die vorangehende Abstimmung im Ermächtigungsausschuß des Parlaments, die einen Tag vor Weihnachten stattfand, ging jedoch trotz der Mehrheit der genannten Parteien verloren. Denn just im Moment der Abstimmung war der Obmann der Zentrumsabgeordneten Spahn abgelenkt, so dass die Ausschußmitglieder seiner Partei angeblich nicht mitstimmten. Damit wurde die Notverordnung wirksam; alle späteren Versuche, das Schwurgericht wieder einzuführen, scheiterten an der zunehmenden Zerstrittenheit der im Parlament vertretenen Parteien.

⁵⁹ Vgl. ausführlich Böttges, Laienbeteiligung, S. 13-16; Schwinge, Kampf, S. 19-32.

jene Reform immer weiter hinauszögerte (und letztlich nicht zustandekam), gab es in der preußischen Regierung freilich immer wieder Versuche, dem liberalen Strafprozeßrecht des Rheinlandes den Garaus zu machen. Gleichwohl konnte sich das französische Recht dauerhaft halten. Es wurde sogar zum Nukleus einer gegenläufigen Bewegung, die im Ergebnis nicht das preußische, sondern umgekehrt das französische Recht zu einer umfassenden Geltung in Deutschland führte: Parallel zu jener rheinischen Debatte entspann sich nämlich im restlichen Deutschland, speziell in Süddeutschland, die Diskussion um eine Reform des Strafprozesses im gesamten Land.

Die deutsche Schwurgerichtsdiskussion war aber nicht einfach nur eine Diskussion um das französische bzw. rheinische Recht. Sie wußte vielmehr durchaus zwischen verschiedenen westlich-liberalen Vorbildern zu differenzieren und kreiste deshalb oft um 'englisches' und 'französisches' Jurymodell.⁶⁰ Grundsätzlich urteilten in Frankreich die Laienrichter nur über Tatsachen, in England dagegen auch über Rechtsfragen (was deren strikte Trennbarkeit voraussetzt, die sich noch als zweifelhaft erweisen wird). Das englische Modell darf man dabei nicht mit einem Schöffengericht verwechseln, weil die Juroren Schuldspruch und Subsumtion ohne Mitwirkung der Berufsrichter fällten. Die Berufsrichter hatten in Frankreich eine stärkere Stellung, indem sie ein *résumé* geben durften, also eine Zusammenfassung der Beweislage mit eigenen Stellungnahmen zur letztendlich festzustellenden Tatsachenlage. Das *résumé* wurde gezogen, bevor die Geschworenen sich zur Entscheidungsfindung zurückzogen. Die Berufsrichter mußten aber gleichzeitig die Unabhängigkeit der Geschworenen betonen.⁶¹ Das englische *summing-up* beinhaltete dagegen nur einen wiederholenden Überblick der Berufsrichter über die Beweislage, ohne jegliche Gesamtbeurteilung der Beweislage. Ferner mußte in England die Jury einstimmig entscheiden, wogegen in Frankreich eine Mehrheitsentscheidung genügte.⁶² Und in England wählte ein weisungsfreier Beamter die Geschworenen im konkreten Fall aus; in Frankreich war hierfür lange Zeit ein von der Regierung abhängiger Präfekt zuständig.⁶³

Die Auseinandersetzung um ein modernes Strafverfahrensrecht war zwar (was man sich heute kaum noch vorstellen kann) eine Art öffentliche, politische Diskussion. Sie war aber zugleich stark durchsetzt durch zahlreiche Expertenstellungnahmen pro und contra Jury. Diese Statements werden in der vorliegenden Arbeit eingehend untersucht werden; denn sie bilden den Kulminationspunkt sowohl der verfassungsrechtlichen, strafrechtlichen und philosophischen Fachdebatte als auch der tagespolitischen Populärdebatte. Die Protagonisten der Diskussion waren nämlich

⁶⁰ Vgl. nur Geib, Reform, S. 184; Gneist, Bildung, S. 156 ff.; Schwinge, Kampf, S. 134-139 m. w. N.

⁶¹ Das wird näher dargestellt bei Hadding, Schwurgerichte, S. 25 f. und 33 f.

⁶² Vgl. dazu beispielsweise Schwinge, Kampf, S. 137.

⁶³ Vgl. zum englischen System Biener, Geschworenengericht, S. 9 ff. und zum französischen System Böttges, Laienbeteiligung, S. 8-12.

weit über Fachkreise hinaus bekannt, und ihre Ansichten und Argumente fanden auch im „weniger gebildeten“ Teil des liberalen Bürgertums großen Respekt. Dabei geht es im hiesigen Kapitel zunächst nur um den äußeren Gang der Debatte; der Inhalt der Fachäußerungen wird dann später behandelt. Die juristische Experten Diskussion der Juryproblematik wurde in Deutschland durch die Schriften von Feuerbach eröffnet. Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833), ein engagierter Kritiker bestimmter Eigenheiten des gemeinen Strafprozesses und zugleich der erste Befürworter der Schwurgerichte unter den Rechtswissenschaftlern, war promovierter Philosoph, Rechtsprofessor und Mitglied des bayerischen Geheimen Rates. Er galt im Vormärz als die maßgebliche Autorität in der Schwurgerichtsproblematik, weil er als erster wissenschaftlich zu jenem Rechtsinstitut Position bezogen hatte. Feuerbach ging in seinen Werken ursprünglich von naturrechtlichen Vorstellungen aus⁶⁴, brachte aber später eher einen praktisch ausgerichteten Positivismus zum Ausdruck. Erst als Reaktion auf Feuerbachs Ansichten entspann sich im Vormärz überhaupt eine hitzige Diskussion um Vorzüge und Nachteile der Geschworenengerichte. Die Beteiligten mit dem größten Renommee und dem größten Einfluß auf den Gang der Debatte waren nach Feuerbachs Tod die Rechtsprofessoren Mittermaier und Welcker, die beide im liberal geprägten Baden agierten, sowie der preußische Gesetzgebungsminister und Rechtsprofessor Savigny. Welcker war ein energischer Befürworter des Schwurgerichts. Ihm schloß sich Mittermaier 1847 nach mehrmaligem Sinneswandel an. Savigny dagegen blieb zeitlebens ein entschiedener Gegner der Schwurgerichtsbarkeit:

Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), zunächst Privatsekretär Feuerbachs in dessen Zeit bei der bayerischen Regierung, war nicht nur Jurist, sondern auch Politiker und von 1831-40 sowie 1846-49 Präsident der badischen II. Kammer (der Ständeversammlung).⁶⁵ Während der Revolution 1848 war Mittermaier Präsident des Frankfurter Vorparlaments und anschließend Abgeordneter in der Nationalversammlung der Paulskirche. Als energischer Streiter für seine Ideen entfaltete er vielfältige fachliche und (strafrechts-)politische Aktivitäten. Im Ausland galt Mittermaier als bedeutendster deutscher Strafrechtler nach Feuerbach.⁶⁶ *Carl Theodor Welcker* (1790-1869), ebenso wie Mittermaier Rechtsprofessor und Politiker als Angehöriger der badischen II. Kammer (von 1831-1848/49)⁶⁷, war zusammen mit Rotteck⁶⁸ Herausgeber des *Staatslexikons*, das als "Glaubensbekenntnis des damaligen deutschen Liberalismus" (Schwinge) bezeichnet werden kann. Es sollte, dem

⁶⁴ Feuerbach, *Anti-Hobbes*, vor der Vorrede (ohne Seitenzählung) und S. VII bekennt sich zum Naturrecht.

⁶⁵ Zur Biographie vgl. Kleinheyer/ Schröder, *Juristen*, S. 181-185.

⁶⁶ Vgl. Hahn, *Entwicklung*, S. 72; Landau, *Schwurgerichte*, S. 251.

⁶⁷ Biographische Einzelheiten bei Müller-Dietz, *Leben*, S. 1 ff.

⁶⁸ Karl von Rotteck (1775-1840), Rechtslehrer und Politiker; vgl. Kleinheyer/ Schröder, *Juristen*, S. 236-238.

liberalen Anliegen entsprechend, breite rechtliche, philosophische und politische Bildung vermitteln, was mit einer Auflage von rund 100.000 Stück zum Teil auch erreicht wurde.⁶⁹ Welcker war insgesamt im Vormärz und auch in der 48er Revolution einer der Anführer des liberalen Lagers.⁷⁰ Nicht zuletzt hat er das Heppenheimer Programm, in dem die gemäßigten Liberalen 1847 im Vorfeld der Revolution ihre Grundsätze formulierten, maßgeblich mitverfaßt, ebenso wie die Reichsverfassung der Paulskirche: Er war 1848/ 49 Abgeordneter in der Frankfurter Nationalversammlung, wo er dem Verfassungsausschuß angehörte. Welcker war auch mehrmals in Schwierigkeiten wegen angeblich staatsgefährdender Äußerungen und Aktivitäten.⁷¹ Das erste Strafverfahren gegen ihn endete 1822 mit der Entlassung aus dem preußischen Staatsdienst. 1832 wurde ein weiteres Strafverfahren wegen "Ehrkränkung des badischen Ministeriums" gegen ihn angestrengt. Am 26. 10. 1832 wurde er auf Ersuchen des Deutschen Bundes gemeinsam mit Rotteck wegen der Herausgeberschaft des *Staatslexikons* vom Professorenamt suspendiert. Die Wiedenzulassung zur universitären Tätigkeit erfolgte erst 1840.⁷²

In eine gegenläufige Richtung ging das Denken von *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861)⁷³, Romanist⁷⁴ und Zivilrechtler, aber gleichwohl auch promovierter Strafrichter, der vor dem Hintergrund seiner Gegnerschaft zur rationalistisch fundierten französischen Revolution⁷⁵ die sogenannte historische Rechtsschule konstituierte. Sie wird mit ihrer einerseits kontextualistischen, andererseits skeptizistisch-positivistischen Ausrichtung – und damit als Herausforderer liberal-rationalistischen Denkens – noch eingehender zur Sprache kommen. Schon hier kann gesagt werden, dass Savigny mit seiner Forderung nach einer Beschränkung auf das "rein Juristische" das Selbstverständnis des Juristenstandes bis auf den heutigen Tag geprägt hat.⁷⁶ Eine vermittelnde Rolle in der wissenschaftlichen Jurydebatte spielte auch *Heinrich Albert Zachariae* (1806-1875)⁷⁷, der Rechtsprofessor für Staats-, Straf- und Strafprozeßrecht in Göttingen und Hannover war. Er kannte

⁶⁹ Vgl. Wild, Welcker, S. 146; Böttges, Laienbeteiligung, S. 21.

⁷⁰ Welcker und auch v. Rotteck wurden "politischer Professor" genannt; es handelte sich hierbei um einen regelrechten Typus im Vormärz, vgl. Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 106; Hardtwig, Vormärz, S. 15 und 26.

⁷¹ Vgl. nur Wild, Welcker, S. 68-89. Zu diesen sogenannten Demagogenverfolgungen unter C. III.

⁷² Zu weiteren Einzelheiten vgl. Haber, ZStW 1979, 600 (dort Fn. 21).

⁷³ Zur Biographie: Kleinheyer/ Schröder, Juristen, S. 239-246.

⁷⁴ Im 19. Jahrhundert waren die deutschen Rechtsprofessoren noch in Römisch- und Deutschrechtler geschieden – je nachdem, ob sie zum gemeinen Recht oder zu den rezipierten Rechtssätzen und Kommentarwerken der Römerzeit arbeiteten.

⁷⁵ Savigny, Brief an Neurath, wohl 1798/99, in: Rückert, Idealismus, S. 208; vgl. dazu auch Wolf, Rechtsdenker, S. 451 f.

⁷⁶ Vgl. nur Kroeschell, Rechtsgeschichte, S. 164; siehe auch Rückert, Idealismus, S. 158.

⁷⁷ Zu biographischen Einzelheiten vgl. ausführlich ADB/ Frensdorff, Bd. 44, S. 617-632.

die Göttinger Sieben⁷⁸ gut, die sich jedoch nach ihrer Suspendierung von ihm abwandten – war er doch als einer ihrer Nachfolger zum Professor ernannt worden. Wie Mittermaier und Welcker stritt Zachariae juristisch für eine Reform des Strafprozesses, wobei er freilich weniger politisch-offensiv in Erscheinung trat.⁷⁹ Ungeachtet ihrer sonstigen politischen Unterschiede wurde die Forderung nach der Jury praktisch von sämtlichen Oppositionellen im Vormärz erhoben – spätestens seit dem Wartburg-Programm der entstehenden Burschenschaften 1817.⁸⁰ Auch viele einflußreiche Philosophen, insbesondere Kant und Hegel, hatten sich hierfür ausgesprochen. In den (pseudo-parlamentarischen) Ständeversammlungen vieler Staaten, in denen z.B. auch Mittermaier und Welcker saßen, war die Forderung nach Schwurgerichten im Vormärz ein ständiges Thema. Dies empfing regelmäßig neue Impulse durch die praktischen Erfahrungen im ehemals französischen Rheinland. Im Revolutionsjahr 1848 wurde dann der politische Kampf um die Schwurgerichte auf nationaler Ebene mit deren Verankerung in Art. 143, 179 der Paulskirchenverfassung entschieden. Vorangegangen war der Sieg der Juryidee unter den Gelehrten auf dem Lübecker Germanistentag 1847.⁸¹ Die Idee der Germanistentage, die als Vorläufer der heutigen Deutschen Juristentage zu gelten haben, war 1846 mit dem Frankfurter Germanistentag institutionalisiert worden. Zweck dieser Versammlungen war die Förderung deutschen Rechts sowie deutscher Geschichte und Sprache durch ein persönliches Zusammentreffen aller hiermit befaßten Ge-

⁷⁸ Bezeichnung für sieben Göttinger Professoren, die anlässlich der einseitigen Aufhebung der Hanoverschen Verfassung 1837 durch Kurfürst Ernst August gegen dessen Vorgehen protestierten und hierfür vom Dienst suspendiert wurden (Hanoverscher Verfassungskonflikt).

⁷⁹ Psychologisch interessant ist übrigens, dass mit Feuerbach, Mittermaier, Zachariae, Savigny und Welcker sehr gegensätzliche Charaktere und Standpunkte aufeinandertreffen. Insbesondere Mittermaier und Welcker einerseits und Savigny andererseits trennen Welten. Die beiden Liberalen politisieren offen für ihre Forderungen. Sie sind an pragmatischen Ansätzen orientiert. Savigny dagegen verachtet es, sich in die offene Feldschlacht der Meinungen hineinzubewegen. Seine Medien sind der Schreibtisch und die Dogmatik. Für Feuerbach und Mittermaier ist Recht in Anknüpfung an Kant das Ergebnis praktischer Vernunft und damit jederzeit für eine kritische Revision offen. Für Savigny ist Recht das Gewordene, was mit einem eher restaurativen Standpunkt verbunden ist. Mittermaier war ursprünglich wie Savigny von Romantik und Historismus beeinflusst. Später warf er der historischen Schule jedoch eine Unterbetonung der Praxis vor und gründete deshalb 1814 das Archiv für die civilistische Praxis als Konkurrenzzeitschrift zu Savignys Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Savigny hielt nicht zuletzt deshalb wenig von Mittermaier, ebenso wie von dessen Mentor Feuerbach; vgl. Savigny, Nachlaß, in M 14 zwischen anderem. Welcker wiederum hebt sich von den anderen Autoren durch eine pathetisch gefärbte (zumindest) verbale Radikalität ab. Er kennzeichnet mit starken Worten die Situation im Vormärz. Welcker steht damit auch persönlich in scharfem Gegensatz zu dem eher trockenen Savigny, dem er Formalismus vorwirft.

⁸⁰ Dazu Hardtwig, Vormärz, S. 12. Das Wartburgfest am 18. 10. 1817 war die erste gemeinsame Kundgebung der deutschen Burschenschaften und wollte an die Reformation sowie die Leipziger Völkerschlacht erinnern. Sie brachte die Debatte über das nationalpolitische Programm der Studentenverbindungen in Gang; vgl. auch Schieder, Deutscher Bund, S. 109. Die Jury existierte 1847 in unterschiedlicher Ausgestaltung in England, Frankreich, den USA, Schweden, Norwegen, Portugal, Spanien und Belgien; vgl. Welcker, Jury, S. 688.

⁸¹ Vgl. Landau, Schwurgerichte, S. 263-265; Schwinge, Kampf, S. 146; Ekardt, JurA 1998, 121 (123).

lehrten.⁸² Da es vor 1848 an einem nationalen Parlament fehlte (ebenso wie an echten Länderparlamenten) und da die Professoren oftmals führende Oppositionelle waren, erhielten die Germanistenversammlungen zugleich den Charakter eines 'Parlamentsersatzes'. Dieses Forum bündelte zahlreiche Forderungen auf nationaler Ebene, diskutierte sie und mahnte ihre Erfüllung seitens der überwiegend halbabsolutistisch regierenden Herrscher an. Wichtige Themen der Germanistentage waren gerade auch die Grundsätze eines reformierten Strafverfahrens mit mündlicher und öffentlicher Verhandlung, staatsanwaltlicher und nicht richterlicher Anklageerhebung zwecks Sicherung der Unparteilichkeit der Gerichte (Anklage- bzw. Akkusationsprinzip) und richterlicher Unabhängigkeit sowie das Streben nach einem deutschen Nationalstaat. Auf dem Lübecker Germanistentag 1847 bildete die Erörterung der Juryproblematik den zentralen Tagesordnungspunkt. Äußerer Anlaß war ein monographischer Aufsatz Welckers über die Vorzüge der Schwurgerichtsbarkeit im Staatslexikon. Er löste die entscheidende Debatte zwischen Befürwortern und Gegnern der Jury aus. Sie wurde schließlich durch die Bekundung Mittermayers, der unter den Germanisten großes fachliches Ansehen genoß, die Einführung der Jury zu unterstützen, mitentschieden.⁸³ Die revolutionäre Frankfurter Nationalversammlung implementierte ein Jahr später diese und andere liberale Forderungen im gesamtdeutschen Verfassungsentwurf: Neben dem Schwurgericht wurden Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, Unabhängigkeit der Richter und das Akkusationsprinzip in Art. 175, 177, 178, 179 und 181 PaulsKV normiert. Zwar trat die Verfassung nie in Kraft. Gleichwohl schufen diese mit Ausnahme der Schwurgerichtsbarkeit noch heute gültigen Grundlegungen das Fundament des modernen Strafprozesses, wie er 1877 schließlich gesamtdeutsch in den prozessualen Kodifikationswerken StPO und GVG verankert wurde.

III. Die Genese einer gelehrten Debatte über die Schwurgerichte

Nachdem soeben der grobe Gang der Jurydebatte skizziert und ihre Einordnung in den Kampf um das rheinische Recht vollzogen wurde, wird jetzt die Genese der Diskussion unter den (meist liberalen) Gelehrten etwas näher dargestellt. Bei der Darstellung des Ganges der vormärzlichen Jurydebatte wird sogleich einem frühen und grundlegenden Statement von Feuerbach die entscheidende Aufmerksamkeit geschenkt. Es handelt sich um seine „Erklärung über meine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschworenengerichte“ von 1819. Feuerbach galt im Vormärz als die maßgebliche Gelehrtenautorität in der Schwurgerichtsproblematik, und seine Einlassungen nehmen die wesentlichen Streitpunkte der gesamten

⁸² Vgl. dazu Schwinge, Kampf, S. 146; Ekardt, JurA 1998, 121 (123).

⁸³ Vgl. nur Landau, Schwurgerichte, S. 253; Schwinge, Kampf, S. 152 f.

Diskussion vorweg. So läßt sich die Darlegung des Gangs der Jurydebatte mit einer Einführung in die inhaltlichen Streitpunkte verknüpfen, ebenso wie mit einer Verortung des Vormärzliberalismus zwischen einer Kritik der eigenen Monarchen und einer Kritik napoleonischer Entstellungen französisch-liberaler Gedanken. Feuerbach verfaßte seine „Erklärung“ Anfang 1819 am Beginn des Vormärz, also vier Jahre nach dem Wiener Kongreß, der das nachnapoleonische Deutschland im Geiste der von der österreichischen und preußischen Krone angestrebten Restauration geordnet hatte, und kurz vor den Karlsbader Beschlüssen (von denen noch zu reden sein wird).⁸⁴ Feuerbach spricht zunächst von „juristischen“ Nachteilen der Jury, kommt dann aber zu dem für viele vorbildhaften, für andere provozierenden Ergebnis: „Wenn die Verfassung des Staats (darunter verstehe ich natürlich kein bloßes Buchstabenwerk) so gestaltet ist, dass sich in ihr und durch sie eine Nation im wirklichen Besitz und Genuß politischer Freiheit befindet, und diese Freiheit zur Macht geworden ist, so dass die Volksgerichte durch Geschworne, als Schutzmittel dieser Freiheit, in dieser Freiheit auch für sich selbst wieder Schutz und Sicherung finden: da mögen die Vortheile, welche ein Geschwornen Gericht in seiner politischen Beziehung den höhern Zwecken des Ganzen zuwendet, groß genug sein, um die Nachtheile dieser Einrichtung, die aus ihren Unvollkommenheiten als eine juristische Anstalt hervorgehen, bei weitem zu überwiegen und diese erträglich zu machen.“⁸⁵

Dieses Diktum sei etwas ausführlicher aufgegriffen. Denn es bildet sozusagen den Bezugspunkt der gesamten gelehrten Jurydebatte und illustriert den Standort liberalen Denkens im Vormärz exemplarisch. Zunächst einmal mag man unbefangen fragen, vor welchem Hintergrund Feuerbach sich überhaupt veranlaßt fühlte, eine Erklärung abzugeben, dass sich seine Meinung zu den Schwurgerichten *nicht* geändert habe. In seinen „Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht“ von 1812⁸⁶, also noch vor Beginn der Vormärzepoche, hatte Feuerbach eine monographische Kritik an bestimmten Aspekten des napoleonischen Strafverfahrensrechts formuliert: und zwar gerade an der Jury. Hintergrund war die von Napoleon geplante Einführung 'seiner' Geschworenengerichte im Rheinbundstaat Bayern, dessen Regierung Feuerbach angehörte. Die „Betrachtungen“ waren von Feuerbach dabei als eine Kampfschrift gegen Napoleon gedacht, was "dem Ganzen eine polemische Richtung ... geben" mußte.⁸⁷ Durch seine Kritik konnte bei den Zeitgenossen der

⁸⁴ Das ergibt sich aus der Korrespondenz Feuerbachs; vgl. Brief an Elise v. d. Recke und Tiedge vom 8. 11. 1819, in: L. Feuerbach, *Leben*, S. 402 f.; Brief an Direktor v. d. Becke vom 13. 3. 1819, aaO, S. 379. Zu den Karlsbader Beschlüssen vgl. Gall, *Fragen*, S. 65; Zippelius, *Verfassungsgeschichte*, S. 111.

⁸⁵ Feuerbach, *Kleine Schriften*, S. 240 f.

⁸⁶ Nach alter Verlegersitte trägt das Buch das Veröffentlichungsjahr 1813. Feuerbach, *Kleine Schriften*, S. 229 f. weist jedoch stolz darauf hin, dass das Buch in Wirklichkeit schon im August 1812, also unter der Herrschaft Napoleons, dessen Jurykonstruktion er kritisierte, erschienen war.

⁸⁷ Feuerbach, *Kleine Schriften*, S. 235.

Eindruck entstehen, Feuerbach sei überzeugter Gegner der Jury überhaupt, obwohl er, wie sich schon aus dem Text selbst implizit ergab, primär die napoleonische Jury (also eine Jury in einem sozusagen neoautoritären Staat) im Auge hatte.⁸⁸ Feuerbach bekräftigt dies noch einmal in einem Brief an seinen Freund Villers vom Januar 1813 ergibt.⁸⁹ Hier schreibt er: „Ich gehöre eigentlich nicht zu den Gegnern, sondern zu den Freunden des Geschwornengerichts.“⁹⁰ Feuerbach folgt damit, wie er bekennt, den liberalen Theoretikern Englands und Frankreichs wie z.B. Montesquieu, de Lolme und Hume. Der Feuerbachsche Kerngedanke von 1812 und 1819 gleichermaßen ist, dass in Verfassungsstaaten die Jury aus politischen Gründen eingeführt werden müsse (wenn auch nicht nach französischem Vorbild), auch wenn sie juristischen Bedenken begegne – wobei man noch sehen wird, dass es statt politisch „verfassungsrechtlich“ und statt juristisch „strafrechtlich“ heißen sollte.

Worin die „Vortheile in seiner politischen Beziehung“ liegen, läßt sich anhand der Betrachtungen von 1812 ermitteln. Dort äußert Feuerbach, dass Schwurgerichte in einer konstitutionellen Monarchie mit Gewaltenteilung und politischer Freiheit unentbehrlich seien.⁹¹ Das Geschworenengericht begrenze damit als Teil der Judikative die Übergriffe des Monarchen auf die Gerichte. In einem autoritären Staat freilich erfülle die Jury ihren Zweck nicht, da sie in dieser Staatsform zu schwach sei, um sich gegen den Despoten durchzusetzen.⁹² Die politische Funktion der Geschworenengerichte ist für Feuerbach also die Gewährleistung von Freiheit und Gewaltenteilung. Bei den Zeitgenossen, sofern sie Feuerbachs grundsätzliche Befürwortung der Jury begriffen hatten, konnte freilich der Eindruck entstehen, dass Feuerbach seine Zustimmung zur Einrichtung von Schwurgerichten allein vom Vorhandensein einer Verfassung abhängig mache, und zwischen 1812 und 1819 war es in Deutschland zu ersten Verfassungsgebungen gekommen (Frühkonstitutionalismus).⁹³ Die Verfassungen wurden von den Fürsten oktroyiert, enthielten viele unverbindliche Programmsätze, werden als frei widerruflich betrachtet⁹⁴, und

⁸⁸ Feuerbach, Betrachtungen, S. 48 f. und 67 f.

⁸⁹ L. Feuerbach, Leben, S. 195-200.

⁹⁰ L. Feuerbach, Leben, S. 197.

⁹¹ Feuerbach, Betrachtungen, S. 57. Zu Montesquieu und der Gewaltenteilung bekannte sich Feuerbach, Anti-Hobbes S. XVIII und 130 f. Damals, im Jahre 1798, zeigt sich Feuerbach sogar als Anhänger Rousseaus und damit einiger Ideen, die die französische Revolution befördern hatten.

⁹² Feuerbach, Kleine Schriften, S. 234, 238 f.: „Eine Jury in den Zeiten des Jahres 1812 hieß ungefähr so viel, als eine türkische Volksvertretung in einem Saale des Serail, unter dem Vorsize des Großveziers.“

⁹³ Herzogtum Nassau 1815 (noch während des Wiener Kongresses); Sachsen-Weimar im Mai 1816; Bayern im Mai 1818; Baden im August 1818; Württemberg im September 1819. Vgl. Botzenhart, Verfassungsgeschichte, S. 30; Eisenhardt, Rechtsgeschichte, Rdn. 475.

⁹⁴ Siehe dazu Botzenhart, Verfassungsgeschichte, S. 31; Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 215 f.; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 103.

sie belassen die Staatsgewalt beim Monarchen (monarchisches Prinzip⁹⁵).⁹⁶ Insbesondere die vom Monarchen 'gewährten' Grundrechte (gerade die Pressefreiheit) waren lediglich ausfüllungsbedürftige Programmsätze bzw. nur höchst eingeschränkt garantiert.⁹⁷ Ein solcher Frühkonstitutionalismus diente dem Monarchen zur Schaffung einer handlungsfähigen Repräsentation der Steuerzahler, weil die finanzielle Ausblutung der verschwenderischen absolutistischen Fürsten zunehmend Schwierigkeiten verursachte, sowie zur Integration neu hinzugewonnener Gebiete. Die Presse verbreitete 1819, dass jetzt, da sich absolute in konstitutionelle Monarchien gewandelt hätten, Feuerbachs frühere Vorbehalte gegen die Einrichtung von Schwurgerichten keinen Bestand mehr hätten.⁹⁸ Um das insoweit entstandene Mißverständnis auszuräumen, gibt Feuerbach seine *Erklärung* ab: Feuerbach war in Verfassungsstaaten ein Befürworter der Laiengerichtsbarkeit, hielt diese Voraussetzungen in Deutschland 1819 aber noch nicht für gegeben.⁹⁹ In strafrechtlicher Hinsicht hält Feuerbach gar von vornherein Berufsrichter für eine wirksamere Garantie gerechter Entscheidungen als Laienrichter und Schwurgerichte. Denn er geht davon aus, dass auch Tatfragen im Strafprozeß neben rein tatsächlichen bereits rechtliche Elemente enthalten.¹⁰⁰ Nur wenn die Jury anders als in Frankreich, wo eine Unterscheidung für möglich gehalten wurde, neben den Tat- auch über Rechtsfragen entscheiden dürfe, sei sie einigermaßen sinnvoll. Feuerbach bringt damit nun nicht zum Ausdruck, dass er eine Entscheidung der Geschworenen auch über die rechtlichen Fragen für juristisch zweckmäßig hält. Er geht vielmehr davon aus, dass Laien komplizierten Rechtsfragen nicht gewachsen und durch Verteidiger, Ankläger und Assisenpräsidenten¹⁰¹ leicht beeinflussbar seien. Feuerbachs Schriften waren das Fanal für die gelehrte (wissenschaftliche und oft

⁹⁵ Dieses wurde in Art. 57 der Wiener Schlußakte von 1920 festgeschrieben; vgl. nur Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 216 und 219 f.

⁹⁶ Dazu auch Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 216, 219; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 103. Zu dem daraus erwachsenen Hannoverschen Verfassungskonflikt 1837 Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 91-106.

⁹⁷ Hahn, Entwicklung, S. 27 f.; Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 219.

⁹⁸ Feuerbach, Kleine Schriften, S. 230 f.

⁹⁹ Feuerbach spricht im Titel seiner „Erklärung“ von seiner „angeblich geänderten“ Sichtweise der Jury. Seine Ansicht ist demnach in Wirklichkeit unverändert gegenüber der Stellungnahme in den „Betrachtungen“ von 1812: Er befürwortet also Schwurgerichte unter bestimmten Bedingungen. Wenn er nun von einer nur "angeblich" geänderten Haltung schreibt, deutet das darauf hin, dass er die äußeren Voraussetzungen nach wie vor nicht für gegeben erachtet. Weil Feuerbach an anderer Stelle die Ernsthaftigkeit der von den Monarchen 'gewährten' frühkonstitutionellen Verfassungen stark in Zweifel zieht – siehe Brief an Elise v. d. Recke vom 12. 9. 1821, in: L. Feuerbach, Leben, S. 442. –, darf man das in der Tat annehmen. Diese Voraussetzungen hält Feuerbach im Vormärz noch nicht für gegeben.

¹⁰⁰ Feuerbach, Betrachtungen, S. 170 f.; vgl. auch Cornelissen, Tätigkeiten, S. 111 f. Auch heute wird heftig problematisiert, ob die Abgrenzung zwischen tatsächlichen und rechtlichen Fragen möglich ist; vgl. BGH NSTZ 82, 49; Übersicht bei Roxin, Strafverfahrensrecht, § 53 Rdn. 16-27.

¹⁰¹ Andere Bezeichnung für den Vorsitzenden des Geschworenengerichts (frz.). Noch heute wird das Schwurgericht in Frankreich und der Schweiz als Assise bezeichnet.

gleichzeitig parteipolitische) Diskussion über die Jury. Sie bildeten durch den gesamten Vormärz hindurch den Bezugspunkt heftiger Zustimmung oder Ablehnung, bis in die einzelnen Argumente hinein. So entspann sich im Vormärz bis 1848 eine hitzige Diskussion um Vorzüge und Nachteile der Geschworenengerichte. In den 1840er Jahren fand dies einen paradigmatischen Ausdruck in einigen umfassenden Stellungnahmen, insbesondere von Mittermaier und Welcker, gekontert vom Jurygegner Savigny. Mittermaier vertritt dabei in seiner Schrift „Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht“ 1845 im Anschluß an Feuerbach eine differenzierte Position. Sein Antipode ist der uneingeschränkte Jurybefürworter Welcker in seinem Artikel „Jury, Schwur- oder Geschworenengericht als Rechtsanstalt und als politisches Institut“ von 1847. Mittermaiers und Welckers hauptsächliches Wirkungsfeld Baden, geprägt durch den Frühkonstitutionalismus und die relativ „milde“ Restauration unter Großherzog Leopold, war damals die „wichtigste politische Bühne des Liberalismus“¹⁰² in Deutschland, und beide agierten hier in der ständischen II. Kammer. Anders als Feuerbach hält Mittermaier die Jury nicht pauschal für strafrechtlich bedenklich, sofern die Strafgesetze einfach anzuwenden und die Geschworenen gebildet seien und von fürstlicher Seite keine Einflußnahme erfolge.¹⁰³ Anders als Feuerbach und Mittermaier bewertet Welcker diese Rechtsanstalt juristisch als uneingeschränkt vorteilhaft.¹⁰⁴ Unisono indes halten Mittermaier und Welcker die Jury für politisch vorteilhaft, weil sie der Pressefreiheit, der Gewaltenteilung und der Volksbildung diene. Damit ist die Basis geschaffen, auf der eine genauere Untersuchung des Streits um die Geschworenengerichte Platz greifen kann.

¹⁰² Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 221; vgl. auch Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 227 und Hahn, Entwicklung, S. 11.

¹⁰³ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 375 und 383. Hiermit liegt er zugleich auf der Linie der Kodifikationsbewegung und befindet sich in guter Gesellschaft: vgl. z.B. Beccaria, Verbrechen, S. 80; Siebenpfeiffer, Frage, S. 218.

¹⁰⁴ Welckers strafrechtliche These ist, dass aufgrund der Situation des deutschen Strafprozesses juristisch ein Bankrott drohe: „So bleibt denn die Herstellung des wahren Schwurgerichts die einzige Rettung der Ehre und Gerechtigkeit, ja der Menschlichkeit in unserem jetzigen criminalistischen Bankbruch“; vgl. Welcker, Jury, S. 770. Der Terminus „Bankbruch“ entstammt der oberitalienischen Kaufmannssprache und stellt eine wörtliche Übersetzung von *banca rotta* (ital.) dar. Dies bedeutet sinngemäß Zusammenbruch. Der Ausdruck entstand aus der frühneuzeitlichen Praxis, insolventen Geldwechslern die ihnen als Wechseltisch dienende Bank zu zerschlagen, um ihnen die weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr auf diese Weise unmöglich zu machen; vgl. Rechtssprichwörter S. 17; Köbler, Bankrott, S. 38.

C. Verfassungshistorisch-wissenssoziologische und handlungstheoretische Analyse der liberal forcierten Jurydebatte: nur Eigeninteresse und Besitzindividualismus?

Die Untersuchung kann jetzt in die verfassungshistorisch-wissenssoziologische und handlungstheoretische Analyse der Hintergründe der Juryforderung eintreten. Das wird eine Überprüfung der beiden Untersuchungsthesen zum altliberalen Besitzindividualismus und zur Handlungstheorie ermöglichen. In Frageform gebracht: Ging es den Liberalen mit der Forderung nach Schwurgerichten um die Freiheit der Person und der Presse – oder ging es ihnen, in womöglich charakteristischer Weise, eher um die Freiheit von Eigentum und Vermögen (Besitzindividualismus)? Und war die Jury eine Forderung aus echter innerer Überzeugung, oder ist sie lediglich Ausdruck ökonomischer und machtpolitischer Interessen des Bürgertums? Um die Klärung jener beiden Fragen geht es – und nicht so sehr um die Präsentation neuen ereignisgeschichtlichen Materials gegenüber schon existenten Arbeiten zur Jury.

I. Die Kritik am gemeinen Strafprozeß, die Notwendigkeit eines reformierten Strafverfahrensrechts und das Kulminieren in der Schwurgerichtsfrage

Die Schwurgerichtsforderung war vorderhand eine Reaktion auf bestimmte Friktionen des überkommenen Strafverfahrensrechts. Der bis 1848 übliche *gemeine Strafprozeß* gestaltete sich geheim, schriftlich und inquisitorisch. Die Richter waren wirtschaftlich und rechtlich auf das Wohlwollen des Monarchen angewiesen und nicht im heutigen Sinne unabhängig. Und die Beweiserhebung gestaltete sich in einer Weise, die Fehlurteile geradezu herausforderte: Die Folter als Mittel der „Wahrheitsfindung“ war zu Beginn des 19. Jahrhunderts zwar abgeschafft worden. Stattdessen – sofern die gesetzliche Regelung überhaupt eingehalten wurde – gab es aber ähnlich funktionierende, sogenannte Lügen- und Ungehorsamsstrafen. Dies alles hatte das Vertrauen in die herkömmliche Strafrechtspflege zerstört.¹⁰⁵ Deshalb strebten Feuerbach, Mittermaier, Welcker und andere eine möglichst gründliche Reform unter gleichzeitiger Absage an das hergebrachte System an. Die wichtigste Reformforderung war dabei die nach einer Einführung von Schwurgerichten. Im einzelnen:

¹⁰⁵ Auch in Frankreich waren die Probleme der Beweiserhebung mitentscheidend für die Einführung der Jury; vgl. nur Höhn, Stellung, S. 79.

1. Gesetzliche Beweistheorie und Folter in der Kritik – die Forderung nach freier richterlicher Beweiswürdigung und Beseitigung von Foltersubstituten (Lügen-, Ungehorsams- und Verdachtsstrafen sowie Instanzenbindung)

Der Kampf um die Schwurgerichtsbarkeit war zentral verknüpft mit Problemen der überkommenen Beweiserhebungsregeln im Strafverfahren. Die Aufarbeitung dieses Fragenkreises führt sogleich mitten in die Problematik des sich modernisierenden Strafverfahrensrechts im 19. Jahrhundert hinein. Klar ist dabei, dass die Regeln der Beweiserhebung für jedes Strafrecht essentielle Bedeutung haben: Denn die festgestellten Tatsachen bestimmen darüber, ob jemand wegen eines bestimmten strafrechtlichen Deliktes verurteilt werden kann. Zunehmend wurde im Vormärz die Forderung nach einer freien richterlichen Beweiswürdigung erhoben, und sie war eine Antwort auf die Probleme mit der sogenannten gesetzlichen Beweistheorie, wie sie in Art. 22, 67 der Peinlichen Gerichtsordnung¹⁰⁶ Kaiser Karls V. von 1532 (Constitutio Criminalis Carolina - CCC) verankert war.¹⁰⁷ Anders als das heute der strafrichterlichen Beweisführung zugrundeliegende Prinzip der freien Beweiswürdigung hinsichtlich der Klärung der fallrelevanten Tatsachen (§ 261 StPO), was auch den Indizienbeweis zulässt, normierte die CCC, dass ein Beschuldigter nur dann als überführt gelten konnte, wenn er entweder ein Geständnis abgelegt hatte oder durch zwei gut beleumundeten Zeugen identifiziert worden war (vgl. auch Art. 60, 66, 72 CCC). Trotz der genauen Vorgaben war dies keine rein formale Beweistheorie, weil der Richter auch im Falle des Vorliegens eines Beweises noch Ermessen hinsichtlich der Beweiswürdigung hatte und den Beschuldigten freisprechen konnte.¹⁰⁸ Umgekehrt war aber der „gesetzliche Beweis“ *conditio sine qua non* für eine Verurteilung. Die gesetzliche Beweisregelung der CCC kann als deshalb 'negative' Theorie bezeichnet werden.¹⁰⁹ Ihre Konstruktion führte dazu, dass im Falle bloßer Indizien oder lediglich *einer* Zeugenaussage regelmäßig zur peinlichen Befragung gegriffen wurde, um ein Geständnis und damit einen „Be-

¹⁰⁶ Sie kodifizierte die Rezeption des römischen bzw. mittelalterlich-italienischen Rechts; vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Vorb. Rdn. 1.

¹⁰⁷ Ekardt, JurA 1998, 121 (124); J. Müller, Grundsatz, S. 10. Der Inquisitionsprozeß war Ende des Mittelalters entstanden, weil der alte germanische Prozeß der damals einsetzenden Entstehung eines Berufsverbrechertums nicht gewachsen war; vgl. Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 115; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 2 Rdn. 8.

¹⁰⁸ Siehe Art. 28, 63, 64 und 65 CCC und B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 133; J. Müller, Grundsatz, S. 10.

¹⁰⁹ So auch J. Müller, Grundsatz, S. 10; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 133 f. Die negative Beweistheorie hatte 1532 zunächst die Funktion, richterliche Willkür und Ermessen zu begrenzen, nachdem sich der Inquisitionsprozeß nach italienischem Vorbild – so die heute h. M. – entwickelt hatte; vgl. Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 111 und 116.

weis“ für die Täterschaft zu erhalten.¹¹⁰ Bereits dies wurde von Aufklärern zunehmend als unvereinbar mit der menschlichen Würde empfunden. Im aufkommenden Absolutismus vollzog der gemeine Strafprozeß sodann eine Entwicklung, die die Folterproblematik noch verschärfte – indem die positive gesetzliche Beweistheorie, die vor 1532 gegolten hatte, sich faktisch wieder einbürgerte.¹¹¹ Sie gab dem Richter entgegen dem Wortlaut der Art. 22, 63-65 CCC plötzlich kein Ermessen mehr hinsichtlich der Beweiswürdigung. Das bedeutete, dass der Richter, anders als nach der Beweistheorie der CCC, auch bei einem erzwungenen Geständnis, das er inhaltlich für unwahr hielt, verurteilen mußte. Er wurde also zum „blinden Automaten“.¹¹² Aufgrund dieser unbefriedigenden Situation wurde im 18. Jahrhundert von Denkern der Aufklärung, die praktisch-philosophisch im Rationalismus und Liberalismus kulminierte, die Idee der freien Tatsachen-Beweiswürdigung artikuliert und eine vollständige Aufgabe der gesetzlichen Beweistheorie gefordert.¹¹³

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts ging man in Deutschland allgemein von der positiven Beweistheorie aus.¹¹⁴ Jedoch war die Folter offiziell abgeschafft worden, weil sie aufgrund der häufigen Schädigung Unschuldiger zunehmend als inhuman galt und überdies unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitserforschung zweifelhaft war.¹¹⁵ Auch hatten sich die kriminalistischen Methoden im Spätabolutismus verbessert. Ohne Folter war die positive Theorie jedoch ihrer Funktion in gewisser Weise beraubt, denn ihre strengen Voraussetzungen an das Vorliegen eines Beweises korrelierten ja mit der Leichtigkeit, mit der durch Folter ein Geständnis herbeigeführt werden konnte. Wenn aber eine Beweistheorie ein Geständnis (oder zwei übereinstimmende Zeugen) voraussetzt, wird es in einer Vielzahl von Fällen nicht mehr zu einer Bestrafung selbst offensichtlich Schuldiger kommen. Nach Abschaffung der Folter bestand deshalb Unklarheit darüber, wie fortan mit Indizien umgegangen werden sollte. Denn die aufgrund von Indizien gebildete Überzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten stand oft im Gegensatz zum Ergebnis der Beweisaufnahme nach der positiven gesetzlichen Beweistheorie, weil weder zwei Zeugen noch ein Geständnis vorhanden waren. Und die Möglichkeit der 'Erzielung'

¹¹⁰ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rdn. 9 und § 67 Rdn. 7. Die Folter war seit dem Schwabenspiegel (1270) offiziell anerkannt.

¹¹¹ Das war wegen Art. 218 CCC rechtmäßig; vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, § 69 Rdn. 4.

¹¹² Feuerbach, Beobachtungen, S. 132.

¹¹³ Voltaire, zitiert bei Hertz, Voltaire, S. 426 f., 439; Beccaria, Verbrechen, S. 88. Cesare Beccaria (1738-1794), Naturrechtler, trat für strafprozessuale und kriminalpolitische Reformen ein und forderte die Abschaffung der Todesstrafe sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Strafrecht.

¹¹⁴ Mittermaier, Beweis, S. 11; Köstlin, Wendepunkt, S. 111.

¹¹⁵ Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, § 70 Rdn. 2, 4; Deimling, Beccaria, S. 13. In Bayern wurde die Folterabschaffung 1806 von Feuerbach durchgesetzt; vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rdn. 12; Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 438, 445.

eines Geständnisses per Folter war nun (zumindest de lege lata) ausgeschlossen.¹¹⁶ Dieses Problem versuchte die „neue“ negative gesetzliche Beweistheorie zu vermeiden. Ihre Protagonisten sind gerade Feuerbach und Mittermaier.¹¹⁷ Dies sollte so geschehen, dass unter Rückbesinnung auf Art. 22, 63-65 CCC das richterliche Ermessen wieder eröffnet wurde. Ein Freispruch war danach trotz Vorliegen des gesetzlichen Beweises wieder möglich. Die negative Beweistheorie hielt so im Vormärz noch einmal in der Praxis Einzug.¹¹⁸ Von ihr versprach man sich Schutz gegen absurde Urteile, umgekehrt aber auch umgekehrt gegen richterliche Willkür und vor ungleicher Beurteilung gleichgelagerter Fälle.¹¹⁹ Denn diese Befürchtungen waren es, die herkömmlicherweise die freie Beweiswürdigung als ein Ding der Unmöglichkeit erscheinen ließen. Eine Möglichkeit von Indizienbeweisen wurde damit freilich immer noch nicht eröffnet.¹²⁰ Die negative Beweistheorie war so ein halbherziger Schritt in Richtung auf ein modernisiertes Beweisrecht.¹²¹ Wegen dieser Halbherzigkeit erwogen liberale Juristen zunehmend, die freie Beweiswürdigung einzuführen, sie aber abzusichern: durch die Einführung bei gleichzeitiger Laienbeteiligung an der Rechtspflege. So sollte vermieden werden, dass die vom Fürsten abhängigen Berufsrichter die freiere Beweisregelung als Einladung zu beliebigen Verurteilungen mißliebiger Oppositioneller nutzten. Dieser Gedanke aktualisierte sich durch einige sogenannte Sensationsprozesse, in denen Berufsrichter trotz unsicherer Beweislage Verurteilungen aussprachen. Hierin wurde etwa von Welcker ein Beleg dafür erblickt, dass die freie Beweiswürdigung zwingend mit der Jury verbunden werden müsse. *Entweder Berufsrichter und gesetzliche Beweistheorie oder aber Schwurgerichte bei freier Beweiswürdigung*: Diese Verknüpfung war folglich zunehmend gängig, nachdem sie schon von Feuerbach und der Rheinischen Immediats-Justizkommission artikuliert worden war.¹²² Auch in Frankreich waren 1791 freie Beweiswürdigung und Jury gleichzeitig etabliert und 1798 analog im besetzten Rheinland eingeführt worden.¹²³

Mit besonderem Nachdruck forderte Welcker, über Mittermaier und Feuerbach hinausgehend, einen radikalen Bruch mit Beweistheorie, Inquisitionsprozeß, folter-

¹¹⁶ Vgl. auch Kries, Lehrbuch, S. 48 f.; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 144; Welcker, Jury, S. 771; Peters, Strafprozeß, S. 65.

¹¹⁷ Feuerbach, Betrachtungen, S. 132. Wiederentdeckt hatte sie der Italiener Filanghieri; vgl. B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 153, Fn. 601.

¹¹⁸ Mittermaier, Strafverfahren, S. 11; Köstlin, Wendepunkt, S. 111; Savigny, Denkschrift, S. 483.

¹¹⁹ Feuerbach, Betrachtungen, S. 132; Mittermaier, Strafverfahren, S. 307 f.; Zachariae, Gebrechen, S. 196.

¹²⁰ Landsberg, RIJK, S. 15 f.; Glaser, Beiträge, S. 15; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 154 m. w. N.

¹²¹ Vgl. B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 154 f.; siehe dazu auch Schulz, Mittermaier, S. 139 f.

¹²² Feuerbach, Kleine Schriften, S. 242 f.; Landsberg, RIJK, S. 22, 98, 99, 143; vgl. auch Landau, Schwurgerichte, S. 244 f.; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 155 f.: Viele Gegner der Jury hätten diese noch eher in Kauf genommen als Berufsrichter, die nach freier Beweiswürdigung entschieden.

¹²³ Vgl. Landau, Schwurgerichte, S. 242; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 148 f.

ähnlichen Praktiken und der Ausschließlichkeit des Berufsrichtertums. An ihre Stelle sollte die freie Beweiswürdigung durch die Jury treten¹²⁴: „Es bildet sich so vielmehr jene praktische Ueberzeugung von der Wahrheit der einzelnen individuellen freien innerlichen und äußerlichen historischen Thatsachen in jedem Falle frei nach den allgemeinen menschlichen und bürgerlichen Auffassungen, Erkenntnissen, Begriffen und Schlüssen. Die nicht juristischen Bürger eben so gut wie die juristischen - sobald Aussagen oder andere Anzeichen einen Verdacht begründen, ein bestimmter Mensch habe eine bestimmte verbrecherische That verübt - benutzen ihre allgemeine Kenntnisse von der Welt, den Menschen und ihren Verhältnissen so wie von der moralischen und der bürgerlichen Ordnung und den allgemeinen Pflichten der Bürger in derselben. Sie fragen einerseits ihre Erfahrungen, Empfindungen, Urtheile, ihren darauf sich gründenden Glauben oder Unglauben an die Wahrheitsliebe und den richtigen Blick der Ausagenden, andererseits ihr natürliches logisches Schluß- und Verbindungsvermögen über den Zusammenhang der vorliegenden besonderen Umstände, um rücksichtlich jenes Verdachtes die Wahrheit oder die glaubhafte Annahme zu finden.“ Auf die in diesem Plädoyer enthaltene Lehre von der *intime conviction* ist sogleich noch näher zurückzukommen.

Es deutet freilich, und dies ist für die zwei Arbeitsthesen wichtig, einiges darauf hin, dass die Probleme mit der gesetzlichen Beweistheorie praktisch anderer Art waren, als dies verbal etwa von Welcker, der von einem völligen Bankrott des gemeinen Strafprozesses sprach, zum Ausdruck gebracht wurde. Wie neuere rechts-historische Untersuchungen eingehend dokumentiert haben, wurden in der Gerichtspraxis um 1800 statt der abgeschafften peinlichen Befragung sogenannte Lügen- und Ungehorsamsstrafen sowie Instanzenbindungen und Verdachtsstrafen in großem Umfang eingesetzt.¹²⁵ *Lügen- und Ungehorsamsstrafen* bestanden in Aushungern, Prügel oder strengem Arrest. Sie wurden nach Abschaffung der Folter eingeführt und bewirkten, dass weiterhin körperlicher Zwang eingesetzt wurde, um Geständnisse zu erzielen. Bei der *Instanzenbindung*¹²⁶ handelte es sich um eine lediglich vorläufige Einstellung des Strafverfahrens, ohne dass ein Freispruch gefällt wurde oder ein Strafklageverbrauch eintrat. Von der Möglichkeit einer Instanzenbindung wurde Gebrauch gemacht, wenn man den Betroffenen für schuldig hielt, aber keinen Beweis im Sinne der gesetzlichen Beweistheorie hatte. Die Instanzenbindung führte zu einer permanenten Gefahr für den Betroffenen, jederzeit wieder Objekt staatlicher Strafverfolgung zu werden. Diese Maßnahme war bereits in der CCC vorgesehen. Nach Abschaffung der Folter kam sie jedoch wegen der entstehenden Beweisprobleme öfter zur Anwendung. *Verdachtsstrafen* waren seit der CCC bekannt und konnten bei unklarer Beweislage verhängt wer-

¹²⁴ Vgl. das folgende Zitat bei Welcker, Jury, S. 760 (siehe außerdem S. 728 und 734).

¹²⁵ Vgl. dazu Kries, Lehrbuch, S. 48 f.; B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 144; Welcker, Jury, S. 771; Peters, Strafprozeß, S. 65.

¹²⁶ Vgl. dazu Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431.

den. Sie waren im Verhältnis zum eigentlichen Deliktstatbestand milder, wurden nach der Abschaffung der Folter jedoch extensiv angewandt. Dies alles ist nicht ohne Kuriosität: Denn faktisch führten Verdachtsstrafen und z.T. auch Lügen- und Ungehorsamsstrafen zu einer Art Bestrafung auf der Basis bloßer Indizien. Schon ohne formelle Abkehr von der gesetzlichen Beweistheorie hatte diese damit das Zeitliche zu segnen begonnen. Das Problem war also geringer, als es dargestellt wurde – was freilich nicht heißt, dass kein Problem bestanden hätte: Immerhin war die Freiheit der Person durch die fehlende Rechtssicherheit und die fortbestehenden physischen Sanktionen weiterhin gefährdet und wurde gerade von Oppositionellen, wie sie die Liberalen waren, naheliegenderweise als absicherungsbedürftig betrachtet.

Dass man die strafprozessuale Problemlage vielleicht eher differenziert betrachten mußte, klingt auch in einer Schrift von Zachariae an, wobei freilich die sogleich eingehend zu thematisierenden Friktionen mit den abhängigen Berufsrichtern weitgehend ignoriert und insgesamt die Probleme verzerrt dargestellt werden. In Zachariaes Abhandlung „Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens“ von 1846, die zwar für begrenzte strafprozessuale Reformen wirbt, der Jury aber eher Skepsis entgegenbringt, heißt es: „Nun kömmt es uns nicht im Entferntesten in den Sinn, dem deutschen Volke den Anspruch auf Geschwornengerichte deshalb abzuspochen, weil es dazu noch nicht reif sey, oder weil es die dazu nothwendige politische Bildungsstufe noch nicht beschritten habe. Wir nehmen auch an, dass in jedem deutschen Lande und in jeder Provinz eine hinreichende Anzahl von rechtlichen, erfahrenen und durch ihre Lebensstellung der öffentlichen Ordnung eine gewisse Bürgschaft gebenden Männern aufzufinden seyn werde, aus welchen die Geschwornenlisten gebildet werden könnten. Wir finden aber eben so wenig einen hinreichenden Grund, welcher die politische Nothwendigkeit erweisen könnte, den nach der bestehenden Justizverfassung vom Landesherrn ernannten, hier und da auch noch theilweise von den Ständen erwählten, rechtsgelehrten Richtern die Cognition zu entziehen und sie auf eine den Grundlagen unserer Staatsordnung in Deutschland überdies schwerlich entsprechende Weise auf s. g. Volksrichter zu übertragen.“¹²⁷ Nach Zachariaes Ansicht bringen Geschworenengerichte keine vermehrte Rechtssicherheit und Garantie für korrekte Urteile. Und „als wahre Rechtsanstalt endlich kann das Geschwornengericht, sobald man damit, wie auch in den neuesten Badischen Verhandlungen, die Idee des Richtens nach bloß moralischer Überzeugung, nach intime conviction, ohne gesetzliche Beweistheorie und Entscheidungsgründe verbindet, gar nicht betrachtet werden. Denn der Begriff des Rechts und der rechtlichen Entscheidung bringt es gerade mit sich, dass die Übereinstimmung des Urtheils mit der allgemeinen Norm nicht bloß eine Sache des Glaubens, sondern des vernünftigen Begreifens sey und sich auf eine auch für An-

¹²⁷ Zachariae, Gebrechen, S. 303 f.

dere objectiv erkennbare Weise darstelle.“¹²⁸ Hierin liegt ein fundamentaler Angriff auf das propagierte Prinzip der freien Beweiswürdigung. Die von Zachariae so bezeichnete und bekämpfte Lehre von der *intime conviction* (sinngemäß zu übersetzen als „Gefühl des Wahren“) wurde seinerzeit als Ausdruck einer freien Beweiswürdigung betrachtet und geht wahrscheinlich auf Beccaria zurück.¹²⁹ Sie kam nach der Revolution in Frankreich dort erstmals zur Anwendung und wurde z.B. von Welcker vertreten.¹³⁰ Hiernach ist die Urteilsfindung durch einen Richter von der durch eine Jury völlig verschieden. Nur der Berufsrichter komme durch den Gebrauch des Verstandes zum Urteil, während die Geschworenen durch ihr Wahrheitsgefühl geleitet würden.¹³¹ Weil die Laienrichter ihr Judiz nicht auf rationale Erwägungen gründeten, könnten sie ihre Entscheidung auch gar nicht begründen. Mithin wäre es ihnen unmöglich, das Urteil mit Entscheidungsgründen zu versehen.¹³² In der deutschen Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts lebte die Lehre von der *intime conviction* als Lehre vom Totaleindruck weiter.¹³³ Allerdings wurde sie zur Zeit von Zachariaes Einlassung kaum mehr vertreten¹³⁴, so dass der Hinweis auf sie letztlich nicht die Diskussion über die freie Beweiswürdigung obsolet machte.¹³⁵ Zachariae gibt keine Antwort auf die Frage, wie mit den Proble-

¹²⁸ Zachariae, Gebrechen, S. 306, der sich hier auf die Verhandlungen in der badischen II. Kammer über die dortige Einführung des öffentlichen, mündlichen und akkusatorischen Strafverfahrens bezieht. Die Einführung der Jury wurde 1845/ 46 in diesem Zusammenhang in vielen Motionen gefordert. Die Forderung setzte sich jedoch erst in der Revolution von 1848 durch; vgl. Hahn, Entwicklung, S. 49 f. und 68 f.; Mackert, Prozedur, S. 156 ff.

¹²⁹ Vgl. Beccaria, Verbrechen, S. 79 f. Beccaria geht auf naturrechtlicher Grundlage davon aus, dass die strafprozessuale Gewißheit nicht durch Regeln geleitet sei, sondern dass sie auf einem allen Menschen angeborenen Gefühl beruhe, weshalb auch am besten Laienrichter über Tatfragen urteilen sollten.

¹³⁰ Beccaria hat die weitere Strafrechtentwicklung im europäisch-amerikanischen Bereich entscheidend beeinflusst; vgl. Deimling, Beccaria, S. 11-15; zum Begriff auch Landau, Schwurgerichte, S. 245.

¹³¹ Zitate bei Feuerbach, Betrachtungen, S. 118 und 127; vgl. auch Heinze, Geschworenengericht, S. 5.

¹³² Heinze, Geschworenengericht, S. 5.

¹³³ Glaser, Beiträge, S. 17.

¹³⁴ Anders noch 1818 die Rheinische Immediats-Justizkommission; vgl. Landsberg, RIJK, S. 21; dagegen Mittermaier, Beweis, S. 63 f. und 69 f.; ders., Mündlichkeit, S. 367; Feuerbach, Betrachtungen, S. 119 f. vergleicht die Jury, die nach *intime conviction* urteilt, mit einem „Methodisten- oder Quäkerverein, der in dumpfer Gedankenlosigkeit auf den Lichtstrahl der natürlichen Offenbarung harrt.“ Dabei gingen Feuerbach und Mittermaier zunächst von der Vereinbarkeit der Jury mit der negativen gesetzlichen Beweistheorie aus; vgl. auch zu den nordamerikanischen Wurzeln dieser Vorstellung (bei Livingstone) Landau, Schwurgerichte, S. 248.

¹³⁵ Die freie Beweiswürdigung wurde 1846 in Preußen eingeführt, allerdings zunächst ohne Jury; für Todesurteile wurde die gesetzliche Beweistheorie beibehalten; vgl. B. Schmitt, Beweiswürdigung, S. 166. Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freie Beweiswürdigung wurden 1843 in Württemberg und 1845 in Baden institutionalisiert.

men der alten gesetzlichen Beweistheorie umgegangen werden sollte¹³⁶ – und deren Ausblendung war letztlich Zachariaes Basis für die Ablehnung der Schwurgerichte. Insbesondere bei Welcker stand dagegen die Überzeugung, dass die freie Beweiswürdigung nur bei gleichzeitiger Einführung von Schwurgerichten etabliert werden konnte, in engem Zusammenhang mit einem ausgeprägten Mißtrauen gegen die Berufsrichter:

2. *Richterliche Unabhängigkeit durch die Jury – statt obrigkeitshöriger Richter*

Die Kritik am überkommenen, für parteiisch erachteten Beamten- und Justizapparat der halbabsolutistischen Monarchen – der aufgrund z.T. selbst erlittener Verfolgungen als reiner Vollstrecker der Restauration empfunden wurde – war der zweite geltend gemachte Grund für die Juryforderung. Man fürchtete die Willkürakte des Polizeiapparates ebenso wie die Urteile der abhängigen Richter. Gegen beides sollten die Schwurgerichte und ein reformiertes Strafverfahren Schutz bieten – und zwar erst recht dann, wenn man den Richtern schon mit der freien Beweiswürdigung einen noch weiteren Spielraum einzuräumen „gezwungen“ war. Für Welcker gewährleisteten Schwurgerichte am besten, dass gerechte Urteile gesprochen werden. In seinem Staatslexikonartikel „Jury“ von 1847 heißt es¹³⁷: „Der Triumph der Geschworenengerichtseinrichtung ist es solchergestalt, dass sie 1) die Vortheile und die guten Kräfte und Eigenschaften und Richtungen der freien Bürger und der juristischen Regierungsbeamten zum Zwecke möglichst richtiger Strafurtheile und möglichst gerechter moralisch wirksamer Handhabung der Strafrechtspflege mit Beseitigung der Einseitigkeiten von beiden vereinigt, und dass 2) vor Allem die Bürger die unermeßliche Gewähr haben, nicht verurtheilt zu werden, wenn nicht Beide, die Mitbürger und die Juristen, Volk und Regierung, das Vaterland, nach dem Ausdruck der Engländer, oder seine Repräsentanten, in der Ueberzeugung der Schuld zusammenstimmen. ... Ganz so wie bei der ständischen Verfassung, welche im Schwurgericht ihren Grund- und Schlußstein erhält, die ständische Mitwirkung

¹³⁶ Er stellt allgemein fest, dass in jedem Fall keine Unschuldigen verurteilt werden dürften und dass das richterliche Ermessen deshalb negativ begrenzt sein müßte; vgl. Zachariae, Gebrechen, S. 200. Weiterhin schlägt er auf S. 202 f., ohne Einzelheiten zu nennen, eine Aufhebung des Art. 22 der CCC vor. Er deutet an, dass er damit einen Indizienbeweis, der an gesetzliche Beweisregeln gebunden ist, anregen will. Doch diese Anregung war damals wie heute nur schwer durchführbar. Es dürfte kaum möglich sein, alle denkbaren Indizien gesetzlich zu kategorisieren, zu bewerten und damit eine *gesetzliche Indizienbeweistheorie* zu normieren. Hierzu müßte das genaue Gewicht jedes einzelnen Indiz in jedem denkbaren Einzelfall und insbesondere auch der Fall des Zusammentreffens aller denkbaren Indizien untereinander geregelt werden. Dies wäre seinerzeit im Zweifel nicht gelungen und hätte die Strafverfolgungsorgane auf den Weg der Lügen- und Ungehorsamsstrafen verwiesen. Auch die Gefahren der Instanzenbindung und der Verdachtsstrafen läßt Zachariae außer acht.

¹³⁷ Vgl. Welcker, Jury, S. 748.

bei gesetzlicher Feststellung des gemeinschaftlichen Rechts, so wird im Geschworenengericht der wichtigste Theil der Handhabung dieses Rechts, so wird das Endurtheil über Ehre, Leben und Freiheit der Bürger, auch hier unter steter Leitung der Regierung, das Resultat des freien, sich gegenseitig bewachenden, ergänzenden und unterstützenden Zusammenwirkens der Regierung und des Volks, der Regierungsbeamten und der freien Bürger, des juristischen Willens und des gesunden Menschenverstandes. So fordern es die Natur und die Harmonie des Lebens eines freien, eines gesunden Staats- und Rechtsorganismus.“ Welcker war hier allerdings besonders pathetisch. Andere Liberale wie Mittermaier machten deutlich, dass sie sich von der Jury nur etwas versprachen, sofern die Strafgesetze einfach anzuwenden und die Geschworenen gebildet seien sowie von fürstlicher Seite keine Einflußnahme erfolge.

Das tiefe Mißtrauen gegen die Berufsrichter beruhte nicht zuletzt auf ihrer fehlenden Unabhängigkeit und jederzeitigen Absetzbarkeit. Es war den Richtern wohl in der Tat klar, dass ein der Obrigkeit mißliebiges Urteil „die Aussicht auf die Zukunft trübt(e)“.¹³⁸ Die Richter waren wie andere Staatsbeamte wirtschaftlich abhängig und dem Landesherrn zur Treue verpflichtet. Verletzten sie diese Pflicht, waren sie Disziplinarmaßnahmen ausgesetzt. In Preußen konnten Richter auf der Grundlage des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 grundsätzlich durch einfache Verfügungen entlassen werden. Das hielt sich zumindest in der Praxis im 19. Jahrhundert weitgehend, obwohl im juristischen Schrifttum für eine Entlassung oft ein Gerichtsurteil gefordert wurde.¹³⁹ Die Suspendierung wegen mißliebiger Urteile (nicht jedoch wegen sonstiger gerichtlicher Verfügungen, Beschlüsse und Vollstreckungshandlungen und außerdienstlicher Vergehen) wurde zwar in Preußen mit königlicher Order vom 6. 9. 1815 offiziell abgeschafft.¹⁴⁰ Es gab jedoch weiterhin Fälle von Kabinettsjustiz, welche allerdings mitunter auch von seiten der Richterschaft kritisiert wurde.¹⁴¹ Die liberale Furcht vor den Berufsrichtern war mithin einerseits mit der Problematik der gesetzlichen Beweistheorie verbunden, andererseits mit der sogleich zu erörternden Problematik der Pressefreiheit. Dieses Rechtssicherheits- und Grundrechtsschutzstreben war wiederum verwoben mit einem grundlegenden Wandel der Einstellung zum Staat: Man hatte genug von der Bevormundung durch die Beamtenkaste.¹⁴² Man kann bereits hier erkennen, dass letztlich alle diese Aspekte Facetten der neuen, typisch liberalen Betonung der Freiheitsrechte und ihrer institutionellen Absicherung sowie des zugrundeliegenden Autonomie- und Unparteilichkeitsprinzips sind.

¹³⁸ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 374.

¹³⁹ Döhring, Geschichte, S. 68.

¹⁴⁰ GS S. 198; vgl. auch Döhring, Geschichte, S. 109 f.

¹⁴¹ Vgl. nur I. Müller, Juristen, S. 15 f.

¹⁴² Vgl. dazu auch Böttges, Laienbeteiligung, S. 3; Kern, Geschichte, S. 59; Schwinge, Kampf, S. 44 f.

Aber auch unbesehen liberaler Ideen hatten die Juristen und besonders die Richter seit den Anfängen der Inquisitionsprozesse im Mittelalter allgemein keinen guten Ruf im Volk. Schon der Reformator Luther hatte gesagt: "Den Doctoren ist das Recht härter als den Laien verschlossen und kann jr (sic!) keiner ein Schlüssel darzu finden ... Aber der Ley behelt doch den Schlüssel zum Rechten bey ime, das man zu zimlicher Zeit das Recht herfürbringen mag. Auss disen ursachen kan man die Gelerten in keinem Rechten mer leiden."¹⁴³ Aufgrund dessen meinten viele, dass die Bürger zu Berufsrichtern letztlich nie wirkliches Zutrauen haben könnte.¹⁴⁴ Das Offenburger Programm forderte deshalb: „Der Bürger werde von dem Bürger gerichtet.“ Dies sollte mit Jury und Laienrichtern, die als Garanten gegen richterlichen Machtmißbrauch, Willkür und Kabinettsjustiz galten, erreicht werden. Das eindeutig negative, noch aus der Zeit des Absolutismus stammende Beamtenbild wurde im Vormärz selbst dadurch, dass zunehmend Liberale in den Staatsdienst eintraten, nur ansatzweise relativiert. Denn es handelte sich hierbei insbesondere um Professoren, und gerade diese (wie z.B. Welcker) wurden trotz ihres Status als Staatsbedienstete oft mit Verfolgungsmaßnahmen überzogen. Dies festigte bei den liberalen Wortführern eher das negative Beamtenbild.

Dabei greift z.B. Welcker zwar die Beamten an¹⁴⁵, nimmt aber gleichzeitig den „Thron“ in Schutz: „Allein man will ja überhaupt nicht blos Schutz gegen den Regenten, sondern besonders gegen Minister und Beamte und treulose Rathgeber und gegen ihre gefährlichen Täuschungen. Vollends aber soll das Schwurgereicht vor Allem auch mittelbar schützen und anderes politisch Heilsame bewirken. Es soll vor allem auch den Thron selbst schützen. Es soll nach dem Obigen auch eine kräftige Schutzwehr gegen verderblichen und einseitigen Kastengeist der Beamten, gegen einen chinesischen Mandarinenstaat sein.“¹⁴⁶ Er vollbringt damit das Kunststück, zwar die autoritäre Hierarchie zu kritisieren, gleichzeitig aber den Ruf eines Revolutionärs von sich zu weisen. Hierin liegt ein kennzeichnendes Merkmal der Liberalen im späten Vormärz, was ihnen in der Revolution 1848 die Betitelung als 'Revolutionäre wider Willen' einbrachte.¹⁴⁷

Grundlegend und systematisch wird die liberale Argumentation vom konservativen Savigny in seiner Denkschrift *Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafpro-*

¹⁴³ Luther, zitiert nach E. Schmidt, Einführung, S. 137.

¹⁴⁴ In Frankreich hatte man darum das Schwurgericht 1791 eingeführt; vgl. Höhn, Stellung, S. 78 f.

¹⁴⁵ Nachwirkungen davon sind auch heute noch zu erkennen, wie die vor allem von Ultraliberalen begonnene Privatisierungs- und Deregulierungsdebatte in den 1990er Jahren zeigt; vgl. dazu Koch S. 215 ff.; Höfling S. 141; Ekardt, Steuerungsdefizite, § 1. Zur grundrechtsdogmatischen und steuerungstheoretischen Kritik der daraus erwachsenden Vorstellung eines „unbürokratischen“ Minimalstaates Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 8 B. II. 2.

¹⁴⁶ Welcker, Jury, S. 781.

¹⁴⁷ Vgl. nur Gall, Fragen, S. 119; Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 223.

zeßordnung im Jahre 1846 attackiert. Savigny führt aus¹⁴⁸: „Sind nun hiernach die äußeren Einwirkungen, durch welche die Wahrheit des Urtheils getrübt werden kann, bei Geschwornen und ständigen Richtern wenigstens in einem gleichen Maße denkbar, so kömmt es nur darauf an, bei welchen von beiden man in einem höheren Grade den Willen, die Unparteilichkeit und die Unbefangenheit voraussetzen darf, durch welche jene äußeren Einwirkungen beseitigt werden. In dieser Hinsicht dürfte es aber wohl unzweifelhaft sein, dass man sich deren im Allgemeinen bei ständigen Richtern eher versichert halten kann, wie bei Geschworenen. Die zur Abwehrung aller ungehörigen Einflüsse erforderliche Kraft der Selbstverleugnung, die dazu nothwendige Gewöhnung an eine beständige Aufmerksamkeit auf sich selbst, der Muth der eigenen Ueberzeugung sind den wenigsten Menschen so angeboren, dass sie nicht der Uebung bedürften. Der Richter findet diese in seiner täglichen Berufsbeschäftigung und wird darin gestärkt durch den Geist der Kollegien und die Kontrolle der Vorgesetzten. Dass man solche Festigkeit in gleichem Maße bei Geschworenen finden werde, darf man am wenigsten dort als gewiß voraussetzen, wo bisher weder Oeffentlichkeit der Rechtspflege, noch sonst eine lebhaftete Teilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten die Einsicht und das Bewußtsein der Pflichten gegen den Staat genährt und gekräftigt hat. Hauptsächlich aber werden in den Zeiten der Zerrissenheit und heftiger Parteiungen, für welche die Geschichte unmöglich nach einer Volksjustiz lüstern machen kann, die festesten Stützen der Ordnung immer Richterkollegien sein, denen es durch die Pflicht zur Gewohnheit geworden ist, unbekümmert um die Folgen, nur das Recht zu suchen und diese ihre Aufgabe größtentheils wissenschaftlich zu lösen. Eben in der wissenschaftlichen Richtung der richterlichen Thätigkeit liegt eine nicht genug gewürdigte Bürgschaft für die Unparteilichkeit, selbst bei denjenigen Aussprüchen, bei welchen mehr ein verständiges Ermessen als Konsequenz aus wissenschaftlichen Gesetzen den Ausschlag geben muß. Nichts kann für den Stand der Richter ein rühmlicheres Zeugniß geben, als dass bei allen großen Umwälzungen und Parteikämpfen exceptionelle Gerichtshöfe die Leidenschaften der Parteimänner befriedigen mußten.“ In die gleiche Richtung wie Savigny gingen manche Formulierungen von Zachariae, trotz einer gewissen Sympathie für liberale Gedanken¹⁴⁹: „Dafür werde also ferner mit Entschiedenheit gewirkt und gestrebt, dass die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland erhalten, und jeder, die freie Stellung der Richter unmittelbar oder mittelbar bedrohenden, Maßregel kräftig in gesetzlichem Wege entgegengetreten werde. Durch die Einführung der Geschwornen wird man an sich nie eine höhere Garantie erlangen, oder wenn dies der Fall seyn sollte, die Garantie nur von der einen Seite auf die andere werfen, wobei sich sehr fragen würde, ob nicht der Schwerpunkt gerade von der Seite weggenommen werde, wo

¹⁴⁸ Vgl. Savigny, Denkschrift, S. 475.

¹⁴⁹ Vgl. Zachariae, Gebrechen, S. 305.

er im Interesse der öffentlichen Ordnung notwendig erhalten werden muß.“ Ebenso wie Savigny geht Zachariae dabei freilich souverän über das Zeitgeschehen hinweg, indem er von der „verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland“ und an anderer Stelle von der „Trefflichkeit unserer Richter“ schwärmt.¹⁵⁰ Er weist zwar auf die „politischen Prozesse der neueren Zeit“ hin, bejubelt aber sogleich, dass es nie den „Verdacht einer Corruption“ der Richter gegeben habe.¹⁵¹

Um insbesondere die Savignyschen Ausführungen zu verstehen, muß ihr Hintergrund kurz erhellt werden. Savigny schrieb seine geheime Denkschrift 1846.¹⁵² Dieses Dokument, das zunächst „nur den höchsten Behörden bekannt“¹⁵³ gemacht und erst 1858 veröffentlicht wurde, bereitete eine Strafprozeßreform in Preußen vor.¹⁵⁴ Im zweitgrößten Land des Deutschen Bundes herrschten zwar bis 1848 halbabsolutistische Verhältnisse. Eine Verfassungsgebung wurde von der Krone vehement abgelehnt. Savigny stand jedoch einer gesetzgeberischen Reform des Strafprozesses trotz seiner historistischen Haltung skeptisch, aber nicht rundum ablehnend gegenüber¹⁵⁵. Er ließ als Minister für Gesetzesrevision 1846 versuchsweise im Gerichtsbezirk Berlin Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens sowie das Akkusationsprinzip und die freie Beweiswürdigung einführen. Außerdem wies er die Staatsanwaltschaft an, sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Angeklagten zu ermitteln.¹⁵⁶ Allerdings hatte Savigny einige Fußangeln eingebaut, indem er das Akkusationsprinzip mit dem Opportunitätsprinzip und einem Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft verband. Diese Kombination bewirkte, dass die Staatsanwaltschaft gerade nicht streng „nach Gesetz“ anklagte, sondern politischen Spielraum erhielt – und dass umgekehrt eine Anklage nicht von den Bürgern erzwungen werden konnte, wenn ein Prozeß der Obrigkeit einmal nicht genehm war (aus welchen Gründen auch immer). Erst recht wurde keine Jury etabliert, so dass die gesamte Reform eher wie ein Bauerntrick als wie ein substantielles Zugeständnis an liberale Forderungen anmutete.

Savigny beurteilt speziell das Schwurgericht aus strafrechtlicher Sicht, wie sich unschwer erkennen läßt, negativ. In Savignys Augen verbürgen wissenschaftlich

¹⁵⁰ Zachariae, Gebrechen, S. 304; differenzierend dagegen Mittermaier, Mündlichkeit, S. 374.

¹⁵¹ Zachariae, Gebrechen, S. 304.

¹⁵² Zum folgenden Savigny, Denkschrift, S. 470.

¹⁵³ Savigny, Denkschrift, S. 469.

¹⁵⁴ Eine ungekürzte Publikation der Denkschrift ist nie erfolgt; vgl. Schulz, Mittermaier, S. 139 (dort Fn. 1).

¹⁵⁵ Allein, dies wäre als Minister für Gesetzesrevision, wie seine Amtsbezeichnung ursprünglich lautete, auch schwerlich möglich gewesen.

¹⁵⁶ Im Inquisitionsprozeß hatten die Richter noch die Aufgabe, den Angeklagten zu überführen und nicht etwa 'neutral' zu ermitteln. Die freie Beweiswürdigung wurde eingeführt mit Gesetz betr. das Verfahren in dem bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen (GS 1846, 267 ff.).

vorgehende, unparteiische Berufsrichter eher als Geschworene, dass gerechte Urteile gefällt werden. Ausgangspunkt ist, dass „äußere ... Einwirkungen, durch welche die Wahrheit des Urtheils getrübt werden kann“, bei Geschworenen und Berufsrichtern in gleichem Umfang bestünden. Hintergrund dieses Hinweises auf die Gefahr der Beeinflussung durch bestimmte äußere Vorgänge ist die Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung. Savigny will wohl zunächst darauf hinweisen, dass keinesfalls nur die Berufsrichter, sondern auch die Geschworenen Objekt staatlicher Einflußnahme auf ihr Judiz sein könnten.¹⁵⁷ Deshalb seien Wille und Festigkeit des Urteilenden die entscheidenden Kriterien für die Eignung zum Richter. Diese beiden Voraussetzungen aber seien bei Berufsrichtern durch die ständige Übung sowie durch den „Geist der Kollegien und die Kontrolle der Vorgesetzten“ eher gegeben als bei Laienrichtern. Die Volksjustiz beinhalte dagegen Gefahren für die Gerechtigkeit, zumindest bestehe aber „keinerlei Bedürfnis“ für die Einführung von Schwurgerichten. Die Richterkollegien seien demgegenüber bewährte Stützen der hergebrachten Ordnung. Dies zeige sich insbesondere bei Revolutionen, die regelmäßig als Anlaß für die Einrichtung "exceptioneller Gerichtshöfe" genommen würden. Savigny will hier offenbar auf die Erfahrungen der französischen Revolution hinweisen. Die im ancien regime ernannten Richter waren unter den dortigen absolutistischen Verhältnissen als treue Diener mit dem nunmehr abgesetzten Monarchen fest verbunden. Allein deshalb war es naheliegend, dass sie einen Mangel an Loyalität zu den neuen Machthabern aufwiesen und letztere sich dadurch zur Bildung von „Volksgerichten“ veranlaßt fühlten (welche unter dem Einfluß der Revolution auch eine große Zahl falscher, ja regelrechter Terrorurteile fällten). In dieser fehlenden Loyalität, und nicht in ihrer richterlichen unbestechlichen Objektivität, lag die Unbotmäßigkeit der Berufsrichter gegenüber den Revolutionären begründet. Das illustriert auch ein Vergleich mit der deutschen Rechtsprechung nach dem Ersten Weltkrieg. Die überwiegende Zahl der Richter verweigerte nach 1919 der 'revolutionär' begründeten Republik die Gefolgschaft und ignorierte dabei auch das geschriebene Recht mitunter, ging also keineswegs „wissenschaftlich“ und „rein objektiv“ vor, sondern hing vielmehr intensiv dem untergegangenen Kaiserreich nach.¹⁵⁸ Insbesondere zeigte sich die Judikatur in den 20er Jahren gele-

¹⁵⁷ Savigny, Denkschrift, S. 474 f. Auffallend ist übrigens, dass Savigny die freie Beweiswürdigung bejaht, ohne gleichzeitig die Einführung von Schwurgerichten zu befürworten. Er erkennt also das von Zachariae und anderen angenommene Junktum zwischen beiden Problemkreisen nicht an. Er ist gegen die gesetzliche Beweistheorie, ohne für die Jury zu sein.

¹⁵⁸ Ein drastisches Beispiel bot der 1924 abgehaltene Strafprozeß nach dem Hitlerputsch vom 09. 11. 1923, in dessen Verlauf auch das ehemalige Mitglied der kaiserlichen OHL im Ersten Weltkrieg Erich von Ludendorff wegen Beteiligung an dem Putschversuch angeklagt war. Der Richter des Volksgerichts München redete v. Ludendorff während des gesamten Prozesses mit "Eure Exzellenz" bzw. "Herr Generalquartiermeister" an und glaubte ihm allen Ernstes, er wäre im Moment des Putschversuchs rein zufällig in voller Uniform am Tatort vor der Münchener Feldherrenhalle anwesend gewesen. Ludendorff war übrigens in gleicher Montur schon beim Kapp-Putsch 1920 zufällig anwesend; vgl. dazu I. Müller, Juristen, S. 24 f.

gentlich auf dem rechten Auge blind.¹⁵⁹ Aus heutiger Sicht eigenartig mutet auch der Gedanke Savignys an, die „Kontrolle der Vorgesetzten“ gewährleiste eine unabhängigere und von äußeren Einflüssen freiere Rechtspflege. Durch diese Vorgesetzten, die ihrerseits wiederum Vorgesetzte – auf der höchsten Stufe den Justizminister (und damit mittelbar den Monarchen¹⁶⁰) – haben, wird doch eine Gewaltenteilung eher verhindert und damit der Kabinettsjustiz Vorschub geleistet. Das Argument Savignys ist umso erstaunlicher, als die Gefahr untertäniger und abhängiger Richter gerade ein Grund für die liberale Forderung nach Schwurgerichten war.

3. *Die Kritik am geheimen und schriftlichen Prozeß und der Bezug zur Jury*

Die Forderung nach Schwurgerichten stand strafrechtlich überdies, wie schon deutlich wurde, in Zusammenhang mit der übergreifenden liberalen Forderung nach rechtsstaatlichen Maximen im Strafprozeßrecht: Die Opposition forderte bekanntlich nicht nur Jury und freie Beweiswürdigung, sondern auch öffentliche und mündliche Verfahren mit unabhängigen Richtern und Akkusationsprinzip. Auch diese Verfahrensmaximen, die wie die Schwurgerichte im Rheinland seit 1798 wohletabliert waren, standen für einen neuen, modernen Strafprozeß, wie er nach Ansicht des liberalen Bürgertums allgemein werden sollte. Das Ziel bestand darin, eine Justiz zu schaffen, die dem Beschuldigten stärkere formale Garantien einräumte, die Transparenz und damit Kontrolle zuließ und die gleichzeitig unabhängiger von herrschaftlicher Einflußnahme wurde. Die genannten Prinzipien sollten zugleich – wie die Schwurgerichtsbarkeit – die Einführung der freien Beweiswürdigung erst ermöglichen, damit diese nicht als Einladung zu Willkürurteilen mißdeutet wurde. Gleichzeitig wurde die Jury als eine Art besondere Ausprägung der Prozeßöffentlichkeit betrachtet.¹⁶¹ Inwieweit hier im Sinne der zwei Arbeitsthesen eher Ideen oder eher Interessen wirksam werden, ist mit all dem aber noch nicht

¹⁵⁹ Im Rahmen des Hitlerprozesses verfügte das Gericht trotz des zwingenden Wortlautes des § 9 RepublikSchG nicht die Ausweisung Hitlers (der bis 1932 österreichischer Staatsbürger und damit Ausländer war!), weil „auf einen Mann, der so deutsch denkt und fühlt wie Hitler..., kann nach Auffassung des Gerichts die Vorschrift ... ihrem Sinn und ihrer Zweckbestimmung nach keine Anwendung finden.“ Das Urteil wird hier zitiert nach I. Müller, Juristen, S. 25. Das Problem setzte sich im Dritten Reich fort: "Kontinuität vor allem des Personals, nunmehr freilich ohne die Juden, das war auch nach 1933 ein prägendes Strukturmerkmal der Justiz, wenn man davon absieht, dass die ehemals deutschnationalen Richter sich jetzt ein faschistisches Übersoll zumuteten und gelegentlich von Himmler... sogar zurückgepfiffen werden mußten. ... Oft eilten die Rechtswahrer aber selbst noch den Wünschen des Führers voraus, freilich ohne dessen Juristenverachtung dadurch beseitigen zu können. ... Selbst das Nazi-Recht wurde, wo es Grenzen setzte, noch gebrochen" – vgl. Hirsch, zitiert nach I. Müller, Juristen, S. 8 f.

¹⁶⁰ Das Kollegialitäts- bzw. Ressortprinzip mit weitgehend eigenverantwortlichen Ministern hatte sich im 19. Jahrhundert noch nicht durchgesetzt; vgl. nur Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 822 f.

¹⁶¹ Vgl. Wesel, Weltkunde, S. 165 und 173, auch unter Hinweis auf § 169 GVG.

vorentschieden.

II. *Patriotische und volksbildende Bedeutung der Jury*

Die Forderung nach der Jury findet eine weitere Erklärung darin, dass diese Rechtsanstalt als Katalysator nationaler Integration und Mittel der Volksbildung dienen sollte.¹⁶² Die Jury erschien als typisch deutsche Einrichtung, die die herbeigesehnte nationale Einheit vorantreiben und symbolisieren sollte. Im Vormärz hatte so im Zuge eines gesteigerten Nationalbewußtseins die Herleitung der Forderung nach Schwurgerichten aus 'germanischen', romantischen oder abstrakten straftheoretischen Erwägungen Hochkonjunktur.¹⁶³ Dabei wurden nationale und philosophische Aspekte oft als Einheit begriffen.¹⁶⁴ Bereits Hegel hatte 1820 ausgesprochen, dass die Juryproblematik neben strafrechtlichen und verfassungspolitischen auch nationale Gesichtspunkte habe.¹⁶⁵ Eine spezielle philosophische Deduktion findet sich auch bei Köstlin in der Nachfolge von Kant und Hegel als Ergebnis ihrer Straftheorie, die jedes Nützlichkeits- oder Objektdenken hinsichtlich des Menschen verwirft.¹⁶⁶ So war das Schwurgericht spätestens seit dem Lübecker Germanistentag als nationales Element anerkannt.¹⁶⁷ Es sollte die Vereinigung Deutschlands vorbereiten und beschleunigen. Die Jury sollte das Nationalbewußtsein steigern und durch ihre Einbeziehung der Bürger eine Repräsentativverfassung vorbereiten.¹⁶⁸ Von den bisher erwähnten Denkern hebt namentlich Welcker hervor, dass das Schwurgericht „echt deutsche Grundlage und Natur“ habe.¹⁶⁹ Es leite sich „aus der allgemeinen germanischen Volksfreiheit“ ab.¹⁷⁰ Die Jury diene außerdem der patriotischen Erziehung und dem Nationalstolz.¹⁷¹ Auch erforderten „Natur und Harmonie“ von Staats- und Rechtswesen eine Schwurgerichtsbarkeit.¹⁷² Natur

¹⁶² Landau, Schwurgerichte, S. 265; allgemein zum liberalen Vormärznationalismus Meyer, Freiheit, S. 51 ff.

¹⁶³ Vgl. HRG/ Sellert, Bd. 4, Schwurgericht, S. 1581 (1583).

¹⁶⁴ Sein Nationalbewußtsein artikuliert z.B. Welcker, Urkunden, S. 1: Er wartet "mit Freude" darauf und tritt nachdrücklich dafür ein, dass man mit vereinten Kräften "neue Germanische Reiche gründet".

¹⁶⁵ Hegel, Grundlinien, §§ 227 f.; siehe auch Landau, Schwurgerichte, S. 253.

¹⁶⁶ Wirkungsgeschichtlich begründet Hegel damit eine Vergeltungstheorie, also eine absolute Straftheorie (die Gründe für diese stellen eine Parallele zu Art. 1 Abs. 1 GG her: Der Mensch darf nie bloßes Objekt staatlicher Handlung und Zweckverfolgung sein, was vordergründig eine Generalprävention auszuschließen scheint).

¹⁶⁷ Mittermaier, in: Vhdlg. Lübeck, S. 165; Landau, Schwurgerichte, S. 265.

¹⁶⁸ Vgl. nur Landau, Schwurgerichte, S. 265.

¹⁶⁹ Welcker, Jury, S. 697.

¹⁷⁰ Welcker, Jury, S. 697.

¹⁷¹ Welcker, Urkunden, S. 752 und 774.

¹⁷² Welcker, Urkunden, S. 7.

und Harmonie sind typische Begriffe der Romantik.¹⁷³ Speziell bei Welcker ist die nationale und symbolische Bedeutung der Jury eng verbunden mit der Möglichkeit, den Geschworenen in ihrer Tätigkeit politische Erziehung und grundlegende Rechtskenntnisse zu vermitteln. Das Schwurgericht „soll eine wohlthätige organische Verbindung zwischen der Regierung und den Bürgern begründen, diesen Letzteren die nöthigste Kenntniß vom Recht, Sinn und Theilnahme dafür, und den Juristen Kenntniß und Achtung des Bürgerlebens und Bürgersinn bewahren. Es soll vor Allem in den Bürgern jene edlere höhere und thätige Theilnahme an dem öffentlichen Rechte und der Verfassung ihres Vaterlandes, wahren moralischen Gemeingeist erwecken und erhalten. Es ist die herrlichste politische Erziehung, die wirksamste Censur für das Staatsbürgertum. Es ist eine wesentliche Ergänzung des politischen Rechtsorganismus und die lebendige Vereinigung von Recht und Sitte, von öffentlicher Meinung, Volk und Regierung. ... Mittelbar bewirkt so das Schwurgericht, indem es auf die angegebene Weise die Nation moralisch und politisch erzieht und ihre patriotische Bürgergesinnung und ihre rechtliche Freiheit kräftigt, vor Allem auch Feuerbach's einzigen und in der That köstlichen Schutz jedes Rechtsstaates und seines Charakters, nemlich jene freie, verständige öffentliche Meinung zum Heil des Thrones und des Volkes.“ Dies ist auch als Absage an den repressiven Absolutismus aufzufassen: Freie Bürger brauchen und wünschen keine Bevormundung mehr. Welcker nimmt dabei übrigens keine Abhängigkeit der Jury von der Existenz eines Verfassungsstaates an und widerspricht dabei ausdrücklich Feuerbach.

Im Vormärz herrschte die feste Überzeugung, dass es in Deutschland eine lange Tradition der Laiengerichtsbarkeit gäbe. Die verschiedenen Versuche der Herleitung eines 'germanischen'¹⁷⁴ Ursprungs der Jury (angelsächsische Rügegeschworene, norwegische Zwölfergerichte, geistliche Sendgerichte, fränkische Gerichtspraxis)¹⁷⁵ lassen sich im wesentlichen zu zwei Theorien zusammenfassen: Die *Urteilsfindertheorie* sah die Jury als Nachfolgerin des als Schöffengericht fungierenden Thing, in dem sich zu germanischer Zeit alle waffenfähigen Männer versammelten.¹⁷⁶ Gegen diese Theorie sprach und spricht allerdings, dass das Thing anders als das Schwurgericht keine Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen kannte.¹⁷⁷ Deswegen wurde in den 1840er Jahren überwiegend die *Beweismitteltheorie* vertreten, die die germanischen Eideshelfer¹⁷⁸, die den Beschuldigten in archaischer

¹⁷³ Vgl. dazu Wörterbuch/ Kaulbach, Bd. 6, Natur, S. 821 (875).

¹⁷⁴ Zur Fragwürdigkeit der Annahme eines homogenen 'Germanentums' Hattenhauer, Rechtsgeschichte, S. 1 f.

¹⁷⁵ Einzelheiten bei HRG/ Sellert, Bd. 4, Schwurgerichte, S. 1581 (1582 f.) mit umfangreichen Nachweisen zu den verschiedenen Ansätzen.

¹⁷⁶ Sie wird beispielsweise vertreten bei Welcker, Jury, S. 696 ff.

¹⁷⁷ Nachweise bei HRG/ Sellert, Bd. 4, Schwurgericht, S. 1581 (1582).

¹⁷⁸ Die Eideshelfer beschworen den guten Leumund eines Beschuldigten und bewirkten damit seinen Freispruch. Vgl. HRG/ Scheyhing, Bd. 1, Eideshelfer, S. 870-872.

Zeit und im Frühmittelalter bei einem Reinigungseid unterstützten, als Ursprung des Schwurgerichts betrachtete.¹⁷⁹ Beide Theorien führten zu dem (offenbar gewünschten) Ergebnis, dass die Jury eine nationale, 'germanische' Einrichtung sei. Des weiteren war die Jury als Grundelement einer bundesweiten Prozeßordnung gedacht. Die einheitliche Prozeßordnung sollte in dem angestrebten Nationalstaat einheitliche rechtliche Verhältnisse für alle Deutschen schaffen und damit die nationale Einheit sichern. Gleichzeitig sollten die Schwurgerichte den Nationalstaat durch einen bewußten Bruch mit dem Absolutismus gegen jenen verteidigen und abgrenzen. Von diesem hergebrachten System, das die Opposition mit staatlicher Bevormundung und Willkür sowie territorialer Zersplitterung assoziierte, wollte man sich mithin klar distanzieren.

Aus heutiger Sicht ist folgendes festzustellen: Karl der Große (Frankenkönig von 768-814, deutscher Kaiser ab 800) institutionalisierte ab 774 eine Schöffengerichtsbarkeit.¹⁸⁰ Bis ins Hochmittelalter waren Laienrichter in dieser Tradition üblich. Als die Rezeption des römischen Rechts, die mit dem Einzug studierter Richter in die Justiz einherging, am Ende des Mittelalters einsetzte und der Absolutismus aufkam, gab es einen Bruch in der Überlieferung.¹⁸¹ Im Absolutismus war der Bürger dann von jeder Staatsfunktion ausgeschlossen. Die konkrete Idee, Schwurgerichte einzuführen, kam im Deutschland des 19. Jahrhunderts erst unter dem Einfluß der französischen Revolution und der napoleonischen Besatzung auf. Die Forschung zur 'nationalen' Herkunft der Schwurgerichte, die im Vormärz betrieben wurde, war daher politisch tendenziös und wissenschaftlich eher gehalten.¹⁸² Die vermeintliche germanische Tradition der Laiengerichte war jedenfalls durch den Absolutismus für lange Zeit unterbrochen. Die Begründungsversuche im Vormärz können demgemäß nur aus der Zeit heraus verstanden werden; diese war durch einen wachsenden, aufgrund der langen Zersplitterung teilweise überschießenden Nationalismus gekennzeichnet. Die Interessegeleitetheit der deskriptiven historischen Forschung läßt freilich noch offen, ob die dahinterstehende nationale Begeisterung Idee oder Interesse war. Deren Abschichtung und der Überprüfung der Besitzindividualismusthese widmen sich die beiden folgenden Abschnitte:

¹⁷⁹ Köstlin, nach Schwinge, Kampf, S. 97 m. w. N.

¹⁸⁰ Vgl. dazu HRG/ Battenberg, Bd. 4, Schöffen/ Schöffengericht, S. 1463 f. Die Intention war damals aber, rechtlich Kundige, auch wenn sie keine Ausbildung hatten, heranzuziehen. Heute geht es bei den Schöffen demgegenüber um die Nutzbarmachung ihrer laienhaft unverbildeten Auffassung; vgl. dazu Böttges, Laienbeteiligung, S. 2.

¹⁸¹ Dazu Böttges, Laienbeteiligung, S. 1 f.; Roxin, Strafverfahrensrecht, §§ 67-69.

¹⁸² Das wird zutreffend festgehalten bei Schwinge, Kampf, S. 92 f.

III. Absicherung von Pressefreiheit, Rechtsgleichheit und Gewaltenteilung durch die Jury. Überzeugungen oder Interessen als Kern der Jurydebatte?

Ausgangspunkt der Überprüfung der zwei Arbeitsthesen ist der augenscheinlich dritte Hintergrund für die Forderung nach einer Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege: die fehlende Absicherung der Pressefreiheit. Das ist jetzt darzustellen und sodann auf die angezielte theoretische Ebene zu heben: Die Befassung mit jenem und dem im nächsten Kapitel folgenden Hintergrund wird zur Klärung der beiden Thesen zur Handlungstheorie und zum Besitzindividualismus führen. Der Kampf um die Pressefreiheit bzw. ganz allgemein die Meinungs- und Gedankenfreiheit nahm eine zentrale Rolle im liberalen Kampf für Grundrechte und Verfassungsstaatlichkeit ein.¹⁸³ Die mangelnde rechtliche Garantie der Möglichkeit, politische und regierungskritische Ansichten öffentlich zu äußern, wurde im Vormärz nämlich überdeutlich in den *Demagogenverfolgungen*. Demagogenverfolgung ist die Bezeichnung für die strafrechtliche Belangung von Oppositionellen im Vormärz, die die Kräfte der Restauration unter Österreichs Führung initiierten. Sie traf vor allem Liberale bzw. Nationalisten, die von den Regierungen als Bedrohung der althergebrachten Ordnung identifiziert wurden. Und die gerichtliche Verurteilung Oppositioneller wegen mißliebiger Äußerungen wurden ermöglicht durch fehlende oder wirkungslose Grundrechtsgarantien: In den deutschen Einzelstaaten war die Meinungs- und Pressefreiheit vor 1848 entweder gar nicht oder nur nach Art eines Programmsatzes eingeschränkt anerkannt. Unerwünschte Meinungsäußerungen blieben dabei strafrechtlich verfolgbar. Metternich, österreichischer Regierungschef und führender Kopf der Restauration in Deutschland, hatte 1819 das Attentat eines Burschenschafters auf den ultrakonservativen Schriftsteller Kotzebue genutzt, um gegen den Willen des relativ liberalen preußischen Kanzlers Hardenberg und der süddeutschen Staaten im Deutschen Bund verschärfte Maßnahmen gegen Oppositionelle durchzusetzen.¹⁸⁴ Rechtsgrundlage wurden die Karlsbader Beschlüsse vom 16. 09. 1819, die vom Deutschen Bund als vier Gesetze „gegen demagogische Umtriebe“ verabschiedet wurden.¹⁸⁵ Sie ordneten an: 1. Überwachung der Universitäten, 2. Presse-Vorzensur, 3. Einrichtung der (polizeilichen) Mainzer Zentraluntersuchungskommission¹⁸⁶ und 4. gesetzliche Voraussetzungen für das Eingreifen

¹⁸³ Vgl. Schimpf, *Freisinnige*, S. 157 ff.; Koselleck, *Preußen*, S. 398 ff.; Ekardt, *JurA* 1998, 121 (126 f.).

¹⁸⁴ Vgl. Nipperdey, *Geschichte*, S. 277 und 281-285; Zippelius, *Verfassungsgeschichte*, S. 111; allgemein zu den unterschiedlichen Formen der „Gesinnungskontrolle“ gerade in Preußen: Koselleck, *Preußen*, S. 398 ff.

¹⁸⁵ Huber, *Dokumente*, Bd. 1, S. 90; vgl. auch Mann, *Geschichte*, S. 123.

¹⁸⁶ Diese Behörde untersuchte revolutionäre Umtriebe und demagogische Verbindungen, für die nähere oder entferntere Indizien vorlagen. Sie unterstand nur der Bundesversammlung und war mit Juristen besetzt, ohne jedoch ein Gericht zu sein; vgl. Petzold, nach Haupt, *Quellen*, S. 174; Lange-

des Bundes bei Unruhen in Einzelstaaten.¹⁸⁷ Auf dieser Basis setzten in den Einzelstaaten verstärkte Unterdrückungsmaßnahmen gegen die Vertreter der liberalen und nationalen Bewegung ein, indem unliebsame Meinungsäußerungen verstärkt strafrechtlich verfolgt wurden. Dies schränkte die wichtigste Möglichkeit der Meinungsäußerung für das Bürgertum empfindlich ein.¹⁸⁸ Es bestand nämlich im Vormärz ein Parteienverbot, und auch ein nationales Parlament als mögliches Forum der Opposition existierte nicht. Daher sammelten sich politische Bewegungen und Gruppierungen meist um Zeitungen.¹⁸⁹ Auch die Regierungen hatten erkannt, dass hier die Basis liberaler Organisation lag. Deshalb versuchte sie, dieses Fundament durch Verfolgungsmaßnahmen so weit wie möglich zu schwächen. Die Mainzer Untersuchungsbehörde wurde zwar 1827 zwischenzeitlich aufgelöst, jedoch 1832 im Zusammenhang mit einer Zensurverschärfung nach dem Hambacher Fest wieder eingeführt.¹⁹⁰

In der Folgezeit kam es mit unterschiedlicher Intensität in den einzelnen Staaten zu einer großen Zahl politischer Prozesse mit einer Reihe von obrigkeitlich bewirkten Verurteilungen mißliebiger Bürger. Exemplarisch sei auf die erwähnten Strafverfahren gegen Welcker verwiesen.¹⁹¹ Er hatte sich mehrfach in Zeitungsartikeln und im Staatslexikon in einer mehr oder minder staatskritischen Weise geäußert. Gerade diese Demagogenprozesse unter der Leitung von regierungsabhängigen Berufsrichtern belegten mehr oder minder, dass die Freiheitsrechte des Schutzes durch einen reformierten Strafprozeß bedurften – auch wenn die eingeleiteten Maßnahmen kurioserweise faktisch den Liberalismus, indem er antiösterreichische Affekte für sich mobilisieren konnte.¹⁹² Im Zuge des so entstehenden Kampfes um die Pressefreiheit gelang der liberalen Bewegung in Baden zwischenzeitlich ein bemerkenswerter Erfolg, als sie 1831/32 die Zensur kurze Zeit zur Aufhebung brachte. Dem vorangehend hatte 1831 eine Petition Welckers an den Deutschen Bund deutschlandweit Aufsehen erregt. Welcker forderte darin die Aufhebung der Zensur und eine wirkliche Pressefreiheit, zu deren Realisierung die Bundesversamm-

wiesche, Europa, S. 61. Die Bezeichnung 'Demagogenverfolgung' rührt wohl von der Zwecksetzung der Behörde her.

¹⁸⁷ Vgl. dazu Hardtwig, Vormärz, S. 37-39.

¹⁸⁸ Eine weitere Nische für politische Aktivitäten boten die sich meist unpolitisch gerierenden Vereine, die im Vormärz einen gigantischen Aufschwung erlebten; vgl. nur Langewiesche, Europa, S. 69; Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 300. Der Verein kann als 'Kinderstube' der deutschen Demokratie bezeichnet werden.

¹⁸⁹ Vgl. auch Hofer, Pressepolitik, S. 25, der ein wenig despektierlich von "Kleinformen politischer Manifestation" als Charakteristikum des Vormärz spricht.

¹⁹⁰ Die Karlsbader Beschlüsse blieben nach einer Verlängerung im Jahre 1824 formal bis 1848 in Kraft; vgl. Nipperdey, Geschichte, S. 284.

¹⁹¹ Dazu Wild, Welcker, S. 68-89; zur sächsischen Zensurempirie Westerkamp, Pressefreiheit, S. 33 ff.

¹⁹² Vgl. Hofer, Pressepolitik, S. 27: Beispiel ist die Verhinderung der liberalen badischen Pressegesetzes von 1831 auf Initiative Metternichs.

lung der Fürsten ein Bundesgesetz erlassen sollte.¹⁹³ Dies blieb erwartungsgemäß aus, und auch die badische Pressefreiheit wurde auf Druck der deutschen Großmächte schnell rückgängig gemacht, doch fortan lebte sie als Markstein der Erinnerung in Süddeutschland fort. Das galt um so mehr, als die Wiedereinführung der Zensur in Baden einer Zeitungsgründung Rottecks und Welckers, die sogleich stark rezipiert wurde, den Garaus machte.¹⁹⁴ Seit dieser Zeit war die Forderung nach Pressefreiheit nahezu in jeder Sitzung süddeutscher Landtage bis 1848 wenigstens am Rande präsent. Mangels Gesetzesinitiativrechts der Landtage kleidete sie sich in die „Bitte“ an den Monarchen, er möge ein Gesetz vorlegen, welches die Pressefreiheit garantiere und sichere.

Die Schwurgerichte sollten nun die verfassungsmäßig zu garantierende Pressefreiheit gegen Eingriffe der Regierung absichern, was kaum zu unterschätzen ist angesichts der herausragenden Bedeutung der liberalen Forderung nach einer freien Presse. Dass gerade die Pressefreiheit eines wirksamen Schutzes bedurfte, war in Nordamerika bereits 1776 erkannt worden; darum hatte die Virginia Bill of Rights die Forderung nach Schwurgerichten zur Sicherung der Freiheit mit aufgenommen.¹⁹⁵ Dass wiederum die Freiheitsrechte und gerade die Meinungs- und Pressefreiheit überhaupt zu schützen war, war im übrigen ohnehin eine liberale Kernforderung: Die gesamte Idee staatsfester Grund- und Menschenrechte, die umfassende Freiheit von staatlichem Zwang garantieren sollten, ist das zentrale liberale Ansinnen schlechthin. Diese Freiheit wurde als Konsequenz der normativen Autonomie des Individuums angesehen, welches demzufolge bis zu dem Punkte frei sein müsste, der sich durch die Gewährleistung gleicher Freiheit für alle anderen ergebe – mit der Folge einer Beschränkung der Staatsgewalt auf die Lösung von Freiheitskonflikten.¹⁹⁶ Und diese Autonomie ihrerseits war für Kant, aber wohl auch schon für Locke und andere liberale Denker ein Gebot der Vernunft. Für Kant war die Freiheit der Feder demgemäß das „Palladium der Volksrechte“. Die Presse war „gedruckte öffentliche Meinung“¹⁹⁷ und die „Stimme, durch welche die Völker zueinander und zu den Fürsten sprechen“.¹⁹⁸ Welcker sah in der freien Presse gar eine Art Nationalparlament, solange es nicht zur Schaffung eines Nationalstaates

¹⁹³ Die Petition ist abgedruckt bei Welcker, *Libertät*, S. 3-10.

¹⁹⁴ Welcker schaffte es im Gründungsaufwurf des „Freisinnigen“, in zwei Sätzen das gesamte liberale Programm Vernunft, Würde, Unparteilichkeit, Freiheit anzusprechen: „Der Freisinnige widmet seine Kräfte der großen Sache der Constitution in ganz Deutschland. Er wird im liberalen Sinne, freimüthig und furchtlos, doch würdig, besonnen und fern von leidenschaftlichen Übertreibungen redigiert seyn“ – zitiert nach Schimpf, *Freisinnige*, S. 165 f.

¹⁹⁵ Dazu auch Böttges, *Laienbeteiligung*, S. 7 f.

¹⁹⁶ Dieser klassisch-liberale Gedanke ist bis heute aktuell und hat m.E. auch verfassungsrechtlich unter dem Grundgesetz Geltung.

¹⁹⁷ Görres, zitiert nach F. Schneider, *Pressefreiheit*, S. 220; vgl. auch Hofer, *Pressepolitik*, S. 22. Ausführliche Anmerkungen zu Joseph Görres (1776-1848), der den gemäßigten Liberalismus und die halbherzigen Reformen 'von oben' scharf kritisierte, bei Mann, *Geschichte*, S. 124-129.

¹⁹⁸ Preußischer Correspondent, zitiert nach F. Schneider, *Pressefreiheit*, S. 220.

käme.¹⁹⁹ Der freie „Gebrauch der Presse“ war ihm gar „sittlich heilig“²⁰⁰, was den beinahe metaphysischen Charakter der Forderung nach Pressefreiheit unterstreicht. Die Pressefreiheit spielte zugleich eine Rolle, die die zentralen liberalen Theorieelemente Grundrechte und Teilhabe an der Staatsgewalt in eigentümlicher Weise miteinander verschränkte²⁰¹: Die freie Entfaltung der autonomen Bürger und damit die konstitutionalistische Beschränkung der Staatsgewalt erschien undenkbar ohne Grundrechte, aber auch ohne Mitbestimmung und Repräsentation der Bürger in Ständeversammlungen. Die Pressefreiheit war dabei einerseits ein besonders vornehmer Ausdruck der grundrechtlichen Freiheit und gleichzeitig eine instrumentelle Sicherung der Mitbestimmung sowie ein Ermöglicher mehr oder minder demokratischer Willensbildungsprozesse.²⁰² Und die Pressefreiheit ihrerseits war wieder mehr gefährlich als nützlich (Welcker) ohne die Jury.²⁰³ Dieses Junktum zwischen Pressefreiheit und Schwurgerichten ergab sich freilich nur deswegen, weil auch die liberale Opposition – trotz ihrer Forderung nach Meinungsfreiheit – die Existenz von Pressestraftatbeständen nicht rundum ablehnte. Das sollte nicht zuletzt den Fürsten in stärkerer Weise als die einfachen Untertanen gegen abschätzigere Äußerungen schützen. Dieses den Liberalen selbstverständliche Zugeständnis, das sich etwa in dem freiheitlichen Pressegesetz, welches in Baden 1831 kurzzeitig galt, dokumentierte²⁰⁴, kann nur aus der damaligen Zeit heraus verstanden werden. Die Monarchie, wenn auch nach Möglichkeit in konstitutionellen Schranken, stand beim liberalen Bürgertum nach wie vor in hohem Ansehen. Dies zeigt z.B. Welckers Sorge um das „Heil des Thrones“. Wenn Welcker das erwähnte vorläufige badische Pressegesetz trotz seiner Straftatbestände mit den Worten „Die volle ... Pressefreiheit ist da“ bejubelt²⁰⁵, offenbart sich hier ein beschränktes Verständnis von Pressefreiheit.²⁰⁶ Wenn es nun aber Pressetatbestände geben sollte, war ihre Abgrenzung zur regulär straffreien politischen Meinungsäußerung eben schwierig. Denn man konnte nicht alle denkbaren 'unzulässigen' Aussagen im voraus normieren. Um gleichwohl willkürliche Entscheidungen der vom Herrscher abhängigen Beamtenrichter zu vermeiden, erschien die Einführung einer regierungsunabhängi-

¹⁹⁹ Welcker, in: Vhdlg. Baden, H. 6/ 1835, S. 68.

²⁰⁰ Welcker, Libertät, S. 12.

²⁰¹ Aus heutiger normativer Sicht zur Verschränkung von Freiheitsrechten und (voller) Demokratie Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 5 A. V. 2.; Habermas, Faktizität, S. 136 f.

²⁰² Auch heute sieht BVerfGE 7, 198 (208) die Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG als schlechthin konstituierendes Grund- und Menschenrecht für ein freiheitliches, demokratisch-parlamentarisches Gemeinwesen an. Diese Freiheit ist ein besonders empfindliches Grundrecht, so dass sie bei der Abwägung durch die Wechselwirkungstheorie ein besonderes Gewicht erhält.

²⁰³ So auch Gagern, Rede im hessisch-darmstädtischen Landtag vom 3. 10. 1833, nach Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 315; vgl. auch Schwinge, Kampf, S. 133; F. Schneider, Pressefreiheit, S. 222.

²⁰⁴ Abgedruckt bei Welcker, Libertät, S. 510 f.

²⁰⁵ Welcker, Libertät, S. 23.

²⁰⁶ Nachwirkungen sind noch in dem Delikt der Beleidigung des Bundespräsidenten zu erkennen (§ 90 StGB).

gen Jury sinnvoll.²⁰⁷ Dass die Forderung nach der Jury mit der politischen Unfreiheit im Vormärz eng verknüpft ist, zeigt sich daran, dass das Schwurgericht seine zentrale Bedeutung einbüßte, sobald der Druck der Obrigkeit nachließ. So dokumentierte sich dies in der Weimarer Republik, die die Parteienfreiheit anerkannte und die Jury 1924 prompt abschaffte. Der gleiche Nachweis ergibt sich, wenn man umgekehrt den Vormärzblick auf die französische Revolution anschaut: So werden die Negativverfahren mit der französischen Revolution mitunter herangezogen, um die Jurybegeisterung etwas zu relativieren. Dort hatte eine revolutionäre Volksjustiz unzählige Terrorurteile verhängt.²⁰⁸

Dass die Pressefreiheit und ihre Absicherung eine konsequente Folgerung aus dem liberalen Denken waren, liegt auf der Hand. Gleichwohl ist deutlich erkennbar, dass nicht nur innere Überzeugungen, sondern auch handfeste Interessen (also Kosten-Nutzen-Überlegungen in Verfolgung unhinterfragter Präferenzen) die Liberalen für die Pressefreiheit und sogar generell für die Reform des Strafverfahrens eintreten ließen. Auffällig ist bereits, dass die Forderung nach Schwurgerichten zur Absicherung der Pressefreiheit keinesfalls der Interessenlage des ganzen Volkes gleichermaßen entsprach. Sie war vielmehr vor allem für das Großbürgertum von Bedeutung.²⁰⁹ Dessen Repräsentanten waren es regelmäßig, die Zeit, Geld, Muße und die nötige Vorbildung hatten, um sich politisch zu betätigen. Die Forderung der Liberalen nach Geschworenengerichten zielte damit faktisch primär auf einen Selbstschutz.²¹⁰ Denn die Jury sollte gerade für Pressevergehen und ganz allgemein für politische Straftaten zuständig sein. Und Täter dieser Delikte waren zumeist Liberale. Welcker z.B. mag zu seinem ständigen Kampf gegen die Zensur nicht zuletzt dadurch motiviert worden sein, dass er selbst als liberaler Oppositioneller politisch verfolgt worden war. Folgerichtig befand er, es gebe „nur allzu häufig grundloses Beginnen von Criminalprozessen“.²¹¹ Andere Liberale, die Derartiges nicht selbst erlitten hatten, äußerten sich demgegenüber oft vorsichtiger. Für sie speiste sich die Befürwortung wohl mehr aus der Solidarität aufgrund gemeinsamer bürgerlicher Herkunft.

²⁰⁷ Dafür sprach auch, dass man die Presse unter dem Einfluß der Romantik als Organ des Volksgeistes ansah. Sie durfte deshalb auch nur durch ein anderes Organ des Volksgeistes, nämlich das Schwurgericht, kontrolliert werden; vgl. Bülow, Behörden, S. 281; siehe auch Schwinge, Kampf, S. 133.

²⁰⁸ Andeutung bei Mittermaier, Mündlichkeit, S. 383. Die Jury wurde im Vormärz trotz ihrer teilweise nationalen Herleitung regelmäßig mit der französischen Revolution assoziiert, vgl. Mackert, Prozedur, S. 129. Vgl. zur französischen Terrorjustiz Adomeit, Rechtsphilosophie, S. 90-94; Schwinge, Kampf, S. 3. Allerdings lag sie auch daran, dass nicht nur die Geschworenen, sondern auch die Berufsrichter zu dieser Zeit keine Juristen zu sein brauchten. Es konnte vielmehr jeder vom Volk zum Richter gewählt werden; vgl. dazu Schill, Stellung, S. 106 f.

²⁰⁹ Der Liberalismus speiste sich vor allem aus Bürgerlichen, Freiberuflern und Intellektuellen; vgl. Haber, ZStW 1979, 602.

²¹⁰ So auch Haber, ZStW 1979, 602.

²¹¹ Welcker, Jury, S. 703.

Um das Verhältnis von Ideen und Interessen weiter einschätzen zu können, muß man weitere Verflechtungen berücksichtigen. Die Forderung nach Pressefreiheit als Basis der Jurybestrebungen ist nämlich auch eng verwoben mit der klassisch-liberalen Forderung nach Gewaltenteilung, wie sie die Liberalen in allen staatlichen Bereichen anstrebten. Die Bürger sollten an der Staatsgewalt partizipieren, und zwar nicht nur an der Legislative, sondern auch an der Judikative. Gewaltenteilung ist dabei ein Element des Grundrechtsschutzes und der Kanalisierung der bürgerlichen Partizipation gleichermaßen. Sie sollte auf der Grundlage einer Verfassung das absolutistische monarchische Prinzip wirksam begrenzen.²¹² Die politische Forderung nach Gewaltenteilung wurde ebenso wie die nach Grundrechten (und insgesamt nach Konstitutionalismus) in Deutschland erst im 19. Jahrhundert breit erhoben. Sie war hinsichtlich des Repräsentationselementes zunächst nicht sonderlich radikal, was nicht zuletzt daran lag, dass viele Liberale Professoren und damit Staatsbedienstete waren²¹³; Parlamentarische Verantwortlichkeit des Monarchen und Volkssouveränität wurden nicht gefordert.²¹⁴ Umso wichtiger erschien die Kontrolle der Regierungstätigkeit durch unabhängige Gerichte: Mangelnde demokratische Kontrolle führte gewissermaßen dazu, dass wenigstens die grundrechtlich-rechtsstaatliche Kontrolle perfekt eingefordert werden sollte. Gleichzeitig und trotz der zunächst nicht volldemokratischen Repräsentationsideen sahen Staatstheoretiker wie Montesquieu und de Lolme die Notwendigkeit, dem Volk nicht nur in der Gesetzgebung, sondern auch in der Rechtsprechung eine Form der Mitbestimmung zu eröffnen.²¹⁵ Die Verfassungsbewegung forderte deshalb die Jury als integralen Bestandteil und „Schlußstein der ganzen Verfassung“, wie es Feuerbach und Welcker nannten.²¹⁶ Auch Kant betrachtete das Schwurgericht als Ausdruck der Partizipation des Volkes an der Strafrechtspflege. Und auch aus Welckers Sicht sprach für die Jury, wie gesehen, der Gedanke der Gewaltenteilung und gegenseitigen Überwachung von Volk und Staatsdienern. Außerdem könne das Geschworenengericht eine Analogie des Gerichtswesens zur ständischen Verfassung herstellen und damit eine Kompatibilität der Machtverteilung in den verschiedenen politischen Bereiche bewirken: „Wenn die Bürger in der Ständeversammlung in Verbindung mit den Organen der Regierung zu den Gesetzen mitwirken, so

²¹² Vgl. zum monarchischen Prinzip etwa Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 219.

²¹³ Vgl. Hardtwig, Vormärz, S. 141. Die radikalste Verfassung war die kurhessische von 1831, die in Art. 100, 101 der Ständeversammlung die Möglichkeit einer Ministeranklage einräumte, in Art. 37 die Pressefreiheit und in Art. 123 die Unabhängigkeit der Gerichte garantierte. Zu den dadurch heraufbeschworenen Hessischen Verfassungskonflikten mit der Ministeranklage gegen Hassenpflug Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 68-70.

²¹⁴ Vgl. Hardtwig, Vormärz, S. 141 und 145.

²¹⁵ Siehe E. Schmidt, Einführung, S. 332; vgl. auch Adomeit, Rechtsphilosophie, S. 73 f. zu Montesquieu.

²¹⁶ Feuerbach, Betrachtungen, S. 60; Welcker, Jury, S. 748.

müssen sie eben so in Verbindung mit den Organen der Regierung wenigstens in den wichtigsten Fällen an der Rechtsprechung Theil nehmen. Das Eine macht das Andere heilsam.“²¹⁷

Daran anknüpfend sind zwei weitere verfassungspolitische Aspekte zu vertiefen, die in einem engen Bezug zu Pressefreiheit und Gewaltenteilung und ihrer Relevanz für die Juryidee stehen: Rechtsgleichheit und, wie schon erwähnt, Repräsentanz. Die Jury sollte die Rechtsgleichheit gegen parteiische Richter sichern – und zugleich eine Beteiligung des Volkes an der Staatsgewalt ermöglichen. Und die gleichen Rechte, die sodann durch Gewaltenteilung institutionell gesichert werden sollten, waren eben gerade die Grundrechte. Die grundrechtlich gesicherte Freiheit bildete nach klassisch-liberaler Lesart (besonders von Locke) den zentralen Zweck des Staates überhaupt. Da aber im Sinne Kants gleiche Freiheitspositionen aller Bürger anzustreben waren, brauchte man, wie erwähnt, Organe, die diesen Freiheitsausgleich vornahmen. Über das schon Gesagte hinaus zu ergänzen ist hier, dass die demokratische Komponente der Jury von den Liberalen wohl eher instrumentell, von den Radikaldemokraten dagegen selbstzweckhaft gedeutet wurde. Die Radikaldemokraten verfochten tendenziell den Gedanken der Volkssouveränität und Demokratie weit energischer als die meisten Vormärzliberalen. Die Gewaltenteilung in Montesquieus strenger Form, die einen vom Parlament unabhängigen Monarchen vorsah, lehnten sie dagegen meist ab. Sie wollten vielmehr die Volkssouveränität in den Gerichten verwirklicht sehen und forderten eine weitgehende Laienbeteiligung an der Rechtspflege. Die Radikaldemokraten lehnten im Gegensatz zu den gemäßigten Liberalen einen Wahlzensus ab. Dementsprechend sollten auch an der Rechtsprechung Laien, und zwar aus *allen* Volksschichten, beteiligt sein. Damit wurde eine Idee der Volksjustiz aus der französischen Revolution aufgegriffen. Anders als die meisten gemäßigten Liberalen sahen radikaldemokratische Denker in der Revolution kaum ein Schreckgespenst.

Die gemäßigten Liberalen waren, wie schon angedeutet, basisdemokratischen Juryimplikationen gegenüber deutlich zurückhaltender. Dies mag einerseits Ausdruck echter Überzeugung gewesen sein, weil ein konsequent liberales Begründungsmodell zumindest einen Vorrang der Freiheit vor der Demokratie schwerlich umgehen kann und sollte.²¹⁸ Es dürfte aber gleichzeitig Ausdruck eines naheliegenden Interesses der erstarkten neuen bürgerlichen Ober- und Mittelschicht sein: Die unteren Volksschichten fürchtete man als politisch-ökonomisch revolutionäre Kraft, und folgerichtig wollte man sie eher vom politischen Einfluß fernhalten. Jene Skepsis fand in der Vorstellung ihren Ausdruck, dass das demokratische Wahlrecht anhand von Bildung und Vermögenslage zu beschränken sei (Capazität und Census), und ebenjenen Beschränkungen sollte nach quasi allgemeiner liberaler Vorstellung die

²¹⁷ Welcker, Jury, S. 781.

²¹⁸ Zur normativen Richtigkeit dieses Vorrangs Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 5 A. V. 2.

Geschworenenauswahl unterliegen. Die Rechtfertigung politisch-rechtlicher Ungleichheit aus bestimmten empirischen Merkmalen von Personen war allerdings pikant: Auf ähnliche Weise rechtfertigten nämlich die Regierungen ihre Ablehnung des Konstitutionalismus, indem sie unter Rückbesinnung auf die Reformatoren auf die natürlich-christliche Ungleichheit der Menschen auf Erden hinwiesen. Jene Unstimmigkeit illustriert nochmals, dass die Forderung nach Jury, Pressefreiheit, Rechtsgleichheit und Gewaltenteilung wohl kaum nur Ausdruck freien Rasonnieren, also „Idee“, war. Vielmehr wird dahinter auch die ganz handfeste Interessenslage des vormärzlichen Bürgertums sichtbar. Die Pressefreiheit schützte eben nicht „das Volk“, sondern die Gebildeten. Denn wer wenn nicht die Bürgerlichen hätte sich via Presse zu politischen Themen äußern sollen? Und die Gewaltenteilung und Rechtsgleichheit zielten gerade auf den Abbau ständischer Strukturen, also auf eine Gleichstellung von Adel und Bürgertum – und auf deren institutionelle Absicherung gegen fortexistierende Übergriffsversuche des Adels. Und wenn liberale Denker gleichwohl vom Volk sprachen, meinten sie „im Grunde die Gesamtheit der selbständigen Hausväter“²¹⁹ – mithin sich selbst. Damit plausibilisiert sich die Arbeitsthese vom Zusammenwirken von Kosten-Nutzen-Erwägungen und echten Überzeugungen anhand der vormärzlichen Jurydebatte.

Das alles sollte aber nicht leugnen, dass viele Liberale von der Richtigkeit und Notwendigkeit des Schwurgerichts ehrlich innerlich überzeugt waren. So legen es Welckers pathetische, wortreiche und äußerst engagierte Art, die kein persönliches Risiko scheute, nahe, seine Äußerungen in diesem Lichte als sowohl ideen- als auch interessengebunden zu verstehen. Die innere Überzeugung muß freilich nicht bei jedem Liberalen eine normativ-rationale im Kantschen oder Habermasschen Sinne gewesen sein. Vielmehr scheint vielfach statt der Vernunft das Gefühl die Juryidee ungemein beflügelt zu haben (Vernunftakzeptanz statt Gefühlsakzeptanz²²⁰). Gerade die emotionale und symbolhafte Bedeutung der Jury bewegte sich weit jenseits ihres konkreten Nutzens, was die denkbare Behauptung falsifiziert, das Schwurgericht sei bloßer Ausdruck bestimmter „Klasseninteressen“. Eindrücke von den rheinischen Geschworenengerichten wurden seinerzeit durch die jungen Juristen in ganz Deutschland verbreitet. Es war regelrecht obligatorisch, Studienreisen ins Rheinland zu unternehmen, um die Schwurgerichtsbarkeit kennenzulernen.²²¹ Die Jury war überdies ein Symbol für die Ablehnung des Absolutismus, den Metternich und seine Helfer im vormärzlichen Deutschland nach Kräften zu restaurieren trachteten, und für die Forderung nach grundrechtlicher Freiheit: Gerade die Pressefreiheit symbolisierte den Widerstand gegen die alten Mächte. Der Symbolgehalt der Jury wurde durch den Haß der Regierungen auf diese Rechtsan-

²¹⁹ Vgl. das treffende Zitat von Hardtwig, Vormärz, S. 153.

²²⁰ Zu diesen Begriffen Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 1 A. und § 1 D.

²²¹ Siehe dazu Schwinge, Kampf, S. 37 (dort insbesondere Fn. 2).

stalt noch verstärkt.²²² Dieser Hintergrund ist vor allem im Kampf um das rheinische Schwurgericht als Symbol gegen die preußische Restauration zu beobachten. Die Forderung nach Geschworenengerichten gehörte z.T. als liberales Ziel geradezu zum 'guten Ton', wie der glatte und weitgehend ohne Diskussion geschehene Abstimmungsvorgang in der liberal dominierten Nationalversammlung 1848 posthum dokumentierte. Bei den Radikaldemokraten wurde der Jurysymbolgehalt noch durch eine unkritische Haltung gegenüber dem Vorbild Frankreich und den dortigen revolutionären Forderungen und Vorgängen der Zeit nach 1789 gefördert – ungeachtet aller Versuche, die Jury 'germanisch' herzuleiten. Zwar wurden die Fehler des Napoleonischen Systems und der Terrorjustiz unter Robespierre von Feuerbach, Mittermaier, Welcker und einigen anderen durchaus gesehen. Gleichwohl galten Frankreichs Einrichtungen „als die für die bürgerliche Freiheit erprobten Musterinstitutionen“.²²³ Die Rolle der Geschworenengerichte in der französischen Schreckenszeit der 1790er Jahre wurde dabei zumindest von radikaldemokratischen Denkern weitgehend ausgeblendet – was ebenfalls nicht gerade für eine klare Kosten-Nutzen-Perspektive spricht.²²⁴ Das Schwurgericht wurde somit zum Symbol der eigenen Einstellung pro oder contra französische Revolution.²²⁵ Diese Verbindung offenbarte sich auch darin, dass die Kritiker und Gegner der Jury regelmäßig auf die schlechten Erfahrungen in Frankreich nach 1791 verwiesen (z.B. Feuerbach, Mittermaier und Savigny). Über das Gesagte hinaus waren die Geschworenengerichte ein positives Symbol für den angestrebten Nationalstaat, ohne dass es sonderlich störte, dass Franzosenverehrung und „germanische Jurytradition“ schlecht zusammenpaßten – was wiederum nicht gerade auf eine instrumentell rationale Interessenperspektive hindeutet. Die Jury schien den Traum vieler Germanisten von der Rückkehr des 'germanischen Volksrechts', wie er der Romantik entsprungen war, zu befriedigen.²²⁶ Weder normativ rational noch instrumentell rational war ferner der Autoritätenaffekt, den die Jury durch die Zustimmung Kants, Hegels oder de Lolmes offenkundig für sich verbuchen konnte.²²⁷ Damit ist

²²² Vgl. Baumgartner, zitiert nach Hahn, Entwicklung, S. 33, der die Jury in seiner Eigenschaft als badischer Regierungskommissionär als "Mißgeburt revolutionärer Bewegungen" titulierte.

²²³ So zutreffend E. Schmidt, Einführung, S. 335.

²²⁴ Ein ähnliches Problem ergab sich bei Feuerbach, als er nach seiner vernichtenden Kritik an der napoleonischen Jury nach Frankreich eingeladen wurde, um diese Einrichtung aus eigener Anschauung kennenzulernen: Feuerbach lehnte ab – vielleicht um sein vorgefaßtes Urteil nicht zu gefährden. Vgl. Brief an Direktor von der Becke vom 13. 03. 1819, in: L. Feuerbach, Leben, S. 379 f.

²²⁵ Nach der französischen Revolution wurde die Jury ebenfalls aus Mißtrauen gegen die Berufsrichter eingeführt; siehe dazu Höhn, Stellung, S. 78 f.

²²⁶ Das wird zutreffend herausgestellt von Laufs, Paulskirche, S. 37 f.

²²⁷ Vgl. nur Mittermaier, Mündlichkeit, S. 360. Die Forderung nach Schwurgerichten hatte überdies einen gewissermaßen religiösen Bezugspunkt. Dieser betrifft allerdings nur die Anzahl der Juroren. Es ist wahrscheinlich kein Zufall, dass sämtliche europäische Jurymodelle der Geschichte von zwölf Geschworenen ausgingen und ausgehen. Die Zahl zwölf ist vielmehr in der christlichen Lehre eine heilige Zahl. Sie wird dabei mit dem *Endgericht* in Verbindung gebracht: Am Jüngsten Tag sollen die

die erste Arbeitsthese, dass die Jury ein Exempel für ein Zusammenwirken verschiedener Handlungseinflussfaktoren ist, plausibel gemacht. Das wird gleich noch weiter vertieft werden – in Verbindung mit der Klärung der ebenfalls handlungstheoretischen, zugleich aber verfassungshistorischen Arbeitsthese, dass die Juryforderung beispielhaft die große Relevanz ökonomischer Belange im klassisch-liberalen Denken illustriert. Den Ausgangspunkt jener Klärung bildet eine eingehendere Erörterung von Punkten, die schon anklingen: namentlich der liberalen Forderung, die Jurorenauswahl nach Census und Capazität zu regulieren.

IV. *Ökonomische Relevanz der Jury. Persönlich-politische Freiheit oder Besitzindividualismus als Kern vormärzliberaler Überzeugungen?*

War also der Kampf um persönliche Freiheit vor Strafverfolgung und vor einer Einschränkung der Meinungsäußerung – sei es als Idee oder als Interesse – der Kern der Jurydebatte? Die zweite Arbeitsthese lautet bekanntlich, dass dies zu kurz greift und dass daneben ökonomische Belange eine wichtige Rolle spielten. Es könnte einiges dafür sprechen, dass sich nicht nur von Kosten-Nutzen-Erwägungen und echten Überzeugungen, wie es für menschliches Verhalten typisch ist, anhand der Schwurgerichtsdebatte erhärten läßt (was soeben bereits z.T. geschah). Vielmehr erscheint es ebenso naheliegend, dass gezeigt werden kann, dass menschliche Überzeugungen und hier gerade die Überzeugungen der Vormärzliberalen die wirtschaftliche Freiheit stark herausheben. Das wird deutlich, wenn man etwas genauer die Diskussion über Details der Juryausgestaltung in den Blick nimmt. Im Vormärz wurde nicht nur darüber gestritten, ob Schwurgerichte aus juristischen, politischen oder nationalen Gründen eingeführt werden sollten. Ebenso heftig wurde debattiert, wie die Jury im einzelnen ausgestaltet sein sollte. Von der konkreten Ausgestaltung machten viele, so etwa Mittermaier, ihre Haltung zu dieser Einrichtung abhängig. Zunächst wird jetzt auf eines der zentralen Probleme der Diskussion eingegangen, nämlich die Frage, wie die Jury gebildet bzw. zusammengesetzt werden sollte. Ferner geht es um die Kompetenz des Schwurgerichts für bestimmte Delikte. Beide Aspekte werden die ökonomische Bedeutung der Juryforderung aufzeigen.

Anders als heutzutage in bezug auf die Schöffen als Laienrichter war es im Vor-

zwölf Jünger Jesu von zwölf Thronen aus die zwölf Stämme Israels richten (Matthäus XIX, 27 f.). Im Juden- und Christentum ist die Zahl zwölf allgemein von besonderer Bedeutung: Jakob hat zwölf Söhne (Genesis XXXV, 23), Israel zwölf Stämme (Josua XIV, 2 f.), Jesus hat zwölf Jünger (Lukas VI, 13), der Tag hat zwölf Stunden (Johannes XI, 9). Auch in anderen Religionskreisen hat die Zahl zwölf eine herausgehobene Stellung. Ursprung dieser Zahlenmystik ist möglicherweise die Einteilung des Jahres in zwölf Monate; vgl. nur Drehse u. a./ Kroll, Zahl, S. 1377; Gunkel/ Zscharnack/ Rühle, Zahl, S. 2063 (2066 f.). Allgemein zur faktischen Fortwirkung religiöser Gehalte im modernen Recht Ekardt, Steuerungsdefizite, § 13. 4.d., § 14 und § 18.

märz keinesfalls selbstverständlich, den meisten Bürgern die Befähigung zum Laienrichter zuzuerkennen. Es wurde vielmehr von fast allen eine Begrenzung des Zugangs nach Vermögen und Steueraufkommen (Census) oder Bildungsstand (Capazität) oder beidem gefordert, wobei die reine Capazitätslösung die meisten Anhänger hatte.²²⁸ Demgegenüber wurde ein egalitäres, nicht mit einer Zugangsbegrenzung für das Geschworenenamts ausgestattetes Modell in Deutschland höchstens von einigen Radikaldemokraten erwogen.²²⁹ Dies steht partiell in der Tradition der Schöffenauswahl im Mittelalter, wo ein gewisser Besitz Voraussetzung für die Übernahme des Schöffenamts war (weswegen das Amt schließlich sogar erblich wurde).²³⁰ Im Vormärz wurde ferner diskutiert, wer aus der Zahl der zum Amt Zugelassenen letztlich im konkreten Fall die Geschworenen auswählen sollte (sogenannte Reduktion der Geschworenenliste).²³¹ Hierbei dachte man mehrheitlich daran, die Bürger eine Wahlkommission wählen zu lassen, die ihrerseits die Geschworenen wählen sollte.²³² Dies ging z.B. bei Mittermaier so weit, dass er bis 1847 der Jury skeptisch gegenüberstand, soweit nicht bestimmte Voraussetzungen strikt erfüllt waren. Er führt dazu aus: „Will man aber auch den Vertheidigern des Geschworenengerichts zugeben, dass diese Anstalt einen rechtlichen und politischen Werth hat, so kommt doch, nach dem Zugeständnisse der Tüchtigsten, Alles darauf an, ob gewisse Voraussetzungen vorhanden sind, bei deren Daseyn allein auf die Wirksamkeit des Geschworenengerichts gerechnet werden kann, und wie diese Anstalt im genauesten Detail durchgeführt ist. ... Vorzüglich kann nur dann auf unpartheiische und gerechte Aussprüche der Geschworenen gerechnet werden, wenn der Staat hoffen kann, dass auf den Bänken der Geschworenen Männer sitzen werden, welche ebenso einsichtsvoll als unabhängig und selbständig, charakterfest, und weder durch religiösen Fanatismus, noch durch politischen Partheigeist geleitet sind. Es muß bei dem Volke in allen Klassen eine große Masse echter Bildung vorhanden sein, und die Scheidewand der Stände nicht zu schroff die einzelnen Klassen von einander absondern.“²³³ Ausgehend von dieser Äußerung gelingt der Zugang zur wissenssoziologischen Fragestellung nach dem Besitzindividualismus im Vormärzliberalismus.

Es fragt sich zunächst, welche Art von Zugangsbegrenzung Mittermaier andeuten will. Mittermaier erklärt an anderer Stelle, dass er das französische Modell der

²²⁸ Vgl. Übersicht bei Haber, ZStW 1979, 611-617; Schwinge, Kampf, S. 123-131.

²²⁹ Nur Frey, Geschworenengericht, S. 143 plädiert als Radikaldemokrat dafür. Dagegen auch der Radikaldemokrat Siebenpfeiffer, Frage, S. 211, 246, 247 (was Schwinge offenbar übersieht), weil „die Bildung der Masse des Volkes überall noch so unzulänglich ist“.

²³⁰ Siehe dazu HRG/ Battenberg, Bd. 4, Schöffen/ Schöffengericht, S. 1463 (1464).

²³¹ Vgl. Schwinge, Kampf, S. 126 mit Übersicht zum Meinungsstand.

²³² Vgl. Seeger, Geschworenengericht, S. 120; Frey, Geschworenengericht, S. 128 f.; dagegen plädiert Geib, Reform, S. 131 für eine Auswahl durch Selbstverwaltungsorgane und ständische Körperschaften.

²³³ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 382.

Bildung der Jury ablehne.²³⁴ Das Schwurgericht, wie es in der französischen Revolution entstand, ließ zunächst alle Bürger, die aktives Wahlrecht hatten (was wiederum an ein Mindestmaß an Besitz geknüpft war), als Geschworene zu, später sogar schlicht alle Bürger. Unter Napoleon wurden die Geschworenenlisten dann nach Census und Capazität gebildet und limitierten daher den Zugang zum Geschworenenamt auf einen kleinen Kreis Gebildeter und Begüterter. Dieses Verfahren stößt auf Mittermaiers Ablehnung. Andernorts verwirft er aber auch das in Frankreich 1793 kurzzeitig eingeführte radikaldemokratische System als zu weitgehend.²³⁵ Mittermaiers Wortwahl „unabhängig“ könnte nun im Sinne von wirtschaftlicher Independenz verstanden werden²³⁶ und damit auf ein Censussystem hindeuten. Dafür spricht, dass wirtschaftliche Unabhängigkeit sicherlich die richterliche Unabhängigkeit fördern kann. Wer viel Steuern zahlt, ist vermögend und deshalb als Geschworener auch weniger anfällig für Bestechung und sonstige unlautere Beeinflussung. Mittermaier erklärt jedoch Bildung und politische Reife des Volkes zur Voraussetzung für seine Zustimmung zum Schwurgericht als Institution. Bloßer Reichtum bietet ihm noch „keine sichere Vermuthung für Bildung“.²³⁷ Daraus ist zu schließen, dass er einer Zusammensetzung der Jury nach Censuse Gesichtspunkten skeptisch gegenübersteht. An anderer Stelle spricht Mittermaier explizit aus, dass er die Capazität für das sinnvollste Kriterium hält.²³⁸ Mit zunehmender Bildung will er den Kreis der Juroren weiter ziehen.²³⁹ Hierin ist das charakteristische liberale Prinzip der Möglichkeit des *Aufstiegs durch Leistung* verkörpert. Faktisch kam freilich auch ein Abstellen auf Bildung bei der Jurorenausswahl einem Vermögenszensus gleich. Denn auch wenn Mittermaier dies nicht sagte, mußten doch aufgrund ihrer Bildung vornehmlich Bürgerliche und damit regelmäßig Begüterte die Geschworenen stellen.

Gleichwohl mag man sagen, dass Mittermaier noch vergleichsweise wenig am Besitz orientiert war. Dagegen lehnt Zachariae unter den Umständen seiner Zeit die Einführung von Geschworenengerichten grundsätzlich ab, zeigt sich aber dann plötzlich bereit, dies im Falle eines Vermögenszensus zu relativieren. Für Zachariae dürfen nur „rechtliche, erfahrene und durch ihre Lebensstellung der öffentlichen Ordnung eine gewisse Bürgschaft gebende Männer“²⁴⁰ Geschworene werden. Es fragt sich, was für Personengruppen Zachariae damit genau meint. Die Sicherheit, man werde schon geeignete Bürger finden, kann als Ergebnis eines positiven libe-

²³⁴ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 382-386.

²³⁵ Mittermaier, Strafverfahren, S. 311.

²³⁶ Zu derartigen Überlegungen vgl. nur Haber, ZStW 1979, 613.

²³⁷ Mittermaier, Strafverfahren, S. 312.

²³⁸ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 385.

²³⁹ Mittermaier, Strafverfahren, S. 306 f.

²⁴⁰ Dass insoweit keine Frauen in Betracht kamen, erschien den Liberalen des 19. Jahrhunderts – ebenso wie damals noch den Radikaldemokraten – als selbstverständlich; vgl. Hardtwig, Vormärz, S. 153.

ralen Menschenbildes aufgefaßt werden. Sie kann sich aber auch daraus ergeben, dass er den Kreis der möglichen Geschworenen sehr eng zieht und damit die Gefahr eines 'Mißgriffs' aus seiner Perspektive konsequent für gering hält. Anhaltspunkte, die in die letztere Richtung weisen, bietet das rheinische System, das im übrigen Deutschland als mögliches Vorbild erwogen wurde. Zachariae erwähnt positiv die „allgemeine Volksgunst“, in der die Jury im Rheinland stünde, und hält eine regionale Beibehaltung des dortigen Systems für denkbar.²⁴¹ Daraus ist zu schließen, dass er die rheinische Ordnung als verhältnismäßig gelungen ansieht. Im Rheinland wurden die Geschworenenlisten neben Bildungsaspekten nach einem rigiden Vermögenszensus gebildet.²⁴² Denn es sollten, wie es in den seinerzeitigen Vorschlägen des (unter starkem liberalem Einfluß stehenden) rheinischen Appellationsgerichtes hieß, nur Männer Juroren werden, die fähig und willig waren, „zur Handhabung der Ruhe und Ordnung kräftigst mitzuwirken und die durch ihr persönliches Interesse sich aufgefordert fühlen, als würdige Vertreter der bürgerlichen Gesellschaft jenen Anforderungen zu entsprechen, welche der Staat an das Geschworenengericht zu machen berechtigt ist“.²⁴³ Es sollte keinesfalls „auf das Graathwohl in die untere Volksklasse tiefer eingegriffen (werden), um die Zahl der zu Geschworenen berufenen Staatsbürger zu vermehren, ohne sich darum zu kümmern, welche Resultate für die bürgerliche Gesellschaft daraus hervorgehen mögen“.²⁴⁴ Es ging mithin um die „bürgerliche Gesellschaft“ und deren Interesse an „Ruhe und Ordnung“. Ein Interesse an Ruhe und Ordnung hatte gerade die neue Klasse der bereits zu gewissem Wohlstand gelangten Bürgerlichen. Von ihr konnte echte Mitwirkung erwartet werden. Das weist den Weg zu der sogleich vertieft zu erörternden Frage, ob die Jury vielleicht eher eine Art Instrument des Eigentumschutzes als ein politisches Ideal war.

Wie wenig abwegig dies ist, soll zunächst anhand der Ansichten Welckers, der doch mit so erheblichem ideellen Pathos zu deklamieren pflegte, plausibilisiert werden. Im Gegensatz zu Mittermaier äußert sich Welcker nicht explizit zum Problem der Bildung der Schwurgerichte, obwohl er ein starker Befürworter der Jury ist. Deshalb muß seine Position unter Hinzuziehung anderer Aussagen erschlossen werden, wobei aber auch diese nicht eindeutig sind. Der erste Eindruck mag bei Welckers unbedingter Juryforderung suggerieren, ihm schwebte keinerlei Zugangsbegrenzung zum Geschworenenamt vor. Wie aus seinem obigen Zitat zur intime conviction ersichtlich ist, scheint er kein Problem in der mangelnden rechtlichen Vorbildung der Laien zu sehen. Im Gegenteil scheint er diese zur Verhinderung einer Einseitigkeit der Berufsrichter gerade zweckmäßig zu finden. Außerdem will er den notwendigen Bildungsgrad im Volk durch die Geschworenentätigkeit ja

²⁴¹ Zachariae, Gebrechen, S. 300 und 305.

²⁴² Vgl. dazu im einzelnen Blasius, Kampf, S. 152 sowie oben B. II.

²⁴³ Vorschläge des Rheinischen Appellationsgerichts S. 11.

²⁴⁴ Vorschläge des Rheinischen Appellationsgerichts S. 11.

gerade erst schaffen. Deshalb kann eine bestimmte Vorbildung oder Eignung schlecht gefordert werden. Er scheint damit für einen breiten Zugang zum Geschworenenamt zu plädieren. An anderer Stelle stellt Welcker jedoch fest, es sei „gerade das Wesen im System dieses Liberalismus, eine vermittelt des allgemeinen Vertrauens der Nationen sich erhebende und erhaltende organisierte Teilnahme der Einsichtsvollsten und Besten an der Staatsgewalt zu gründen und durch sie den Despotismus der Massen wie des Einzelnen möglichst auszuschließen“.²⁴⁵ Diese Äußerung trägt einen eher aristokratischen Zug, der zu den ebigen Vermutungen nicht paßt. Im übrigen wird hier das Leistungsprinzip angesprochen. Wieder andernorts fordert Welcker als Geschworene „eine Auswahl der zutrauenswürdigen Bürger“²⁴⁶, die „gut ausgewählt“²⁴⁷ und die „würdigsten Repräsentanten“ des Volkes²⁴⁸ sein müßten. Es erscheint deshalb sehr zweifelhaft, ob Welcker tatsächlich prinzipiell jeden einzelnen für einen geeigneten Geschworenen hält. Dies auch deshalb, weil es im liberalen Lager Stellungnahmen für einen Zugang zum Geschworenenamt ohne Begrenzung durch Census, Capazität oder beides praktisch nicht gibt. Die Zulassung aller Volksschichten zum Geschworenenamt ist vielmehr eine spezifisch radikaldemokratische Forderung in jakobinischer Tradition.²⁴⁹ Andererseits spricht Welcker aber von „Geschworenen, unter welchen Mitglieder aller Stände und Lebensverhältnisse Platz finden“.²⁵⁰ Dies scheint den geschilderten ersten Eindruck zu stützen. „Alle“ darf jedoch nicht nach heutigen Maßstäben verstanden werden: Die Liberalen des Vormärz klammerten aus ihren politischen und juristischen Reformvorstellungen zumindest Menschen ohne jeglichen Besitz und ohne jegliche Bildung einfach per se aus. Handwerker, Tagelöhner, Arbeiter und Frauen existierten sozusagen rechtlich gar nicht wirklich (wie dies schon Kant mit einer für ihn ganz ungewöhnlichen Nonchalance suggeriert hatte). Deshalb kann Welcker problemlos von „allen Ständen“ sprechen und gleichwohl nur Leute mit einem gewissen Maß an Besitz oder Bildung meinen. Von einem Eintreten Welckers für eine allgemeine Zugangsberechtigung zum Jurorenamt ist somit nicht auszugehen. Freilich kann man – nebenbei bemerkt – entgegen einer verbreiteten Ansicht nicht sagen, dass der liberale Mainstream des Vormärz – trotz jener aristokratischen Einschläge – direkt antidemokratisch orientiert gewesen wäre. Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass in der Tat im Vormärz zunehmend eine radikaldemokratische von einer liberalen Bewegung unterschieden werden kann.²⁵¹ Das heißt aber nicht, dass der radikaldemokratische Strang sozusagen den entscheiden-

²⁴⁵ Welcker, in: Mannheimer Abendzeitung, Jg. 1844, Nr. 11.

²⁴⁶ Welcker, Jury, S. 688.

²⁴⁷ Welcker, Jury, S. 760.

²⁴⁸ Welcker, Jury, S. 773.

²⁴⁹ Siehe z.B. Frey, Geschworenengericht, S. 143; vgl. auch Haber, ZStW 1979, 613 f.

²⁵⁰ Welcker, Jury, S. 760.

²⁵¹ Backes, Liberalismus, S. 16, 20 und passim; verkannt bei Schieder, Staat, S. 113.

den oder wenigstens einen gleichwertigen Teil zur modernen Idee eines freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates beigetragen habe. Zum einen hatten radikal-demokratische Denker häufig ein gestörtes Verhältnis zu den Freiheitsrechten und ihren rechtsstaatlichen, auch gegen Mehrheiten zu garantierenden Sicherungen. Zum anderen kann der liberale Mainstream des Vormärz zwar als skeptisch gegenüber Revolution und Arbeiterbewegung, nicht aber gegenüber dem Parlamentarismus als solchem bezeichnet werden.

Mögen die führenden Vormärzliberalen Aristokraten, aber keine Antidemokraten gewesen sein – zumindest verweist die Diskussion über die Juryausgestaltung auf eine ziemliche Relevanz ökonomischer Belange für die liberale Schwurgerichtsbegeisterung und überhaupt für die klassisch-liberale Grundrechtslehre. Die Liberalen Mittermaier, Zachariae und Welcker sind sich einig, dass der Zugang zum Geschworenenamt nach Census, Capazität (so Mittermaier) oder beidem kumulativ (so Zachariae und wohl Welcker) zu begrenzen ist. Streit herrscht nur über die Art der Begrenzung. Das Bild der bürgerlichen Gesellschaft im Vormärz gewinnt hier Konturen: Nur bestimmten gesellschaftlichen Gruppen wird die Fähigkeit attestiert, Laienrichter zu sein. Damit ist ein wichtiger Aspekt klassisch-liberalen Denkens exemplifiziert: Es ist trotz des kantianisch-lockeschen Hintergrundes noch nicht in vollem Sinne unparteilich, sondern fällt in wichtigen Punkten in ein eher konventionelles Standes- und Klassendenken zurück, diesmal nicht des Adels, sondern der Bürgerlichen.²⁵² Unparteilichkeit gegenüber der Vermögenslage und gegenüber dem Bildungsstand wird offenbar nicht angestrebt. Man muß zwar einräumen, dass angesichts der damaligen Verhältnisse die Zulassung beliebiger Geschworener Leute ohne Schulbesuch zu Richtern gemacht hätte, mit vielleicht wirklich bedenklichen Folgen. Ferner muß man einräumen, dass die Vermögenslage vor diesem Hintergrund stets ein gewisses Indiz für Bildung war. Gleichwohl deuten einige im folgenden zu entfaltende Argumente stark darauf hin, dass auch eine starke Fokussierung auf die wirtschaftliche Freiheit hinter der Forderung nach Schwurgerichten und ihrer konkreten Ausgestaltung stand:

Bereits die leicht inkonsequente Anwendung des Unparteilichkeitsprinzips (die man schon Kant selbst vorwerfen kann) deutet zum einen darauf hin, dass bei der Jury und ihrer Ausgestaltung auch handfeste *Interessen* im Spiel waren. Das wird nachstehend bekräftigt werden, und gleichzeitig wird sich im Sinne der zweiten Arbeitsthese zeigen, dass die echten Überzeugungen bzw. *Ideen* der Vormärzliberalen stark auf die Freiheit des Eigentums fokussiert waren. Eine gewisse Anfangs-plausibilität gewinnt dies alles zunächst dadurch, dass sich die Liberalen im Vormärz als revolutionsskeptisch eingestellt zeigten, obwohl sie (wie z.B. Welcker) von der Obrigkeit unterdrückt und bisweilen verfolgt wurden – denn dafür muß es

²⁵² Das wird allerdings völlig vereinsseitigt bei Marx, Grundrisse, S. 10.

irgendeinen sinnvollen Grund geben. Indem sie, wie Welcker, die Geschworenen „nach dem Vertrauen der Regierung“ sowie nach Besitz und Bildung auswählen wollen, setzen sie sich für eine Zusammenarbeit mit den alten Mächten ein. Und eine sehr naheliegende Erklärung dafür ist die, dass die Regierungen zunehmend wenigstens einen effektiven Schutz der *wirtschaftlichen* Freiheit versprochen – und dass die liberalen Bürgerlichen im einsetzenden Kapitalismus zu wachsendem Wohlstand gelangt waren. Und „wer viele Schätze anhäuft, hat viel zu verlieren“ (Laotse). Vor diesem Hintergrund konnte eine bürgerlich dominierte Laiengerichtbarkeit als eine Art Bollwerk der bürgerlichen Gesellschaft verstanden werden – aber nicht nur gegen die Regierungen, sondern zugleich gegen radikaldemokratische und sozialistische Bestrebungen. Denn das Bürgertum war sich bei aller Inhomogenität in einem einig: Die Voraussetzungen für seinen weiteren Aufstieg waren in Gefahr angesichts der reaktionären Tendenzen 'von oben' bei gleichzeitig aufkommenden sozialrevolutionären Ansätzen 'von unten'.²⁵³ Eine gewisse Freiheit hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung hatte man sich durch Aufhebung des Zunftzwanges, Judenemanzipation, Bauernbefreiung und Gewerbefreiheit schon erkämpft. Die willkürlichen staatlichen Eingriffe in diesen Freiheitsspielraum gefährdeten den weiteren wirtschaftlichen Aufstieg und den erreichten Status. Die Unberechenbarkeit des Staates schuf zum einen ein unsicheres Investitionsklima, weil bereits völlig aus der Luft gegriffene Verdächtigungen polizeiliche Maßnahmen herbeiführen konnten. Zum anderen schwebten die politisch aktiven Bürgerlichen bekanntlich physisch in ständiger Gefahr, politisch wegen mißliebiger Äußerungen inhaftiert zu werden. Ein langwieriges Strafverfahren jedoch zog in vielen Fällen den wirtschaftlichen Ruin nach sich, weswegen ein reformiertes Strafverfahren auch ökonomisch von eminenter Bedeutung war.²⁵⁴ Angriffe auf das Eigentum befürchtete man aber nicht nur durch wirtschaftliche und persönliche Restriktionen 'von oben'. Ebenso war man in Sorge vor einer Bedrohung 'von unten', schlimmstenfalls durch Straftaten gegen Eigentum und Vermögen. Das vom Pauperismus gebeutelte Proletariat war von den Bürgerlichen lange vor dem Kommunistischen Manifest als sozialrevolutionäres Potential erkannt worden. Vor diesem Hintergrund fällt der Blick darauf, dass wohl situierte bürgerliche Geschworene ein genuines Interesse an der Aufrechterhaltung von *Ruhe und Ordnung* und an der Unterbindung umstürzlerischer Aktivitäten haben mußten.²⁵⁵ Ruhe und Ordnung waren ersichtlich der wirtschaftlichen Betätigung dienlich oder sogar ihre unabdingbare Voraussetzung.²⁵⁶ Und in der Tat: Sobald im 19. Jahrhundert „die soziale Unruhe sich auf Angriffe auf das private Eigentum von Unternehmern und überhaupt auf

²⁵³ Vgl. auch Schieder, Deutscher Bund, S. 137; Haber, ZStW 1979, 602.

²⁵⁴ Ekardt, Steuerungsdefizite, § 18. 2. Daraus erklärt sich u. a. die Abneigung des Bürgertums gegen Revolutionen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Vgl. dazu Schieder, Deutscher Bund, S. 137.

²⁵⁵ Vgl. nur Schieder, Deutscher Bund, S. 137.

²⁵⁶ Vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite, § 18. 2.; Blasius, Kampf, S. 154.

gewaltsame Aktionen ausdehnte, einigten sich opponierende Liberale und die alte bürokratisch-absolutistische Führungsschicht rasch in der Abwehr weitergehender Forderungen, wie etwa Verfassungen auf der Grundlage der Volkssouveränität²⁵⁷. Welckers, Mittermaiers und Zachariaes Äußerungen weisen damit den Weg zur nachrevolutionären Zusammenarbeit von Adel und Bürgertum, zur „Ehe von Roggen und Stahl“²⁵⁸. Zumindest nicht ausschließlich war das Schwurgericht also ein Palladium der politischen und persönlichen Freiheit, auch wenn die gemäßigten Liberalen dies oft glauben machten.²⁵⁹ Es sollte wohl gleichzeitig den wirtschaftlichen und sozialen Aufstieg des Bürgertums absichern und damit ein „Palladium der bürgerlichen Eigentumsordnung“ sein.²⁶⁰

Das doppelte Abgrenzungsbedürfnis des liberalen Bürgertums im Vormärz ist in der Forschung ganz generell breit herausgearbeitet worden, gerade auch mit Untersuchungen zum Welckerschen Staatslexikon.²⁶¹ Es ist auf dieser Basis sehr plausibel, dass bürgerliche politische Forderungen im Vormärz zumeist auch Ausdruck handfester ökonomischer Interessen (bzw. einer herausgehobenen Idee der Eigentumsfreiheit) waren. Dass ökonomische Interessen in der doppelten Frontstellung gegenüber der althergebrachten Staatlichkeit und der entstehenden Arbeiterbewegung gerade für die Schwurgerichtsdebatte die liberale Motivationslage mitprägten, zeigt sich näherhin an folgendem: Schwurgerichte auf deutschem Boden gab es im Vormärz bekanntlich nur im Rheinland. Sie wurden von vielen Liberalen als Vorbild angesehen. Ihr Arbeitsschwerpunkt lag nun aber keineswegs im Bereich der Pressedelikte, sondern vielmehr im Bereich der Eigentumsstraftaten.²⁶² Dies ergab sich aus den drakonischen Strafen des Code d'instruction criminelle für diese Delikte. Denn das rheinische Schwurgericht war wie sein heutiger Nachfolger (gemäß § 74 Abs. 2 GVG) nur für schwere Straftaten zuständig. Anlässlich der preußischen Bestrebungen, die Schwurgerichtsbarkeit im Rheinland abzuschaffen, wurden die dortigen Liberalen erwähnenswertenmaßen massiv gegen die Abrogation der Jury aktiv.²⁶³

²⁵⁷ Hardtwig, Vormärz, S. 64 f. Auch die Gerichtsöffentlichkeit sollte auf die „honetten“ Leute beschränkt werden; vgl. Fögen, Kampf, S. 91 ff.; Rüping, Grundriß, S. 77.

²⁵⁸ Vgl. Wehler, Bismarck, S. 104 f.; Geiss, Reich, S. 44. 'Roggen' symbolisiert die preußischen Junker, 'Stahl' die bürgerlichen Fabrikanten; siehe auch Fisahn, Demokratie, S. 33 ff.; zum zunehmenden liberalen Nationalismus seit den 1840er Jahren vgl. Meyer, Freiheit, S. 177 ff.; zum „Rechtsruck“ der Liberalismus in der Staatsrechtslehre vgl. Stolleis, Deutschland, S. 48 ff.

²⁵⁹ Der Terminus stammt von de Lolme, Constitution, S. 177, charakterisiert aber treffend die Sichtweise Welckers. Er wird auch verwendet von Köster, in: VhdIlg. Bayern, S. 313 f.

²⁶⁰ Terminus von Blasius, Kampf, S. 149, der dies von den Liberalen im ganzen annimmt. Ebenso Landau, Schwurgerichte, S. 267.

²⁶¹ Vgl. besonders die eingehende Untersuchung von Zunhammer, Adel, S. 37 ff.; generell zur ausgeprägten Vorsichtigkeit der deutschen (im Vergleich zu den französischen) Liberalen Birtsch, Liberalismus, S. 22 ff.

²⁶² Ebenso entwickelte es sich in ganz Deutschland nach der flächendeckenden Einführung der Jury 1848; vgl. Landau, Schwurgerichte, S. 287-289.

²⁶³ Vgl. dazu im einzelnen Blasius, Kampf, S. 155 f.

Auffällig ist nun, dass eine der häufigsten Klagen lautete, das Eigentum stünde ohne Schwurgerichte gänzlich „schutzlos“²⁶⁴. Dies zeigt, dass das Bürgertum sich von der Jury nicht nur einen Schutz politischer, persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit gegen „oben“, sondern gerade auch einen wirksamen Eigentumsschutz gegen „unten“ versprach – also gegen die verarmten unteren Schichten. Und die Erfahrungen unter Napoleon hatten offenbar dokumentiert, dass drastische Strafen für Eigentums- und Vermögensdelikte dazu geeignet erschienen. Doch muß Recht nicht nur geschrieben, sondern auch angewendet werden. Wer aber konnte eine stärkere Garantie gegen eine „zu lasche“ Handhabung der Vermögensstraftatbestände liefern als eine mit Bürgerlichen besetzte Jury?²⁶⁵ Nach Census und/ oder Capazität ausgewählte Geschworene mußten zwangsläufig fast sämtlich Bürgerliche sein. Von ihnen war aber regelmäßig die gewünschte Beurteilung von Diebstählen und ähnlichen Delikten, deren Täter in der Mehrzahl den unteren Schichten angehörten, zu erwarten. Die selber vermögenden Juroren hatten vermutlich ein eigenes Interesse an einer abschreckenden Behandlung der Täter.²⁶⁶

Die Relevanz gerade des Eigentumsschutzes erhellt ferner daraus, dass der Jury-schutz gegen Verurteilungen wegen mißliebiger Äußerungen sehr begrenzt war. Im Wirth-Siebenpfeiffer-Prozeß nach dem Hambacher Fest, einem Zusammentreffen Oppositioneller aus ganz Deutschland auf der Schloßruine zu Hambach 1832, fällt die Jury z.B. einen Freispruch.²⁶⁷ Doch belegte die Obrigkeit die beiden Radikal-

²⁶⁴ Siehe dazu Ruppenthal, Denkschrift, S. 3 f.; vgl. auch Schieder, Deutscher Bund, S. 137; Landau, Schwurgerichte, S. 267.

²⁶⁵ So auch Blasius, Kampf, S. 158; Landau, Schwurgerichte, S. 267.

²⁶⁶ So auch Landau, Schwurgerichte, S. 267; Blasius, Kampf, S. 149; ähnlich Gneist, Bildung, S. 151. Dass die Angst vor den Besitzlosen ganz generell in einem Zusammenhang mit dem Streben nach Gewaltenteilung gestanden haben dürfte, versucht Macpherson, Theorie, S. 283 f. anhand von Locke und der englischen Situation im 17. Jahrhundert zu zeigen: Locke erklärte Freiheit und Eigentum zum Endzweck des Staates, postulierte aber gleichzeitig staatliche Entscheidungen nach dem Mehrheitsprinzip ohne Anerkennung einer Grundrechtsbindung der Legislative. Vordergründig erscheint das widersprüchlich. Doch der Widerspruch löst sich sogleich auf: Denn Locke nahm natürlich an, dass nur die Eigentümer (und damit das liberale Bürgertum) ein Stimm- und Wahlrecht haben. Vor den so gewonnenen „Mehrheiten“ brauchten sich die Bürger in bezug auf ihre wirtschaftlichen Freiheiten nun aber kaum zu fürchten. Das führt zu der Vermutung, dass für das liberale Bürgertum vielleicht der Verfassungsvorrang erst dann richtig interessant wurde, als breitere Volksschichten Zugang zum Wahlrecht erhielten. Eine Einschränkung muß man aber jedenfalls machen: Locke kannte den Vorrang der Verfassung sowie ein Verfassungsgericht nicht prinzipiell nicht – er nahm statt einer Einklagbarkeit der Grundrechte nur einfach ein Widerstandsrecht der Bürger in bestimmten Fällen der Freiheits- und Eigentumsbeeinträchtigung an. Jenes Widerstandsrecht ist jedoch der eigenartige Vorläufer der modernen Grundrechtsklage etwa in Gestalt der grundgesetzlichen Verfassungsbeschwerde; vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite, § 18. 1.d).

²⁶⁷ Mit der Jury und der Publizität, die durch das Schwurgericht sowie durch die Öffentlichkeitsmaxime hergestellt wurde, hoffte man auf Dauer die Inhaftierung von Regimegegnern verhindern zu können; vgl. Fögen, Kampf, S. 38 f. Eine derartige Doppelstruktur findet sich im 20. Jahrhundert in Extremform im Dritten Reich, wo die gerichtlich Freigesprochenen oftmals direkt von der Gestapo vor dem Gericht erwartet und in Konzentrationslager eingewiesen bzw. in Schutzhaft genommen wurden; vgl. I. Müller, Juristen, S. 179 f.

demokraten mit fortdauernder Untersuchungshaft; anschließend wurden sie von Zuchtpolizeigerichten zu Haftstrafen verurteilt. Die Jury alleine konnte also eine Bestrafung nicht verhindern.²⁶⁸ Noch weiter läßt sich die Relevanz ökonomischer Belange für die Schwurgerichtsidee anhand der sächsischen Regionalgeschichte erhärten. Westerkamp hat in einer Aufarbeitung der Materialien der sächsischen Zensurbehörden nachgewiesen, dass um 1830 die Pressefreiheit vom Bürgertum eher als ein Unterfall der Gewerbefreiheit (!) aufgefaßt wurde.²⁶⁹ Selbst wenn man das Pressefreiheitsargument für die Jury auch als Ausdruck echter Überzeugung (und nicht nur als strategische Tarnung) wertet, ist also schon von dieser Seite her ein ökonomischer Bezug gegeben: Pressefreiheit wurde offenbar schon konzeptionell (auch) als Instrument der wirtschaftlichen Freiheit begriffen. Das verdeutlicht am Beispiel der Jurydebatte und der involvierten Grundrechte, wie zentral die wirtschaftlichen Rechte aus der Sicht des Vormärzbürgertums waren.

Dass der *Schwerpunkt* liberal-vormärzlichen Freiheitsdenkens bei der wirtschaftlichen Freiheit lag, zeigt ein weiteres Indiz in der Jurydebatte: Offenbar wurde von liberaler Seite wenigstens mitunter die faktische Dramatik der Zensur eher übertrieben. Zumindest in Sachsen (weniger dagegen in Preußen oder Österreich), war mit den Zensoren durchaus „zu reden“.²⁷⁰ Das gilt wenigstens für die großen Städte, wo die Zensurbeamten Privatleute wie z.B. staatstreue Professoren waren. Nur bei den Aufsichtsbehörden der Zensoren fand sich die Eilfertigkeit, die man gemeinhin der Zensur insgesamt unterstellt. Wenn aber das Zensurargument mithin zwar wichtig, aber trotzdem leicht überzeichnet erscheint, so deutet auch dies auf ergänzende (nicht ersetzende!²⁷¹) andere Beweggründe hin. Die damit weiter verdeutlichte Rolle des Eigentumsschutzes unterstreicht noch eine Äußerung von Rotteck, Welckers Mitstreiter: „Die theoretisch wie praktisch allerwichtigste Frage in bezug auf Eigentum und Eigentumsrechte und die zumal in unserer durch den teils drohenden, teils bereits ausgebrochenen ... ‚Krieg der Eigentumslosen wider die Eigentümer‘ bezeichneten Zeit bedeutungsvollste ist die von den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit ... der Eigentums-Anerkennung, namentlich der ... Eigen-

²⁶⁸ Vgl. Haber, ZStW 1979, 600 f. m. w. N.; Laufs, JuS 1982, S. 325 (329 f.).

²⁶⁹ Vgl. im einzelnen Westerkamp, Pressefreiheit, S. VII und passim.

²⁷⁰ Anhand des sächsischen Quellenmaterials herausgearbeitet von Westerkamp, Pressefreiheit, S. 124 und passim.

²⁷¹ Einseitig erscheinen die marxistischen Versuche, den klassischen Liberalismus als rein ideologisches Produkt bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse zu sehen. Vgl. exemplarisch Ashcraft, Marx, S. 77 ff., der sich in zahlreiche Ungereimtheiten verstrickt und dabei Max Weber mehrfach verballhornt: Zwar mag es richtig sein, dass Marx „Ideologien“ immer nur als „verzerrtes“ Abbild der Produktionsverhältnisse deutet. Jene „Verzerrung“ ändert jedoch wenig daran, dass Marx offenbar annimmt, Ideen könnten Interessen nicht faktisch in eine andere Richtung lenken (oder gar unabhängig von Interessen auf ihre normative Richtigkeit überprüft werden). Weber und Habermas haben dagegen jene wechselseitige Abhängigkeit von Ideen und Interessen klar gesehen; für jenes Wechselverhältnis auch Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 7 A. und § 8 B. II. 1.

tums-Anhäufung in den Händen einzelner Personen.“²⁷² Zwar verrät die Formulierung, dass Rotteck keinesfalls das Eigentum zum allein erstrebenswerten normativen Gut erhebt. Doch die Bedrohungslage durch die Masse der Eigentumslosen ist ihm gleichwohl offenbar sehr präsent. Freilich muß man wohl sagen, dass ökonomische Belange unter den Liberalen im 19. Jahrhundert stetig *immer wichtiger* wurden. In den Napoleonischen Befreiungskriegen sowie im unmittelbaren Vorfeld der Märzrevolution hatten verfassungspolitische Grundlagenthemen besondere Konjunktur; umgekehrt ergab sich nach 1848 eine extreme Fokussierung ökonomischer Fragen.²⁷³ So befand der Nationalliberale Sohm in den Gesetzesberatungen zum BGB Ende des 19. Jahrhunderts: „Freiheit des Eigentums – unentbehrlich für uns alle. Von dieser Freiheit leben wir. Unsere ganze öffentliche und sittliche Freiheit, die wir als Einzelpersonlichkeit besitzen, das kostbarste Rechtsgut, das wir alle haben, wird uns durch das Privateigentum, das freie Privateigentum allein, ermöglicht. In dem Privatrecht liegt die Magna Charta unserer öffentlichen Freiheit. Weit mehr als auf der Staatsverfassung beruht auf dem bürgerlichen Recht das, was wir Freiheit nennen.“

Trotz alledem bleibt es unverändert unwahrscheinlich, dass dieser Besitzindividualismus ein rein ideologisches Spiegelbild handfester Interessen war. Vielmehr deutet bekanntlich einiges darauf hin, dass die Liberalen auch aus echter Überzeugung der Dominanz der wirtschaftlichen Freiheit anhängen. Der vormärzliche Liberalismus sollte nicht in marxistischer oder Bourdieuscher Manier zu einer bloßen „Ideologie“ stilisiert werden (die hinter vermeintlich inneren Überzeugungen nur ökonomische oder statusbezogene Interessen verbirgt). Das Zusammenwirken unterschiedlicher Motive (= Überzeugung und Kosten-Nutzen-Denken) sei noch an einem weiteren Beispiel illustriert: anhand der typischen „Mäßigung“ der Vormärzliberalen. Auch sie kann weder allein aus innerer Überzeugung noch aus Kosten-Nutzen-Motiven wirklich plausibel erklärt werden. Zunächst einmal ist in Erinnerung zu rufen, dass die liberalen Führer ganz überwiegend gebildete Professoren, Lehrer, Rechtsanwälte usw. und damit Staatsdiener waren – und damit war die Mäßigung letztlich in ihrem ureigenen beruflichen Interesse, zumal sie nicht nur Vorteile der bestehenden Ordnung genossen, sondern mitunter gar den Entzug ihrer Existenzgrundlage befürchten mußten. Letzteres gilt teilweise sicher auch für Unternehmerpersönlichkeiten, denen eine frontale Konfrontation mit dem Staat ebenfalls schlecht bekommen wäre. Die Gefahr, wirtschaftlich durch staatliche Eingriffe ruiniert zu werden, war ja gerade eine Basis des Kampfs für die Pressefreiheit und den reformierten Strafprozeß. Jener Kampf aber wäre kontraproduktiv gewe-

²⁷² v. Rotteck, Eigentum, S. 628.

²⁷³ Einen Übergang von ökonomischen zu verfassungspolitischen Fragen in den 1840er Jahren diagnostiziert im Quellenstudium Berghausen, Liberalen, S. 7 ff. für das rheinische Großbürgertum; vermittelnd zur Relevanz ökonomischer Belange im vormärzlichen Liberalismus Sheehan, Liberalismus, S. 209.

sen, wenn er so geführt worden wäre, dass er die Staatsgewalt erst recht zum „Eingreifen“ motiviert hätte. Gleichzeitig ist die „liberale Mäßigung“ aber Bestandteil eines schlüssigen theoretischen Konzepts, welches mit Verve verfochten wurde – was nicht unbedingt für ein reines Kosten-Nutzen-Denken spricht. Hier ist noch eine ganz entscheidende Erinnerung und Klarstellung angebracht: *Auch soweit die Vormärzliberalen aus echter Überzeugung und nicht aus Kosten-Nutzen-Motiven handelten, heißt das nicht, dass sich ihre Überzeugungen völlig auf wirtschaftliche Gründe z.B. für die Jury reduzieren lassen – auch wenn die wirtschaftliche Freiheit in ihrem Überzeugungskanon eine ganz entscheidende Rolle spielte.* Speziell für Welcker, der Staatsbeamter war und auch so über ein erhebliches Vermögen verfügte, bestand kaum Anlaß, die strafrechtliche Belangung wegen unbotmäßiger Meinungsäußerungen als wirtschaftliches Problem aufzufassen. Ganz generell bestehen keine klaren Anhaltspunkte dafür, dass die Liberalen ihre Plädoyers für politische und persönliche Freiheit als reine Hilfsplädoyers für eine eigentlich ausschließlich erstrebte Wirtschaftsfreiheit verstanden. Wiederum spricht dagegen auch das diesbezügliche Pathos und die Leidenschaft, mit der in der Paulskirche und vorher in den Ständeversammlungen über die genaue Ausgestaltung bestimmter Grundrechte gestritten wurde.

Das, was vorstehend theoretisch geschlußfolgert und durch einzelne empirische Befunde untermauert wurde, gewinnt für die Jurydebatte zusätzliche Plausibilität durch die Praxis der Schwurgerichte, wie sie sich nach 1848 durchsetzten: Es kam in der Tat zu mehr strafrechtlichen Verurteilungen als bei reinen Berufsgerichten.²⁷⁴ Umgekehrt gab es in Pressefällen in über 80 % der Prozesse Freisprüche. Dies erscheint als weitere empirische Untermauerung der Motivationslage, die mit den beiden Arbeitsthesen behauptet wurde („Kosten-Nutzen-Denken plus echte Überzeugung und innerhalb der echten Überzeugungen Dominanz des Besitzindividualismus“): Konventionelle Strafprozesse, und das konventionelle strafrechtliche Schutzgut ist eben das Eigentum, führen mit der Jury zu härteren Urteilen, und in Presseangelegenheiten kommt es umgekehrt zu Freisprüchen. Es ist nicht ersichtlich, wie diese Schieflage anders als dadurch erklärt werden sollte, dass bei den (bürgerlichen) Geschworenen der Nachrevolutionszeit genau jene kombinierte Motivationslage wirksam wurde, die ihren vormärzlichen Gesinnungsgenossen vorstehend nachgesagt wurde.²⁷⁵

²⁷⁴ Vgl. die Auswertung der Statistiken der 1850er Jahre bei Merkel, Strafrecht, S. 56.

²⁷⁵ Angesichts der geplanten Bildung der Schwurgerichte nach Census und Capazität wird überdies die These Welckers fragwürdig, dass die Angeklagten vor willkürlichen Verurteilungen durch Berufsrichter mit der Einführung von Schwurgerichten geschützt würden. Er spricht insoweit treffend nur von einer solchen Gewähr für „die Bürger“. Der Begriff des Bürgers ist doppeldeutig: Es kann politisch-rechtlich (citoyen) oder gesellschaftlich (bourgeois) verwendet werden. Bei dem gemäßigten Liberalen Welcker fällt die Bedeutung der beiden Termini jedoch zusammen. Die Liberalen im Vormärz forderten einen Wahlzensus, der im wesentlichen allein die Bürgerlichen zu Staatsbürgern machen sollte. Welcker hat insofern recht: (Nur) die Bürger (bourgeois = citoyen) könnten auf eine einigermaßen neutrale Beurteilung durch ihre Standesgenossen rechnen. Das einfache Volk hingegen lief

V. *Wissenssoziologische Einzelanalyse zu Savigny: verfassungspolitische Interessen im Gewand strafrechtsdogmatischer Überzeugungen*

Der wissenssoziologischen Analyse der Motivationslagen liberaler Denker im Kampf um die Schwurgerichte soll jetzt eine spezielle Analyse des Standpunktes von Savigny zur Seite gestellt werden. Es soll gefragt werden, ob sein Motiv die reine Suche nach wahren und richtigen Urteilen war – oder ob seine Überzeugungen, wissenssoziologisch gesprochen, lediglich der ideologischen Tarnung unausgesprochener Interessenlagen dienten – was auf eine weitere Überprüfung meiner handlungstheoretischen Arbeitsthese hinausläuft. Die Frage hier ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich Savigny nach seinem Selbstverständnis politisch sozusagen vornehm zurückhielt. Einfach zu klären ist die Frage freilich nicht angesichts „der einigermäßen dämmrigen Theorie der historischen Schule“²⁷⁶, der Savigny und seine Methodik zuzurechnen sind. Vor diesem Hintergrund konnte sich die Forschung bis heute nicht einigen, inwieweit Savigny tatsächlich ein Anliegen „wissenschaftlicher Reform“ verfolgte – oder ob sein gesamtes Lebenswerk eher der Tarnung bestimmter Machtinteressen des alten preußischen Establishments diene.²⁷⁷

Recht war für Savigny (wie für Zachariae) eine Sache des Verstandes. Die Jurisdiktion sollte eine Angelegenheit der Fachjuristen bleiben, denn nur sie sei in der Lage, die von der *Rechtswissenschaft* auf der Grundlage des Volksgeistes ausgestalteten Rechtsinstitute richtig zu verstehen und anzuwenden. Mit dem Rekurs auf den Volksgeist ist hier keine demokratische oder demoskopische Erhebung des bürgerlichen Mehrheitswillens gemeint. Savigny dachte sich die Sache eher so, dass die professionellen Juristen das gewordene Recht im Volke nach Art eines Märchenaufzeichners erhorchten und es dabei zu einem System formten. Dass Savigny unter diesen Umständen den Laienrichtern skeptisch gegenüberstand, ist nicht unbedingt überraschend. Savigny gab seine oben zitierte Stellungnahme als Minister und damit als Politiker ab, denn es handelt sich um eine geheime amtliche Denkschrift. Es fragt sich, ob man sie gleichwohl als 'objektive', die Wahrheit suchende wissenschaftliche Äußerung ansehen kann oder ob man sie vielmehr als eher interessengebunden einordnen muß. Savigny selbst nahm für sich in Anspruch, 'objektiv' und 'wissenschaftlich' zu urteilen und sich sein juristisches Urteil

angesichts der geplanten Census- und Kapazitätsmodelle Gefahr, bei den (bürgerlichen) Geschworenen genauso wenig oder sogar noch weniger Verständnis zu finden als bei den staatlichen Berufsrichtern. Das Palladium der bürgerlichen Freiheit drohte also nach der alten Klassenjustiz durch adlige Staatsbeamte in eine neue Klassenjustiz durch bürgerliche Laienrichter zu münden. Zum Problem der Klassenjustiz Rottleuthner, Einführung, S. 102, 119-121, 134-137; Röhl, Rechtssoziologie, S. 357 f.

²⁷⁶ W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 28.

²⁷⁷ Verkürzt dazu Merkel, Strafrecht, S. 47 f.; korrekt dagegen W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 36 ff.

in keiner Weise durch politische Leidenschaften irgendwelcher „Parteiungen“ trüben zu lassen. Der ministerielle Charakter der Denkschrift begründet hier jedoch Zweifel. Für eine überwiegend interessenmotivierte Äußerung spricht, dass Savignys deutlich ablehnende Einschätzung des Schwurgerichts der seiner Amtsvorgänger im Justizministerium entspricht. Auf Kircheisen beruft er sich sogar ausdrücklich.²⁷⁸ Dieser hatte gegen das Gutachten der Rheinischen Immediats-Justizkommission, das sich für die Beibehaltung der Jury im Rheinland ausgesprochen hatte, polemisiert²⁷⁹ und bewirkt, dass das Schwurgericht aufgrund Kabinettsorder vom 19. 11. 1817 nur übergangsweise bis zum Abschluß der Revision des preußischen ALR geduldet wurde.²⁸⁰ Kircheisen wie Savigny waren Mitglied der preußischen absolutistischen, insofern einer grundlegenden Verfassungsreform deutlich abgeneigten Staatsleitung. Die anhaltende Gegnerschaft der Krone gegen die Schwurgerichtsbarkeit hatte zuletzt der Amtsvorgänger Savignys, Kamptz, unmißverständlich zum Ausdruck gebracht und diesbezügliche Aktivitäten ins Auge gefaßt, um ein Übergreifen der rheinischen Beliebtheit des Schwurgerichts auf Altpreußen zu vermeiden.²⁸¹ Auf diese Linie war Savigny gegenüber seinem absolut herrschenden Monarchen Friedrich Wilhelm IV. verpflichtet. Dieser mißbilligte jedwede Maßnahme, die im entferntesten mit konstitutionellen Verhältnissen in Verbindung gebracht werden konnte, auf das Schärfste.²⁸² Das Schwurgericht stand in einer von der liberalen Opposition ständig herausgestellten engen Verbindung mit Pressefreiheit und Konstitutionalismus. Es war deshalb bei den absoluten Monarchen verhaßt und gefürchtet.²⁸³ Diese Umstände relativieren die Überzeugungskraft von Savignys Äußerung und indizieren eine zumindest auch instrumentelle Motivation des Autors. Das ergibt sich auch daraus, dass die Denkschrift gerade „nur den höchsten Behörden“ und damit dem geistigen Zentrum der preußischen Restauration zgedacht war. Diese Leser hätten auf eine Befürwortung der Jury mit äußerstem Befremden reagiert. Dass die Äußerung geheim erfolgte und dem Volk gar nicht bekannt werden sollte, ändert hieran nichts. Denn auch intern legten die preußischen Monarchen und insbesondere Friedrich Wilhelm IV.

²⁷⁸ Savigny, Denkschrift, S. 478.

²⁷⁹ Votum des Justizministers Kircheisen betr. die Organisation der Justiz in den Rheinprovinzen, vom Juli 1818, in: Landsberg, RIJK, S. 330 f.

²⁸⁰ Landsberg, RIJK, S. 367-373.

²⁸¹ Vgl. dazu Haber, ZStW 1979, 595 (dort Fn. 9).

²⁸² Friedrich Wilhelm IV, zitiert nach Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 249: "... dass es keiner Macht der Erde je gelingen soll, Mich zu bewegen, das natürliche ... Verhältnis zwischen Fürst und Volk in ein conventionelles, constitutionelles zu wandeln ... Von einer Schwäche weiß Ich Mich gänzlich frei. Ich strebe nicht nach eitler Volksgunst ...". Vgl. auch Schoeps, Preußen, S. 188 und 197 zum Haß des Königs auf alles, was an die französische Revolution erinnerte.

²⁸³ Für den badischen Regierungskommissionär Baumgartner stellte das Schwurgericht eine "Mißgeburt revolutionärer Bewegungen" dar; zitiert nach Hahn, Entwicklung, S. 33 f.; vgl. auch Böttges, Laienbeteiligung, S. 20; Landau, Schwurgerichte, S. 256.

auf Loyalität großen Wert.²⁸⁴

Am Beispiel Savignys läßt sich damit noch einmal erkennen, dass auch eine rein fachliche Argumentation zum Schwurgerichtsproblem durch Interessen kontaminiert sein konnte. Das Ausmaß der Abhängigkeit eines preußischen Ministers vom Wohlwollen seines Monarchen belegt folgendes Faktum. Selbst der häufig als 'aufgeklärt' und 'philosophisch' sowie 'schöngestig' gekennzeichnete²⁸⁵ König Friedrich II. pflegte, wie auch sein Vater Friedrich Wilhelm I., seine Minister und höchsten Beamten im Falle von unerwünschtem Widerspruch oder Unbotmäßigkeit zu informieren: „Halt Er das Maul“, sonst „macht er den Sprung nach Spandau“.²⁸⁶ Wenn aber selbst der durchaus aufgeklärte „Alte Fritz“ so verfuhr, was war dann erst vom dem auf unbedingte Loyalität bestehenden sowie als "unberechenbar" und "leicht erregbar"²⁸⁷ bekannten Friedrich Wilhelm IV. zu erwarten? Natürlich führte für in Ungnade gefallene Minister der Weg im 19. Jahrhundert kaum mehr nach „Spandau“, sondern eher auf die wohlerworbenen Güter. Gleichwohl liegt es vor jenem Hintergrund nicht fern anzunehmen, dass Savignys Äußerungen den Stempel politischer Rücksichtnahme tragen. Zumindest seine politische Karriere wäre im Falle einer unbotmäßigen Stellungnahme wohl beendet gewesen. Dies gilt um so mehr, als Friedrich Wilhelm IV. von seinen Ministern ohnehin eine extrem schlechte Meinung hatte. Er betrachtete sie schlicht als „Rindvieh“.²⁸⁸ Hätte sich Savigny für Schwurgerichte ausgesprochen, hätte der Monarch das als In-den-Rücken-Fallen auffassen können und müssen.

Die Äußerung Savignys kann somit nur mit Einschränkungen als „rein rechtsdogmatisch fundiert“ angesehen werden. Davon einmal abgesehen scheint mir eine grundsätzliche Kritik an der Savignyschen Methode und Denkweise angebracht. Meine These dazu ist letzten Endes, dass gerade jener vermeintlich „wertfreie“ Ansatz, der bereits den Weg hin zum philosophischen Positivismus weist, auf kuriose Weise selbst eminent wertbehaftet ist. Das impliziert eine nähere Betrachtung des gesamten methodischen Ansatzes, den der Historist Savigny zugrundelegte. Ich kann sie hier nicht im einzelnen durchführen; ich habe aber an anderer Stelle gezeigt, dass ein philosophischer Positivismus im Ergebnis unhaltbar ist – und dass er überdies hochproblematische Konsequenzen hat, gerade im Umgang mit autoritä-

²⁸⁴ Vgl. Schoeps, Preußen, S. 188-192; siehe auch Augstein, Friedrich, S. 146 und 421.

²⁸⁵ So z.B. Mast, Hohenzollern, S. 121 und 128.

²⁸⁶ Vgl. Augstein, Friedrich, S. 146 und 421. In Spandau, damals einem Vorort von Berlin, befand sich eine Zitadelle mit Kerker. - Friedrich II. hat seine Drohung übrigens auch wahr gemacht. So ließ er drei Richter des Berliner Kammergerichts 1779 wegen des ihm mißfallenden Urteils im *Müller-Arnold-Prozeß* ein Jahr in Spandau einsperren im Zusammenhang mit einem Machtspruch; vgl. ausführlich Haft, Waagschale, S. 47-52; Wesel, Weltkunde, S. 79-82.

²⁸⁷ Schoeps, Preußen, S. 189.

²⁸⁸ Dokumentiert vom königlichen Adjutanten Leopold v. Gerlach, zitiert nach Schoeps, Preußen, S. 192.

ren Regierungen.²⁸⁹ Savigny war freilich kein echter Positivist, sondern trug auch kontextualistische Züge – was jedoch im Umgang mit dem Bestehenden zu identischen Ergebnissen führte: Normen werden als „Tatsachen“ aufgefaßt, über die sich „zweifelsfrei“ entscheiden läßt; und richtig ist im Zweifel genau das Bestehende. Wilhelm gibt dies m.E. sehr treffend wieder: „Die historische Schule war demnach, vergleicht man Theorie und Praxis, in jenem eigentlichen Sinne nicht historisch, in welchem sie das historische Verfahren aufgefaßt wissen wollte. Sie verwirklichte nicht das entwicklungsgeschichtliche Prinzip, sondern lieferte stückhafte, vom Boden der Gegenwart abgelöste Geschichte. Statt des Rechts der Gegenwart klärte man vornehmlich das der Vergangenheit auf, und es kam häufig dahin, dass man nur den ‚toten Buchstaben‘ der Gegenwart mit dem der Vergangenheit vertauschte. Das Ergebnis zeigte, dass die historische Schule, welche die Möglichkeit einer Abkehr von der Vergangenheit so heftig leugnete, sehr wohl auf die Abkehr von der Gegenwart sich verstand, und dies war kein Widerspruch. Vielmehr fand die gesellschaftlich-politische Funktion der geschichtlichen Rechtstheorie ihren genauen Ausdruck in der praktischen Anwendung des rechtshistorischen Verfahrens. Bedeutete die traditionalistische Rechtslehre der Schule die Verteidigung der ‚Legitimität‘ im Bereich des Rechts, so diente die wissenschaftliche Praxis teils einer rechtspolitischen Passivität, teils einer direkten Rechtfertigung der bestehenden Rechtsordnung.“²⁹⁰ Zuweilen wird Savigny deswegen gar mit dem spezifischen Positivismus deutscher Juristen im Dritten Reich in Verbindung gebracht. Freilich muß man stets auch bedenken, dass Positivismus auch autoritätskritisch wirken kann – indem er die Herrschaft wenigstens durch den Buchstaben des Gesetzes begrenzt. Der Savignysche Gestus hat in jedem Fall den Juristenstand seither entscheidend geprägt²⁹¹: *Rechtswissenschaft* wird von vielen immer noch als quasi rein logische, tatsachenhafte Disziplin angesehen²⁹² – oder jedenfalls werden ihre Wertungen als „möglichst unpolitisch“ darzustellen versucht.²⁹³ Beim historischen Savigny nahm dies mitunter gar kuriose Formen an. Häufig blendete er politische Vorgänge schlicht aus. Anlässlich der von vielen seiner Hochschulkollegen mit Empörung aufgenommenen Karlsbader Beschlüsse, die eine restriktive Überwachung der Universitäten vorsahen, beschloß er für seine eigene Person, sich "nicht irre machen" zu lassen durch diese "allgemeinen Universitätswidrigkeiten", solange nur niemand

²⁸⁹ Vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A., § 2 C. und § 6 A. IV. 2.

²⁹⁰ W. Wilhelm, *Methodenlehre*, S. 36 f.

²⁹¹ Vgl. nur Kroeschell, *Rechtsgeschichte*, S. 164.

²⁹² Hattenhauer, *Grundlagen*, Rdn. 241: „Die Wahl zwischen den Berufsbildern des Rechners mit Begriffen und eines Arztes für den Sozialkörper hat Savigny für die deutschen Juristen zugunsten des Begriffsrechners entschieden.“

²⁹³ Den Gegensatz zur naturrechtlichen Sichtweise illustriert folgendes Zitat von Beccaria, *Verbrechen*, S. 78: „Der einfache und gewöhnliche gesunde Menschenverstand geht seltener fehl als der Intellekt des Richters, der daran gewöhnt ist, Schuldige finden zu wollen und *alles unter ein künstliches, durch seine Studien gewonnenes System zu bringen*.“ (Hervorhebung von F.E.).

seine „Lehrfreiheit antaste(te)“.²⁹⁴ Manchen Zeitgenossen galt Savigny aufgrund seiner subtilen Förderung der Restauration durch die historische Schule geradezu als Sinnbild der preußischen Reaktion. Heine titulierte ihn infolgedessen als den „eleganten geleckten, süßlichen Troubadour der Pandekten“.²⁹⁵

Sei es aus Interessengebundenheit, sei es aus echter Überzeugung – man kann in jedem Fall sagen, dass einer der wesentlichen Tendenzen der historischen Schule in der politisch motivierten Bekämpfung des „im Vernunftrecht der Aufklärung gegründete(n) bürgerliche(n) Recht(s)“ lag.²⁹⁶ Die historische Rechtsschule war geformt worden in dem Streit zwischen der philosophischen und der historischen 'Partei' an der Berliner Universität Anfang des 19. Jahrhunderts. Es ging um Gestaltung der Gesellschaft durch Recht (so der liberale Rationalismus) oder schlichte Anerkennung und wissenschaftliches Studieren desselben (so die historische Rechtsschule). Im Raum stand der Kampf zwischen der westeuropäischen Gesellschaft der französischen Revolution und den restaurativen deutschen Zuständen.²⁹⁷ Dies manifestierte sich gerade anhand der Schwurgerichte, die ein Symbol der französischen Revolution waren. Schließlich war es eine Jury gewesen, die Louis XVI. und Marie Antoinette zum Tode durch das Fallbeil verurteilt hatte. Savigny war alles, was an die französische Revolution erinnerte, zuwider.²⁹⁸ Er stand auf der Seite der Restauration und ergriff für sie Partei.

Ich will die Aufmerksamkeit am Rande noch auf einen weiteren Aspekt der Savignyschen Juryablehnung lenken: Nach der Vorstellung der Romantik, die Savigny adaptiert hatte, hatte jedes Volk seinen eigenen Geist und sein eigenes Recht. Auch deswegen konnte eine 'ausländische' (hier: 'französische' oder 'englische') Einrichtung in das einheimische *organische* Rechtsleben nicht ohne weiteres implantiert werden.²⁹⁹ Aus diesem Grund haben viele Befürworter der Jury diese als

²⁹⁴ Vgl. nur W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 36 ff.; G. Schneider, ARSP 1972, 267 (267 f. und 286); Wesel, Weltkunde, S. 85-88; siehe auch Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 243 f. Schon Feuerbach, Kleine Schriften, S. 133-151, griff Savigny anlässlich des Wiener Kongresses wegen seiner "antiquarischen" Haltung an.

²⁹⁵ Heine, zitiert nach Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 241; ausführlich zu Heine: Mann, Geschichte, S. 161-170. Auch Stahl als seinerzeitiger 'Hofphilosoph' und Befürworter von Savignys Ansätzen erkannte die restaurative Verwendbarkeit von Savignys Wissenschaftsbegriff; vgl. Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 425.

²⁹⁶ G. Schneider, ARSP 1972, 267 (286); Wesel, Weltkunde, S. 85-88; W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 40.

²⁹⁷ W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 40; G. Schneider, ARSP 1972, 267 (268 ff.): Nicht zuletzt deshalb wandte sich Savigny gegen eine womöglich dem Code Napoleon vergleichbare Kodifizierung des bürgerlichen Rechts.

²⁹⁸ Wolf, Rechtsdenker, S. 451 f.; Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 243 f.; vgl. auch Wesel, Weltkunde, S. 85-88.

²⁹⁹ So tatsächlich Savignys Amtsvorgänger Kamptz, nach Schwinge, Kampf, S. 25; in diesem Sinne auch Gneist, Bildung, S. III und 77; siehe auch Hattenhauer, Grundlagen, Rdn. 131 f.

'altgermanische' Einrichtung herauszustellen versucht.³⁰⁰ Savigny als Konservativer, der als solcher wegen des damals eher als „liberal“ geltenden Nationalbewußtseins dieser Haltung recht unverdächtig ist, betont aber an anderer Stelle, dass ihm die deutsche „Mannigfaltigkeit“ viel besser erscheine als die staatliche Einheit.³⁰¹ Damit kann man nicht den Schluß auf eine nationalistisch motivierte Ablehnung der Jury ziehen. Gleichwohl zeichnete Savigny aufgrund seiner scharfen Ablehnung der französischen Revolution eine gewisse Frankophobie aus, die für seine Ablehnung der französischen Einrichtung Jury mitbestimmend gewesen sein mag, obschon er kaum deutscher Nationalist war.³⁰²

Interessant ist an dieser Stelle ein kurzer Vergleich mit Hegel, der bekanntlich positiv zur Jury stand, aber ebenfalls ein prominenter Liberalismuskritiker war. Savigny und Hegel wirkten zeitweise gleichzeitig in Berlin, waren persönlich aber geradezu verfeindet. Umgekehrt scheinen ihre Positionen inhaltlich nicht ohne Nähe zu sein. Erstens ist ihnen die Kritik am liberalen Rationalismus und „Formalismus“ gemeinsam. Zweitens eint sie das (im Vergleich zu liberalen Denkern) große Vertrauen auf die Richtigkeit der bestehenden Normen und Institutionen. Jener „Kontextualismus“ nimmt indes bei Savigny stärker positivistische und bei Hegel stärker spekulative Züge an: Savigny suchte das Recht nach Art einer Tatsache auszulegen, wogegen Hegel es sozusagen in unseren tatsächlichen Moralintuitionen, aber auch in einer hochspekulativen Geschichtsphilosophie verankerte – die zwar ebenfalls traditionsbejahend war, aber im Verlauf der Weltgeschichte durchaus mit Änderungen der Tradition rechnet.³⁰³ Hegel äußert in diesem Sinne an die Adresse Savignys: Die rein historische Methode, „das in der Zeit erscheinende Hervortreten und Entwickeln von Rechtsbestimmungen zu betrachten“, sei sicherlich wichtig und verdienstvoll, „insofern nämlich die Entwicklung aus historischen Gründen sich nicht selbst verwechselt mit der Entwicklung aus dem Begriffe, und die geschichtliche Erklärung und Rechtfertigung nicht zur Bedeutung einer an und für sich gültigen Rechtfertigung ausgedehnt wird ... Wenn das Entstehen einer Institution unter ihren bestimmten Umständen sich vollkommen zweckmäßig und notwendig erweist und hiermit das geleistet ist, was der historische Standpunkt erfordert, so folgt, wenn dies für eine allgemeine Rechtfertigung der Sache selbst gelten soll, vielmehr das Gegenteil, dass nämlich, weil solche Umstände nicht mehr vorhanden sind, die Institution hiermit ihren Sinn und ihr Recht verloren hat.“³⁰⁴ Hier wird (ansatzweise) deutlich, dass Hegels bejahende Einstellung zum Bestehenden durch seine Geschichtsphilosophie, die einen sukzessiven Wandel des ob-

³⁰⁰ Landsberg, RIJK, S. 40 f.; Welcker, Jury, S. 689; Gneist, Bildung, S. 77.

³⁰¹ Savigny, zitiert nach Rückert, Idealismus, S. 168 f.; ähnlich Savigny, Beruf, S. 111 unter Bezugnahme auf den Kodifikationsstreit.

³⁰² Ebenso Haft, Waagschale, S. 160; Rückert, Idealismus, S. 170.

³⁰³ Zu meiner Kritik an Hegel vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 2 B.

³⁰⁴ Hegel, Grundlinien, § 3; m.E. nicht ganz korrekt dazu W. Wilhelm, Methodenlehre, S. 41 f.

jektiven Geistes annimmt, begrenzt war. Während Hegel also durchaus ein Werden kennt, gilt Savignys Billigung ausschließlich dem Gewordenen. Bei Savigny „scheint es ... fast, als wäre es die Aufgabe, die Geschichte zu bewachen, dass nichts aus ihr herauskomme als eben Geschichten, aber ja kein Geschehen“ (so Nietzsche über den Historismus). Bei Hegel dagegen geht es gar nicht eigentlich um Tatsachen (und auch nicht um Wertungen), sondern eher um Phänomenologie: Die Welt wird auf den Begriff gebracht. Es soll hier nicht näher interessieren, dass ich dies für ein erkenntnistheoretisch und praktisch-philosophisch unmögliches und verfehltes Unterfangen halte; ich komme darauf noch etwas näher zurück.

VI. Historischer Ausblick: Einrichtung und Wiederabschaffung der Jury

Ich schlage jetzt den Bogen – von der handlungstheoretischen und liberalismusgeschichtlichen Analyse zurück zur Ereignisgeschichte der Schwurgerichte. Im Revolutionsjahr 1848 fand der politische Kampf um die Schwurgerichte auf nationaler Ebene mit deren Verankerung in die Paulskirchenverfassung ein vorläufiges Ende. 1848 war die Revolution des liberalen Bürgertums – nicht ohne Kuriosität, da es durch die revoltierenden Massen sozusagen gegen seine Mäßigungsabsichten dazu gedrängt wurde. Nichtsdestoweniger ist die Paulskirchenverfassung das zentrale Dokument des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert. Sie wurde erstellt von der Nationalversammlung. Diese wurde nach revolutionären Unruhen, die aufgrund von Hungersnöten, Konjunkturereinbrüchen und der anhaltenden polizeistaatlichen Unterdrückung der Bevölkerung eingesetzt hatten, mit Zustimmung der deutschen Fürsten im Frühjahr 1848 vom deutschen Volk gewählt und konstituierte sich in Frankfurt am Main in der Paulskirche.³⁰⁵ Ziele waren die Gründung eines deutschen Nationalstaates, die Bildung einer Reichsexekutive und vor allem die Erarbeitung und Verabschiedung einer Reichsverfassung. Bestimmendes Thema war nach Bildung einer vorläufigen Reichsregierung die Abfassung des Grundrechtskatalogs. Dieser sollte der Kern eines nationalen, liberal-demokratischen Rechtsstaates werden.

Die Einzelheiten des Grundrechtskatalogs können hier dahinstehen. Wichtig ist nur: Auf der Grundlage der Vormärzdebatte hielt man eine Verankerung strafprozessualer Sicherungen bürgerlicher Freiheit in Grundrechtsform für geboten. Strafprozessuale Grundrechte sollten mittels der Einführung des reformierten Strafprozesses mit den Prinzipien der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, richterlichen Unabhängigkeit und der Jury einen wirksamen Schutz gegen obrigkeitliche Repressionen garantieren.³⁰⁶ Die Ende 1848 verabschiedete Grundrechtserklärung wurde später

³⁰⁵ Hierzu und zum folgenden Gall, Fragen, S. 103-154.

³⁰⁶ Zachariae, Gebrechen, S. 84 bezeichnet das Strafverfahrensrecht als angewandtes Verfassungsrecht.

unter geänderter Paragraphenzählung in die Reichsverfassung vom 28. 03. 1849 integriert. Das Schwurgericht wurde verankert in den §§ 143, 179 PaulsKV. Die Reichsverfassung von 1849 trat zwar wegen ihrer Ablehnung durch die Monarchen der Großmächte Preußen und Österreich nie in Kraft. Insbesondere war die Weigerung Friedrich Wilhelms IV. von Preußen, deutscher Kaiser zu werden, entscheidend.³⁰⁷ Die Nationalversammlung hatte ihm die Krone angetragen, nachdem sie zuvor die „kleindeutsche“ Gründung eines deutschen Reichs ohne Österreich beschlossen hatte. Trotz ihrer rechtlichen Irrelevanz hat die Paulskirchenverfassung liberalismus- und verfassungshistorisch eine besondere Stellung. In Sonderheit inspirierte sie ein Jahrhundert später die Weimarer Reichsverfassung und das Grundgesetz – bis in den Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen.

Eine grundsätzliche Debatte über die Jury fand in dem von Liberalen dominierten Plenum der Nationalversammlung gar nicht mehr statt. Eine besondere Rolle spielte dabei noch einmal Mittermaier – er wurde nun endgültig zum uneingeschränkten Befürworter der Schwurgerichte. Am Leitfaden seines Sinneswandels sei den Ereignissen der Paulskirche, soweit sie die Schwurgerichte betreffen, kurz nachgegangen. Mittermaier war im Frühjahr 1848 Präsident der Vorversammlung in Frankfurt am Main gewesen, die sich hauptsächlich aus Mitgliedern der einzelstaatlichen Ständeversammlungen zusammengesetzt hatte und die Nationalversammlung vorbereiten sollte. Mittermaier modifizierte 1848 insgesamt zum dritten Mal in der Schwurgerichtsfrage seine inhaltliche Position.³⁰⁸ Anfangs (1819) hatte er sich für Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Akkusationsprinzip, aber gegen die Jury ausgesprochen.³⁰⁹ 1831 machte er die erste Wende zum zwischenzeitlichen Befürworter der Geschworenengerichte.³¹⁰ 1845 äußerte er sich bekanntlich skeptisch. Wie oben dargelegt wurde, sind diese Sprünge bei genauer Betrachtung deswegen nachvollziehbar, weil Mittermaier eine Reihe von differenzierten Voraussetzungen für seine Beurteilung der Jury aufgestellt hatte. Mit der Veränderung dieser Bedingungen, also z.B. mit wachsender Bildung und zunehmender politischer Reife des Volkes, konnte sich demnach auch seine Grundhaltung zu den Geschworenengerichten wandeln. Außerdem war nach Mittermaiers Ansicht die Ausgestaltung im Detail entscheidend für den rechtlichen und politischen Wert der Jury, so dass seine Haltung von der jeweils konkret diskutierten Form des Schwur-

³⁰⁷ Der König fühlte sich in seinem Legitimitätsdenken abgestoßen von diesem „Hundehalsband, mit dem man mich an die Revolution von 1848 ketten will“ – zitiert nach Nipperdey, Geschichte, S. 660. Gleichwohl hat sie die spätere deutsche Verfassungsentwicklung nachhaltig, z. T. bis in die Formulierung hinein, beeinflusst, insbesondere die WRV und das GG; vgl. beispielsweise Eisenhardt, Rechtsgeschichte, Rdn. 601 und 758.

³⁰⁸ Schulz, Mittermaier, S. 139 f. dokumentiert, dass Mittermaier auch bei anderen Fragen zu überraschenden Kehrtwendungen neigte.

³⁰⁹ Mittermaier, Strafrechtspflege, S. 54 f. Allerdings bewertete er auch damals schon die Idee der Jury grundsätzlich als positiv; vgl. Mittermaier, Prozeß, S. 24 und 30.

³¹⁰ Mittermaier, Strafverfahren, § 40; vgl. auch Mackert, Prozedur, S. 133.

gerichts abhängig war. Gleichwohl liegt die Annahme nahe, dass Mittermaier sich auch von den jeweiligen Zeitumständen und der jeweils überwiegenen Meinung hat beeinflussen lassen: dass es also neben Elementen innerer Überzeugung um Identifikationsprozesse und Kosten-Nutzen-Erwägungen geht. Sein Sinneswandel zwischen 1831 und 1845 erklärt sich wohl daraus, dass Mittermaier schlicht Angst vor Repressionen hatte und sich deshalb lieber etwas bedeckt hielt. Nach einer kurzzeitigen Liberalisierung hatten 1831/ 32 nach revolutionären Unruhen in Frankreich³¹¹ und einigen deutschen Ländern verstärkte Repressionen eingesetzt. Viele Liberale dieser Zeit, auch Mittermaiers Kollege Welcker, gerieten wegen ihrer Forderung nach Geschworenengerichten in Schwierigkeiten. Ein Anhaltspunkt für diese Interpretation von Mittermaiers Verhalten ergibt sich aus der parallel zur Jurydebatte im Vormärz geführten Auseinandersetzung um die Gerichtsöffentlichkeit. Ziel war gerade die mittelbare Gerichtsöffentlichkeit durch die Presse, die durch Zeitungsberichte von Strafprozessen hergestellt werden sollte. Davon versprach man sich eine Kontrolle der Rechtsprechung durch die Bürger. Diese mittelbare Gerichtsöffentlichkeit wurde von den Regierungen besonders gefürchtet. Wer sie forderte, wurde teilweise strafrechtlich verfolgt. Mittermaier, der sich stark für die Prozeßöffentlichkeit engagierte, sprach den entscheidenden Aspekt der mittelbaren Gerichtsöffentlichkeit nie offen an. Nur einmal hielt er sich nicht an seinen Grundsatz; dies geschah in einer besonders freimütigen Debatte der badischen II. Kammer, als er somit die Gefahr der strafrechtlichen Belangung für seine Stellungnahme als gering einstufen durfte.³¹² Er zog es also offenbar vor, sich keinen unnötigen Gefahren auszusetzen. Mittermaiers Beeinflussung durch Angst vor Repressionen zeigt sich auch daran, dass er sich zur Zeit der Karlsbader Beschlüsse schon einmal gegen die Schwurgerichte gewandt hatte. Auch in dieser durch intensive strafrechtliche Verfolgung mißliebiger Oppositioneller gekennzeichneten Zeit erschien es ihm – wie vielen anderen – offenbar sicherer, keine allzu regierungsfeindlichen Forderungen zu erheben.

Den dritten Sinneswandel, durch den Mittermaier endgültig zu einem entschiedenen Befürworter der Schwurgerichtsbarkeit wurde³¹³, vollzog er auf dem Lübecker Germanistentag 1847, den ich schon erwähnte. Die Erörterung der Juryproblematik bildete im Anschluß an Welckers kurz vorher veröffentlichte Artikel im Staatslexikon das Hauptthema.³¹⁴ Mittermaier wird hier zum flammenden Redner für die Jury und macht insbesondere deutlich, dass sie zahlreicher Flankierungen bedarf,

³¹¹ Es handelt sich um die sogenannte Julirevolution; vgl. dazu Langewiesche, Europa, S. 48-54.

³¹² Mittermaier, in: Vhdlg. Baden, H. 12, S. 45 und 50; vgl. auch Haber, ZStW 1979, 625.

³¹³ Seit 1848 tritt er konsequent für die Jury ein; vgl. nur Mittermaier, Gesetzgebung, S. 86.

³¹⁴ Nach der Revolution 1848 entwarf Mittermaier auf der Grundlage seiner neuen Position für Baden ein gemischt englisch-französisches Jurymodell, das 1849, allerdings ohne die von ihm für erforderlich erklärte gleichzeitige vollständige Etablierung eines reformierten Strafprozesses, auch in Kraft trat; vgl. Hahn, Entwicklung, S. 74 f.

um ihren Wert voll entfalten zu können. Darum, und nicht mehr um das „Ob“ der Jury, geht es dann auch, als sich Mittermaier 1848 in der Nationalversammlung wie folgt zu Wort meldet³¹⁵: „Es kommt Alles darauf an, wie Sie die Schwurgerichte bilden und ordnen. Wenn Sie sie so ordnen, dass durch die Höhe des Census für Diejenigen, die auf die Urliste gesetzt werden können, oder durch die Bestimmung, dass nur gewisse Verwaltungsbeamte die Liste reduciren müssen, nur gewisse Leute die Geschworenengerichte bilden können – und Recusation hilft hier nichts – dann haben Sie eben keine Sicherheit, dass Sie Schwurgerichte erhalten, denen man Vertrauen schenkt. Es besteht aber in allen deutschen neueren Preßgesetzen ein wesentlicher Fehler, man hat nämlich auch hier wieder das große Vorbild Englands nicht beachtet.“ Die Befähigung zum Geschworenenamnt darf sich also nicht nach einem Census oder dem Gutdünken von Verwaltungsbeamten richten wie unter Napoleon. Das Rekusationsrecht, wie es in England und Frankreich existierte, war das Recht vor allem des Angeklagten, eine Jury oder einzelne Juroren peremptorisch abzulehnen. Dass ein solches Recht allein wenig half, leuchtet ein. An die Stelle einer abgelehnten Jury müßte schließlich eine neue, auf die gleiche zweifelhaft Weise zustandegekommene treten. Einen direkten Lösungsansatz für das Problem der Zugangsberechtigung und der Listenreduktion nennt Mittermaier nicht. Er verweist jedoch auf „das große Vorbild Englands“.³¹⁶ In England war aufgrund des (als Berechnungsgrundlage herangezogenen) weit ausgedehnten passiven Wahlrechts eine große Anzahl von Bürgern zum Geschworenenamnt zugelassen. Die Reduktion der Listen besorgten von der Regierung unabhängige Sheriffs.³¹⁷ Hiermit wandte sich Mittermaier also von seiner 1845 geäußerten Vorstellung eines Capazitätssystems ab. Andernorts bestätigte er dies ausdrücklich mit dem Zusatz, dass allenfalls ein sehr niedriger Census erforderlich wäre.³¹⁸ Mittermaier sprach sich ferner 1848 für eine Einführung der Schwurgerichte ohne eine Beschränkung auf die Beurteilung von Tatfragen aus, die er stets für nicht von der Rechtsfrage trennbar erachtete. Ich zitiere seine diesbezügliche Stellungnahme noch kurz. Denn sie wird im Schlußkapitel zu einer normativen Kritik an der Erkenntnistheorie des Vormärzliberalismus führen. Mittermaier sagte: „Während in unseren Preßgesetzen überall die Regel ausgesprochen ist, dass die Geschwornen

³¹⁵ Vgl. Mittermaier, in: Wigard, Stenographische Berichte, S. 1610

³¹⁶ Das nordamerikanische System war dem englischen weitgehend nachgebildet; z.T. wurden allerdings selbst die Berufsrichter vom Volk gewählt; vgl. Köstlin, Nichtjuristen, S. 46-52; Landau, Schwurgerichte, S. 245-251.

³¹⁷ Vgl. Schwinge, Kampf, S. 125 f. Für dieses System neben Mittermaier damals auch Gneist, Bildung, S. 107. Sheriffs waren hohe Verwaltungsbeamte mit teilweise richterlicher Funktion. Sie wurden von der Regierung ernannt, bedurften aber gleichzeitig des Vertrauens der Stände.

³¹⁸ Mittermaier in: Vhdlg. Baden 1847/ 48, Beil. Heft 7, S. 40 f. Der Bericht wurde abgegeben am 17. 3. 1848; vgl. auch Mackert, Prozedur, S. 169. Noch heute besteht in England ein niedrigerer Census, um die ohne Entschädigung tätig werdenden Geschworenen finanziell nicht zu sehr zu belasten und um Bestechungsversuchen vorzubeugen; vgl. Benz, Rolle, S. 188 f.

Richter der That sind, ist in England durch eine eigene Parlaments-Acte ... ausgesprochen worden, dass in Preßvergehen die Geschwornen auch Richter des Rechts sind. Die Sache ist bedeutend wegen der Fragestellung. Wenn Sie fragen: Ist der Angeklagte schuldig, den und den Artikel verfaßt, oder ist er schuldig, ihn verbreitet zu haben?, so werden, da es hier nur auf die reine Thatsache ankommt, die Geschwornen ihr Ja aussprechen müssen; werden aber, wie in England, oder wie in dem schwedischen Preßgesetz die Geschwornen ganz ausdrücklich gefragt. Ist der Angeklagte eines Preßvergehens durch die Verfassung und Verbreitung des Artikels schuldig?, dann haben sie den Vortheil, dass hier, wo es darauf ankommt, dass die Volksstimme durch die Geschwornen sich ausspricht, und die feine Grenze zwischen dem Erlaubten und dem Unerlaubten gezogen wird, was durch Niemand besser als durch Geschworne geschehen kann, dann, sage ich, haben Sie den Vortheil, dass Sie ein Urtheil bekommen, das Vertrauen verdient und wohl auch wirklich hat.³¹⁹ Mittermaier will sich also wieder am englischen System orientieren: In England war die Jury bei der Aburteilung von Pressevergehen, die auch in Deutschland eine wichtige Rolle spielten, für Tat- und Rechtsfrage zuständig.³²⁰ Zumindest für derartige Delikte plädiert Mittermaier damit für eine umfassende Zuständigkeit der Juroren. Die Frage wurde letztlich in den Einzelstaaten unter dem revolutionsbedingten Zeitdruck anders entschieden.³²¹ Die oktroyierten Verfassungen und Gesetze der Fürsten schrieben eine Übernahme des rheinisch-französischen Modells fest.

Die Auseinandersetzung um die Schwurgerichte war nach der Märzrevolution zu deren Gunsten entschieden. Obwohl die Paulskirchenverfassung nie in Kraft trat und die revolutionäre Bewegung letztlich niedergeschlagen wurde, führten nach 1848 die meisten deutschen Staaten Schwurgerichte für bestimmte Delikte ein – als Teil eines reformierten Strafprozesses.³²² In der preußischen Verordnung vom 03. Januar 1849 „über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen“ werden z.B. das Schwurgericht sowie das Öffentlichkeits-, Mündlichkeits- und Anklageprinzip, verbunden mit einer besonderen Unparteilichkeitspflicht der Staatsanwaltschaft, wie folgt statuiert:

³¹⁹ Mittermaier, in: Wigard, Stenographische Berichte, S. 1610

³²⁰ Vgl. dazu Biener, Geschworenengericht, § 40.

³²¹ Mittermaier gelang es zwar vor dem Einsetzen der Gegenrevolution noch, eine Mehrheit in der Nationalversammlung von seiner Position zu überzeugen und ein gemischt englisch-französisches Modell auszuarbeiten. In die Paulskirchenverfassung aber wurden die Pläne Mittermaiers nicht übernommen.

³²² In Preußen durch VO vom 3. 1. 1849 über die *Einführung des mündlichen und öffentlichen Gerichtsverfahrens mit Geschworenen in Urteilsachen* (GS 1849, 14 ff.). Bzgl. der anderen Länder vgl. die Auflistung bei Hadding, Schwurgerichte, S. 29; siehe auch Landau, Schwurgerichte, S. 268. In Baden fand der erste Schwurgerichtsprozeß 1849 gegen Struve statt; vgl. Reimann, Hochverratsprozeß, S. 10 ff.

§ 1. Die Gerichte sollen bei der Einleitung und Führung der Untersuchungen wegen einer Gesetzes-
Uebertretung nicht ferner von Amts wegen, sondern nur auf erhobene Anklage einschreiten.

§ 6. Dem Staatsanwalt erlegt sein Amt die Pflicht auf, darüber zu wachen, dass bei dem Strafverfah-
ren den gesetzlichen Vorschriften überall genügt werde. Er hat daher nicht bloß darauf zu achten, dass
kein Schuldiger der Strafe entgehe, sondern auch darauf, dass Niemand schuldlos verfolgt werde.

§ 14. Der Fällung des Urtheils soll bei Strafe der Nichtigkeit ein mündliches öffentliches Verfahren
vor dem erkennenden Gericht vorhergehen, bei welchem der Staatsanwalt und der Angeklagte zu
hören, die Beweisaufnahme vorzunehmen und die Vertheidigung des Angeklagten mündlich zu füh-
ren ist.

§ 60. Die Untersuchung und Entscheidung in Ansehung 1) derjenigen Verbrechen, welche in den
Gesetzen mit einer härteren als dreijährigen Freiheitsstrafe bedroht sind ... 2) der politischen und
Press-Vergehen soll vor einem aus fünf Richtern und einem Gerichtsschreiber bestehenden Gerichte,
unter Zuziehung von Geschworenen als beisitzenden Richtern, erfolgen.

§ 62. Zum Geschworenen kann nur berufen werden: wer die Eigenschaften eines Preussen besitzt, 30
Jahre alt ist, im Vollgenusse der bürgerlichen Rechte sich befindet, lesen und schreiben kann, und
wenigstens ein Jahr in der Gemeinde, in welcher er sich aufhält, seinen Wohnsitz hat.

§ 63. Zu Geschworenen können nicht berufen werden: ... 7) Dienstboten 8) diejenigen, welche 70
Jahre alt sind 9) diejenigen, welche nicht wenigstens jährlich 18 Thlr. an Klassensteuer oder 20 Thlr.
an Grundsteuer ... oder 24 Thlr. an Gewerbesteuer entrichten.

Durch die umfassende Strafprozeßreform nach der Revolution, die meist gleichzei-
tig das Prinzip der freien Beweiswürdigung etablierte, wurde sprunghaft der Wech-
sel von gemeinem Strafprozeß und gesetzlicher Beweistheorie hin zum reformier-
ten Strafprozeß mit Jury und freier Beweiswürdigung vollzogen. Die freie Über-
zeugung des Richters wurde dabei (wie auch später in § 260 RStPO = § 261 StPO)
durch keinerlei Regelbeispiele für Indizien beschränkt. Dies ist vielleicht durch die
intensive und langanhaltende Diskussion, die der Änderung vorausging, zu erklä-
ren. In Preußen vollzog sich die Reform im Grunde sogar mit einem kleinen Über-
gang – denn schon 1846 war in Berlin (!) versuchsweise die freie Beweiswürdi-
gung etabliert worden (aber eben ohne Jury). Nach der Revolution ließ das Interes-
se an der Schwurgerichtsbarkeit dann freilich schnell nach. Anlässlich der Verab-
schiedung der Reichsjustizgesetze 1877 wurde das Gericht immerhin in §§ 79-92
GVG festgeschrieben – auf Drängen der süddeutschen Länder und der über eine
relative Mehrheit im Reichstag verfügenden Liberalen. Die Zuständigkeit für poli-
tische Straftaten wurde allerdings den Berufsrichtern am neugegründeten Reichsge-
richt zugewiesen. Voran ging noch einmal eine heftige Diskussion, in der die be-
kannten Argumente ausgetauscht wurden.³²³ Viele, so z.B. Zachariae, forderten in

³²³ Dazu Hadding, Schwurgerichte, S. 49 f.; Landau, Schwurgerichte, S. 301-303. Gleichzeitig tritt
die RStPO in Kraft, die den reformierten Strafprozeß, der sich seit der Märzrevolution durchgesetzt
hatte, festschreibt; vgl. Schubert/Regge S. 37.

diesem Zusammenhang die Ersetzung der Jury durch Schöffengerichte.³²⁴ Ein Census- und Capazitätssystem sah das GVG übrigens gar nicht mehr vor (§§ 84, 85, 32, 33 GVG). Hier hatte sich unter der Hand eine weitere „Liberalisierung des Liberalismus“ ergeben – in anderen Worten: Das Unparteilichkeitsverständnis hatte sich ausgeweitet. Ich komme darauf gleich in normativer Absicht zurück.

In ihrer klassischen Form wurde die Jury sodann 1924 aus Kostengründen abgeschafft, zumal da die für ihre Einführung ursächlichen verfassungspolitischen Rahmenbedingungen weggefallen waren. Ein weiterer Grund war die zunehmende Kritik an der Trennung von Tat- und Rechtsfragen, die sich mit der Jury (in ihrer französisch-deutschen Variante) verband.³²⁵ Die nominell weiterhin als Schwurgerichte bezeichneten Strafkammern beim Landgericht hatten seitdem nicht mehr zwölf, sondern nur noch sechs 'Geschworene'. In der Sache handelte es sich bei diesen 'Geschworenen' um Schöffen; denn sie entschieden mit drei Berufsrichtern *gemeinsam* alle Fragen und sprachen mit diesen das Urteil. Aufgrund dessen tragen sie seit 1972 die korrekte Bezeichnung Schöffen. Die Bezeichnung Schwurgericht für die Kammer des Landgerichts, die für Kapitalverbrechen zuständig ist, besteht bis heute fort. Sie erinnert an eine Rechtsanstalt, die im Prozeß der Konstitutionalisierung und Demokratisierung Deutschlands eine wichtige Rolle gespielt hat – was auch immer man von ihr inhaltlich halten mag.

³²⁴ Vgl. Zachariae, Schöffengericht, S. 57, 63; zum Ganzen auch S. Mayer, Geschwornengerichte, passim.

³²⁵ Die Diskussion über die Trennbarkeit dauert an; vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, § 53 Rdn. 15-27.

D. Rechtsphilosophische normative Kritik am Vormärzliberalismus – aus der Sicht eines modernen Liberalismus

Die verfassungshistorisch-wissenssoziologische Analyse der Jurydebatte im vormärzlichen Liberalismus hat zweierlei erwiesen: Erstens konnte exemplifiziert werden, dass die *wirtschaftliche* Freiheit im klassischen (Vormärz-)Liberalismus die herausragende Rolle spielte – getragen von einer besitzindividualistischen, das Unparteilichkeitsprinzip relativierenden Grundtendenz. Zweitens konnten die einleitenden handlungstheoretischen Thesen beispielhaft bekräftigt werden, nach denen menschliches Verhalten regelmäßig (a) aus einem Zusammenspiel von ökonomischen, biologischen und kulturellen Faktoren sowie, abstrakter formuliert, (b) aus dem Zusammenwirken von Kosten-Nutzen-Erwägungen, Konformitätsstreben, Vernunftakzeptanz und Gefühlsakzeptanz erklärt werden muß. Die erste Erkenntnis leitet über zu einer normativen Fragestellung, mit der ich die Untersuchung beschließen will: Was ist aus einer modern-liberalen philosophischen Perspektive vom vormärzlichen Denken zu halten, soweit es besitzindividualistisch und unparteilichkeitsrelativierend ist? Vorab sollen zwei andere normative Fragen erörtert werden, auf die die Untersuchung am Rande gestoßen ist: Was ist vom in den Vormärztexten implizierten Verhältnis von Recht, Gerechtigkeit und Politik zu halten? Und was hat es mit der Scheidbarkeit von Tatsachen und Wertungen auf sich, die im Hintergrund der Jurydebatte ebenfalls eine große (ebenfalls implizite) Rolle spielte?

I. Verhältnis von Recht, Gerechtigkeit und „Politik“ – sowie von Tatsachen und Wertungen

Aus der wissenssoziologischen Frage springt das philosophische Problem heraus, ob die erörterten liberalen Denker mit der Feuerbachschen Scheidung „rechtlicher“ und „politischer“ Argumente eine erkenntnistheoretisch überzeugende Differenzierung aufgebaut haben.³²⁶ Die Vormärzdenker unterscheiden im Anschluß an Feuerbach alle zwischen „rechtlichen“ und „politischen“ Argumenten für oder gegen die Jury. Im folgenden geht es darum, ob jene wissenssoziologisch entdeckte Scheidung auch philosophisch gerechtfertigt ist. Die These lautet, dass die Scheidung zumindest begrifflich ungenau und zudem unterkomplex ist. Die Ungenauigkeit betrifft die Termini „Politik“ und „Recht“ gleichermaßen. Als „politisch“ stel-

³²⁶ Das bleibt in der gesamten Sekundärliteratur zur Schwurgerichtsdebatte unproblematisiert; vgl. exemplarisch Kern, *Geschichte*, S. 59; Landau, *Schwurgerichte*, S. 241-243; Schwinge, *Kampf*, S. 142.

len die Protagonisten üblicherweise Argumente vor, die sich auf Erwägungen zur Pressefreiheit, zur politischen Mitbestimmung und zur Gewaltenteilung beziehen. Als „rechtlich“ kennzeichnen sie Argumente, die mit der Gerechtigkeit der Strafgerichtsbarkeit zusammenhängen, also z.B. Argumente zur Beweistheorie, zu drohenden Fehlurteilen oder zur Befähigung von Laien, über die Tat- oder womöglich gar über die Rechtsfragen eines Strafrechtsfalles zu befinden. Es ist jetzt zu zeigen, dass damit eine erhebliche Begriffsverwirrung erzeugt wird. Bündig formuliert zeigt sich, dass die von den analysierten Vormärzautoren verfolgte Scheidung in dieser Form nicht aufrechterhalten werden kann.

Ich muß aber zunächst noch ein anderes Problem der Vormärzautoren herausstellen. Denn seine Aufhellung hängt mit der Frage nach Recht und Politik zusammen – auch wenn im Vormärzliberalismus dieser Zusammenhang wohl gar nicht gesehen wurde. Ich meine die strafrechtliche Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage. Insgesamt scheint bei den Vormärzliberalen das Verhältnis von Tatsachen und Wertungen wenig geklärt zu sein. Dabei geht es zum einen um die generelle erkenntnistheoretische Scheidung beider Ebenen. Zum anderen geht es um die spezielle strafrechtliche Frage, ob sie die normative Interpretation der Straftatbestände (einschließlich der Schuldregeln) von der Erhebung der zugrundeliegenden Subsumtionstatsachen scharf trennen läßt. Der zweite Themenkreis wird jetzt anhand der Diskussion über den Zuständigkeitsbereich der Schwurgerichte erörtert. Es wurde im Vormärz nämlich darüber gestritten, ob die Geschworenen nur über Tat- oder auch über Rechtsfragen richten sollten. Es ging also um die Einführung des Schwurgerichts im engeren oder im weiteren Sinne. Unter Tatfrage verstand man im Anschluß an Feuerbach, dass nur darüber geurteilt werden sollte, ob jemand eine bestimmte tatsächliche Handlung begangen hätte oder nicht. Als Rechtsfrage wurde es dagegen bezeichnet, wenn darüber entschieden werden sollte, ob ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand verwirklicht war. Die scharfe Trennung zwischen der Feststellung einer Handlung und ihrer juristischen Beurteilung war der „altgermanischen“ und auch der englischen Rechtstradition fremd und wurde praktisch erstmals bei der Einrichtung des Schwurgerichts in Frankreich institutionalisiert. Die philosophische Grundlage dieser Unterscheidung lag in Montesquiens Idee der Gewaltenteilung, die den Vorzug des Schwurgerichts gerade in der strengen Trennung der Funktionen zwischen Richtern und Geschworenen erblickt hatte. Die französische Haltung wurde 1818 von der Rheinischen Immediats-Justizkommission und 1820 von Hegel aufgegriffen. Sie sprachen den Laien eine Urteilsfähigkeit nur in bezug auf Tatfragen zu.³²⁷ Sie ignorierten den Initiator der Schwurgerichtsdebatte Feuerbach, der die Möglichkeit einer Unterscheidung 1812 verworfen hatte. Wichtig ist, dass die Problematik in Wirklichkeit viel komplexer als die bloße Kategorisierung 'Tat- oder Rechtsfrage' war. Es ging z.B. darum, ob

³²⁷ Landsberg, RIJK, S. 67; Hegel, Grundlinien, § 227; vgl. auch Landau, Schwurgerichte, S. 251-254.

die Berufsrichter die Beweislage zusammenfassen und erläutern durften, bevor die Geschworenen entschieden (*résumé* oder *summing-up*)³²⁸, und ob die Berufsrichter am Prozeß der Entscheidungsfindung teilhaben durften. Hierauf gehe ich nicht näher ein.

Mittermaier z.B. stellte 1845 fest, dass grundsätzlich sowohl eine Zuständigkeit der Jury für Wahrheitsermittlung von Tatsachen als auch eine für die „Anwendung der Strafgesetze“, also für Rechtsfragen, in Betracht komme. Von der Ausgestaltung der Jury im einen oder anderen Sinne könne auch ihr juristischer Wert abhängen. Mittermaier meint, dass eine sinnvolle Trennung von Tat- und Rechtsfrage letztlich ausscheide.³²⁹ Es weckt bei Mittermaier darum Bedenken, dass die Geschworenen selbst den tatsächlichen Aspekten in komplizierten Fällen nicht gewachsen seien. Er kann sich insoweit auf Feuerbach berufen, der hier ebenfalls Schwierigkeiten gesehen hatte.³³⁰ Mittermaier sieht aber, anders als Feuerbach, einen unaufhebba- ren Widerspruch zwischen der Gefahr von Fehlurteilen durch Laien, die über Rechtsfragen urteilen, und der Unmöglichkeit einer abgetrennten Tatfrage. Der strafrechtliche Wert der Jury bleibt für ihn darum 1845 unklar, *unabhängig* davon, ob die Geschworenen nur über Tatsachen oder auch über das Vorliegen von Straftatbeständen zu entscheiden haben. In der hier interessierenden Hinsicht erhält Mittermaier Unterstützung von Zachariae. Dieser rechnet die „Trennung der sogenannten Thatfrage von der Rechtsfrage“ zu den „unnatürlichen Künsteleien der neueren Rechtspflege“.³³¹ Hierbei bezieht er sich auf eben diese Unterscheidung in Art. 342 des Code d’instruction criminelle, wie er im Rheinland galt, und knüpft damit wie Mittermaier an die Argumentation Feuerbachs an.³³² Er hält die Trennung für unmöglich und erblickt darin ein Argument für seine Ablehnung der Jury.³³³ Welcker dagegen plädiert ohne Eingehen auf die entgegengesetzte Möglichkeit für eine Beschränkung der Jury auf die Tatfrage.³³⁴ Über Tatsachen könne ein Laie aufgrund des gesunden Menschenverstandes sowie seiner „praktische(n) Überzeugung“ und Lebenserfahrung ebenso gut urteilen wie ein Jurist.

Hinter der Frage nach der Scheidbarkeit von Tat- und Rechtsfrage steht letztlich die viel allgemeinere Frage, inwieweit normative und deskriptive Fragen scheidbar sind.³³⁵ Einige Vormärzautoren haben mit den vorstehend zitierten Statements

³²⁸ Dazu Schwinge, Kampf, S. XI-XVIII. Zum *summing-up* Glaser, Schwurgerichtsverfahren, S. 331-374.

³²⁹ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 358, 367 f. und 370.

³³⁰ Feuerbach, Betrachtungen, S. 170.

³³¹ Zachariae, Gebrechen, S. 198, 307.

³³² Feuerbach, Betrachtungen, S. 170.

³³³ Zachariae, Gebrechen, S. 301 f.

³³⁴ Welcker, Jury, S. 761.

³³⁵ Interessant ist, dass die strafrechtliche Debatte (in Geschichte und Gegenwart) offenbar nur die Scheidung von Tat- und Rechtsfrage in Beziehung zu dieser erkenntnistheoretischen Scheidung setzt. An sich gibt nämlich auch die Frage der freien (oder eben durch eine gesetzliche Theorie gebunde-

angedeutet, dass sie eine solche Scheidbarkeit in Zweifel ziehen. Es ist bis heute üblich, eine solche Kritik zu formulieren und dabei ohne jede Differenzierung über die „Scheidbarkeit von Sein und Sollen“ zu streiten. Schon jene unklare Fragestellung führt freilich dazu, dass das Ergebnis kaum überzeugen kann. Ich meine, dass man die Problematik stärker aufspalten muß. Andernorts habe ich dazu gesagt: „Jedenfalls wird heute niemand mehr bestreiten, dass Seins- und Sollenssätze semantische Unterschiede aufweisen. Die Sätze ‚Ich fliege dreimal im Jahr nach Neuseeland‘ und ‚Ich sollte dreimal im Jahr nach Neuseeland fliegen‘ besagen ersichtlich nicht das gleiche. Doch dies ist nur der Einstieg in eine genaue Abschichtung: Soweit es nicht um erfahrungswissenschaftliche Erkenntnisse, sondern vielmehr um normative Theorien z.B. über intergenerationelle ... Gerechtigkeit geht, ist erstens unstrittig (wenngleich selten deutlich ausgesprochen), dass etwa eine Rechtfertigung von Rechten künftiger Menschen natürlich empirische Prämissen verwendet, etwa die, dass Menschen Nahrung benötigen. ... Ebenso eher unproblematisch ist der zweite Fall, dass bei der Subsumtion philosophischer oder rechtlicher Normen die Feststellung der Einschlägigkeit der Normtatbestandsmerkmale nur möglich ist, wenn man auch empirische Feststellungen trifft. ... Interessanter ist schon der dritte Fall (der der Ansicht, alles sei Wertung, traditionell das Stichwort gibt): dass man empirisch-soziologisch das – beispielsweise nicht-nachhaltige – Verhalten von Menschen erklären will, die sich ihrerseits an Normen orientierten. Aber auch dieser Fall muß nicht zu einer Vermischung von Sein und Sollen führen. Denn dann werden Normen als soziale Tatsachen untersucht, ohne dass ich als Untersucher normativ bewerten muß, ob die tatsächlich befolgten Normen gerecht sind oder nicht. So war es mir in meiner Dissertation möglich, die Entstehung von für den Nachhaltigkeitsgedanken problematischen Werten wie Fortschritt, Wachstum, hypostasierter Individualismus, Arbeitsethos und rigide Anthropozentrik in der frühen Neuzeit deskriptiv zu analysieren, ohne selbst eine bestimmte Ansicht über die normative Richtigkeit dieser Werte zu vertreten. Die damaligen sozialen Akteure haben calvinistische bzw. klassisch-liberale Grundhaltungen gelebt und selbst als normativ verbindlich empfunden. Dies kann aber beschrieben werden, ohne sich jene Haltungen zu eigen zu machen oder sich umgekehrt gegen sie zu positionieren. Erst die Frage nach der Richtigkeit/ Gerechtigkeit z.B. des Liberalismus ist eine normative Frage. Zutreffend ist zwar, dass Tatsachenerhebungen nur unter Anbringung eines theoretischen Hypothesenrahmens möglich sind. Das widerlegt jedoch die Sein-Sollen-Scheidung nicht: Erfahrungswissenschaftliche Theorien sind ja keine Dogmen. Vielmehr dienen sie nur der Hypothesenformulierung und werden bei Falsifizierung durch empirische Beobachtungen tendenziell abgeändert. Dass Menschen z.B. aus unterschiedlichen

nen) Beweiswürdigung Anlaß zu fragen, welchen Charakter „Tatsachen“ denn eigentlich haben. Ist eine Tatsache nur das, was jemand mit den eigenen Augen gesehen hat? Oder können sich Tatsachen auch durch logische, auf theoretischen Prämissen beruhende Schlüsse ergeben? usw.

(kulturellen, biologischen usw.) Antrieben heraus handeln, ist nicht einfach eine Wertung des Beobachters, sondern läßt sich anhand empirischer Befunde klären – es ist also eine erfahrungswissenschaftliche Theorie (genauer: eine Handlungstheorie). Auch die *Sprachgebundenheit* von Tatsachen ändert daran im Bereich der Erfahrungswissenschaften prima facie wenig, zumindest bei hinreichend präziser und detaillierter Formulierung. Die Einwände aus der *Subjektgebundenheit* von Tatsachenerkenntnissen (viele halten die Realität nur noch für subjektive „Konstruktion“) und aus dem unklaren *Wahrheitsbegriff* („wann ist eine Tatsachenbehauptung verifiziert?“) sind schon gewichtiger.³³⁶ Auch diese Einwände hoffe ich allerdings andernorts widerlegt zu haben.³³⁷ Damit ist klar, dass das pauschale Bestreiten der Scheidbarkeit von Tatsachen und Wertungen nicht überzeugend ist. Auch im Strafrecht geht es zum einen um Entscheidungstatsachen; das ist eine deskriptive Frage. Zum anderen geht es um die Auslegung von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen; das ist eine normative Frage. Denn die Interpretation von Rechtstexten geht notwendig wertend vor sich. Dies hängt vor allem mit der Denkbarkeit teleologischer und verfassungskonformer Auslegungen zusammen – die auch bei der Anwendung der simpelsten und scheinbar kleinsten Gesetzesvorschrift stets erwogen werden muß.³³⁸

Wenn man die Sein-Sollen-Scheidung in dieser Weise durchführt, erschließt sich auch das Verhältnis von Recht und Politik klarer. Denn parallel zu dieser Scheidung drängt sich eine Scheidung von Ziel, konfligierender Zielabwägung und Mittel auf. Die ersten beiden Ebenen sind dabei normativ, die letztere deskriptiv. Das hat schon Max Weber breit herausgearbeitet. Beispiel: Ob man das Ziel Klimaschutz verfolgen sollte, ist eine normative Frage. Nach dem zum normativen modernen Liberalismus Gesagten ist sie auch nicht beliebig, sondern mit Gründen entscheidbar. Ebenso ist die Abwägung mit dem kollidierenden Ziel Wirtschaftswachstum normativ. Deskriptiv entscheidbar ist dagegen die Frage, ob eine stärkere Energiebesteuerung dieses Ziel effektiv umsetzt oder nicht. Jene deskriptive Frage ist der eigentliche Gegenstand von Politik. Die Frage nach Zielen und Zielabwägungen ist dagegen eine politisch-philosophische sowie eine verfassungsrechtliche.

Das einfache Recht, also z.B. das Strafrecht oder das Verwaltungsrecht, ist nun einerseits Steuerungsmittel. Andererseits ist es dabei Ausdruck von Gerechtigkeits-erwägungen, also von normativ gerechtfertigten Zielen und ihrer Abwägung untereinander. Die Vormärzliberalen erwecken dagegen durch das Nebeneinander zweier Kategorien den Anschein, „Recht“ und „Politik“ seien zwei voneinander unabhängige soziale Phänomene. Doch dies ist schon auf einer ganz banalen Ebene

³³⁶ Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A. (siehe auch a.a.O. § 6 A. IV. 2.) – dort auch mit ausführlichen Fußnoten.

³³⁷ Vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 6 A. IV. 2.

³³⁸ Im einzelnen dazu Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 4 B. und § 7 B.

irrig. Das Recht ist einerseits Mittel und andererseits Grenze der Politik: Denn politischer Wille wird in einem Rechtsstaat (und auf diesen beziehen sich die Vormärzliberalen ja in ihren Vorstellungen) nur in Rechtsform allgemeinverbindlich – und umgekehrt erlegt das Recht dem politischen Handeln Schranken auf, nämlich in Gestalt des Verfassungsrechts. Worum geht es zunächst bei Fragen der Pressefreiheit, der politischen Mitbestimmung und der Gewaltenteilung? Es geht dabei um Fragen der „Verfassungspolitik“, genauer: des Verfassungsrechts. Jene Grundsätze mögen im Vormärz noch nicht verfassungspositiv festgeschrieben gewesen sein, weswegen die Rede von „Verfassungspolitik“ vielleicht noch möglich wäre. Aber ein stringenter Gegensatz zu „rechtlichen“ Erwägungen ist auch dann nicht herstellbar. Denn worum geht es bei einem gerechten Strafurteil? Letztlich um den Gerechtigkeitsgedanken und damit um das Rechtsstaatsprinzip. Damit hat das Recht – sowohl das einfache als auch das Verfassungsrecht – einen eigenartigen Doppelstatus, der sich nicht mit einer pauschalen Gegenüberstellung von „Recht“ und „Politik“ erfassen läßt.³³⁹

II. Freiheit ohne Volksrichter – Unparteilichkeit ohne Einschränkungen – Grundrechte ohne Besitzindividualismus

Neben den beiden diskutierten methodologischen (theoretisch-philosophischen) Fragestellungen nach Recht, Politik und Gerechtigkeit sowie nach Tatsachen und Wertungen entsteht in Auseinandersetzung mit dem vormärzlichen deutschen Liberalismus aber auch eine umfassende praktisch-philosophische Problematik. Sie kulminiert in der Frage: Ist der klassische besitzindividualistische Liberalismus aus normativer Sicht überzeugend? Dabei soll hier nicht (wie häufig bei Historikern) formal eine Bewertung „aus damaliger Sicht“ und eine „aus heutiger Sicht“ gegeneinander abgesetzt werden. Mir ist bis heute nicht ganz klar, was mit jener Scheidung überhaupt gemeint ist. Soll eine reine Beschreibung und systematische Einordnung in den Geschichtsverlauf vorgenommen werden, hat dies von vornherein nichts mit einer Wertung zu tun (diese Perspektive wurde in Kapitel C. eingenommen). Ich habe ja soeben darauf hingewiesen, dass die Feststellung von Tatsachen, auch von historischen, im Grundsatz etwas Wertungsfreies ist. Die gegenteilige Behauptung der oft „globalhermeneutisch“ orientierten Historiker ist unzutreffend.³⁴⁰ Zutreffend ist vielmehr die (schon bekannte) schlichte Scheidung von verfassungshistorisch-wissenssoziologischer Tatsachenermittlung und praktisch-philosophischer Bewertung. Es bleibt bei Historikern, die eine „alte“ und eine „aktuelle“ Bewertung auseinanderhalten wollen, kurioserweise meist für beide Ebenen

³³⁹ Den gesamten Zusammenhang, den ich hier nur kurz erörtern konnte, findet man eingehend abgehandelt bei Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A., § 4 B. und § 7 B.

³⁴⁰ Im einzelnen zur Kritik daran Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 1 C.

völlig unklar, woher sie ihre Bewertungsmaßstäbe beziehen. Mit anderen Worten: Sie werden zu praktischen Philosophen, ohne auch nur einen Satz über die normative Begründung ihrer Prinzipien zu verlieren, an denen sie das Handeln der historischen Akteure messen. Das klingt dann etwa so: „Für die damalige Zeit waren die Vormärzliberalen schon ganz schön fortschrittlich, aber aus unserer heutigen Sicht gehen sie natürlich nicht weit genug.“ Bei entsprechenden Aussagen erfahre man gerne, wo die Begründung der „heutigen Sicht“ normativ zu suchen ist. Die gleiche Frage drängt sich einem hinsichtlich der „historischen Sicht“ auf. Ferner: Welchen Gewinn sollte eine Bewertung „aus der historischen Perspektive“ bringen? Die praktische Philosophie interessiert sich für eine aktuelle Bewertung aktueller Probleme – welches Interesse sollte an einer rückwirkenden historischen Bewertung „aus der Zeit heraus“ bestehen?³⁴¹ Die damit zu verwerfende, unter Historikern ungemein populäre Scheidung ist wohl nur vor dem Hintergrund der Hegelschen Philosophie zu verstehen: Sie impliziert, dass es für unterschiedliche Zeitalter unterschiedliche Richtigkeitsvorstellungen geben darf. Ich habe schon angedeutet, dass die Hegelsche Philosophie im wesentlichen gescheitert sein dürfte; andernorts habe ich das näher dargelegt.³⁴² Wohlgedenkt: Ich spreche hier nur davon, dass *normativ* nicht „unterschiedliche Gerechtigkeitskonzepte“ für unterschiedliche Zeiten geboten erscheinen. Ich sage nicht, dass nicht *faktisch* unterschiedliche Konzepte existieren – nur sind eben vielleicht einige dieser Konzepte falsch! Also: Natürlich gab es im Mittelalter Strafen, die heute nicht mehr existieren. Ich sehe mich jedoch nicht in der Lage, das öffentliche Verbrennen, Vierteilen, Rädern oder Ausdärmen für das Mittelalter als sozialadäquate Strafe zu betrachten, für heute dagegen zu kritisieren. Von meiner diskursrationalen Begründung einer gerechten Grundordnung her ist eine solche Perspektive wohl unhintergebar.³⁴³

Demgemäß soll hier nur interessieren, ob die verfassungshistorisch festgestellten und wissenssoziologisch analysierten Vorstellungen der vormärzlichen Liberalen von einer gerechten Grundordnung normativ gerechtfertigt sind. Wie gezeigt, ist der normative Maßstab ein liberal-rationalistisches (diskursrationales) Verständnis einer gerechten Grundordnung. Ich habe oben angedeutet, warum ich einen solchen Maßstab für unhintergebar halte – nicht etwa als kulturelles Faktum, sondern als transzendental gerechtfertigtes System elementarer Prinzipien: nämlich normative Vernunft, Würde, Unparteilichkeit und Freiheit. Dies sind die liberalen Grundprinzipien. Ihre Verknüpfung und Begründung habe ich oben (erheblich) verändert, verglichen mit dem kantianischen „Original“. Ich will jetzt kurz darauf hinweisen,

³⁴¹ Was soll z.B. die Frage: „Durfte Brutus Cäsar umbringen?“ Man kann heute die Frage nach der Zulässigkeit des Tyrannenmordes stellen. Aber eine davon abgesonderte Beurteilung aus der Zeit heraus ist sinnlos – es sei denn, man legt ein kontextualistisches Begründungsmodell zugrunde, welches jedoch unhaltbar ist; vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 B.

³⁴² Vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 B.

³⁴³ Auch wenn einzelne Diskursethiker (wie Jürgen Habermas) durchaus kontextualistische Züge in ihre Theoriegebäude integrieren.

dass auch ihr Inhalt nicht auf dem Niveau des Vormärz stehenbleiben darf – zumindest was die Prinzipien der Freiheit und der Unparteilichkeit angeht. Es geht also darum zu zeigen, dass die Vormärzliberalen mit ihren eigenen Prinzipien letztlich inkonsistent umgegangen sind.

Der erste normative Kritikpunkt am Vormärzliberalismus ist sein beschränktes Verständnis von Unparteilichkeit. Dass sich die Gerechtigkeit einer Grundordnung vor allem in ihrer Unparteilichkeit im Sinne von Distanz gegenüber den konfligierenden Bürgerinteressen manifestiert, hat in Kants kategorischem Imperativ eine epochale Ausprägung gefunden. Diskursrational würde man heute formulieren, dass eine Grundordnung nur dann gerecht sein kann, wenn man ihr unabhängig von der eigenen Sonderperspektive zustimmen kann – wenn also m.a.W. aus einer Perspektive, die nicht an ein einzelnes Individuum gebunden ist, gute Gründe für die Richtigkeit genau jener Grundordnung bestehen. Bei Kant selbst, aber auch bei den Vormärzliberalen ging man mit der Unparteilichkeit freilich wenig konsequent um: Unparteilichkeit gegenüber Dienstboten, Frauen oder sonst ökonomisch Unselbständigen war offenbar nicht geboten. Demgemäß waren die Freiheitsrechte und die demokratische Mitbestimmung – und deshalb auch die Fähigkeit, Geschworener zu sein – offenbar auf wirtschaftlich selbständige Hausväter beschränkt. Hier sind traditionalistische Ansichten, die gerade keiner diskursiv-rationalen Überprüfung zugeführt wurden, in den klassischen Liberalismus eingegangen. Normativ sind sie unhaltbar.

Der zweite normative Kritikpunkt zielt auf den Besitzindividualismus der Vormärzliberalen. Freiheit war für den Liberalismus des 19. Jahrhunderts (und schon für Locke und z.T. auch Kant) offenbar ganz vorrangig wirtschaftliche Freiheit. Freiheit war also Abwesenheit von staatlicher Beeinflussung der eigenen ökonomischen Entfaltung. Ich meine, dass ein solches Freiheitsverständnis – wenn man die Prinzipien der Vernunft, Würde und Unparteilichkeit konsequent anwendet – unhaltbar ist. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Grundordnung, die nicht nur für wirtschaftlich Tätige adäquat sein soll, von vornherein Freiheit primär ökonomisch verstehen soll. Ich habe andernorts statt dieser altliberalen Verkürzung, die bis heute in die Verfassungsinterpretation (weniger dagegen in die moderne liberale Philosophie³⁴⁴) hineinreicht, ein neues Verständnis von Freiheit vorgeschlagen. Es versteht sich als konsequente Anwendung der Prinzipien Vernunft, Würde und Unparteilichkeit. In diesem Sinne erweitert es, bei gleichzeitiger Ablehnung paternalistischer Freiheitsbeschränkungen, das klassisch-liberale Freiheitsprinzip als Gebot der Abwesenheit staatlichen Zwangs (im Gegensatz zur deskriptiven Willensfreiheit als Befähigung zur Reflexion von Einflüssen)

- zunächst einmal durch die Ausweitung hin zu Freiheit als Prinzip, die auch staatliche Zwänge durch Gewährenlassen anderer erfaßt, und durch

³⁴⁴ Allerdings verfügen z.B. weder Rawls noch Habermas über einen klaren Freiheitsbegriff. Gleichwohl wird deutlich, dass sie Freiheit nicht überwiegend ökonomisch verstehen.

- die Inklusion elementarer Freiheitsvoraussetzungen in den Freiheitsbegriff,
- „Freiheit durch Gesetz“,
- das Junktum von Freiheit und Handlungsfolgenverantwortlichkeit und
- die strikte wechselseitige, aber *rein* wechselseitige Begrenzung der Freiheit nur in der Freiheit und ihren Voraussetzungen (nicht aber in einem diffusen Gemeinwohl, einem „Schutz vor sich selbst“, ökozentrischen Belangen oder Belangen des „guten Lebens“).³⁴⁵

Hier fehlt der Raum, um die Plausibilität eines sohin ausdifferenzierten Verständnisses von Freiheit im einzelnen zu belegen. Ganz generell geht es um einen Freiheitsbegriff, der unterschiedlichen Lebensformen und Lebensplänen gleichermaßen gerecht wird – und der dafür sorgt, dass die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen wirklich zum Ausgleich gebracht werden kann. Dies schließt es ein, dafür zu sorgen, dass bestimmte Bedingungen von Freiheit erhalten bleiben – und dass jeder nicht nur die Vorteile, sondern auch die Nachteile seiner frei gewählten Handlungen trägt. Ebenso wichtig ist es, die ständigen Freiheitskollisionen, die menschliche Handlungen eben mit sich bringen, nicht länger zu camouflieren – gleichzeitig aber den Schutz der Freiheit vor „beliebigen“ Einschränkungen zu stärken.

Mein dritter normativer Kritikpunkt am Vormärzliberalismus zielt direkt auf die Jurydebatte. Er lautet, dass die Freiheitssicherung durch Volksrichter letztlich wenig erfolgversprechend ist. Ich bezweifle, dass die Schwurgerichtsbarkeit wirklich ein geeignetes Instrument des Freiheitsschutzes ist. Selbstverständlich muß zur Wahrung möglicher Rationalität und Unparteilichkeit staatlicher Entscheidungen eine Teilung der Staatsgewalt stattfinden. Vor allem liegt darin der bestmögliche Freiheitsschutz: Denn auch ein Parlament kann Unrecht tun. Darum bedarf es z.B. einer Gewaltbalance von Parlament und Verfassungsgericht.³⁴⁶ Die Debatte um die Schwurgerichte hat die große Bedeutung von richterlicher Unabhängigkeit und Gewaltenteilung für die Herstellung rechtsstaatlicher Verhältnisse in Erinnerung gerufen. Diese Prinzipien sah man im 19. Jahrhundert am besten durch Geschworene verwirklicht. Es wird aber noch heute gelegentlich über die Wiedereinführung der Jury nachgedacht.³⁴⁷ Trotzdem bezweifle ich, ob die mit den Geschworenen verbundene „Demokratisierung“ der Dritten Gewalt wirklich einer ausgewogenen Gewaltbalance dienlich ist:

Die Jury verringert zwar die Verantwortungslast der einzelnen Richter und Schöffen und verteilt sie auf eine größere Zahl von Schultern. Deshalb und aus den bekannten anderen Gründen forderten SPD und KPD nach 1924 zunächst hartnäckig

³⁴⁵ Philosophisch und verfassungsrechtlich fundiert bei Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 2 A. und § 5 A.

³⁴⁶ Vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit*, § 5 A. V. 2. und § 6 A. III. 1.

³⁴⁷ Abgesehen vom anglo-amerikanischen Rechtskreis gibt es 'echte' Schwurgerichte heute nur in Dänemark, Österreich und der Schweiz; vgl. Benz, *Rolle*, S. 187.

die Wiedereinführung des Schwurgerichts. Jedoch ist die Gefahr von Fehlurteilen durch Laien, die weder mit einer professionellen Tatsachenerhebung noch mit der Auslegung rechtlicher Normen vertraut sind, evident – wo doch schon die Tatsachenbeurteilung durch leidenschaftliche, von aktuellen politischen Ereignissen beeinflusste oder gleichgültige Geschworene getrübt sein kann.³⁴⁸ Zu bedenken ist auch der Kostenfaktor. Schließlich sichern Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens auch ohne Jury die Publizität und Vertrauenswürdigkeit der Rechtspflege. Diese beiden Prozeßmaximen und noch mehr die verfassungsrechtlich in Art. 92, 97, 20 Abs. 2 und 3 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit und Gewaltenteilung bieten, ergänzt durch Art. 101 Abs. 1 GG, einen wirksamen Willkürschutz.

Für die Geschworenengerichte spricht dagegen ein historischer Gesichtspunkt. Jedes autoritäre Regime im Europa des 20. Jahrhunderts, das sich bei seiner Machtübernahme mit der Existenz von Schwurgerichten konfrontiert sah, beeilte sich, diese schleunigst abzuschaffen.³⁴⁹ Die Jury lehrt also die Mächtigen das Fürchten. Auch ein demokratietheoretischer Gesichtspunkt läßt sich anführen: Das Demokratiegebot aus Art. 20 I GG ist am schwächsten verwirklicht im Bereich der dritten Gewalt. Im Gegensatz zu Parlament und Regierung entzieht sich die Justiz weitgehend einer öffentlichen Kontrolle: Sprache, Begrifflichkeit und logisch-systematische Argumentation richten in der geistigen Nachfolge Savignys hohe Hürden auf für eine Überprüfung durch Außenstehende. Tagtäglich ergehen *im Namen des Volkes* unzählige juristische Entscheidungen, die das Leben der Gesellschaft ähnlich wie die Tätigkeit von Legislative und Exekutive steuern und beeinflussen. Denn die Genese von Recht ist (durch die massiven wertenden Elemente der Rechtsdogmatik) letztlich weder normativ noch faktisch eine rein gesetzgeberische, sondern auch eine judikativische Angelegenheit.³⁵⁰ Anknüpfend an Welcker ließe sich durch Geschworenengerichte vielleicht ein breiteres Verständnis dieser Entscheidungen und überhaupt rechtlicher Zusammenhänge sowie eine breitere Partizipation des Volkes an der dritten Gewalt verwirklichen. Diesen Gedanken hat schon Montesquieu für wichtig gehalten. Andererseits besteht aufgrund der Wirksamkeit der Grundsätze des reformierten Strafprozesses auch ohne Schwurgerichte heute ein effektiver Freiheitsschutz. Wie hart das reformierte Strafverfahren erkämpft werden mußte und welch überragender Stellenwert ihm zukommt, kann man sich anhand der Debatte um die Jury verdeutlichen. Außerdem können die Vorteile der Laienbeteiligung - Demokratiegedanke, Kontrolle der Richter, Rechtserziehung, Praxisbezogenheit der Laien - auch mit einem Schöffengericht verwirklicht werden. Außerdem ist bei Schöffengerichten die Gefahr von Fehlurteilen geringer als bei Geschworenengerichten, weil Berufsjuristen und Laien gemeinsam

³⁴⁸ So schon Mittermaier, Mündlichkeit, S. 386; Baur, Laienrichter, S. 49 f.; Benz, Rolle, S. 134.

³⁴⁹ Vgl. die Übersicht bei Hadding, Schwurgerichte, S. 105 f.

³⁵⁰ Vgl. zur gewaltenteiligen Rechtssetzung Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 4 B.

urteilen. Entscheidend dafür, dass die Wiedereinführung von Schwurgerichten nicht erforderlich erscheint, ist aber, dass die Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG (Zensurverbot) heute einen äußerst wirksamen Freiheitsschutz gewährleisten. Eine politische Verfolgung von Bürgern durch Justizorgane ist daher kaum zu erwarten. Dies ist im Bereich der Pressefreiheit nicht zuletzt Carl Theodor Welcker zu verdanken, der in breiten Volkskreisen das Bewußtsein für die Bedeutung dieses Menschenrechts geweckt und unermüdlich für seine Durchsetzung gestritten hat. Auch die rechtsstaatlichen Garantien haben heute gerade im Prozeßrecht auch ohne Jury ein nie gekanntes Ausmaß erreicht. Dieses Ausmaß ist m.E. durch Geschworene nicht nur nicht zu steigern – es würde durch sie, eingedenk der geschilderten Probleme, vielmehr in Frage gestellt. Ganz generell ist der liberal-demokratische Rechtsstaat eine Form weiser Selbstbeschränkung seiner Bürger: Die Herausnahme bestimmter Fragen aus dem politischen Tagesgeschäft und ihre Institutionalisierung in Form von bindenden Grundrechten führt nämlich nicht nur zu einer besonders effektiven Sicherung bestimmter Belange. Deshalb ist es außerordentlich begrüßenswert, dass unser aller Freiheit nicht bedingungslos zur Disposition irgendeiner Mehrheit steht. Genau dies würde aber – durch die Hintertür – wieder drohen, wenn man die Rechtspflege im strengen Sinne demokratisiert. Zudem, und das wird gern übersehen, sind ja auch die Berufsrichter demokratisch rückgebunden: Denn sie stehen erstens in einer Legitimationskette zu den Volksvertretern. Und zweitens könnte das Parlament, wenn es denn wollte, die Zuständigkeiten z.B. des Verfassungsgerichts ja durchaus einschränken. Deshalb kann man nicht sagen, dass Berufsrichter volksenthobene platonische Philosophenkönige wären – einmal abgesehen davon, dass ihre primäre Aufgabe ohnehin die Anwendung der Gesetze ist, die ja die Mehrheit beschlossen hat.

Mit dieser dreifachen normativen Kritik soll der Verdienst des Vormärzliberalismus nicht ernstlich geschmälert werden. Die Liberalen Feuerbach, Mittermaier, Zachariae und Welcker haben mit ihrer Forderung nach einem reformierten Kriminalprozeß das Strafverfahren bis hin zur heutigen StPO entscheidend geprägt. Dabei haben sowohl ihre juristischen Ausführungen als auch ihre verfassungspolitische Fundierung bleibende Bedeutung. Sie haben zur Überwindung des Inquisitionsprozesses und zur Etablierung von freier Beweiswürdigung, Indizienbeweis, Akkusationsprinzip sowie der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens entscheidend beigetragen.³⁵¹ Unverkennbar zentral ist dagegen der Beitrag klassisch-liberaler Denker wie Rotteck und Welcker zur Entstehung des freiheitlich-

³⁵¹ Nachwirkungen der Schwurgerichtsbarkeit dokumentieren sich offenbar noch heute im Instanzenzug: Der Umstand, dass gegen Landgerichtsurteile keine Berufung, sondern nur die Revision zum BGH eröffnet ist (§ 337 StPO), geht vielleicht *auch* darauf zurück, dass die Kapitalverbrechen früher von Geschworenen abgeurteilt wurden. Bei Schwurgerichten, die ja keine Entscheidungsgründe geben, hielt man eine erneute Sachaufklärung für unmöglich.

demokratischen Verfassungsstaates mit seiner Balance von Freiheitsrechten und ihren institutionellen Sicherungen einerseits und der Demokratie andererseits. „Die neuere Forschung hat von den Liberalen vielfach ein zu negatives, von den Demokraten hingegen oft ein zu positives Bild vermittelt. Die Liberalen waren weniger ständestaatlich orientiert, weniger parteienfeindlich, weniger parlamentarismuskritisch, weniger demokratischeskeptisch und antiegalitär, als ihnen weithin nachgesagt wird. Hingegen huldigten die (radikalen) Demokraten in einem solchen Maße utopischen Vorstellungen, brachten sie mehrheitlich dem konstitutionellen Formenwerk so geringes Verständnis entgegen, waren sie so sehr von einem anthropologischen, sozial-ökonomischen und pädagogischen Optimismus geprägt ... Zumindest die radikale Gruppe der Demokraten war geistig weit von der Synthese des demokratischen Verfassungsstaates entfernt. ... Dieses Verdienst kommt weit eher den gemäßigten Liberalen Rotteck-Welckerscher Prägung zu, deren zentrale verfassungspolitische Vorstellungen von bleibender Bedeutung sind und das Rückgrat des demokratischen Verfassungsstaates bilden.“³⁵² Es heißt oft, die Freiheit und die Demokratie wären in Deutschland weniger fest verankert als etwa in Großbritannien, Frankreich oder den USA. Gerade im Grundrechtsschutz und anhand der weitgehenden Absicherung des Rechtsstaates offenbart sich aber, wie viel auf dem steinigem Weg seit dem Vormärz letztlich doch erreicht worden ist. Dies ist auch der Jury und der Diskussion um diese Einrichtung zu verdanken. Der Kampf um sie und ihre zeitweilige Existenz haben eine wichtige Rolle gespielt bei der Etablierung des heutigen Grundrechtsverständnisses. Die Schwurgerichte und die Debatte um diese Institution markieren einen bedeutsamen Schritt auf dem Weg zur dauerhaften staatlichen, fast alle politischen Strömungen übergreifenden Anerkennung der Freiheit des Menschen.

³⁵² Backes, Liberalismus, S. 505 f.

Calvinistisches Denken – eine verfassungs- und philosophiehistorische Wurzel der liberalen Grundrechtsidee?³⁵³

In der vorstehenden Abhandlung wurde am Beispiel eines wichtigen Abschnitts der Verfassungsgeschichte die Genese liberaler Ideen beleuchtet und zur Gewinnung handlungstheoretischer Einsichten fruchtbar gemacht. Als Zentrum liberalen Denkens wurden die Grundrechte herausgestellt. Man kann jetzt aber fragen: Wie genau wurden die Grundrechte liberales Gedankengut – und sind sie überhaupt genuin liberal? Diese Frage soll im folgenden (z.T. in Absetzung von einer älteren Ausarbeitung zum selben Thema³⁵⁴) erörtert werden. Dabei sind zur besseren Verdeutlichung gewisse Überschneidungen mit der vorstehenden Untersuchung in Kauf zu nehmen.

I. Die Grundrechtsidee – Richtigkeit versus faktische Hintergründe

Die moderne Grundrechtskonzeption liberal-demokratischer Verfassungsstaaten behauptet universale gleiche Freiheitsrechte, die der Staatsgewalt feste und bindende Schranken setzen. Freiheit meint hier im Grundsatz die *Abwesenheit von (staatlichem) Zwang*.³⁵⁵ In der Kantschen Tradition, dem Höhepunkt des klassischen philosophischen Liberalismus, wird das Recht der Bürger auf gleiche Freiheit aus dem Menschenwürdeprinzip gefolgert – also aus dem *universalen Respekt vor dem autonomen Individuum* (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 GG: „darum“). Die Würde ihrerseits betrachtet *Kant* als in der menschlichen Vernunftfähigkeit substanzial vorgegebenes Prinzip; ebenso fundiert er den kategorischen Imperativ als zweites freiheitstragendes Prinzip. Auch wenn das in der Jurisprudenz oft unbemerkt bleibt, war indes die Kantsche Verknüpfung von Vernunft und Würde und damit die Rechtfertigung des liberal-demokratischen Staates nie wirklich konsistent.

³⁵³ Diese Abhandlung folgt ihrer eigenen Fußnotenverweisung und integriert im Gegensatz zur Hauptabhandlung die Literaturnachweise in den Text.

³⁵⁴ Ausführlicher zu dieser Thematik Ekardt, Steuerungsdefizite im Umweltrecht – Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht, 2001, §§ 14, 18 (dort auch ausführlichere Literaturnachweise). Ich habe freilich den Eindruck, daß ich dort den calvinistischen Einfluß vielleicht noch etwas übertrieben habe. Unabhängig davon weise ich für diese Monographie ebenso wie für den vorliegenden Beitrag auf folgendes hin: *Es wird keine These von einer Monokausalität aufgestellt!* Das muß so deutlich gesagt werden, weil handlungstheoretische Thesen fast gewohnheitsmäßig so mißverstanden werden (man denke nur an die Kritiker Webers und Jellineks).

³⁵⁵ Es kann hier dahinstehen, daß ich – wie in der ersten Abhandlung kurz angesprochen – philosophisch und verfassungsinterpretativ das Freiheitsprinzip stärker ausdifferenzieren würde als der klassische Liberalismus; vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit: Grundrechtliche, philosophische und steuerungstheoretische Elemente eines modernen Liberalismus – und einer Theorie der Nachhaltigkeit, 2003, § 2 und § 5 A. (dort auch ausführliche Kritik an – und Nachweise zu – den verschiedenen verfassungsrechtlichen und philosophischen Gegenpositionen).

Noch weniger war es John Lockes Lehre, die qua Natur Freiheitsrechte des Menschen als Menschen behauptete. Gleichwohl meine ich, daß sich eine überzeugende normative philosophische Begründung der Grundrechte geben läßt. Man verwende die alten Kantschen Topoi Vernunft/ Würde/ Unparteilichkeit/ Freiheit, setze sie aber erstmals in systematisch überzeugender und dann wirklich unhintergehbare Weise zusammen³⁵⁶: Freiheit ist normativ richtig um der Würde und der Unparteilichkeit der Grundordnung willen. Würde und Unparteilichkeit der Grundordnung wiederum sind richtig, weil sie, sobald Menschen einmal beginnen, mit Gründen über Gerechtigkeit zu streiten, alternativlos sind (will man nicht inkonsequent sein). Dies hängt mit der Unbegründbarkeit sowie inneren Inkonsistenz aller anderen Gerechtigkeitskonzepte zusammen³⁵⁷ – seien sie altkantianisch, kontextualistisch-traditionalistisch, metaphysisch-spekulativ oder einfach gerechtigkeits-skeptisch. Vor allem aber ergibt es sich aus der Charakteristik von Gründen, die etwas auf freies Überzeugen aktueller und potentieller Mitdiskutanten Angelegtes sind.³⁵⁸ Übrigens läßt sich anhand des Würde- und Unparteilichkeitsprinzips auch zeigen, daß eine gerechte Gesellschaft demokratisch verfaßt sein muß.³⁵⁹ Dies alles meint aber nur die normative Frage danach, ob Freiheitsrechte *richtig* und gerecht (also im normativen Sinne gut begründbar) sind.³⁶⁰ *Eine ganz andere Frage ist jedoch, was die Menschen der frühen Neuzeit faktisch dazu gebracht hat, die Freiheitsrechte durchzusetzen. Der vorliegende Beitrag fragt nach diesen fakti-*

³⁵⁶ Dies wird im einzelnen gezeigt bei Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), §§ 3, 5 (wo ich auch die Möglichkeit einer zur modernen liberalen Philosophie parallelen Verfassungsinterpretation nachzuweisen suche); teilweise ähnlich ist der Ansatz von Alexy, Recht – Vernunft – Diskurs, 1995, S. 127 ff.; zumindest in den Grundintentionen ähnlich ferner Nagel, Das letzte Wort, 1999 und Illies, ZPhilF 2003, 233 (235 ff.).

³⁵⁷ Ich ziele damit *nicht* auf eine konventionelle diskursethische Begründung liberal-demokratischer Verfassungen, sondern auf eine Neuauflage modern-liberalen Denkens, die bestimmte Fehlkonstruktionen diskursethischer Ansätze von Habermas bis Alexy vermeidet; vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 2 A. III.: Einerseits versuche ich bestimmte zweifelhafte Ausgangspunkte klassischer Diskurstheorien zu vermeiden (Sprache als Verständigung und Konsenssuche, Diskurspflicht etc.). Andererseits ist mein Ansatz in den aus dem Streiten in Gründen gewonnenen Folgerungen wesentlich weitreichender als klassische diskursrationale Ansätze.

³⁵⁸ Denkbar, aber deutlich weniger überzeugend als die „eingeschränkt transzendente“ Liberalismusbegründung ist auch eine „minimalkontextualistische“ Begründung nach Art von Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 637 f. und passim, die die Grundprinzipien Würde und Unparteilichkeit als rein faktisch anerkannten kulturrelativen Grundkonsens einführt; z.T. kritisch dazu Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 2 A. II. und § 2 B. Schwerwiegender indes sind die Mängel eines „vollen“ Kontextualismus, wie ihn z.B. Lübbe, Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1997 verfolgt.

³⁵⁹ Vgl. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 135; Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 5 A. V. 2.

³⁶⁰ Wobei (m)eine universalistische Gerechtigkeitsbegründung nur besagt, daß jede Gesellschaft für sich genommen freiheitlich und demokratisch sein sollte. Nicht beantwortet ist damit die Frage nach internationaler Gerechtigkeit – also danach, ob z.B. die Menschen in den Entwicklungsländern Rechte gegen uns bzw. gegen unseren Staat haben; vgl. dazu Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 3 E. und § 5 B. V. Ein unklares Verhältnis zu beiden Fragen zeigt sich bei Rawls, Das Recht der Völker, 2002.

*schen Motiven*³⁶¹ für die verfassungshistorische Durchsetzung der Freiheits-, Grundrechts- bzw. Menschenrechtsidee.

Faktisch handeln Menschen meist nicht nur aus innerer Überzeugung wegen guter Gründe (also normativ vernünftig), sondern auch aus Kosten-Nutzen-Erwägungen (instrumentell rational), aus Gefühlen oder aus Konformität. Haben sich vielleicht auch die Grundrechte nicht nur wegen ihrer inneren Überzeugungskraft, sondern auch aufgrund von Kosten-Nutzen-, Konformitäts- und Gefühlsaspekten durchgesetzt? Oder, mit einer anderen Scheidung: Wirkten vielleicht ökonomische, machtpolitische, ereignisgeschichtliche und kulturelle Faktoren sowie Momente eines „freien Willens“ der Akteure zusammen? Die zunächst einmal von der *Grundrechtsgeschichte* unabhängigen handlungstheoretischen Grundlagenthesen, die in diesen beiden Scheidungen stecken, habe ich andernorts allgemein empirisch belegt – und zwar anhand der gegenwärtigen Wirtschafts- und Umweltpolitik – und theoretisch fundiert.³⁶² Es ist das erste, allerdings eher untergeordnete Anliegen meines Beitrags, daß ich die Plausibilität eines solchen Zusammenspiels auch für die Grundrechtsgeschichte nachweisen will (Abschnitt II.). Die Grund- bzw. Menschenrechtsidee, ich verwende die Begriffe synonym, hat sich jedenfalls nur in Europa und Nordamerika „von selbst“ entwickelt.³⁶³ Hat somit die *okzidentale* Kulturgeschichte einen spezifischen Anteil an der Grundrechtsidee? Viele Juristen, Historiker, Philosophen und Politologen mögen diese Frage trivial finden: Natürlich habe der rationalistische Liberalismus der Aufklärung die Grundrechtsidee zur Welt gebracht! In diesem Sinne äußerte sich z.B. jüngst Asbach.³⁶⁴ Mein Artikel stellt nun folgende verfassungs- und rechtsphilosophiehistorische Gegenthese auf, die den eigentlichen Kern meines Beitrags ausmacht: *Der kulturelle Anstoß für die Grundrechte entstammt nicht allein dem Liberalismus und Rationalismus (auch wenn hier, in einer modernen Version dieser Ansätze, die einzige normativ über-*

³⁶¹ In der Jurisprudenz werden diese beiden Fragen oft vermengt: Es wird so getan, als ob die faktische Existenz des Grundgesetzes und seine faktische geistesgeschichtliche Entstehungshistorie die Frage erledigt, ob es denn eine gerechte Verfassung ist; kritisch zu dieser Position Ekardt, *Zukunft in Freiheit* (Fn. 355), § 2 A. und § 4 B.

³⁶² Vgl. Ekardt, *Zukunft in Freiheit* (Fn. 355), § 1 A., § 7 A. und § 8 B. II. 1. (dort auch zum Verhältnis der beiden handlungstheoretischen Scheidungen, die ich vorschlage, zueinander); Ekardt, *Steuerungsdefizite* (Fn. 354), §§ 13, 14. Das schließt auch eine Kritik möglicher Gegenpositionen ein. Der entscheidende theoretische Punkt ist aber: Wer die Möglichkeit echter (willensfreier) Überzeugungen leugnet, verwickelt sich in einen Widerspruch: Denn wer diese Leugnung ausspricht, muß selbiges für seine eigene Aussage gelten lassen – und wenigstens für diese Aussage wird er doch in aller Regel Wahrheit in Anspruch nehmen (und nicht gelten lassen, seine Überzeugung von der Bedingtheit aller menschlichen Überzeugungen sei ihrerseits auch nur bedingt und relativ). Man sieht hier, daß das transzendente Argument auch auf der Tatsachenebene (in der Handlungstheorie) funktioniert – nicht nur in der normativen Philosophie (das wird z.B. verkannt von Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, 1989). Jedenfalls wird a.a.O. auch erörtert, warum sich „Kultur und von freiem Willen getragene Ansichten“ als Synonym für „echte (rationale und emotionale) Überzeugungen eignen.

³⁶³ Den besten Überblick über die Begriffsgeschichte gibt Schmale, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit*, 1997, S. 247 ff.

³⁶⁴ Vgl. Asbach, *Der Staat* 42 (2003), 1 ff.

zeugende Begründung dieser Rechte liegt). Vielmehr stehen hinter den Grundrechtsidee faktisch auch calvinistische und den reformierten Sekten zuzurechnende Anteile (Abschnitt III.-V.). Damit geht es mir um eine Parallele zur berühmten Protestantismus-Kapitalismus-Studie Max Webers (die 2003 100 Jahre alt wird) – und nicht um die ebenfalls berühmte These des Weber-Freundes Georg Jellinek, die Religionsfreiheit sei die Vorform aller Grundrechte.³⁶⁵ Zugleich wird das eine grundlegende Kritik an der in Forschung und Lehre geübten Ausblendung des Calvinismus bedeuten – sei es in der Politik-, der Geschichts-, der Rechtswissenschaft oder auch in der Philosophie.

Ich nähere mich meinen zwei Thesen, indem ich zunächst aufzeige, wo die Grundrechtsidee sich verfassungshistorisch erstmals manifestierte: in Nordamerika. Denn man wird sehen, daß dies bereits ein wichtiges Indiz für eine protestantische Grundrechtsinspiration ist. Die Geschichte umfassender Grund- bzw. Menschenrechte begann mit der Bill of Rights von Virginia und in anderen nordamerikanischen Kolonien (1776)³⁶⁶; dem ging bereits Mitte des 17. Jahrhunderts die Erklärung der Religionsfreiheit in Maryland, New Jersey und Pennsylvania voraus. Es folgte die Menschenrechtserklärung der französischen Revolution (1789), die in Deutschland besonders anregend wirkte. In England fanden sich mit der Habeas-Corpus-Akte (1679) und der dortigen Bill of Rights (1689) Vorläufer. Für Adel und Stände kannte gar schon das Mittelalter Rechtsgarantien – in Form von Herrschaftsverträgen. Zu denken ist keineswegs allein an die englische Magna Charta Libertatum von 1215, sondern ebenso an den Tiroler Freiheitsbrief von 1352 oder den Tübinger Vertrag von 1514 und andere Dokumente. Freiheit gewährten sie allerdings nur dem Adel (als Gegenleistung für die Zustimmung zu einem bestimmten Monarchen) bzw. teilweise einzelnen Ständen als solchen.³⁶⁷ Von individuellen, die Staatsgewalt als ein höherrangiges Recht bindenden und womöglich universal gedachten Rechten konnte dagegen keine Rede sein. Es ist insoweit unerheblich, daß Schmale durch eine breite Analyse zu Burgund und Kursachsen zeigen konnte, daß durchaus schon vor den klassischen Menschenrechtserklärungen das Wort „Grundrechte“ gerichtsbekannt war.³⁶⁸ Denn trotzdem kam es politisch (abgesehen vom Bauernkrieg Thomas Müntzers, siehe unten) vorerst nicht zur Forderung nach strikt bindenden Rechten und Volkssouveränität. Problema-

³⁶⁵ Viele mißverstehen indes Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1996 (Neudruck), wenn sie ihm unterstellen, die Religionsfreiheit gewissermaßen als Quelle der Grundrechtsidee an sich (und nicht bloß als Vorbild weiterer verfassungsrechtlicher Institutionalisierung gesehen zu haben. Jellinek stellt dies auf S. IX ausdrücklich klar: „Nicht etwa alle Menschenrechte, sondern deren *gesetzliche Aussprache* führen auf die Religionsfreiheit zurück.“ Übrigens hat nicht zuletzt Jellinek Weber zu seiner Protestantismusforschung inspiriert.

³⁶⁶ Vgl. zum folgenden Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 1.a.

³⁶⁷ Ritschl, ET 1980, 333 (339); Hofmann, JuS 1988, 841 (848); H. Dreier, in: ders., GG I, 1996, Vorb. Rn. 7.

³⁶⁸ Vgl. Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 119 ff., 441 ff. und passim.

tisch ist auch, daß Schmale Dorfrechte (= Vorläufer der Selbstverwaltungsgarantie) als Beleg für einen frühzeitigen Grundrehtediskurs mitverwertet. Denn solche Rechte sind ja keine Individualrechte und ähneln eher den mittelalterlichen Standesgarantien.

Zwischen den ersten Menschenrechtserklärungen in England, Nordamerika und Frankreich besteht nun ein unmittelbarer Zusammenhang. Insoweit zutreffend konnte Jellinek in seiner berühmten Monographie zur Religionsfreiheit zeigen, daß die Menschenrechtserklärung von 1789 in weiten Teilen nach Inhalt und Ausgestaltung aus den amerikanischen Declarations, namentlich die Bill of Rights of Virginia von 1776, abgeschrieben ist.³⁶⁹ Insbesondere enthielt die französische Déclaration kein einziges Recht, daß nicht in oft exakt der gleichen Weise schon in amerikanischen Bills vorhanden gewesen wäre. Bei genauer Betrachtung ist dies, trotz zahlreicher polemischer Kritiken seit der erstmaligen Publikation von Jellineks These³⁷⁰, wenig verwunderlich. Denn die französischen Revolutionäre konsultierten, wie Jellinek nachweisen konnte, nordamerikanische Berater, vor allem Thomas Jefferson, und ließen sich seit dem amerikanischen Unabhängigkeitskrieg stetig über die dortige Entwicklung informieren.³⁷¹ Lafayette als Formulierer der französischen Grundrechte hatte gar am nordamerikanischen Unabhängigkeitskrieg teilgenommen.

Die amerikanischen Erklärungen ihrerseits lassen gewisse Einflüsse der britischen Bills von 1679 und 1689 erkennen. Diese sind indes beschränkt. Denn erstens handelt etwa die englische Bill of Rights nur in zwei ihrer 13 Punkte von Rechten des einzelnen, im übrigen geht es um Staatspflichten, so daß der Charakter der Grundrechtsbindung und -durchsetzbarkeit zweifelhaft bleibt. Zweitens bleiben die wichtigen Grundrechte der Religions-, Presse- und Versammlungsfreiheit sowie der Freizügigkeit unerwähnt. Deshalb und aus zwei weiteren Gründen „trennt die amerikanischen Deklarationen eine tiefe Kluft von den erwähnten englischen Gesetzen“³⁷², was z.T. Historiker und Politologen – eventuell aufgrund einer nicht hinreichend klaren Vorstellung vom Grundrechtsbegriff – übersehen³⁷³: Drittens erheben die englischen Deklarationen keinen universalen Anspruch, sondern sind allein auf englische Untertanen bezogen. Die amerikanischen Deklarationen dagegen sprechen von Rechten, die „every individual“, „all mankind“ oder „every member of society“ zustehen. Viertens kennt England keine Bindungswirkung der Grundrechte auch für das Parlament. Gerade die letztgenannten Punkte sind aber

³⁶⁹ Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 8 ff.; Stourzh, JZ 1976, 397 (402).

³⁷⁰ Vgl. zu der Kontroverse auch Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 29 ff. und 52 ff.

³⁷¹ Vgl. Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 11; Huber, Gerechtigkeit und Recht, 1996, S. 236; Hofmann, JuS 1988, 841 (844).

³⁷² Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 27; Hofmann, JuS 1988, 841 (844).

³⁷³ Vgl. exemplarisch Schmale, Archäologie (Fn. 363), passim; Bohatec, England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte, Neudruck 1956, S. 15 ff.

für Grundrechte essentiell. Damit erscheint die *nordamerikanische* Entwicklung als der verfassungshistorische Kulminationspunkt der universalen Grundrechtsidee.

II. Ereignis-, sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Faktoren sowie die Erinnerung an ständische Rechte als faktische Hintergründe

Wie aber kam es zur Grundrechtsidee und zu ihrer praktischen Verwirklichung gerade in Nordamerika? Kaum bezweifelbar erscheint zunächst, daß die verfassungshistorische Genese der Grundrechte undenkbar gewesen wäre ohne eine Reihe sehr wichtiger ökonomischer und machtpolitischer Faktoren. Von den wirtschaftshistorischen Aspekten war andernorts ausführlich die Rede.³⁷⁴ Ich erinnere hier nur stellvertretend daran, daß bindende Freiheitsgarantien eine Elementarbedingung kapitalistischen Wirtschaftens waren und sind. Sozialhistorisch dürfte ferner z.B. die Schichtendurchmischung seit dem Spätmittelalter in England und in Nordamerika (unter den Einwanderern) eine Rolle gespielt haben, die gleiche Bürgerrechte plausibel werden ließ. Ereignisgeschichtlich mögen darüber hinaus unzählige Fälle konkret erfahrener Unterdrückung durch despotische Gewalt die Sinnhaftigkeit bindender Freiheitsgarantien vor Augen geführt haben.

Indes dürfte es (wieder einmal) zu einfach sein, die Historie „marxistisch“ auf das Wirken materieller Interessen zu reduzieren, die sich lediglich philosophisch-religiöser Freiheitsvorstellungen als Vorwand bedienen. Das muß ausdrücklich gesagt werden, weil jene materialistische Vereinseitigung auch bei Nichtmarxisten ungeheure Verbreitung genießt: Viele Wirtschaftswissenschaftler setzen sie ebenso voraus wie soziologische Rational-Choice-Theoretiker, hobbesianisch gesonnene Politologen und „dekonstruierende“ postmoderne Historiker. Trotz dieses Gegenwinds erscheint mir gerade für die Grundrechtsgenese meine (von der Protestantismusfrage unabhängige) allgemeine These empirisch-historisch gut verifizierbar zu sein. Sie lautete: Menschliches Verhalten hat meist nicht nur ökonomische und machtpolitische, sondern auch kulturelle (und verhaltensbiologische) Ursachen sowie Anteile eines freien Willens der Akteure. Etwas anders ausgedrückt: Verhaltensprägend wirken nicht nur Kosten-Nutzen-Erwägungen und Konformitätsaspekte, sondern auch echte Überzeugungen.³⁷⁵ Daß eine materialistische Vereinseitigung grundrechtsgeschichtlich falsch wäre, impliziert bereits die Entstehungsgeographie der Grundrechte: Warum sollte die Idee universalen und unverlierbaren

³⁷⁴ Vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 2.b. sowie die obige erste Abhandlung.

³⁷⁵ Diese können emotional oder normativ rational fundiert sein; vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 7 A. Ich stelle handlungstheoretisch also eine anti-instrumentalistische These auf; ähnlich Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., 1981. Diese Handlungstheorie, die die faktische Leugnung der normativen Vernunft bekämpft, ist das deskriptive Pendant zu meinem normativen liberalen Ansatz aus der Einleitung.

Rechte gerade in Westeuropa und Nordamerika entstanden sein, wenn nicht auch ein Zusammenhang mit der dortigen kulturellen Situation bestünde? Man kann hierauf nicht einfach entgegnen, „der“ Kapitalismus, der nun einmal die westliche Wirtschaftsform sei, sei die *alleinige* Basis der Grundrechtsidee. Denn zum einen ist dies unplausibel, weil bis heute immer wieder kapitalistische Entwicklungen in Ländern in Gang kamen, ohne daß sogleich Grundrechte und Demokratie auf den Fuß folgten (z.B. in Deutschland im 19. Jahrhundert). Und zum anderen hat der Kapitalismus ja seinerseits nicht nur materielle, sondern auch ideengeschichtliche Ursachen: z.B. ein bestimmtes Arbeits-, Fortschritts- und Wachstumsethos. Weiteres „Beweismaterial“ für meine Zusammenwirkensthese findet sich in Schmales und van Dülmens Studien zu den Ereignissen in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts³⁷⁶: Im zeitlichen Kontext der Reformation war es dort in Deutschland zu den Bauernaufständen bzw. -kriegen gegen die überkommene Obrigkeit und zur Täuferbewegung³⁷⁷ bis hin zum gottesstaatlichen Münsteraner Täuferreich gekommen. Erstmals wurden hier in Deutschland unmißverständlich Forderungen nach gleichen Rechten erhoben, wenn auch in theokratischem Gewand. Und dabei waren offenbar die sozialrevolutionären Unruhen unter den Bauern ebenso wie die kurzzeitige Errichtung eines täuferischen egalitären Gottesstaates nur begrenzt durch handfeste materielle Interessen motiviert (wie etwa soziale Unzufriedenheit im ökonomisch-politisch aufstrebenden Bürgertum oder die Bauernunterdrückung). Vielmehr war der Protest gegen das als unerträglich empfundene *geistliche* Regiment der katholischen Kirche offenbar mindestens ebenso wichtig. Diese sahen die Aufständischen als wegen Doppelmoral, Anmaßung weltlicher Macht, Ablasshandel usw. von den biblischen Grundlagen entfernt. Wie wenig dagegen der machtpolitische Faktor „Absolutismus“ als äußere Form der Unterdrückung zur alleinigen Erklärung aufkommender Grundrechtsforderungen taugt, zeigt sich daran, daß die ersten umfassenden modernen Rechte in Nordamerika zustandekamen, wo von äußerer Bedrückung nur begrenzt und von Absolutismus gar nicht die Rede sein konnte.³⁷⁸ Wenn äußere Bedrückung z.B. durch den König für sich genommen eine ausreichende Erklärung für die Menschenrechtsentstehung böte, wäre nicht recht verständlich, warum die Grundrechtsidee nicht schon z.B. im Mittelalter oder in der Antike auf den Plan trat.³⁷⁹

Wenn man so die Bedeutung ideengeschichtlicher Entwicklungen für die Genese der Grundrechte anerkennt, bringt das aber noch nicht automatisch die Rede auf

³⁷⁶ Dülmen, *Reformation als Revolution*, 1987, S. 59 ff. und 154 ff.; Schmale, *Archäologie* (Fn. 363), S. 282 ff.; zum kapitalismusgenerierenden Fortschritts- und Arbeitsethos Ekardt, *Steuerungsdefizite* (Fn. 354), §§ 14, 18.

³⁷⁷ Näher zur Täuferbewegung in Abschnitt IV.

³⁷⁸ Ungenau Kleinheyer, *Grundrechte*, in: O. Brunner u.a., *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 1048.

³⁷⁹ Vgl. dazu auch H. Dreier, in: ders., *GG I* (Fn. 367), Vorb. Rn. 2.

Liberalismus und Calvinismus. Vielmehr wollen einige z.B. die englische Grundrechtsidee auf die Erinnerung an bestimmte ständische „alte Rechte“, wie sie das Mittelalter zuweilen kannte, zurückführen.³⁸⁰ Ich kann nun den Gehalt dieser Rechte, der eine eigene Abhandlung wert wäre, hier nicht näher analysieren. Prima facie will es aber so scheinen, als ob sie kein wirklich wichtiger Faktor der Grundrechtsgenese sind. Etwaige mittelalterliche ständische Rechte wirken erstens schon deshalb kaum wie Grundrechtsvorläufer, weil die alten Gewährleistungen wie die Magna Charta meist nur kleinsten Bevölkerungsteilen Rechte gaben. Zudem hatten ständische Rechte nicht den für Grundrechte typischen individualrechtlichen Charakter; das sagte ich schon. Sofern darüber hinaus Vorstellungen von einer Herrschaft des Rechts existierten, drückten sich diese regelmäßig nur in Pflichten des Herrschers aus, nicht dagegen in subjektiven Gewährleistungen zugunsten der Untertanen. Zweitens waren die „alten Rechte“ inhaltlich äußerst beschränkt. Überkommene Bindungen aller Art (so z.B. die Regeln der Zünfte) blieben durch sie unangetastet und bildeten einen wichtigen Hemmschuh für die wachsende wirtschaftliche Dynamik der frühen Neuzeit. Gerade jene Fesseln waren jedoch ein wichtiger Anlaß für den Kampf um die Menschenrechte (auch wenn der aufkommende Kapitalismus diese Rechte, wie gesagt, nicht allein erklärt).³⁸¹ Drittens waren die ständischen Garantien in Nordamerika, dem verfassungshistorischen Grundrechtsgeburtsort, schon darum wenig relevant, weil es dort allenfalls in sehr geringem Umfang eine ständische Tradition gab. „Neuengland“ verkörperte ja gerade den Bruch mit den Bedrückungen der alten europäischen Staaten. Viertens ist der Verweis auf das „gute alte Recht“ ein gängiger, aber gerade darum eher inhaltsleerer Topos der Rechtsgeschichte³⁸²: Das, was unter diesem Begriff eingefordert wird, hat meist wenig gemein mit dem, was tatsächlich historisch einmal „Recht war“. Das zeigt dann aber, daß Berufungen in England (oder gar Frankreich und Nordamerika) auf „das gute alte Recht“ wohl eher vorgeschoben waren; sie sollten wohl die vermeintliche Traditionsgemäßheit des eigenen Ansinnens herausstellen und das Revolutionäre der Grundrechtsidee verdecken. Denn im Kampf um die Menschenrechte wurde eben mehr gefordert, als die ständischen Rechte je gewährt hatten – z.B. politische, religiöse und wirtschaftliche Freiheiten. Und selbst wenn man die vorgenannten vier Punkte außer Acht ließe, bliebe als fünfter Aspekt: Die mittelalterlichen Gewährleistungen kamen ja ihrerseits nicht aus dem Nichts, sondern waren eingewoben in einen christlichen Kosmos.³⁸³ Das verweist

³⁸⁰ Vgl. Bohatec, England (Fn. 373), S. 15 ff.; in diese Richtung auch Schmale, Archäologie (Fn. 373), passim.

³⁸¹ Vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 2.

³⁸² Vgl. dazu nur Wesel, Geschichte des Rechts, 1997, S. 261.

³⁸³ Holl, Gesammelte Aufsätze zur Kirchengeschichte, Bd. 6, 1928/ 32, S. 494; Oestreich, Die Idee der Menschenrechte in der geschichtlichen Entwicklung, 1963, S. 13; Ritter Ursprung und Wesen der Menschenrechte, in: Schnur, Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 205 ff.

dann aber auf religiöse Bezüge der Grundrechtsidee, denen ich mich darum jetzt zuwende:

III. Der calvinistische Anteil an den Ideen der Würde, der gleichen Freiheit, der wirtschaftlichen Freiheit, der Herrschaft des Rechts und der Volkssouveränität

Es ist also nach den kulturellen Grundlagen der Menschenrechtsidee zu fragen. Woher rühren die kulturellen Gehalte, die neben ökonomischen und machtpolitischen Belangen diese Idee inspirierten? (soweit die kulturellen Gehalte nicht nur durch strikte eigene Reflexion normativ rational zustandekamen) Ging es nur um normativ rationale (also liberale) gute Gründe für die Grundrechte – also darum, daß diese Rechte eben Ausdruck von Würde und Unparteilichkeit sind? Oder waren daneben *faktisch* in mindestens gleicher Stärke religiöse Gefühle im Spiel? (mögen sie uns heute auch u.U. *normativ* nicht einleuchtend erscheinen) Immerhin sticht ins Auge, daß die ersten Menschenrechtsstaaten nicht einfach nur *westlich* waren – sie waren zumindest in ihrer Bildungsschicht vielmehr gerade stark *calvinistisch*, so die USA, England oder die Niederlande (auch für das katholische Frankreich galt dies hinsichtlich seiner Bildungsschicht). Könnte es also sein, daß die liberale Grundrechtsidee z.T. von calvinistischen Inspirationen lebte – ja, daß sie sich aus diesen heraus überhaupt erst entwickelte? Manchem mag diese Frage absurd erscheinen; denn wenigstens Katholiken und Lutheraner, zuweilen aber auch andere Reformierte waren mitunter dezidierte Menschenrechtsgegner. Als solche sind sie jedenfalls aus dem 19. Jahrhundert bekannt. Trotzdem findet man bei genauerer Betrachtung einen erheblichen reformierten Anteil an der Grundrechtsidee:

Wer die ideengeschichtliche Basis des Grundrechtsgedankens sucht, muß nicht zuletzt nach der Herkunft der Menschenwürdeidee und ihres individualistischen Zuschnitts fragen – also nach der Herkunft der Idee des Respekts vor dem autonomen Menschen als Menschen. Denn hier liegt spätestens seit Kant die liberale Rechtfertigungsbasis der Freiheitsrechte.³⁸⁴ Bereits für diesen Punkt wird die Relevanz Calvins sichtbar; ebenso wird aber die verbleibende Differenz zwischen calvinistischem und liberalem Denken erkennbar. Will man dies im einzelnen skizzieren, muß man sich zunächst die Grundgedanken der Reformation Anfang des 16. Jahrhunderts in Stichworten in Erinnerung rufen. Es ging um eine Kritik an

³⁸⁴ Es wäre hier wenig hilfreich, Kant mit Hegel, Fichte etc. zu einem „deutschen Idealismus“ zusammenzufassen, auch wenn dies viel Tradition hat. Dies vermengt, daß Hegels praktische Philosophie (und es geht hier ja um die politische, die Moral- bzw. die Rechtsphilosophie) weit näher bei Thomas von Aquin als bei Kant steht (wogegen Kant eben an Locke anknüpft) – womit der unleugbare Gegensatz Liberalismus/ Kontextualismus unkenntlich zu werden droht; zu diesem Gegensatz Ekardt, *Zukunft in Freiheit* (Fn. 355), § 1 D.

einem Autoritarismus und Traditionalismus, der sich von dem, was Luther, Calvin und andere als die originär biblisch-religiösen Grundlagen erachteten, entfernt hatte. Aus der nachgerade revolutionären Inspiration der frühchristlichen Zeit war eine bürokratisch verwaltete Tradition geworden, die mit amtlicher Autorität und Zwang durchgesetzt wurde. Dabei wurde eine Kaste von „Berufsreligiösen“ generiert (Priester und Mönche), die qua Amt über größere Nähe zu Gott verfügen sollte – und die zunehmend die Tradition als Tradition bewahrte, ohne immer viel Rücksicht auf religiöse Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit zu nehmen.

Die Reformation, wenigstens diejenige Calvins und die der Sekten, brach nun weitgehend mit all dem; im Kern stellte sie den Menschen stärker auf sich selbst.³⁸⁵ Das Priestertum aller Gläubigen wurde propagiert, die kirchliche Strafgewalt über die Sünder von Calvin im Kontext der Beichte abgeschafft und der einzelne auf seine unmittelbare Beziehung zu Gott verwiesen. Die Beichte z.B. kennzeichnet Calvin als eine Institution ohne biblische Grundlage und als einen jener „Gebräuche, ... die die Menschen aus sich heraus erdacht haben“.³⁸⁶ Ebenso wurde die Trennung der Menschen in zwei Klassen (Mönche und Laien), wie sie die katholische Zwei-Wege-Lehre propagierte, als unbiblisch verworfen. Unter Rekurs auf die schon im Alten Testament ausgesprochene Gottesebenbildlichkeit jedes einzelnen Menschen (1. Mose I, 26 f.) folgerte Calvin vielmehr die Heiligkeit und Würde *jedes einzelnen* Menschen (nicht dagegen irgendwelcher Institutionen oder Ämter wie z.B. Papsttum oder Episkopat). Jeder Mensch als Mensch sei „unter allen Werken Gottes der edelste und sichtbarste Beweis seiner Gerechtigkeit, Weisheit und Güte“.³⁸⁷ Der Mensch stand zwar als Sünder wie ein Nichts vor Gott, war aber nach seinem Bild geschaffen, sein Kind, durch Jesus Christus vom Tode erlöst und deshalb als einzelner unschätzbar wertvoll. Und er mußte in seinem Glauben Gott als einzelner gegenüberreten; nicht länger konnte er sich durch irgendeine kollektive Instanz wie die Kirche repräsentieren lassen.

Die *dignitas humana* gehört also nicht Kant allein; ebensowenig ist sie aber eine reine Erfindung Calvins. Der Begriff fällt vielmehr bereits bei Thomas von Aquin in der Scholastik. Und auch in der frühen Neuzeit stand Calvin nicht allein. Denn nicht nur in der reformatorischen, sondern vereinzelt auch in der katholischen (spanischen) Theologie stellte man sich wegen der spanisch-portugiesischen Eroberung Süd- und Mittelamerikas die Frage nach universaler Würde und Rechten aller Menschen.³⁸⁸ Praktisch blieb das aber folgenlos. Doch warum? Thomas von

³⁸⁵ Vgl. dazu Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 14. 4.b.

³⁸⁶ Calvin, Institutio IV, 19,1.

³⁸⁷ Calvin, Institutio Christianae Religionis I, 15,1.

³⁸⁸ Vgl. zur Rechtsschule von Salamanca Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 286 f.; Ekardt, Gerechtigkeit und Recht bei Francisco Suárez, in: Brieskorn/ Ekardt/ Waechter/ Walther, Das Mehrdeutigwerden des Gesetzesbegriffes und die Neuformierung der Naturrechtslehre: Von Thomas von Aquin zur spanischen Spätscholastik, 2004, i.E.

Aquin und noch mehr Francisco Suárez haben zwar zwei Dinge wesentlich ausgeformt: (1) Die Idee einer Gerechtigkeit, die dem geschriebenen Recht als Maßstab gegenübergestellt werden kann; (2) die Idee einer Menschenwürde, die den Wert des Menschen ausdrückt. Doch behandelt der erste Punkt letztlich nur ganz allgemein das Verhältnis von Philosophie und Recht, ohne damit gerade die Menschenrechtsidee auszudrücken. Er illuminiert schlicht das Bibelwort „Man muß Gott mehr gehorchen als den Menschen“ (Apostelgeschichte V, 29). Und der zweite Punkt, die Würde, bringt bei den Scholastikern eben noch nicht die individualistische Ausdeutung, die für die Würde als Teil liberaler Grundrechtskonzepte charakteristisch ist. Die Würdeidee gerät erst in der Reformation in einen Kontext, der den späteren Weg Richtung Liberalismus vorzeichnet. Bei Thomas manifestierte sich die Würde eher als Teilhabe des einzelnen an der göttlichen Schöpfungsordnung. Daß der Mensch als Mensch eigenständig zu handeln und selbst zu entscheiden habe (auto-nom), wenigstens in Glaubensdingen, ist dagegen ein reformatorisches Postulat und kein aquinatisches. Die im heutigen liberalen Begriff der Würde beschlossene Autonomie meint noch ein weiteres, das nicht scholastisch ist: nämlich selbst über Fragen mit Gründen entscheiden zu können, also reflexiv und rational vorgehen zu können. Sehr wohl ist genau das aber der Geist der Reformation Calvins und zahlreicher protestantischer Sekten: daß Autoritäten nicht unverrückbar feststehen und daß jeder Gläubige sich anhand der Heiligen Schrift und im inneren Dialog mit Gott stets *neu* über das religiös Gebotene zu vergewissern hat. Derartiges kam dagegen Thomas nicht in den Sinn: Sein Orientierungspunkt war und blieb eine Tradition und nicht das eigenständige Denken und Entscheiden des einzelnen Gläubigen; vielmehr schuf er durch seine umfassende Aristoteles-Adaption noch weitere Autoritäten, denen sich der einzelne eher zu unterwerfen hatte, als daß er sie kritisch reflektieren sollte. Zwar ist bei ihm viel von der Vernunft, also von der menschlichen Fähigkeit, Fragen mit Gründen zu entscheiden, die Rede. Doch das, was das eigentlich bedeutet, nämlich kritisch-reflexive Prüfung von Fragen ohne von vornherein feststehendes Ergebnis – das war das ganze Gegenteil des aquinatischen Philosophieverständnisses: Für Thomas hatten Aristoteles und die Bibel alle relevanten Fragen bereits vorab entschieden.

Auch Calvin steht natürlich noch nicht für das „volle“, strikt individualistische, kritizistische Vernunft- und Würdekonzept. Dies zu behaupten hieße Kant in Calvin hineinzulesen – wo doch Calvin selbstredend die grundsätzliche Einbindung des einzelnen in den göttlichen Heilsplan keinesfalls in Frage stellte, ja in gewisser Weise sogar gründlicher als die katholische Tradition verfolgte. Doch die Richtung Calvins ist ebenjene auf Reflexivität und Rationalisierung. Noch deutlicher gilt das für die protestantischen Sekten (auf die ich gesondert zurückkomme). Der Satz „Man muß Gott mehr gehorchen als den Menschen“ gewann damit eine ganz neue Bedeutung: Zwar ging es auch im calvinistischen Denken darum, Gott zu gehorchen. Doch was Gottes Anordnung war, sollte im Kern jeder selbst herausfinden. Dieser Suchprozeß war nicht auf eine Institution oder eine Priesterkaste delegier-

bar. Jeder mußte selbst prüfen und (autonom) entscheiden. Nebenbei bemerkt, trat damit ein ungeheurer dynamischer Zug zur Weiterentwicklung des Denkens auf den Plan. Zu Recht ist es als die Essenz calvinistischen Denkens bezeichnet worden, sich selbst und sodann die Welt zum Positiven zu verändern.³⁸⁹ Calvin lehrte maximales Engagement gegen die Übel der Welt. Umfassend hat sich in seiner Moral, zumal in seinem berühmten Arbeitsethos³⁹⁰, der Bruch mit dem eher statischen Weltbild der Scholastik vollzogen, die den Miserabilismus und die Armut als ewiges, gottgewolltes Übel der sündigen Welt hinnahm und gegenüber dem (temporären) Massenelend des Mittelalters „nichts anderes kannte als die ewige, resignierende Gebärde des almosenhaischenden Bettlers und des almosenspendenden Reichen“.³⁹¹ Dieses Arbeitsethos ist auch ein ganz entscheidender Punkt, in dem Calvin *grundrechtshistorisch* über die Scholastik hinausging (darauf komme ich zurück). Hier interessiert vorerst nur, daß Calvin eine Wende markierte – und daß diese Wende eine Einstellung einschloß, die zu weiterer Radikalisierung gerade einlud.

Aus der Gottesebenbildlichkeit folgte für Calvin also die grundsätzliche Gleichwertigkeit, aber auch die prinzipielle Freiheit aller Menschen. Die Freiheit war für Calvin ferner fundiert durch den alttestamentarischen Exodus Israels aus Ägypten (2. Mose XII, 29 ff.) und Christi stellvertretenden Opfertod sowie seine Erweckung vom Tode (Matthäus XXVIII, 1 ff.) als Vorgänge der *Befreiung*. Christus war für alle Menschen gestorben und hatte sich an die gesamte Menschheit gewandt. Calvin und auch Luther betonten daher die gewissenmäßige „Freiheit eines Christenmenschen“.³⁹² Indessen war die Freiheit aller Christen für Calvin nicht notwendig *politische* Freiheit; denn „Christi geistliches Reich und die bürgerliche Ordnung sind zwei völlig verschiedene Dinge“.³⁹³ Freiheit war zunächst einmal ein jenseitiges Postulat, welches im Diesseits primär darin seinen Anwendungsbereich hatte, daß der einzelne sich selbst ohne staatlichen Zwang für Gott entscheiden sollte.³⁹⁴ Innerhalb des Christentums forderte Calvin aber auch diesseitig die Reli-

³⁸⁹ Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 494; vgl. auch Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 3, S. 274 f.; Schluchter, Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus, 1979, S. 229 ff.

³⁹⁰ Vgl. dazu die Max-Weber-Aktualisierung bei Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 14. 4. und 5. passim.

³⁹¹ Vgl. Staedtke, Johannes Calvin, 1969, S. 98; ähnlich McGrath, Johann Calvin. Eine Biographie, 1991, S. 252; Schluchter, Entwicklung (Fn. 389), S. 247 ff.

³⁹² Vgl. Honecker, Das reformatorische Freiheitsverständnis und das neuzeitliche Verständnis der „Würde des Menschen“, in: Schwartländer, Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube, 1981, S. 270 ff.; Heintel, Gesetz und Gewissen, in: Schwartländer, Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube, 1981, S. 237.

³⁹³ Calvin, Institutio IV, 20,1.

³⁹⁴ Darauf weisen zutreffend Heckel, Die Menschenrechte im Spiegel der reformatorischen Theologie, 1987, S. 9 und Hofmann, JuS 1988, 841 (843 ff.) hin. Ferner ist nicht einmal klar, ob Calvin der Unterschied zwischen der Willensfreiheit als faktischer Möglichkeit des unbeeinflussten Entscheidens

gions- und Gewissensfreiheit, wobei er freilich Häretiker ausnahm. Der Staatszweck für Calvin ist damit scheinbar noch nicht ganz der liberale (Schutz der Freiheit); vielmehr schließt er dem ersten Eindruck nach auch den Schutz der wahren Religion ein: „Das bürgerliche Regiment ... hat die Aufgabe, ... die äußere Verehrung Gottes zu fördern und zu schützen, die gesunde Lehre der Frömmigkeit und den (guten) Stand der Kirche zu verteidigen, unser Leben auf die Gemeinschaft der Menschen hin zu gestalten, unsere Sitten zur bürgerlichen Gerechtigkeit herauszubilden, uns miteinander zusammenzubringen und den gemeinen Frieden wie die öffentliche Ruhe zu erhalten.“³⁹⁵ Dieser eigenartige Mittelweg – Religionsfreiheit einerseits, Häresieverbot andererseits – findet sich freilich auch später bei Locke und in Resten sogar bei Mill. Zudem heißt es bei Calvin unvermittelt weiter: „Die Obrigkeiten müssen mit höchster Anstrengung danach streben, daß sie es nicht zulassen, daß die Freiheit, zu deren Beschützer sie eingesetzt sind, in irgendeinem Stück gemindert, geschweige denn verletzt wird; wenn sie dabei zu nachlässig sind oder zu wenig Sorgfalt walten lassen, dann sind die treulos in ihrem Amte und Verräter an ihrem Vaterland.“³⁹⁶ Hier spricht weder Locke noch eine amerikanische Grundrechtsdeklaration – sondern Calvin. Und er legt nach und gibt dem Philosophen des klassischen Liberalismus Locke noch eine weitere Vorlage dazu, was vor allem mit Freiheit gemeint ist, nämlich „daß die Fürsten selbst wiederum bedenken müssen, daß ihre Geldmittel nicht so sehr persönliches Eigentum sind als vielmehr Besitztümer des ganzen Volkes ... Auch sollen sie sich vergegenwärtigen, daß ihre Schatzungen und Steuerung und alle Abgaben anderer Art nur Hilfsmittel für die öffentliche Notdurft darstellen, und daß es eine tyrannische Raubgier wäre, das arme Volk ohne Ursache damit zu plagen.“³⁹⁷ Hier ist Freiheit plötzlich ganz diesseitige wirtschaftliche und keinesfalls nur religiöse Freiheit.

Daß die Obrigkeit Leben, Eigentum, Ehrbarkeit und Frieden schützen sollte, ist allerdings genuin weder calvinisch noch liberal, sondern war schon im Mittelalter eine bekannte Forderung.³⁹⁸ Neu ist aber erstens der besondere Freiheitsfokus, zweitens der Fokus auf die wirtschaftliche Freiheit (den Bezug zum Arbeitsethos stelle ich nochmals zurück) und drittens, daß Calvin dies anders als fast alle Zeitgenossen nicht im Sinne einer bloßen Selbstbindung des Staates meinte.³⁹⁹ Das wurzelt auch in der von den Reformatoren gut augustinisch betonten Erbsünden-

und dem normativen Recht auf Freiheit klar war. Dieses Problem besteht freilich noch heute; exemplarisch etwa Blanke, KJ 1986, 406 ff.

³⁹⁵ Calvin, Institutio IV, 20,2.

³⁹⁶ Calvin, Institutio IV, 20,8.

³⁹⁷ Calvin, Institutio IV, 20,13.

³⁹⁸ Vgl. Bohatec, Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besonderer Berücksichtigung des Organismusgedankens, Neudruck 1961, S. 19 und 23; Locher, Johannes Calvin, in: Scholder/Kleinmann, Protestantentum – von Martin Luther bis Dietrich Bonhoeffer, 1991, S. 90; Staedtke, Calvin (Fn. 391), S. 99; McGrath, Calvin (Fn. 391), S. 242 f. und 331; Troeltsch, HZ 1906, I (24).

³⁹⁹ Ritschl, ET 1980, 333 (342); Bohatec, Lehre (Fn. 398), S. 11.

lehre, also der Annahme einer generellen menschlichen Neigung zum Bösen: Sie erfaßte auch die Obrigkeit, und zwar die Kirche (darum ja Luthers neue Rechtfertigungslehre ohne „hilfreiche Autorität“) *und den Staat*. Calvin verlangte *darum* „eine Freiheit, die rechtlich begründet ist“. ⁴⁰⁰ Denn „wir sehen, daß die Staaten aus dem Grunde durch Gesetze oder Satzungen regiert werden müssen, damit nicht einer, sei es ein König, der herrscht, oder ein Magistrat, der den Staat verwaltet, sich nach Gutdünken verhält; die einzelnen sollen aus den Gesetzen lernen, was ihre Aufgabe ist, sich den Gesetzen unterwerfen und ihnen Gehorchen.“ ⁴⁰¹ Und den „wohlgeordneten Zustand eines Staatswesens“ sieht Calvin dann als gegeben an, „wenn alle einzelnen Stände ... Richter und Ratsherren, Soldaten und Heerführer, Handwerker und Gelehrte in Wechselwirkung einander unterstützen und zum gemeinsamen Besten des ganzen Volkes zusammenwirken.“ ⁴⁰² Dies klingt fast nach dem Bild des Orchesters, mit dem John Rawls, der Philosoph des modernen Liberalismus, in seiner „Theorie der Gerechtigkeit“ ein freiheitliches Zusammenleben zu illustrieren versucht. Auch der weitere Hinweis, daß nicht nur der Staat, sondern auch die Mitbürger der Freiheit gefährlich werden könnten, liest sich recht liberal und durchaus nicht viel anders als bei Hobbes oder Kant: „Wenn die Menschen in ihrer Vollkommenheit geblieben wären, so wären sie Untertanen ihrer eigenen Vernunft ...; es bedürfte dann weder eines Gesetzes noch der Urteile, noch der Staatsgewalt, das Urteil auszuführen.“ ⁴⁰³ Zwar wird hier implizit wieder auf die Erbsündenlehre rekurriert. Trotzdem scheint bereits die liberale Philosophie mitzuschwingen: Das Ideal ist der seine normative Vernunft gebrauchende Bürger. Nur weil faktisch eben die instrumentelle Vernunft mit ihren Kosten-Nutzen-Erwägungen sowie das Gefühl oder die Konformität oft obsiegen, brauchen wir den Staat zur Ermöglichung eines erträglichen Zusammenlebens. ⁴⁰⁴ *Hier illustriert sich die (von Hobbes später adaptierte) negative Handlungstheorie (= der Mensch ist egoistisch und böse) und ihre Folge, die Prädestinationslehre (= der Mensch kann sich nicht selbst erlösen), in ihren Konsequenzen: nämlich in einer Schwächung von Kirche und Staat als heilssichernde Autoritäten. Und dieser Autoritätsschwund und der durch ihn induzierte Pluralismus sind ja wiederum Wurzeln des*

⁴⁰⁰ Calvin, Institutio IV, 20,8.

⁴⁰¹ Calvin, zitiert nach Bildheim, Calvinistische Staatstheorien, 2001, S. 28.

⁴⁰² Calvin, wiederum zitiert nach Bildheim, Staatstheorien (Fn. 401), S. 28; vgl. zu einem solchen Bild auch das Schlußkapitel bei Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

⁴⁰³ Calvin, zitiert nach Bildheim, Staatstheorien (Fn. 401), S. 29.

⁴⁰⁴ Nicht ohne Kuriosität ist folgendes: Die Reformatoren trauten der Vernunft in gewisser Hinsicht nicht ganz – und machten sie gerade dadurch stark. Zunächst einmal trauten sie dem Menschen keine „vernünftige Gotteserkenntnis“ zu – denn der Mensch schien nur instrumentell (egoistisch-)rational zu sein, weil er ja böse war aufgrund der Erbsünde. Damit brachen sie mit Thomas von Aquin und machten die Vernunft vordergründig schwach (und warfen sich ganz auf Glauben und Prädestination in ihrem Verhältnis zu einem voluntarisierten Gott). Gleichzeitig zerbröselte durch die Reformation aber das „geschlossene“ mittelalterliche Weltbild – und machte seit Locke die normative Vernunft zur Quelle normativer Rechtfertigung, die als einzige unter Pluralismusbedingungen Bestand haben kann.

Individualismus (und des Arbeitsethos, weil Gebete u.a. religiöse Handlungen das Heil nicht länger „erkaufen“ können).

Durchaus folgerichtig fordert Calvin (wenn auch durch den Umgang mit Häretikern nicht ganz konsequent) eine strikte Grenze zwischen Staat und Kirche. Nach der traditionellen vatikanischen, auf Augustinus zurückgehenden Lehre hatte die Kirche Macht über das gesamte weltliche und geistliche Leben; der Staat übte Herrschaftsfunktionen sozusagen nur stellvertretend aus und hatte in diesem Rahmen den wahren Glauben notfalls gewaltsam auch gegen das widerstrebende Gewissen durchzusetzen (vgl. auch Lukas XII, 38). Diese strikte Gewalt der Kirche über alle Lebensbereiche und ihre von der katholischen Theologie angenommene Infallibilität bestritt Calvin ebenso wie Luther. Die Kirche habe nur „geistliche Vollmacht“.⁴⁰⁵ Und noch deutlicher: „Damit sich nun keiner an diesem Stein stößt, müssen wir zunächst bemerken, daß es unter den Menschen zweierlei Regiment gibt ... Das eine können wir das geistliche Reich, das andere das bürgerliche Reich nennen. Diese beiden aber ... müssen wir stets einzeln für sich betrachten; wenn wir das eine ansehen, so müssen wir unser Herz von der Betrachtung des anderen wegrufen und abwenden.“⁴⁰⁶ Obwohl Calvin der allumfassenden Geltung des Christentums verhaftet bleibt⁴⁰⁷, gibt er somit der Freiheit das Stichwort, und zwar gerade der religiösen und wirtschaftlichen Freiheit. Dabei betrachtet er die Freiheit als nicht nur durch göttliches Gebot unterfüttert, sondern zugleich als Naturrecht⁴⁰⁸, womit er die aquinatische Scheidung von Recht und Gerechtigkeit aufgreift. Calvin selbst faßt dies alles noch einmal zusammen: Der Staatszweck sei, „daß sich die Abgötterei ... und andere Ärgernisse bezüglich der Religion nicht öffentlich erheben ..., daß die bürgerliche Ruhe nicht erschüttert wird, daß jeder das Seine unverkürzt und unversehrt behält, daß Menschen unbeschadet untereinander Handel treiben können und daß Ehrbarkeit und Bescheidenheit unter ihnen gepflegt werden.“ Viel anders liest sich dies bei Locke auch nicht⁴⁰⁹ – mit dem allerdings sehr wichtigen Unterschied, daß Calvin auch Fragen des gelungenen Lebens und nicht nur Gerechtigkeitsfragen („Bescheidenheit“) zu den Staatsaufgaben zählt. Was sich freilich in den nordamerikanischen Unabhängigkeitserklärungen wiederholt (Appelle zur Sparsamkeit usw.).

⁴⁰⁵ Calvin, Institutio IV, 8,1; Nijenhuis, in: Krause/ Müller, Theologische Realenzyklopädie, Bd. 7, 1981, S. 588; Troeltsch, HZ 1906, 1 (7 f. und 21).

⁴⁰⁶ Calvin, Institutio III, 19,15.

⁴⁰⁷ Das bestreitet niemand; vgl. Ritschl, ET 1980, 333 (342); Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), passim; Huber, Gerechtigkeit (Fn. 371), S. 138; Bohatec, Lehre (Fn. 398), S. 95 f.; Heckel, Menschenrechte (Fn. 394), S. 16.

⁴⁰⁸ Vgl. Bohatec, Lehre (Fn. 398), S. 19; Bohatec, Calvin und das Recht, Neudruck 1991, S. 1 m.w.N.; Ritschl, ET 1980, 333 (340).

⁴⁰⁹ Zudem gelingt auch bei Locke und Mill die Ausscheidung von Fragen des guten Lebens (inklusive der Religion) aus dem Staatszweck nicht konsequent; vgl. dazu Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 2.; Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 5 A. V. 4. Das Calvin-Zitat findet sich wieder bei Bildheim, Staatstheorien (Fn. 401), S. 30.

Bindungen der Staatsmacht und (Freiheits-)Rechte der Bürger wirken allerdings nur dann, wenn Verstöße gegen sie nicht folgenlos bleiben. Dies war Calvin eher klar als den meisten der Zeitgenossen. Seine Antwort ist – wie dies einer Zeit entspricht, die keinen umfassenden Rechtsschutz durch neutrale Gerichte kennt⁴¹⁰ – die Anerkennung eines Widerstandsrechts gegen rechtsbrüchige Obrigkeiten: „Der Herr also ist der König der Könige ... Wenn sie etwas befehlen, was wider ihn ist, dann darf das keinen Raum und kein Gewicht haben. Und wir haben uns an die ganze Würde, mit der die Obrigkeiten bekleidet sind, nicht zu kehren; ihr geschieht kein Unrecht, wenn sie, angesichts jener einzigartigen und wahrhaft höchsten Macht Gottes, zur Ordnung gezwungen wird.“⁴¹¹ Wieder scheint es sich um eine Adaption zu handeln von „Man muß Gott mehr gehorchen als den Menschen“. Freilich bleibt bei Calvin (wie auch bei Locke und anderen) unklar, wie weit das Widerstandsrecht genau reicht. Das liegt wohl zum einen daran, daß weder ihm noch seinen liberalen Epigonen klar war, daß der Staat letztlich fast immer in Freiheiten der einen eingreifen muß, wenn er die Freiheiten der anderen schützen will. Infolgedessen war und ist z.T. bis heute vielen unklar, daß der Widerstandsfall (bzw. heute der „Verfassungsgerichtsfall“) sich nie evident ergibt – sondern nur in einer hochkomplexen wertenden Argumentation identifizierbar wird. Zum anderen war offenbar unklar (ebenso wie schon bei den Scholastikern), in welchen konkreten Fällen göttliches Recht, in welchen Naturrecht und in welchen nur positives Recht verletzt war. Auszuüben war Calvins Widerstandsrecht jedenfalls von „Volksbehörden“ bzw. Magistraten, die in diesem Fall nach Calvin befugt war, den jeweiligen Fürsten abzusetzen.⁴¹² Unverkennbar klingt hier die damalige Verfassungsrechtslage Genfs an, die Calvin selbst über Jahrzehnte maßgeblich mitbestimmte.⁴¹³ Im Widerstandsrecht klingt zum wiederholten Mal der Ansatz zum Gesetzesvorrang in „justitierbarer“ Form an, der seit Calvins letzten Lebensjahren von den Monarchomachen (den calvinistischen Königsgegnern in Frankreich) sowie einige Jahrzehnte später vom calvinistischen Philosophen Althusius ausgebaut und auf eine direkte Ausübung durch das Volk selbst hin weiterentwickelt wurde.⁴¹⁴

Vielleicht noch wichtiger ist Calvins Beitrag zur Lehre von der Volkssouveränität. Demokratie ist ja für einen modernen Liberalismus das entscheidende Mittel zur Lösung von Freiheitskonflikten und zum Schutz der Freiheit überhaupt. Da Calvin

⁴¹⁰ Vgl. auch de Wall, Die Staatslehre Johann Friedrich Horns, 1992, S. 217 ff.

⁴¹¹ Calvin, Institutio IV, 20,32.

⁴¹² Calvin, Institutio IV, 20,31; Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss, 1968, S. 32; Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 492 ff.; Ritschl, ET 1980, 333 (340).

⁴¹³ Auf Genf berief sich später auch Rousseau als Vorbild; vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 1.e.

⁴¹⁴ Treumann, Die Monarchomachen, 1895, S. 15 ff. und 49 ff.; Laier, Der Eigentumsbegriff in der Zeit des Naturrechts und der Aufklärung, 1937, S. 5 und passim.

primär religiöse Ziele verfolgte, galt sein Hauptinteresse natürlich einer Reform der Kirche und nicht einer des Staates. Hier sollten alle Gläubigen demokratisch an der Wahl der Kirchenleitung partizipieren.⁴¹⁵ Einem zentralen Anliegen der Reformation gemäß sollten ja die Menschen nicht länger von einem hierarchischen Apparat abhängen, sondern mit dessen Ersetzung durch eher egalitäre Strukturen selbst Verantwortung übernehmen. Jeder einzelne stand Gott direkt gegenüber und konnte sein Wort durchs Studium der Bibel aufnehmen. Deswegen sollte die Kirche durch demokratisch gewählte Gemeindevorstände geleitet werden; dies setzte Calvin in Genf sowie die reformierten Gemeinden allgemein (weniger allerdings die lutherischen) auch um. Indem die Gläubigen über Partizipation nicht nur redeten, sondern diese durch gewählte Kirchenvorstände lebten, entwickelten sich die calvinistischen Gemeinden in der Schweiz, in Frankreich, Holland und England zu demokratischen Zellen im autoritären bis absolutistischen Europa. Bedenken muß man hier, daß die Religion damals eine Relevanz hatte, die diejenige politischer Fragen durchaus übersteigen konnte. Die genossenschaftlichen Strukturen erzogen darum zur Mündigkeit und drängten nach Übertragung in den politischen Bereich. Calvin selbst formulierte zwar nicht die volle staatspolitische, sondern primär die kirchliche Volkssouveränität. Im Staat war er zwar monarchiekritisch, fand aber ein „gerechtes Amt der Leitung“ durch einen „Rat ernster Männer“ ausreichend⁴¹⁶, wobei „die Aristokratie oder ein aus ihr und der bürgerlichen Gewalt gemischter Zustand weit über allen anderen (Staatsformen) steht“.⁴¹⁷ Calvin forderte darum das allgemeine aktive Wahlrecht bei gleichzeitiger aristokratischer Beschränkung des passiven Wahlrechts – was in Nachbarschaft zum sich absolutistisch einfärbenden Frankreich bereits revolutionär anmutete.⁴¹⁸ Calvin gab zudem bereits den späteren liberalen Grund für die umfassende Kontrolle der Staatsgewalt an, wenn er in geradezu Popperscher Manier ausführt: „So bringt es also die Gebrechlichkeit und Mangelhaftigkeit des Menschen mit sich, daß es sicherer und erträglicher ist, wenn mehrere das Steuerruder halten, so daß sie also einander gegenseitig beistehen, sich gegenseitig belehren und ermahnen, und wenn sich einer mehr als billig erhebt, mehrere Aufseher und Meister da sind, um seine Willkür im Zaum zu halten.“⁴¹⁹ Er zieht hier aus dem menschlichen Egoismus (bzw. der Erbsünde) nicht mehr die Folgerung, die Augustinus und – *avant la lettre* – Platon gezogen hatten. Er zieht vielmehr die Konsequenz Lockes und Poppers: Demokratische Kontrolle ist eine bessere Sicherung von Freiheit und Unparteilichkeit als das Vertrauen in autoritäre Instanzen (mögen sie Papst, Kaiser oder Philosophenkönige sein). Den

⁴¹⁵ Vgl. die Darstellung bei Nijenhuis (Fn. 404), S. 588; Treumann, *Monarchomachen* (Fn. 413), S. 35 f.; Huber, *Gerechtigkeit* (Fn. 371), S. 230.

⁴¹⁶ Calvin, *Institutio* IV, 20,4 und 8.

⁴¹⁷ Calvin, *Institutio* IV, 20,8.

⁴¹⁸ Bohatec, *Recht* (Fn. 407), S. 83 f.

⁴¹⁹ Calvin, *Institutio* IV, 20,8.

Durchbruch mit der Forderung nach vollem Wahlrecht erlebte die Volkssouveränität indes erst bei Althusius, Coke, Milton und Locke in England sowie bei den Monarchomachen in Frankreich.

Calvin vertrat nicht nur nicht die volle Volkssouveränität. Er war natürlich nicht einmal der Erfinder partizipativer Gedanken. Marsilius von Padua im 13. Jahrhundert oder gar die attische Demokratie waren ihm selbstredend nach Zeit und Reichweite voraus. Nur fehlt Athen ebenso wie Marsilius nicht nur die faktische Rezeption in der Neuzeit, sondern auch der Bezug zur Freiheitsidee, wie er für den Liberalismus entscheidend ist. Speziell bei Marsilius' demokratischen Ansätzen ging es primär um etwas ganz anderes: nämlich um die Stärkung der mittelalterlichen Konzilsbewegung, die Glaubensfragen mehrheitlich entscheidbar machen sollte. Die strikte Einheitlichkeit und Unfreiheit in den wichtigsten Lebensfragen stellte er damit gerade nicht in Frage. Zudem legte Calvin einen weiteren bei Marsilius fehlenden Grundstein zur modernen Partizipation: Er popularisierte die später von Hobbes und Locke aufgegriffene Konstruktion des Herrschafts- und Gesellschaftsvertrags zur Begründung und Rechtfertigung von Staaten. Der Souverän sollte seine Macht also in der Theorie durch einen vertraglichen Zusammenschluß der Menschen und eine Vereinbarung über die Herrschaftsmodalitäten erlangen. Diese Konstruktion gewann Calvin wesentlich aus der christlich-jüdischen Idee eines Bundes Gottes mit seinem auserwählten Volk bzw. seinen Gläubigen. Durch diese Fundierung erhielt der Vertragsgedanke, der in fundamentaler Kehrtwende nicht mehr primär die Überlieferung, sondern eine Vereinbarung als Grundlage staatlicher Herrschaft benannte, eine durchschlagende und massenwirksame Basis.⁴²⁰ Denn der Bund lieferte das Bild dafür, warum dem Menschen bestimmte grundlegende Rechte nicht aberkannt werden konnten und sogar mit Waffengewalt verteidigt werden durften. Der Vertrag diente der Gewährleistung der den Menschen von Natur aus zustehenden Freiheiten; seine Verletzung löste das Recht zum Widerstand gegen die Staatsgewalt aus. Der alttestamentarische Bund mit seinen gegenseitigen, unverlierbaren Garantien war für Calvin das verbindliche Modell des Verhältnisses zwischen Obrigkeit und Untertanen.⁴²¹ Gott hatte nach der Sintflut (1. Mose IX, 8 ff.) gelobt, die Menschen nie mehr im Stich zu lassen. Die Obrigkeit durfte dies dann analog gleichfalls nicht; andernfalls trat die Berechtigung oder sogar Verpflichtung zum Widerstand ein. Insoweit hielt der Bundesgedanke unter den calvinistischen Gläubigen lebendig, daß in reformatorischer Sichtweise jeder einzelne an der Verbindung mit Gott und, durch die bei Calvin vorerst noch

⁴²⁰ Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 494; Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 46 ff.; Zippelius, JZ 1999, 1125; Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 36 f.; Oestreich, Idee (Fn. 383), S. 23; Hashagen, Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte, in: Schnur, Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 137.

⁴²¹ Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 32; Ritschl, ET 1980, 333 (341 f.); Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 46 ff.; Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 494; Oestreich, Idee (Fn. 383), S. 23.

vorsichtig angesetzte Übertragung des Gedankens, auch an der Staatlichkeit teilhatte.

Dies verlangte nach praktischer Umsetzung. So begannen die calvinistischen Gläubigen, untereinander in England und Amerika Bünde zu schließen.⁴²² Diese legten als kleine Gesellschafts- und Herrschaftsverträge feierlich die Rechte und Pflichten der Beteiligten unverlierbar fest.⁴²³ Die Gläubigen sahen hierin ihren Bund mit Gott und die Idee eines Gottesreiches auf Erden verwirklicht. Im Innenbereich entstanden so kleine Grundrechtsgarantien, als deren Nachfolger die Declarations der entstehenden amerikanischen Bundesstaaten 1776 bezeichnet werden können. Gerade in Nordamerika, wo z.B. die protestantischen Pilgrim Fathers der Mayflower 1619 einen derartigen Kontrakt vereinbarten, fügte sich diese Idee in die äußeren Gegebenheiten (staatliche Neugründung, urwüchsige Natur usw.) harmonisch ein; so dürften sich ereignis- und ideengeschichtliche Umstände gegenseitig befruchtet haben.⁴²⁴ Mit diesen Bündeln wurden reformatorische Gemeindestrukturen in den politischen Bereich übertragen und insbesondere in Nordamerika, aber auch in England und Frankreich schließlich die Keimzelle der demokratischen Bewegung. Hier wie auch ganz generell ist auffällig, daß die Bedeutung calvinistischer Ideen in der historischen Forschung oft minorisiert wird – nicht nur in der Grundrechtsfrage. Den Gründen wurde an anderer Stelle im einzelnen nachgegangen.⁴²⁵ Ausgeblendet wird so Calvins Einfluß auf die heraufziehende Moderne – mit Kapitalismus, veränderten Werten, moderner Wissenschaft und Technik, Demokratie, Individualismus und Grundrechten (der deutlich über z.B. Luther hinausgehen dürfte).

Mit alledem ist ein Punkt, in dem liberales Denken durch calvinistische Ideen präformiert wurde, noch gar nicht angesprochen, der andernorts das Hauptthema war: das protestantische Arbeitsethos. Dieses Arbeitsethos findet wie schon die Idee der Gleichheit in Würde eine Wurzel in der Kritik am Mönchtum: Nicht der abgeschottet lebende Heilige, der sich über seine Mitmenschen erhaben wähnt, sollte ja das Ideal sein, sondern der „ganz normale Mensch“. Jede Tätigkeit galt Luther und noch mehr Calvin daher als (eigentlicher) Gottesdienst. Die Pflichterfüllung auf dem Platz, an den Gott mich gestellt hatte, war das neue Ideal. Wie im einzelnen daraus das geradezu manische, auf Erzielung von Gewinn und immer mehr Gewinn gerichtete Ethos der Calvinisten der folgenden Jahrhunderte wurde, kann ich hier nicht im einzelnen nachzeichnen. Jedenfalls liegt hier ein zentraler Ausgangs-

⁴²² Voigt, Schriften zur Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1993, S. 23; Hofmann, JuS 1988, 841 (843); Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 46 ff.; Ritschl, ET 1980, 333 (341 f.); Lehmann, Max Webers „Protestantische Ethik“, 1996, S. 24.

⁴²³ Vgl. Jellinek, Menschenrechte (Fn. 365), S. 35 ff.; Wach, Religionssoziologie, 1951, S. 373; Hofmann, JuS 1988, 841 (843).

⁴²⁴ Vgl. Hofmann, JuS 1988, 841 (843); Hashagen, Entstehungsgeschichte (Fn. 418), S. 158 f.; Voigt, Schriften (Fn. 421), S. 23.

⁴²⁵ Vgl. dazu ausführlich Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 1.f.

punkt nicht nur der modernen Wirtschaftswissenschaften, sondern auch der klassisch-liberalen Grundrechtslehre mit ihrem faktischen Überhang wirtschaftlicher Rechte⁴²⁶: Wie für Calvin Arbeit das ethisch Wichtigste im menschlichen Leben war, so waren für die liberalen Grundrechtstheoretiker wirtschaftliche Freiheiten das Entscheidende. Starke, Rechtssicherheit garantierende wirtschaftliche Grundrechte waren Elementarbedingung einer kapitalistischen Entwicklung – ebenso wie die offenkundig von Calvin initiierte moralische Aufwertung des Privateigentums und der Zinsnahme. Neben der Arbeitswertschätzung als solcher hängt dies alles mit der nicht nur auf (den calvinistisch geprägten) Locke, sondern auf Calvin selbst zurückzuführenden Arbeitstheorie zusammen. Die Arbeitstheorie fundierte das Eigentumsrecht naturrechtlich und vorstaatlich als Recht an den Produkten menschlicher Arbeit. Letztlich fundierte diese Theorie bzw. das Arbeitsethos auch die Berufsfreiheit. Der klassisch-liberale Besitzindividualismus⁴²⁷, der in begrenztem Umfang in der heutigen Rechtsprechung fortwirkt, dürfte so eine Verbindung zur calvinistischen Hochschätzung von Arbeit, Fortschritt und Naturnutzung haben. Locke steht nämlich zugleich für die Priorisierung der Arbeit und eine junktimhaft damit verbundene Pejorisation der Natur als Fundament von Grundrechtsidee und moderner Wirtschaftswissenschaft. Das mag hier auf sich beruhen, ebenso wie die genaue und letztlich wohl *wechselseitige* Beeinflussung zwischen Protestantismus und aufkommendem Kapitalismus. Jedenfalls ist die Priorisierung des Wirtschaftlichen ein weiterer grundrechtsrelevanter Punkt, indem calvinistisches Denken über die scholastische Tradition hinausgeht – und sich dem späteren Liberalismus stark annähert.⁴²⁸

IV. Faktische Grundrechtshintergründe in der Ideenwelt der protestantischen Sekten und speziell der Täufer

Wer von calvinistischen Einflüssen auf die Grundrechtsidee spricht, darf von den protestantischen Sekten nicht schweigen. Ich sprach sie in Gestalt der englischen und amerikanischen Gemeinden schon an. Sie hingen aber nicht alle an Calvin.

⁴²⁶ Zu Grundrechten und Arbeitsethos Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 2.; zur calvinistisch-liberalen Fortschrittsidee a.a.O. § 14. 4.-5. und § 18. 2.c.; zur faktischen Dominanz der Wirtschaftsgrundrechte in westlichen Verfassungsordnungen a.a.O. § 17; zur normativen Kritik speziell an der Grundrechtsfunktionen- und Klagebefugnisdoktrin in Deutschland Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 6 A. II.

⁴²⁷ Vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn.), § 17 und § 18. 2. und die obige erste Abhandlung; zur normativen Kritik daran Ekardt, Zukunft in Freiheit (Fn. 355), § 2 A. und § 5 A.-C.

⁴²⁸ Hinter all dem wird ein allgemeines Phänomen sichtbar: Die Aufklärung, der die Philosophen des neuzeitlichen Naturrechts meist zuzurechnen sind, zehrte ganz generell stark von protestantischen Setzungen. Für die Konstanz der religiös induzierten Werthaltungen war es dabei, wie andernorts allgemein festgestellt, relativ unerheblich, daß die eigentliche religiöse Metaphysik eine immer mehr abnehmende Rolle spielte; vgl. Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 14. 5.b. und § 14. 5. c.bb.

Getrieben von protestantischer Grundsätzlichkeit waren sie gerade auch durch Abspaltungen von der entstehenden „orthodoxen“ protestantischen Lehre eines Luther, Calvin oder Zwingli Anfang/ Mitte des 15. Jahrhunderts entstanden. Sie waren in ihren Forderungen nach gleicher (keinesfalls nur jenseitiger) Freiheit dem calvinistischen „Mainstream“ noch erheblich voraus. Namentlich die Täuferbewegung und bestimmte vom Calvinismus herkommende Sekten folgerten aus der moralischen Verderbtheit der weltlichen und geistlich-katholischen Obrigkeit, daß jede Unfreiheit schon heute auf Erden strikt enden müßte.⁴²⁹ Übergreifendes Anliegen war dabei der Wunsch nach einer Radikalisierung der lutherischen Reformation, die ihrer Auffassung nach angesichts der raschen Institutionalisierung das ursprüngliche Befreiungs- und Erneuerungsanliegen rasch aufgab, zumal sich Luther zur Verteidigung gegen den Vatikan auf die Landesfürsten stützte – dabei aber selbst einer „Autoritarisierung“ und „Vatikanisierung“ seiner durchaus revolutionären Ideen anheimzufallen schien. Eine wichtige Rolle spielte z.B. die Täuferbewegung, die die Basis vieler noch heute existierender protestantischer Sekten ist (gerade in den USA). Die Täufer waren eine vielschichtige, in sich heterogene und zerstrittene religiöse Strömung, deren ursprünglich gemeinsames Merkmal in der Ablehnung der Kindertaufe zugunsten einer bewußt vollzogenen Erwachsenentaufe bestand. Inhaltlich in vielem mit Calvin und seinen unmittelbaren Anhängern auf einer Linie, wurden sie von der Catholica, aber auch von vielen Lutheranern und z.T. auch von Calvin gebrandmarkt und verfolgt. (Auch) Calvin ging die umfassende Nivellierung der überkommenen Ordnung, die sich in Täufersprüchen wie „Als Adam grub und Eva spann, wo war denn da der Edelmann“ ausdrückte, dann doch zu weit. Daß die Täufer und überhaupt die protestantischen Sekten mit ihrem Egalitarismus und Antiinstitutionalismus durchaus authentisch an die frühchristliche Tradition anknüpfen mochten, kam ihm dabei offenbar nicht in den Sinn. Besonders wirkungsmächtige Episoden radikal protestantischen Denkens waren der vom Pfarrer Thomas Müntzer angeführte deutsche Bauernkrieg 1524/ 25 sowie das Münsteraner Täuferreich 1534/ 35.⁴³⁰ Beide sind von Calvin völlig unabhängig. Gerade Thomas Müntzer propagierte nicht nur strikte Rechtsgleichheit, sondern auch die volle Volkssouveränität bei weitgehender Ablehnung der hergebrachten Obrigkeit. Gestützt wurde dies in den Stühlinger Artikeln und anderen Äußerungen der aufständischen Bauern auf die *imago dei* und die eschatologische Gleichheit aller Menschen: „Wiewol von recht ain jeder anfengklich frei geporn, die seint beschwert mit der Lübaigenschaft, wann sie wellent kain andern Her haben, dann anlain Gott den Allmechtigen, wann der hat uns erschaffen ...; zaigen aber das Ewangelium an, das vermög, dem Menschen solichs fri sei.“⁴³¹ Weiterge-

⁴²⁹ Vgl. die umfassende Darstellung bei Dülmen, Reformation (Fn. 376), S. 181 ff. und 331 ff.

⁴³⁰ Näher dazu Dülmen, Reformation (Fn. 376), S. 59 ff. und 154 ff.; Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 282 ff.

⁴³¹ Zitiert bei Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 285 m.w.N.

hend als Calvin wollten die Anhänger einer radikalen Reformation mithin die Differenz von weltlichem und geistlichem Reich einebnen. Auch wenn diese Proklamation respektive Provokation angesichts der raschen Hinrichtung Müntzers sowie der Niederschlagung der Bauernaufstände (übrigens unter Anfeuerung durch Luther) erst einmal ohne sichtbare Folgen blieb, praktizierten seit dieser Zeit radikal-reformatorisch gesonnene Kreise wie die Täufer doch zumindest in ihren verstreuten Gemeinden umfassend egalitäre Strukturen auch in weltlichen Dingen⁴³², die auf eine umfassende Partizipation und übrigens auch auf eine zumindest religiöse (annähernde) Gleichberechtigung der Frauen gerichtet waren. Damit wurde einerseits ein praktisches Vorbild gegeben, welches gerade in England und Nordamerika weite Kreise zog. Zum anderen war hier der Gedanke einer weltlichen politisch-rechtlichen Gleichheit bzw. gleichen Freiheit in bis dahin nicht gekannter Weise artikuliert – und in der Gottesebenbildlichkeit jedes einzelnen Menschen fundiert – worden. Damit war also einerseits ein theoretisches, aber auch ein lebenspraktisches Fanal gesetzt – nicht nur in Europa. Vielmehr wanderten viele Sektenangehörige aufgrund der Verfolgungen sukzessive nach Nordamerika aus; und dort schufen sie den Nährboden für die weitere Entwicklung. Von John Lockes Liberalismus trennt ein solches Denken natürlich die theokratische Grundintention der protestantischen Sektierer. Doch selbst dieser Unterschied darf hier nicht überschätzt werden. Denn Locke, Milton und andere Liberale waren weit davon entfernt, eine Gerechtigkeitstheorie „ohne Gott“ zu entwerfen; ich komme darauf zurück.

Mindestens ebenso dramatisch wie der deutsche Bauernkrieg vollzog sich die zwischenzeitliche Errichtung des Täuferreiches zu Münster (das 1534/35 für 16 Monate bestand und sodann gewaltsam aufgelöst wurde). Es nahm trotz seines (natürlich) theokratischen Anspruches in gewisser Weise die Ereignisse der französischen Revolution vorweg: Es begann mit dem radikalen Bruch mit den alten Mächten und der feierlichen Proklamation umfassender Rechte und Pflichten der Bürger in einer Art Verfassung – doch es endete in einer blutig aufgelösten Schreckensherrschaft. Trotz des theokratischen Endes des Münsteraner Täuferreiches ist noch ein weiteres bemerkenswert: Nicht die gesamte, gleichwohl aber Teile der Täuferbewegung lehnten die Idee von der Gottgegebenheit der Obrigkeit bzw. überhaupt jeglicher Obrigkeit schon in den 1520er Jahren, natürlich auch angesichts ärgster Verfolgungen, ab, zumindest sofern sie „wahre“ Gläubige betraf.⁴³³ „Die rechten wahrhaften Christen, die in Geist und Wahrheit Christen sind, bedürfen keiner Obrigkeit, Schwert oder Gewalt, denn sie tun gern williglich die Gerechtigkeit“, hieß es z.B. in einem Flugblatt der bayerischen Täufer. Sowohl in ihrem Vorbild als auch in ihren Lehren bildeten die protestantischen Sekten damit

⁴³² Lehmann, Weber (Fn. 421), S. 27; Dülmen, Reformation (Fn. 376), S. 193.

⁴³³ Vgl. auch hier wiederum Dülmen, Reformation (Fn. 376), S. 186 ff. mit Quellennachweisen.

ein entscheidendes Sprungbrett für die spätere liberal-konstitutionelle Entwicklung.

V. **Spielte also die liberale Vernunftphilosophie bei der erstmaligen Grundrechtsetablierung faktisch nur eine begrenzte Rolle?**

Waren es also wirklich tiefreligiöse Calvinisten oder gar theokratische protestantische Sekten, die den liberal-demokratischen Rechtsstaat mit auf den Weg brachten? Bis hierher hat man immerhin gesehen, daß wichtige theoretische Elemente liberaler Gerechtigkeits- und Grundrechtskonzeptionen protestantisch präformiert waren. Wichtig sind insbesondere die Ansätze zum Würdeprinzip, zur Idee gleicher Freiheit, zur Volkssouveränität, zum Widerstandsrecht, zum rein funktionalistischen Staatsverständnis ohne Apotheose des Absolutismus, zur Möglichkeit „ungerechter“ Gesetze, zum Arbeitsethos und zur kontraktualistischen Begründung von Herrschaft. Ebenfalls wichtig war die generelle Hinwendung protestantischen Denkens zu der ihm eigenen Dynamik und zumindest zu Ansätzen von Reflexivität, wie sie dann später, in ihrer vollen Ausprägung, das Lebenselixier des rationalistischen Liberalismus wurden. Ich rufe hier noch einmal stichwortartig in Erinnerung, wie sich diese Ansätze in der das liberale Denken inaugurierenden Naturrechtsphilosophie der Aufklärung spiegeln – und zwar am Beispiel John Lockes. Locke war der wichtigste Autor des aufkommenden Liberalismus und wird oft als Vater der modernen Grundrechtsidee bzw. der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt avisiert.⁴³⁴ Seine Lehren sind eng mit der Institutionalisierung der Menschenrechte in England und Nordamerika verbunden.⁴³⁵ Locke war einerseits der Hausphilosoph des entstehenden liberalen Staates in England und andererseits der Stichwortgeber der bürgerlichen Revolution in Nordamerika und Frankreich. Locke steht für eine Gerechtigkeitstheorie, die auf Gewaltenteilung und Grundrechten beruht.⁴³⁶ Basis war die Lehre vom Gesellschaftsvertrag, die offenbar durch die entsprechende Praxis in den puritanischen Gemeinden inspiriert war (ebenso wie wohl bei Hobbes).⁴³⁷ Wie auch bei Calvin ist für Locke die grundsätzliche Freiheit des Menschen maßgeblich aus der christlichen Vorstellung von der Gottesebenbildlichkeit und Gotteskindschaft des Menschen (1. Mose I, 26 f.) – und daraus gefolgerten Pflichten und Rechten auf Selbsterhaltung – abgeleitet. Analoges ließe sich für die meisten anderen relevanten Naturrechtsphilosophen sagen wie z.B. Althusi-

⁴³⁴ Vgl. Hashagen, Entstehungsgeschichte (Fn. 419), S. 155; Hofmann, JuS 1988, 265; Euchner, John Locke zur Einführung, 1996, S. 88 ff.

⁴³⁵ Vgl. statt aller Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 40 f. und Zippelius, JZ 1999, 1125 (1126).

⁴³⁶ Locke, Second Treatise on Government, 6. Aufl. 1995, §§ 132 ff.

⁴³⁷ Vgl. Ritschl, ET 1980, 333 (343); Euchner, Locke (Fn. 80), S. 100.

us, Grotius, Milton, Coke und sogar Rousseau.⁴³⁸ Besonders wichtig ist aber eine Locke-spezifische, äußerst folgenreiche Kuriosität: Der Oberbegriff der Freiheitsrechte ist für Locke nicht etwa Freiheit, sondern „Eigentum“ (property); der Schutz des Lebens und überhaupt jeder Freiheit vor staatlichen Beeinträchtigungen wird so als Unterfall des Eigentumsschutzes konzeptualisiert. Was auf den ersten Blick wie eine terminologische Zufälligkeit anmutet, entbirgt auf den zweiten Blick eine Wertentscheidung, die das gesamte klassisch-liberale Denken kennzeichnet: Freiheit erscheint vor allem als wirtschaftliche Freiheit.⁴³⁹ Daß das Fundament jener Priorität, die sogenannte Arbeitstheorie, calvinistischer Herkunft ist, kam bereits zur Sprache. Aber nicht nur die Ideen-, sondern auch die konkrete Verfassungsgeschichte machte den reformatorischen Einfluß ganz konkret sichtbar – und zwar über die Spiegelung der dargestellten Ideen hinaus. So tauchten z.B. in den nordamerikanischen Grundrechts- und Unabhängigkeitserklärungen vielfach moralische Appelle zu Sparsamkeit, Enthaltensamkeit und Tugend auf, wie sie typisch für calvinistisches Denken sind.⁴⁴⁰

Natürlich ist es ein erheblicher Unterschied, ob der Staat wie für Calvin oder die Täufer göttlichen Zielen zu dienen hat oder schlicht mit Kant dem Freiheitsausgleich der Individuen.⁴⁴¹ Zudem bleibt selbst bei den Täufern (und erst recht bei Calvin) die Freiheit und Würde des einzelnen eingebunden in eine Schöpfungsordnung, der der einzelne als Teil letztlich nachrangig ist. Ferner haben erst die calvinistischen Monarchomachen sowie Althusius und die Gläubigen späterer Generationen Calvins Lehre vom Widerstandsrecht umfassend radikalisiert. Hier allerdings muß man sofort erwidern: Der echte normative Individualismus, der den Mensch als Mensch zum Selbstzweck (ohne Rekurs auf eine göttliche Schöpfungsordnung) macht und damit eine umfassende Theorie von Würde und Freiheit verbindet, entsteht nicht nur nicht bei Calvin; er entsteht auch nicht bei Locke. Sein ideologischer Vater, von Hobbes' Ansätzen einmal abgesehen, ist erst Kant. Und Kant wirkte bekanntlich erst *nach* den bürgerlichen Revolutionen in England, Nordamerika und Frankreich – kann also nicht deren (auch) calvinistische Herkunft in Frage stellen. Im weiteren soll es noch um etwas anderes gehen: nämlich um weitere Aspekte, die den calvinistischen Anteil an der Grundrechtsgenese manifest machen. Man bekommt sie in den Blick, wenn man sich den Prozeß der konkreten verfassungsrechtlichen Durchsetzung der Grundrechtsidee vornimmt:

⁴³⁸ Hofmann, JuS 1988, 841 (843); Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 35; Voigt, Schriften (Fn. 421), S. 182 ff.; biographische Hinweise z.B. bei Laier, Eigentumsbegriff (Fn. 413), S. 3 und passim.

⁴³⁹ Vgl. Macpherson, Die politische Theorie des Besitzindividualismus: Von Hobbes zu Locke, 1967; Ekardt, Steuerungsdefizite (Fn. 354), § 18. 2.

⁴⁴⁰ Vgl. Ritter, Ursprung (Fn. 383), S. 228.

⁴⁴¹ Normativ meine ich, daß man diese Kantsche These unterstützen muß – allerdings nur, sofern man vorher den Freiheitsbegriff entscheidend verändert und (erstmal) eine überzeugende, nämlich diskursrationale Begründung für das Freiheitsprinzip anbietet; vgl. Ekardt, Zukunft in Freiheit, § 3 D. und § 5 A.

(1) Der mehr als ein Jahrhundert währende Kampf um die Grundrechte in Nordamerika, England und Frankreich war ein Kampf insbesondere um die wirtschaftliche und religiöse Freiheit (auch wenn Jellinek die letztere wohl zu sehr in den Vordergrund gerückt hat). Der Kampf um die Religionsfreiheit ist aber die originäre Folge der Reformation, die die religiöse Einheitlichkeit des alten Europa zerstörte. Besonders die Mitglieder der Sekten, aber auch die Anhänger Calvins wollten selbst über ihren Glauben bestimmen; und daß die Obrigkeit ihnen das streitig machte, oft unter Bedrohung von Leib und Leben, machte die Reformierten zu Vorkämpfern für Freiheitsräume gegenüber dem Staat. Nicht nur die kriegerischen Bauern und die Münsteraner Täufer wurden ja von den alten Obrigkeiten blutig unterdrückt, sondern auch andere, völlig gewaltlos auftretende Gemeinschaften der Gläubigen. Daß neben der wirtschaftlichen gerade die religiöse Freiheit eine große Rolle spielte, mag angesichts des spezifisch protestantischen „religiösen Fundamentalismus“, der in den zahllosen Sektenspaltungen wegen oft kleinster theologischer Differenzen sichtbar wird, nicht ohne Ironie sein. Gleichwohl: Indem sie die katholische Einheitlichkeit des mittelalterlichen Westeuropa zerstörte, schuf die Reformation einen Pluralismus in Europa, der mittelfristig zur Toleranz und zur Religionsfreiheit nötigte (genauer: Konfessionsfreiheit, denn Juden und „Heiden“ waren zunächst nicht erfaßt). Da die Herrscher (z.B. in Frankreich) jedoch zur Toleranz fast alle nicht bereit waren, entstand die Widerstandsrechtsidee gegen die „gottlose“ Obrigkeit und mit ihr die Menschenrechtsidee.

(2) Vom Kampf um die Religionsfreiheit gelangt man zwanglos zum zweiten Punkt: Die intellektuellen Führer des Kampfs um die Grundrechte waren schlicht als Personen zumeist protestantisch geprägt.⁴⁴² Die erste im Ergebnis erfolgreiche Grundrechtskampagne, die englische, wurde z.B. von John Locke, Milton und Edward Coke maßgeblich beeinflußt, die gerade jenen familiären Hintergrund hatten.⁴⁴³ Die liberal-naturrechtlichen Vordenker waren also von ihrer Herkunft her Protestanten.⁴⁴⁴ Große Symbolkraft hatte z.B., daß der puritanische Dichter Milton die Sklaverei ausdrücklich für mit seiner Religion inkompatibel erklärte und darin mit der katholischen Tradition und der zeitgenössischen Praxis brach.⁴⁴⁵ Besonders wichtig ist John Locke, der aus einer calvinistischen Familie stammte und auch ansonsten von anderen Puritanern wie Coke entscheiden beeinflußt wurde.⁴⁴⁶ Ab-

⁴⁴² Zippelius, JZ 1999, 1125; Oestreich, Idee (Fn. 383), S. 21; Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 494; Jellinek, Menschenrechte (Fn. 363), S. 35 ff.; Ritter, Ursprung (Fn. 383), S. 208 ff.

⁴⁴³ Vgl. Euchner, Locke (Fn. 433), S. 108 und 113 f.; Ermacora, Die Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Bd. 1, 1974, S. 159 ff.; Zippelius, JZ 1999, 1125 f.; Voigt, Schriften (Fn. 421), S. 20 f.; Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 25 f.; Bohatec, England (Fn. 373), passim; Hofmann, JuS 1988, 841 (843).

⁴⁴⁴ Staedtke, Calvin (Fn. 391), S. 105; Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 35 und 48 ff.; Heckel, Menschenrechte (Fn. 394), S. 35.

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu Hofmann, JuS 1988, 841 (842 f.).

⁴⁴⁶ Im einzelnen hierzu Ritschl, ET 1980, 333 (344); Bohatec, England (Fn. 373), S. 14 f. und 26.

gesehen davon, daß Locke seine Prägung nie verhehlt hat, kann man diese daraus ersehen, daß er nicht nur in den aufgezeigten Teilaspekten, sondern insgesamt seine wichtigen philosophischen Lehren zentral theologisch motivierte und ohne die Annahme der Existenz Gottes für unhaltbar ansah.⁴⁴⁷ Die Omnipräsenz theologischer Fragen in seinem Werk macht es (auch wenn das seit längerem umstritten ist) wenig wahrscheinlich, daß Locke hier lediglich etwas vorgab. Zudem betätigte sich Locke explizit nicht nur als Philosoph, sondern auch als Theologe; seine Ansichten werden in dieser Disziplin bis heute diskutiert.⁴⁴⁸

(3) Wichtiger noch als die Prägung der Vordenker ist, daß calvinistisch-puritanische Ideen gerade in England und Nordamerika eine breite Basis im Volk hatten. Nur auf eine solche breite Basis aufbauend konnte sich der säkulare Wandel von der traditionalistischen Gesellschaft hin zum grundrechtszentrierten liberalen Rationalismus vollziehen. Denn ohne eine Unterstützung erheblicher Teile des Volkes ist eine Revolution im Regelfall nicht möglich. Und den einfachen Bürgern waren vor allem in Nordamerika und England, aber auch in Frankreich christliche Gedanken wie die Gottesebenenbildlichkeit, die Gotteskindschaft oder die eschatologische Gleichheit gut bekannt. Akademische Überlegungen rationalistischer Naturrechtsphilosophen hätten dagegen schon mangels Bekanntheit etwas Vergleichbares kaum vermocht: Die konkreten verfassungspolitischen Aktivisten der bürgerlichen Revolutionen werden die entstehende liberale Philosophie vielfach nicht einmal gekannt haben. Namentlich der staatsrechtliche Kern der Menschenrechtsgewährleistungen in Nordamerika, der Bund der Mayflower, der einen kleinen Gesellschaftsvertrag mit garantierten Grund-Rechten auf Freiheit und Gleichheit vorsah, entstand, ohne daß einer der in der Neuen Welt gelandeten puritanischen Gläubigen je irgendeine der Schriften der neuzeitlichen Naturrechtsphilosophen zu Gesicht bekommen hätte. Man muß hier auch den noch eher geringen Verbreitungsgrad von Büchern in der frühen Neuzeit bedenken. Und selbst mit größerer Verbreitung wären philosophische Schriften von Pufendorf, Grotius oder anderen überhaupt nur einigen Gebildeten verständlich gewesen. Dagegen war die Bibel zumindest in protestantischen Gegenden aufgrund des propagierten Priestertums aller Gläubigen „Gemeinbesitz“ – und wurde durch Pfarrer, Predigten und Gemeindeleben fortgesetzt revitalisiert.

(4) Das leitet erneut über zum nächsten Punkt: Calvinistische und reformiert-sektiererische Ideen waren eben keine reinen Ideen, sondern gelebte Praxis und schon von daher potentiell einflußreicher als bloßes bedrucktes Papier. So schlossen in Frankreich (und nicht erst später in England und Nordamerika) die Protestanten während ihrer Verfolgung im 16. Jahrhundert Bünde, um den Calvinschen Bundesgedanken zu realisieren. Frankreichs Gläubige hatten ja auch den engsten

⁴⁴⁷ Vgl. Euchner, Locke (Fn. 433), S. 159 und 169.

⁴⁴⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Euchner, Locke (Fn. 433), S. 159 ff.; Breunig, Zur englischen und europäischen Geistesgeschichte, 1993, S. 12.

persönlichen Kontakt zum alten Calvin. Diese kleinen Republiken mit Rechtsgarantien in der Monarchie als dauerhaftes Vorbild für die Ausbreitung des republikanisch-demokratischen Gedankens⁴⁴⁹ überlebten trotz intensiver Bekämpfung durch die französische Krone. Bei den französischen Calvinisten entstand dann auch der Begriff „lois fondamentales“ oder „droit du peuple“.⁴⁵⁰ Ebenso konnte die demokratische Kirchenverfassung Calvins über die Gemeindebünde ganz praktisch das Vorbild abgeben für entsprechende Verfassungen der einzelnen britischen Kolonien in Nordamerika.⁴⁵¹

(5) Dieses praktische Leben bestimmter für die Grundrechtsidee zentraler Gehalte führt zu einem letzten Punkt hin: Es scheint im calvinistischen Denken und wohl noch mehr im Gedankenhaushalt der protestantischen Sekten so etwas wie einen unbedingten Willen gegeben zu haben, die eigene Lehre *real* werden zu lassen.⁴⁵² Dies erhellt einen besonders großen Unterschied zur akademischen Naturrechtsphilosophie. Voltaire etwa pries zwar Freiheit und Gleichheit, war aber zeit lebens ein enger Freund König Friedrichs II. von Preußen, eines absolutistischen Monarchen. Auch Kant reagierte geradezu devot, als König Friedrich Wilhelm II. von Preußen ihn wegen unbotmäßiger Ansichten in Religionsfragen maßregelte. Die calvinistisch bzw. täuferisch orientierten Vorkämpfer von Freiheit und Gleichheit in Nordamerika, Frankreich oder England waren dagegen in der Kompromißlosigkeit ihrer Freiheitskämpfe selbst bei drohender Vertreibung oder Todesstrafe (Kant dagegen hatte bestenfalls den Lehrstuhlverlust zu fürchten) meist ganz und gar nicht „devot“.

Wie wenig „abstrakt“ diese Überlegungen sind, mag man abschließend daraus ersehen, daß die calvinistischen Länder nicht nur die verfassungsrechtliche Wiege der Grundrechte waren. Vielmehr konnte auch nur in den calvinistisch geprägten Ländern der vorübergehende Sieg des Absolutismus verhindert werden (so in England, den Niederlanden und Nordamerika). In Frankreich oder Deutschland dagegen vermochten zahlreiche Naturrechtsphilosophen offenbar kein nennenswertes Hindernis zu bereiten. Hier wird häufig auch übersehen, daß die Naturrechtsphilosophie nicht einmal durchgängig für die Grundrechtsidee eintrat; viele ihrer Vertreter wie z.B. Pufendorf oder Christian Wolff hatten sich der Rechtfertigung (bürger-)rechtsloser Zustände verschrieben und propagierten bestenfalls eine Selbstbindung

⁴⁴⁹ Staedtke, Calvin (Fn. 391), S. 103; McGrath, Calvin (Fn. 391), S. 250 und 331; Oestreich, Geschichte (Fn. 411), S. 32 und 36; Ritschl, ET 1980, 333 (339 ff.).

⁴⁵⁰ Sprachlich war das eine Weiterentwicklung von „menschliches Recht“, welches bei Thomas von Aquin die Bezeichnung für positives Recht im Gegensatz zu göttlichem und Naturrecht war; vgl. dazu Laier, Eigentumsbegriff (Fn. 413), S. 1; Schmale, Archäologie (Fn. 363), S. 288 f.; wohl unzutreffend Hofmann, JuS 1988, 841.

⁴⁵¹ Vgl. Troeltsch, HZ 1906, 1 (37); McGrath, Calvin (Fn. 391), passim; Hofmann, JuS 1988, 841 (843 und öfter).

⁴⁵² Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 6, S. 494; Ritter Ursprung (Fn. 383), S. 208; vgl. auch Holl, Kirchengeschichte (Fn. 383), Bd. 3, S. 274 f. und Hofmann, JuS 1988, 841 (843).

des Souveräns. Und: Allein in Nordamerika und England, wo der calvinistisch-puritanische Einfluß besonders offen zutage liegt, konnte die Menschenrechtsidee auch *nach* ihrer erstmaligen verfassungsrechtlichen Verankerung Beständigkeit zeigen und absolutistische Tendenzen wirkungsvoll blockieren. In Frankreich, dem Land vieler Naturrechtsphilosophen, waren dagegen die Erklärungen ab 1789 zunächst nur von vorübergehender Wirksamkeit; schon die neue Verfassung von 1799 enthielt keine Freiheitsgarantien mehr – von Napoleon und seinen Nachfolgern ganz zu schweigen. Noch ungünstiger verlief die deutsche Entwicklung. Kurioserweise mag es gerade der theokratische Zug Calvins gewesen sein, der die Abwehr des Absolutismus erleichtert hat. Denn für Calvin war, anders als für deutsche und französische Naturrechtler, stets klar, daß der Staat nur *dienende* Funktion hat.⁴⁵³

Folglich erscheint die eingangs formulierte These zur faktischen (nicht: normativen) Relevanz reformatorischer Ideen für die Grundrechtsgenese stichhaltig.⁴⁵⁴ Damit nehme ich zugleich Stellung zu einer von Jürgen Habermas und anderen aufgeworfenen, heftig diskutierten Frage: ob nämlich die Moderne sich „aus sich selbst heraus begründen“ kann.⁴⁵⁵ Mein Beitrag hat sie differenziert beantwortet: Für die normative Rechtfertigung der Grundrechte bedarf „die Moderne“ keiner „traditionellen“ Schützenhilfe. Das stellte ich einleitend heraus. Doch faktisch ist die Moderne gleichwohl stark von ihren historischen Vorläufern geprägt. Es wäre einerseits töricht, diese Prägung zu leugnen, auch wenn das zunehmend geschieht. Andererseits darf diese faktische Tradierung bestimmter Werte nicht mit ihrer normativen Richtigkeit verwechselt werden – auch wenn theologisierende Stimmen etwa in der Abtreibungs- oder der Früheuthanasiedebatte genau diesen Fehler machen. Ein liberaler juristischer Diskurs dagegen sollte weder seine Herkunft leugnen, noch sollte er sich vor seiner Herkunft oder überhaupt vor irgendwelchen reinen Faktizitäten verbeugen. Auch wenn der Juristendiskurs oft genau das tut, indem er die normative Frage nach der gerechten Grundordnung als durch die faktische Existenz des Grundgesetzes erledigt ansieht.

⁴⁵³ Calvin, Institutio IV, 20,1 ff.; vgl. dazu auch Treumann, Monarchomachen (Fn. 413), S. 31 m.w.N.

⁴⁵⁴ Nochmals: Ich stelle keine *Monokausalitätsthe*se auf! Deshalb könnte ich mich durchaus auch mit folgender These anfreunden, die man in Fortentwicklung eines Grundgedankens von Russell, Philosophie des Abendlandes, 6. Aufl. 2003 gewinnen könnte: Vielleicht mußte so etwas wie der Freiheitswille der „germanischen“ Völker mit dem universalistischen, legalistischen Gestus der römischen und katholischen Tradition zusammentreffen, um die Menschenrechtsidee hervorzubringen – und dieses Zusammentreffen ereignete sich eben mit den Calvinisten und den protestantischen Sekten.

⁴⁵⁵ Vgl. Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne, 1985, S. 16.

Literaturverzeichnis (zur ersten Abhandlung)

Beiträge aus Tageszeitungen sowie Gerichtsentscheidungen werden nicht aufgeführt, ebenso wie Kommentierungen zu einzelnen Vorschriften in Gesetzeskommentaren. Ansonsten wird jeweils mit dem ersten Substantiv des Titels zitiert (sofern davon ganz vereinzelt abgewichen wird, erklärt sich die Zitierweise von selbst). Bei Verwechslungsgefahr wird das Zitierkürzel länger gewählt. Fachartikel in Periodika erscheinen mit dem Verfassernamen und dem Zeitschriftenkürzel. Die Autoren werden mit ihren Nachnamen zitiert, bei Verwechslungsgefahr zusätzlich mit dem ersten Buchstaben des Vornamens. Mehrere Beiträge des selben Verfassers erscheinen im Literaturverzeichnis in alphabetischer Reihenfolge. Mehrbändige Werke verweisen in den Fußnoten durch eine römische Ziffer auf den jeweiligen Band. Hinsichtlich der Abkürzungen wird auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. Berlin New York 1994 verwiesen.

- Abegg*, Julius Friedrich Heinrich: Zur Lehre vom Beweise und dem Schwurgerichte, Der Gerichtssaal 2 (1850), Bd. 1, S. 61 ff.
- Actenstücke* der Mannheimer Censur und Polizei, zweite Recursschrift an das Publikum, 1846.
- Adomeit*, Klaus: Rechts- und Staatsphilosophie, Bd. 2: Rechtsdenker der Neuzeit, Heidelberg 1995.
- Allgemeine deutsche Biographie*, hrsg. durch die historische Kommission bei der königlichen Akademie der Wissenschaften, 56 Bände, Leipzig 1896 (Bd. 41), 1898 (Bd. 44 – die hinteren Bände sind bisher nicht in neuerer Auflage erschienen).
- Ashcraft*, Richard: Marx und Weber über den Liberalismus als bürgerliche Ideologie, in: Gall, Lothar (Hg.): Liberalismus, 3. Aufl. Königstein 1985, S. 77 ff.
- Augstein*, Rudolf: Preußens Friedrich und die Deutschen, Frankfurt a. M. 1968.
- Backes*, Uwe: Liberalismus und Demokratie – Antinomie und Synthese. Zum Wechselverhältnis zweier politischer Strömungen im Vormärz, Düsseldorf 2000.
- Baur*, Fritz: Laienrichter – heute ?, in: Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 49 ff.
- Beccaria*, Cesare: Über Verbrechen und Strafen (nach der Ausgabe von 1766 übersetzt von Wilhelm Alff), Frankfurt am Main 1988.
- Becker*, Hans-Jürgen: Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert, JuS 1985, 338.
- Benz*, Ulrike: Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, Lübeck 1982.
- Berger*, Peter/ *Luckmann*, Thomas: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie (übersetzt von Monika Plessner), Frankfurt a.M. 1980.
- Berghausen*, Gregor: Die großbürgerlichen Liberalen im Rheinischen Provinziallandtag 1826-1845, Köln 1994.
- Bernsdorf*, Wilhelm (Hg.): Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl. Stuttgart 1969.
- von Bernstorff*, Jochen: Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, Baden-Baden 2001.

- Biener*, Friedrich August: Das englische Geschworenengericht, Leipzig 1852.
- Birtsch*, Günter: Gemäßigter Liberalismus und Grundrechte. Zur Traditionsbestimmtheit des deutschen Liberalismus von 1848/ 49, in: Schieder, Theodor (Hg.): Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz, Göttingen 1983, S. 22 ff.
- Blasius*, Dirk: Der Kampf um die Geschworenengerichte im Vormärz, in: Sozialgeschichte heute, Festschrift für H. Rosenberg, hrsg. von H.-U. Wehler, 1974, S. 148 ff.
- Blasius*, Dirk: „Preußische Pfiffe“ und rheinischer Pfiff, in: Niethammer, Lutz (Hg.): „Die Menschen machen ihre Geschichte nicht aus freien Stücken, aber sie machen sie selbst. Einladung zu einer Geschichte des Volkes in NRW, Berlin u.a. 1984.
- Böhret*, Carl/ *Jann*, Werner/ *Kronenwett*, Eva: Innenpolitik und politische Theorie, 3. Aufl. Opladen 1988.
- Böttges*, Walter: Die Laienbeteiligung in der deutschen Strafrechtspflege, Bonn 1979.
- Botzenhart*, Manfred: Deutsche Verfassungsgeschichte 1806-1949, Stuttgart Berlin Köln 1949.
- Brandt*, Hartwig: Landständische Repräsentation im deutschen Vormärz: politisches Denken im Einflußfeld des monarchischen Prinzips, Neuwied a. R. 1968.
- von Brandt*, Ahasver: Werkzeug des Historikers, 13. Aufl. Stuttgart Berlin Köln 1992.
- Briefmann*, Ermin: Strafrecht und Strafprozeßrecht von A-Z, 6. Aufl. München 1991.
- Brunner*, Heinrich: Die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872 (Neudruck 1967).
- Bülau*, Friedrich: Die Behörden in Staat und Gemeinde, Leipzig 1836.
- Cicero*, Marcus Tullius: De re publica, Neuauflage, Stuttgart 1979 (1. Buch, Vers 42).
- Conrad*, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2: Neuzeit bis 1806, Karlsruhe 1966.
- Cornelissen*, Josef: Tätigkeiten und Theorien Feuerbachs im Strafprozeßrecht, Bonn 1963.
- Deimling*, Gerhard (Hg.): Cesare Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, Heidelberg 1989.
- Döhring*, Erich: Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953.
- von Draais*, Carl Wilhelm Friedrich Ludwig Freiherr: Zusätze zu meinen Betrachtungen über die Vorschläge unserer Tage für mehr Öffentlichkeit und Mündlichkeit, Mannheim 1823.
- Drehse*n, Volker/ *Häring*, Hermann/ *Kuschel*, Karl-Josef/ *Siemers*, Helge (Hg.): Wörterbuch des Christentums, Gütersloh Zürich 1988.
- Eisenhardt*, Ulrich: Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. München 1995.
- Ekardt*, Felix: Der Kampf um Schwurgerichte und reformiertes Strafverfahren im Vormärz. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen von Rechtsstaat und Pressefreiheit, JurA 1998, 121 ff.
- Ekardt*, Felix: Steuerungsdefizite im Umweltrecht. Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte – zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht, Baden-Baden 2001.
- Ekardt*, Felix: Zukunft in Freiheit. Grundrechtliche, philosophische und steuerungstheoretische Elemente eines modernen Liberalismus – und einer Theorie der Nachhaltigkeit, Habilitationsschrift Rostock 2002.
- Feuerbach*, Paul Johann Anselm: Anti-Hobbes oder Über die Grenzen der höchsten Gewalt, Gießen 1798, Neudruck Darmstadt 1967.
- Feuerbach*, Paul Johann Anselm: Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, Landshut 1813.
- Feuerbach*, Paul Johann Anselm: Kleine Schriften vermischten Inhalts, 1833, Neudruck Osnabrück

1966.

- Feuerbach*, Paul Johann Anselm: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtkeitspflege, Bd. I, Gießen 1821. Bd. II: Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in besonderer Beziehung auf Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtkeitspflege, Gießen 1825.
- Feuerbach*, Ludwig: Paul Johann Anselm Feuerbachs Leben und Wirken, 2. Aufl. Berlin 1989.
- Fiedler*, Wilfried: Die liberalen und demokratischen Abgeordneten der Frankfurter Paulskirche, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/ 49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 317 ff.
- Fisahn*, Andreas: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002.
- Fögen*, Marie Theres: Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit, Berlin 1974.
- Frey*, Ludwig: Das Geschworenengericht aus historischen, straf- und staatsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, Bonn 1835.
- Gall*, Lothar: Der Liberalismus als regierende Partei. Das Großherzogtum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung, Wiesbaden 1968.
- Gall*, Lothar: Fragen an die deutsche Geschichte, 17. Aufl. 1993.
- Geib*, Gustav: Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848.
- Geiss*, Imanuel: Das Deutsche Reich und der Erste Weltkrieg, München Wien 1978.
- Gerth*, Hans: Bürgerliche Intelligenz um 1800. Zur Soziologie des deutschen Frühliberalismus, 2. Aufl. Göttingen 1976.
- Glaser*, Julius: Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren, Erlangen 1866.
- Glaser*, Julius: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883.
- von Gneist*, Rudolf: Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, Berlin 1849, Neudruck Aalen 1967.
- Grebing*, Helga: Geschichte der deutschen Parteien, Wiesbaden 1962.
- Gunkel*, Hermann/ Zscharnack, Leopold (Hg.), Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Bd. 5, Tübingen 1931.
- Gusy*, Christoph: Weimar – die wehrlose Republik?, Heidelberg 1991.
- Haber*, Günther: Probleme der Strafprozeßgeschichte im Vormärz, ZStW 1979, 590 ff.
- Habermas*, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1998.
- Habermas*, Jürgen: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Neuwied a. R. 1962.
- Habermas*, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., Frankfurt a.M. 1981.
- Hadding*, Günther: Schwurgerichte in Deutschland. Der Schwurgerichtsgedanke seit 1848, Kassel 1974.
- Haft*, Fritjof: Aus der Waagschale der Justitia, 2. Aufl. München 1990.
- Hahn*, Wolfram: Die Entwicklung der Laiengerichtbarkeit im Großherzogtum Baden während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1974.
- Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hg. von A. Erler und E. Kaufmann, Berlin 1988-90.
- Hardtwig*, Wolfgang: Vormärz, München 1985.

- Hartmann*, Richard: P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, Berlin 1961.
- Hattenhauer*, Hans: Europäische Rechtsgeschichte, Heidelberg 1993.
- Hattenhauer*, Hans: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 2. Aufl. Heidelberg u.a. 1980.
- Haupt*, Herman (Hg.) Quellen und Darstellungen zur Geschichte der Burschenschaft und der deutschen Einheitsbewegung, Heidelberg 1914.
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Neuausgabe, 5. Aufl. Hamburg 1995.
- Heinze*, Carl Friedrich Rudolf: Ein deutsches Geschworenengericht, 2. Aufl. Leipzig 1865.
- Hertz*, Eduard: Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert, Stuttgart 1887.
- Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hg. von J. Ritter und K. Gründer, Bd. 6 und 8, Darmstadt 1984 und 1992.
- Hoefel*, Frank Thomas: Pressepolitik und Polizeistaat Metternichs, Dortmunder Beiträge zur Zeitungsforschung 37 (1983), München u.a. 1983.
- Hoede*, Roland: Zur Geschichte der Heppenheimer Versammlung vom 10. Oktober 1847 oder: über den Sinn, vermeintlich abgenagte Knochen auszugraben, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 293 ff.
- Höfling*, Wolfram: Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastrukturprojekte -ein staats-schuldenrechtliches Problem?, DöV 1995, 141 ff.
- Höhn*, Reinhard: Die Stellung des Strafrichters in den Gesetzen der französischen Revolutionszeit (1791-1810), Berlin u.a. 1929.
- von Holtzendorff*, Franz: Rechtslexikon, 3. Bd. 2. Hälfte, 3. Aufl. Leipzig 1881.
- Huber*, Ernst Rudolf: Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Stuttgart u.a. Köln Mainz 1976.
- Huber*, Ernst Rudolf: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 3. Aufl. Stuttgart u.a. Köln Mainz 1988 (z. T.).
- Irrgang*, Bernhard: Lehrbuch der evolutionären Erkenntnistheorie. Thesen, Konzeptionen und Kritik, 2. Aufl. München u.a. 2001.
- Jerouschek*, Günther: Wie frei ist die freie Beweiswürdigung?, GA 1992, 493 ff.
- Jung*, Heike (Hrsg.): Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin New York 1990.
- Kant*, Immanuel: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), in: Kants Gesammelte Schriften, Bd. 8, Berlin 1912.
- Karpen*, Ulrich: Die geschichtliche Entwicklung des liberalen Rechtsstaates – vom Vormärz bis zum Grundgesetz, Mainz 1985.
- Kaufmann*, Arthur: Savigny, in: Die Großen der Weltgeschichte 7, Berlin 1971, S. 405.
- Keller*, Hans Gustav: Die Idee der Freiheit. Ein Blick auf den deutschen Liberalismus im Vormärz, Bern 1934.
- Kern*, Eduard: Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München Berlin 1954.
- Kleinheyer*, Gerd/ *Schröder*, Jan: Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl. Heidelberg 1989.

- Kleinknecht, Theodor/ Meyer, Karlheinz/ Meyer-Goßner, Lutz*: Strafprozeßordnung, 42. Aufl. München 1995.
- Knittel, Eberhard*: Das englische Schwurgericht, Bonn 1968.
- Knittel, Eberhard*: Mitbestimmung in der Strafjustiz, Marburg 1970.
- Koch, Hans-Joachim*: Vereinfachung des materiellen Umweltrechts, NVwZ 1996, 215 ff.
- Köbler, Gerhard*: Etymologisches Rechtswörterbuch, Tübingen 1995.
- Kölz, Alfred*: Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.
- Köstlin, Christian Reinhold*: Das Geschwornengericht für Nichtjuristen, Tübingen 1849.
- Köstlin, Christian Reinhold*: Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert, Tübingen 1849.
- Köstlin, Christian Reinhold*: Die Zukunft des Strafverfahrens in Deutschland, Deutsche Vierteljahresschrift 1846, 315 ff.
- Koselleck, Reinhart*: Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, München 1989.
- von Kries, August*: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
- Kroeschell, Karl*: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3 (seit 1650), 2. Aufl. Opladen 1993.
- Küper, Wilfried*: Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß, in: Festschrift für Karl Peters, Heidelberg 1984, S. 23 ff.
- Küper, Wilfried*: Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967.
- Kunze, Michael*: Der Freiheit eine Gasse, München 1990.
- Landau, Peter*: Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, in: Antonio Padoa Schioppa (Hrsg.), The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900, Berlin 1987, S. 241 ff.
- Landsberg, Ernst*: Die Gutachten der Rheinischen Immediats-Justizkommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung, Bonn 1914.
- Langewiesche, Dieter*: Europa zwischen Restauration und Revolution 1815-1849, 3. Aufl. München 1993.
- Laufs, Adolf*: Rechtsentwicklungen in Deutschland, 4. Aufl. Berlin u.a. 1991.
- Laufs, Adolf*: Für Freiheit und Einheit: Das Nationalfest der Deutschen zu Hambach 1832, JuS 1982, 325 ff.
- Laufs, Adolf*: Recht und Gericht im Werk der Paulskirche, Karlsruhe 1978.
- Lieberwirth, Rolf*: Latein im Recht, 3. Aufl. Berlin u.a. 1993.
- Liebknicht, Karl*: Gesammelte Reden und Schriften, Bd. II, Berlin 1958-1971.
- de Lolme, Jean Louis*: The Constitution of England, 1784.
- Mackert, Josef Alfons*: Von der peinlichen Prozedur zum Anklageprozeß, in: Bader, K.S./ Federer, J./ Maunz, Th. (Hg.): Baden im 19. und 20. Jahrhundert, Bd. 2, Karlsruhe 1950.
- Macpherson, C. B.*: Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke (übersetzt von Arno Wittekind), Frankfurt a.M. 1973.
- Macpherson, C. B.*: Nachruf auf die liberale Demokratie (übersetzt von Sabine Offe), Frankfurt a.M. 1983.

- Mann*, Golo: Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1958.
- Marx*, Karl: Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf) 1857 bis 1858, Frankfurt o. J.
- Marx*, Karl: Zur Kritik der politischen Ökonomie, Berlin 1859.
- Mast*, Peter: Die Hohenzollern von Friedrich III. bis Wilhelm II., Graz u.a. 1988.
- Mayer*, Manfred: Das konstitutionelle Deutschland und der Westen. Tradition und Wandel nationaler Konzepte in Südwestdeutschland 1830-1848, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/ 49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 191 ff.
- Mayer*, Sigmund: Geschworenengerichte und Schöffengerichte, Frankfurt a. M. 1872.
- Merkel*, Reinhard: Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, Baden-Baden 1994.
- Meyer*, Hugo: That- und Rechtsfrage im Geschworenengericht, Berlin 1860.
- Meyer*, Manfred: Freiheit und Macht. Studien zum Nationalismus süddeutscher, insbesondere badi-scher Liberaler 1830-1848, Frankfurt a.M. 1994.
- Michelsen*, Andreas Ludwig Jakob: Ueber die Genesis der Jury, Leipzig 1847.
- Mitteis*, Heinrich/ *Lieberich*, Heinz: Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. München 1992.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Das deutsche Strafverfahren, 4. Aufl. Heidelberg 1845.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, Erlangen 1864.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Die gesetzliche Beweistheorie, Neues Archiv des Criminalrechts 12 (1845), 488 ff. und 13 (1846), 120 ff.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse, Darmstadt 1834.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, Stuttgart und Tübingen 1845.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren, Landshut 1819.
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton: Über den Fonk'schen Prozeß, Heidelberg 1823.
- de Montesquieu*, Charles-Louis, Vom Geist der Gesetze, 2 Bände, Neuausgabe 1951.
- Mugdan*, Benno (Hg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1899, Nachdruck Aalen 1979.
- Müller*, Ingo: Furchtbare Juristen, München 1989.
- Müller*, Jürg: Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß, Zürich 1992.
- Müller-Dietz*, Heinz: Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl Theodor Welcker, Freiburg 1968.
- Nagel*, Thomas: Das letzte Wort (übersetzt von Joachim Schulte), Stuttgart 1999.
- Nipperdey*, Thomas: Deutsche Geschichte 1800-1866, 6. Aufl. München 1993.
- von Oppen*, Otto Heinrich Alexander: Geschworene und Richter, Köln 1835.
- Peters*, Karl: Strafprozeß, 4. Aufl. Heidelberg 1985.
- Radbruch*, Gustav: Rechtsphilosophie, 8. Aufl. Leipzig 1973.

- Rechtssprichwörter* und sprichwörtliche Redensarten mit rechtlichem Inhalt, hg. vom Mittelalterlichen Kriminalmuseum mit rechtshistorischer Sammlung (Bd. VIII der Schriftenreihe des Museums), Rothenburg ob der Tauber, 1992.
- Reimann*, Mathias: Der Hochverratsprozeß gegen Gustav Struve und Karl Blind, Sigmaringen 1985.
- von Rimscha*, Wolfgang: Die Grundrechte im süddeutschen Frühkonstitutionalismus, Köln Berlin Bonn München 1973.
- Rintel*, C. G. N.: Von der Jury, Münster 1844.
- Ritter*, Gerhard A. (Hg.): Deutsche Parteien vor 1918, Köln 1973.
- Röhl*, Klaus F.: Rechtssoziologie, Berlin u.a. 1987.
- von Rotteck*, Carl: Eigenthum, Eigenthumsrechte, Vermögensrechte, in: Staatslexikon, Bd. 7, hg. von Karl v. Rotteck und C. Th. Welcker, Altona 1836/ 37.
- Rottleuthner*, Hubert: Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987.
- Roxin*, Claus: Strafverfahrensrecht, 24. Aufl. München 1995.
- Rückert*, Joachim: Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei F. C. v. Savigny, Ebelsbach 1984.
- Rüping*, Hinrich: Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. München 1991.
- Ruppenthal*, Julius: Denkschrift vom 1. 3. 1847 zum Entwurf eines neuen StGB, in: Gesetzes-Revision, Berlin 1827-48 (35 Bände), Penum I: StGB. Bibl. des BVerwG, Leipzig.
- Sander*, Reimund: Das politische Ethos des rheinischen Liberalismus im Vormärz, Marburg 1949.
- von Savigny*, Friedrich Carl: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.
- von Savigny*, Friedrich Carl: Nachlaß, Universitätsbibliothek Marburg.
- von Savigny*, Friedrich Carl: Denkschrift „Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung“, Berlin 1846 (Kurzabdruck in GA 66 (1858), 469 ff.).
- Schieder*, Theodor: Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit. Studien zur Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, 3. Aufl. München 1974.
- Schieder*, Theodor: Partikularismus und Nationalbewußtsein im Denken des deutschen Vormärz, in: Conze, Werner (Hg.): Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848, Stuttgart 1962.
- Schieder*, Theodor: Vom Deutschen Bund zum Deutschen Reich, in: Handbuch der deutschen Geschichte, hg. von Gebhardt und H. Grundmann, Bd. 3: Von der französischen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg, 9. Aufl. Stuttgart 1970, S. 99 ff.
- Schill*, Hans J.: Die Stellung des Richters in Frankreich, Bonn 1961.
- Schimpf*, Rainer: Der „Freisinnige“ und der Kampf der badischen Liberalen für die Pressefreiheit 1831/ 32, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/ 49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 157 ff.
- Schmale*, Wolfgang: Soziogeographische Divergenz und nationale Nivellierung. Die Schulerziehung in Frankreich in der schöpferischen Krise, in: Schmale, Wolfgang/ Dodde, Nan (Hg.): Revolution des Wissens?, Bochum 1991.
- Schmidt*, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. Göttingen 1965.
- Schmidt*, Walter: Liberale und Demokraten in der deutschen 1848er Revolution. Gegensätze und Gemeinsamkeiten, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der De-

- mokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/ 49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 333-364.
- Schmitt*, Bertram: Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß, Lübeck 1992.
- Schneider*, Gerhard: Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus, ARSP 1972, 267 ff.
- Schneider*, Franz: Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit, Neuwied a. R. und Berlin 1965 (Bd. 24 der Reihe "Abhandlungen und Texte zur politischen Wissenschaft", hg. von Wilhelm Henning und Hans Maier).
- Schoeps*, Hans-Joachim: Preußen, Frankfurt a. M. Berlin 1966.
- Schofer*, Bernd: Das Relativismusproblem in der neueren Wissenssoziologie. Wissenschaftsphilosophische Ausgangspunkte und wissenschaftssoziologische Lösungsansätze, Berlin 1999.
- Schubert*, Werner/ Regge, Jürgen (Hg.), Entstehung und Quellen der Strafprozeßordnung von 1877, Frankfurt a. M. 1989.
- Schulz*, Joachim: Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, Köln u.a. 1992.
- Schulz*, Joachim: Mittermaier und die freie Beweiswürdigung, in: Küper, Wilfried (Hg.): Carl Joseph Anton Mittermaier, Heidelberg 1988, S. 139 ff.
- Schwinge*, Erich: Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Breslau 1926, Neudruck Aalen 1970.
- Seagle*, William: Weltgeschichte des Rechts (übersetzt von Herbert Thiele-Frerersdorf), 3. Aufl. München 1967.
- Seeger*, Carl August Friedrich, Über das Geschworenengericht in peinlichen Sachen, Heilbronn 1824.
- Seier*, Hellmut: Der unbewältigte Konflikt. Kurhessen und sein Ende 1803-1866, in: Schultz, Uwe (Hg.): Die Geschichte Hessens, Stuttgart 1983, S. 160 ff.
- Sheehan*, James: Liberalismus und Gesellschaft in Deutschland 1815-1848, in: Gall, Lothar (Hg.): Liberalismus, 3. Aufl. Königstein 1985, S. 208 ff.
- Siebenpfeiffer*, Philipp Jakob: Über die Frage unserer Zeit in Beziehung auf die Gerechtigkeitspflege, 2. Aufl. Heidelberg 1833.
- von Stemann*, Christian: Die Jury in Strafsachen, Hamburg 1847.
- Störig*, Hans Joachim: Kleine Weltgeschichte der Philosophie, 13. Aufl. Stuttgart Berlin Köln u.a. 1985.
- Stolleis*, Michael: „Junges Deutschland“, jüdische Emanzipation und liberale Staatsrechtslehre in Deutschland, Stuttgart 1994.
- Stolleis*, Michael (Hg.): Juristen – ein biographisches Lexikon, München 1995.
- Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, Berlin und Leipzig 1928.
- Verhandlungen des Germanistentages zu Frankfurt am 21., 22. und 24. September 1846, Frankfurt a. M. 1847.
- Verhandlungen des Germanistentages zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847, Lübeck 1848.
- Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Königreichs Württemberg, Protokoll XIX (1. Landtag) 1833, Stuttgart 1833.
- Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden, Protokolle der II. Kammer mit deren Beilagen 1831 und 1847/48, Karlsruhe 1831 und 1848.
- Verhandlungen der II. Kammer der Ständeversammlung des Königreiches Bayern 1819, München

- 1819.
- Vorschläge des Rheinischen Appellationsgerichts vom 17. 04. 1833, StA Koblenz, Abt. 403, Nr. 12 165.
- Warschauer*, Erich: Anselm Feuerbach über die Schwurgerichte, AöR 30 (1913), 213 ff.
- Welcker*, Carl Theodor: Criminalprozeß, in: Staatslexikon, Bd. 15, hg. von Karl v. Rotteck und Carl Theodor Welcker, Altona 1843.
- Welcker*, Carl Theodor: Jury, Schwur- oder Geschworenengericht, in: Staatslexikon, Bd. 7, hg. von Karl v. Rotteck und C. Th. Welcker, 2. Aufl. Altona 1847.
- Welcker*, Carl Theodor: Kampf um publizistische Libertät (1830-33), hg. von H.-D. Fischer und R. Schöttle, Bochum 1981.
- Welcker*, Carl Theodor: Die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Methodologie, Stuttgart 1829.
- Welcker*, Carl Theodor: Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, 2. Aufl. Mannheim 1845.
- Wehler*, Hans-Ulrich: Bismarck und der Imperialismus, 3. Aufl. Köln 1972.
- Wesel*, Uwe: Aufklärungen über Recht, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1988.
- Wesel*, Uwe: Juristische Weltkunde, Frankfurt 1993.
- Westerkamp*, Dominik: Pressefreiheit und Zensur im Sachsen des Vormärz, Baden-Baden 1999.
- Westerkamp*, Dominik: Pressefreiheit und Zensur im Sachsen des Vormärz, Baden-Baden 1999.
- Wigard*, Franz (Hg.): Stenographische Berichte über die Verhandlungen der deutschen constituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a. M., 9 Bde., Frankfurt a. M. 1848/49.
- Wild*, Karl: Karl Theodor Welcker – ein Vorkämpfer des älteren Liberalismus, Heidelberg 1913.
- Wilhelm*, Uwe: Die Wurzeln und Anfänge des deutschen Liberalismus, in: Reinalter, Helmut (Hg.): Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/ 49, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 23 ff.
- Wilhelm*, Walter: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1958.
- Willoweit*, Dietmar: Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. München 1992.
- Wolf*, Erik: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 2. Aufl. Tübingen 1944.
- Zachariae*, Heinrich Albert: Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1846.
- Zachariae*, Heinrich Albert: Handbuch des deutschen Strafprocesses, Bd. 1, Göttingen 1861.
- Zachariae*, Heinrich Albert: Das moderne Schöffengericht, Berlin 1872.
- Zimmermann*, Peter: Soziologie als Erkenntniskritik. Die Wissenssoziologie Karl Mannheims, Bern u.a. 1998.
- Zippelius*, Reinhold: Geschichte der Staatsideen, 8. Aufl. München 1991.
- Zippelius*, Reinhold: Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, München 1994.
- Zunhammer*, Thomas: Zwischen Adel und Pöbel – Bürgertum und Mittelstandsideal im Staatslexikon von Karl v. Rotteck und Carl Theodor Welcker. Ein Beitrag zur Theorie des Liberalismus im Vormärz, Baden-Baden 1995.

Sach- und Personenregister

- Absolutismus 35, 42, 48, 49, 58
 Achtungsprinzip 15
 Akkusationsprinzip 27, 28, 44, 47, 78, 94
Alexy, Robert 14
 Allgemeines Preußisches Landrecht 72
 Anklageprinzip 10, 31, 81, 102
 Aufklärung 13, 21, 35, 75

Beccaria, Cesare 32, 35, 39, 74, 96, 97
Berger, Peter 7, 9, 96
 Berufsrichter 10, 11, 24, 31, 36, 39, 41, 44, 54, 58, 63, 71, 80, 85, 94
 Besitzindividualismus 1, 2, 3, 4, 6, 8, 10, 12, 18, 33, 50, 61, 69, 70, 89, 91
 Beweismitteltheorie 49
 Beweistheorie 2, 21, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 82, 85, 104
 – gesetzliche 35, 38, 39, 45, 102
 – negative 34, 35, 36
 – positive 35
 Beweiswürdigung 2, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 47, 82, 86, 94
 – freie 22, 36, 37, 39, 44, 45, 47, 82, 100, 104
Bourdieu, Pierre 69

 Calvin/ Calvinismus 99 ff.
 Constitutio Criminalis Carolina 34

 Demagogenverfolgung/ - prozesse 50, 51, 52
 Demokratie 8, 18, 51, 53, 56, 57, 66, 94, 96, 98
 Deutscher Bund 27, 65, 66, 67
 Diskurs/ -ethik 13, 15, 90, 99 ff.
 Dreiklassenwahlrecht 17

Feuerbach, Paul Johann Anselm 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 39, 48, 56, 58, 75, 84, 85, 86, 94, 98
 Folter 2, 10, 21, 33, 34, 35, 37
 Frankfurter Germanistentag 27
 französische Revolution 20, 30, 54, 58, 72, 75
 Freiheit 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 29, 30, 33, 38, 40, 42, 47, 48, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 65, 66,
 67, 68, 69, 71, 74, 76, 77, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 98
 Freiheitsrechte 4, 15, 16, 18, 41, 52, 91
Friedrich II. 73
Friedrich Wilhelm IV. 72, 73
 Frühkonstitutionalismus 17, 30, 32

 Gedankenfreiheit 50
 Gefühlsakzeptanz 57, 84
 Gemeinwohl 4, 92
 Gerechtigkeit 2, 13, 14, 15, 18, 32, 45, 84, 85, 87, 89, 91, 99 ff.
 Gewaltenteilung 2, 4, 6, 16, 30, 32, 46, 50, 55, 56, 57, 67, 85, 89, 92, 93
 Gewerbefreiheit 16, 65, 68
 Göttinger Sieben 26
 Grundordnung 4, 7, 8, 12, 13, 14, 18, 90, 91
 – gerechte 14
 – liberal-rationalistische 8

Habermas, Jürgen 8, 15, 18, 53, 69, 90, 91
 Hambacher Fest 51, 68
 Handlungstheorie 1, 6, 7, 10, 12, 33, 50, 88, 99 ff.
Hardenberg, Friedrich Leopold von 51
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 21, 27, 47, 48, 76, 85
 Heppenheimer Programm 20, 25

historische Rechtsschule 26, 73, 74, 75

Idealismus 21, 26, 76
 Instanzenentbindung 2, 37
 intime conviction 37, 38, 39, 63

Jakobinismus 17

Kammeropposition 17
Kant, Immanuel 9, 14, 15, 16, 21, 27, 47, 53, 56, 64, 65, 91, 100
 Karl V. 34
 Karlsbader Beschlüsse 17, 28, 29, 51, 75, 79
 kategorischer Imperativ 16, 91
 Kontextualismus 13, 76

Laiengerichtsbarkeit 31, 49, 65, 99
 Laienrichter 11, 21, 24, 31, 39, 49, 60, 64, 71, 93, 96
 Liberalismus 1, 2, 4, 5, 7, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 32, 35, 52, 53, 55, 63, 64, 66, 68, 69, 77, 83,
 84, 87, 88, 89, 91, 95, 96, 97, 98, 99 ff.
 – Geschichte 2, 4
 – klassischer 12, 16
 – moderner 15
Locke, John 9, 17, 53, 56, 67, 91, 99 ff.
Luther, Martin 42
Louis XVI. 75
 Lübecker Germanistentag 27, 48, 79

Macpherson, C.B. 6, 18, 67
 Marktwirtschaft, freie 17
Marx, Karl 64, 68, 96
 Märzrevolution 12, 69, 81, 82
 Meinungsfreiheit 16, 53
 Menschenwürdeprinzip 13
 Merkantilismus 17
Metternich, Klemens Wenzel 51, 58
Mittermaier, Karl Josef, Anton 11, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 35, 36, 39, 41, 44, 48, 54, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 78,
 79, 80, 81, 86, 93, 94

Napoleon 21, 22, 23, 29, 61, 67, 75, 80
 Neoliberalismus 15
Nietzsche, Friedrich 77

Offenburger Programm 19, 20, 42
 Opportunitätsprinzip 44

Ökozentrismus 4

Partizipation 17, 55, 93
 Paulskirchenverfassung 27, 77
 Positivismus 25, 73, 74, 104
 Pressefreiheit 2, 12, 20, 30, 32, 41, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 68, 70, 72, 85, 89, 94, 98, 104, 105
 Preußisches Allgemeines Landrecht 72

Radikaldemokraten 17, 18, 19, 56, 58, 60, 62, 68
 Rationalismus 21, 35, 75, 76
 Rechtsgleichheit 2, 16, 18, 50, 56, 57
 Rechtsstaat 89, 94, 98
 Rechtsstaatlichkeit 18
 Rekursionsrecht 80
 Relativismus, wissenssoziologischer 9
 Religionsfreiheit 16
 Restauration 12, 28, 32, 40, 50, 58, 73, 75, 98
Robespierre, Maximilien Marie 17, 58

Romantik 21, 27, 48, 54, 59, 75
Rotteck, Carl von 25, 69, 94

Savigny, Friedrich Carl von 2, 25, 26, 31, 36, 42, 44, 45, 58, 71, 72, 73, 74, 75, 76
 Schöffengericht 10, 24, 49, 60, 82, 93
 Schöffengerichtsbarkeit 49
Schwinge, Erich 8, 23, 24, 25, 27, 28, 41, 49, 50, 53, 54, 58, 60, 76, 80, 84, 86
 Schwurgericht 10, 17, 23, 28, 31, 40, 42, 44, 47, 48, 49, 54, 56, 58, 61, 66, 67, 68, 72, 78, 81, 83
 – Debatte 1, 2, 4, 5, 8, 12, 23, 59, 66, 84, 85
 – Frage 2, 33, 78
 Schwurgerichtsbarkeit 25, 28, 34, 47, 48, 58, 67, 72, 79, 82, 92, 94
 Schwurgerichtsproblematik 19, 25, 28
 Sein-Sollen-Scheidung 7, 87, 88
 Skeptizismus 13
Smith, Adam 17
Sohm, Rudolph 69
 Strafe, Lügen-, Ungehorsams-, Verdachts- 2, 37, 38, 82, 90
 Strafprozeß, moderner 10, 21, 22
 Strafverfahrensrecht 22, 23, 31, 34, 35, 49, 78, 83
 – modernes 21, 24
Struve, Gustav von 19, 20, 81
 Subjektgebundenheit 88

Ultraliberalismus 16
 Unabhängigkeit, richterliche 2, 8, 15, 21, 22, 24, 28, 40, 41, 43, 55, 61, 77, 92, 93
 Unparteilichkeit 2, 3, 4, 6, 8, 14, 15, 16, 27, 43, 52, 64, 84, 89, 90, 91, 92
 Urteilsfindertheorie 49

Verfahren 21, 44, 47, 61, 74, 82, 98
 – Mündlichkeit 10, 11, 28, 31, 32, 39, 41, 44, 54, 59, 61, 77, 78, 86, 93, 94, 98, 102
 – Öffentlichkeit 10, 28, 31, 39, 44, 77, 78, 93, 94, 98
 Verfassungspolitik 89
 Verfassungsrecht 9, 78, 89
 Vernunft 4, 6, 9, 13, 14, 15, 16, 27, 52, 53, 57, 90, 91
 – substanzialistische 14
 Vernunftakzeptanz 57, 84
 Virginia Bill of Rights 52
 Volksjustiz 20, 43, 45, 54, 56
 Volksrichter 3, 38, 89, 92
 Volkssouveränität 55, 56, 66
 Vormärz, deutscher 12, 20, 97
 Vormärzliberalismus 1, 2, 12, 21, 28, 61, 80, 84, 85, 91, 92, 94

Wahlrecht 7, 20, 57, 61, 67
Weber, Max 16, 68, 88, 96
 Weimarer Reichsverfassung 54, 78
Welcker, Carl Theodor 10, 11, 20, 21, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 42, 47, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 56,
 58, 63, 64, 65, 70, 71, 76, 79, 86, 93, 94, 103, 105, 106
 Wiener Kongreß 12, 28
 Wissenssoziologie 7, 9, 96
 Würde 16, 35, 52, 90, 91

Zensur 52, 55, 68