

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XIX

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1992

Entwicklung des Beweisrechts im 19. Jahrhundert Zum Stand des Forschungsprojekts*

Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte verfolgt seit einigen Jahren mit seinem Projekt zur Normdurchsetzung die umfassende rechtshistorische Erforschung von Wechselwirkungen zwischen der Normsetzung und der justiziellen Umsetzung von Normen unter Einschluß der Selbsteinschätzung der juridischen Akteure und des nach justizieller Unterstützung nachfragenden Publikums. Der Forschungsansatz „Normdurchsetzung“ legte es nahe, nach den Bedingungen richterlicher Arbeitsweise zu fragen. Diesem Problembereich versuchte die Forschung am Max-Planck-Institut durch die Errichtung von zwei Pilotprojekten näherzukommen.

Zum einen wurde 1989 eine Forschungsgruppe gegründet, die sich die Aufgabe gestellt hatte, unter erkenntnistheoretischen Gesichtspunkten die Konstruktion zivilrechtlicher Sachverhalte durch den Richter im Prozeß und die aus ihnen resultierenden zivilrichterlichen Entscheidungen zu untersuchen. Diese Arbeit, die moderne rechtssoziologische und rechtstheoretische Theorien empirisch umzusetzen sucht, ist im Rahmen eines Pilotprojektes nunmehr abgeschlossen.¹

Schon in den Vorüberlegungen zum Projekt „Konstitution des Rechtsfalles“ wurde deutlich, ja evident, daß die Analyse der verfahrensleitenden Regeln der Prozeßordnungen – abseits der erkenntnistheoretischen Frage nach richterlicher Wahrnehmung und ihrer Umsetzung in die Konstruktion eines Sachverhalts – als Bestandteil einer juristischen Betrachtung der Normdurchsetzung qua Justiz Desiderat der historischen Justizforschung ist, weil sie den Gesamtzusammenhang der Bedingungen richterlicher Tätigkeit maßgeblich mitbestimmen. Dabei muß nicht betont werden, daß die Beweisvorschriften der Prozeßordnungen das Zentrum der Probleme der sogenannten prozessualen Wahrheitsfindung sind: Die prozessualen Weichen werden dort gestellt, wo schlüssiger oder erheblicher Parteivortrag im Zivilprozeß, wo die tragenden Punkte der staatsanwaltlichen Anklage im Strafprozeß bewiesen werden müssen.

* Bericht über eine Tagung in der Villa Vigoni, Loveno di Menaggio, Comer See, vom 6. bis 9. Dezember 1991.

¹ Die Publikation der Ergebnisse ist in Vorbereitung.

Arbeiten zur Entwicklung des Beweisrechts liegen nur in sehr komprimierter Form vor und betrachten regelmäßig nur nationale Rechtsentwicklungen über das Fortschreiten der Gesetzgebung. Dies verkürzt den Blickwinkel, weil die europäische Prozeßrechtsentwicklung nicht mit der Reformierung des in vielen europäischen Ländern geltenden Gemeinen Prozeßrechts endete, sondern im 19. Jahrhundert mit der Umgestaltung der Prozeßrechtsvorschriften des Gemeinen Rechts die Modernisierung des Prozeßrechts erst einsetzte.

Es lag deshalb nahe, diesen Vorgang der Veränderung der prozeßleitenden und insbesondere der beweisrechtlichen Vorschriften rechtshistorisch und rechtsvergleichend zu untersuchen. Aus diesem Gedanken erwuchs ein Kooperationsvertrag des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Simon, mit den rechtshistorischen Instituten der University of California in Berkeley, Prof. Dr. Laurent Mayali, der Université de Montpellier, Prof. Dr. André Gouron, und der Università degli Studi di Milano, Prof. Dr. Antonio Padoa Schioppa.

Nachdem zunächst im Oktober 1990 auf Schloß Ringberg (Tegernsee) die Arbeitsplanung skizziert wurde, konnte nach den einführenden Vorträgen einiger Teilnehmer der insgesamt 16 Mitarbeiter zählenden Forschungsgruppe eine Konkretisierung des Forschungsvorhabens erzielt werden. Die Referate und die sich an sie anschließenden Diskussionen machten deutlich, daß im 19. Jahrhundert in der Gerichtspraxis in Italien, England, Frankreich, den USA und Deutschland der Zeugenbeweis gegenüber den anderen Beweismitteln an Bedeutung gewann. Auffällig war insbesondere, daß wesentliche Elemente des Zeugenbeweises im Gemeinen Prozeßrecht im 19. Jahrhundert einem Wandel unterworfen waren. Das Arbeitsprojekt wurde deshalb mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen Richter und Zeugen überschrieben und sollte sich mit den Veränderungen des Zeugenbeweises in Gesetzgebung und Gerichtspraxis im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit und der Strafgerichtsbarkeit vom Anfang des 19. Jahrhunderts bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts befassen.

Die Ergebnisse der Forschung wurden in der Villa Vigoni vorgetragen und diskutiert. Nach einleitenden Worten von *Dieter Simon*, der einen Überblick über den Forschungsstand der Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts gab, stellten die Teilnehmer der jeweiligen Länderforschungsgruppen die ersten Resultate und die weiterführenden Fragen ihrer Forschungstätigkeit dar.

Bernard Durand aus Montpellier beschäftigte sich mit der Ablehnung von Zeugen im französischen Strafprozeß: „Les témoins reprochables de 1808 à nos jours“ und konstatierte eine dramatische Umbewertung des Zeugenbeweises im Verlauf der französischen Strafprozeßgeschichte. Während zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch Gesetz und Rechtsprechung weitreichende Ablehnungsmöglichkeiten gegenüber Zeugen bestanden hätten, sei schrittweise eine generelle Aussagefähigkeit aller Personen im Strafprozeß eingeführt worden. Dieser Entwicklungsprozeß soll, so Bernard Durand in seinem Vortrag, in stetiger Wechselwirkung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung vollzogen worden sein, wengleich Durand beobachtete, daß die Rechtsprechung und die Gesetzgebung bei der Bewertung von ablehnbaren Zeugen („témoins reprochables“) unterschiedliche Kriterien aufgestellt hätten. Durand belegte diese These anhand einer Vielzahl von Einzelbeispielen aus Prozeßgesetzen und Gerichtsentscheidungen und konnte in diesem Zusammenhang auf die große Bedeutung der Vereidigung von Zeugen hinweisen, ein Phänomen, daß zumindest europaweit eine Gemeinsamkeit der Rechtsordnungen darstellt. Für Frankreich bemerkte Durand, daß bei fehlender Vereidigung von Zeugen der Prozeß als nichtig angesehen wurde, und er entdeckte darüber hinaus, daß der Eid die Kategorisierung von Zeugen als „unfähig“ oder „ablehnbar“ maßgeblich mitbestimmte, indem von eigentlich unfähigen Zeugen ein Eid verlangt wurde und sie auf diese Weise als fähige, aber ablehnbare Zeugen im Prozeß zugelassen werden konnten.

Dieser Bericht wurde von Frau *Laurence Montazel* für den französischen Zivilprozeß des 19. und 20. Jahrhunderts ergänzt, die in ihrem Vortrag: „Les témoins reprochables dans le procès civil (XIXe siècle – XXe siècle)“, ausgehend von einer Interpretation der einschlägigen Gesetzesvorschriften, die Entwicklung des Zeugenbeweises als Paradoxie darstellte. Paradox erschien Laurence Montazel insbesondere der Fortgang der Rechtsprechung, die nach einer extensiven Interpretation der Zeugenbeweisevorschriften sich anschließend wieder zur Selbstbeschränkung zwang, in einem dritten Schritt wieder zu einer Erweiterung der richterlichen Kompetenzen tendierte, die dann schließlich, im nunmehr erreichten System der „intime conviction“ (freie Beweiswürdigung), als sehr weitgehend gekennzeichnet werden. Die Ausführungen der Referentin schlossen deshalb mit dem die Entwicklung zusammenfassenden Satz, daß die Richter in der Zwischenzeit sämtliche Fragen in Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis dominierten.

Im italienischen Recht, dessen Entwicklungslinien von *Claudia Storti Storchi* nachgezeichnet wurden, ist eine dem deutschen Recht durchaus ähnliche Tendenz zu verzeichnen, was natürlich nicht überrascht, da die wechselseitigen Rezeptionsvorgänge der beiden Rechtskreise evident sind. Der Vortrag: „Capacità e credibilità del testimone nella giurisprudenza italiana tra Ottocento e Novecento“ konnte deshalb, deutschen Prozeßrechtshistorikern wohlbekannt, bei der zeitgenössischen Kritik des Gemeinen Prozesses einsetzen. Dabei wurde deutlich, daß die Genfer Prozeßordnung nicht nur in vielen deutschen Ländern bei Gesetzesreformen eine Modellrolle spielte, sondern auch in Italien als „Musterprozeßordnung“ für die Prozeßordnung von 1865 verstanden wurde. Ferner zeigte die Referentin enge Verflechtungen zwischen der deutschen und der italienischen Literatur auf, die von den Entwürfen für die deutsche ZPO beeinflußt wurde. Ausgehend von den Reformen von 1865 wurden von Claudia Storti Storchi die Problemkreise des Zeugenbeweises in Italien in drei Hauptfragen unterteilt: die Beschränkungen der Zeugnisfähigkeit von Zeugen, die Ausdehnung der richterlichen Möglichkeiten bei der Ablehnung von Zeugen und der Problemkreis des Zeugnisverweigerungsrechts mit dem Sonderproblem der Berufsgeheimnisse. Bei den Einschränkungen der Zeugnisfähigkeit wurde als Haupttopos die Frage erörtert, inwieweit klare Grenzen zwischen der Prozeßrolle als Partei oder als Zeuge zu ziehen seien. Diese Inkompatibilität wurde vor allem für Anwälte angenommen und für alle Personen, die im Zeitpunkt der prozeßerheblichen Vorkommnisse mit einer Partei in einem Betreuungsverhältnis standen. Neben den Momenten der Interessenkollision wurden von der Referentin die rechtlichen Konfliktsituationen bei der Zeugenaussage von Vertretern juristischer Personen des öffentlichen Rechts dargestellt, bei deren Zulassung zum Zeugenbeweis vor allem das Interesse am Ausgang des Rechtsstreits ein wesentliches Kriterium war. Die Referentin konstatierte, daß diese Fragen bis zur Reformierung der Prozeßordnung 1942 die Diskussion bestimmten, wobei auffällig sei, daß die Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt keine großen Veränderungen an der Rechtslage vorgenommen habe. Vielmehr sei die Stabilität der Rechtsprechung geradezu ein Kennzeichen der Entwicklung, die immer größere Freiheiten im Sinne einer freien Beweiszulassung und Beweiswürdigung durchgesetzt habe. Die Prozeßordnung von 1942 hingegen sei ein wesentlicher Einschnitt gewesen, mit dem die Rechtslage einen Rückschritt erfahren habe, der sich in der Katalogisierung von unfähigen Zeugen ausdrücke.

Der Bericht von *Jutta Klapisch* aus Berkeley über die Entwicklung des Zeugenbeweises in den USA beruhte auf einer Untersuchung über die Rolle von Ehefrauen als Zeugen mit der im Titel des Vortrags geführten Fragestellung: „*Duae animae in carne una? Spouses as Witnesses in the American Law of Evidence between 1839 und 1944*“. Die großen Linien der Veränderung des Zeugenbeweises in den USA wurden von der Referentin als eine Perspektivenverschiebung gekennzeichnet, die in Europa ähnlich zu beobachten sei, nämlich ein Wechsel des Blickwinkels von der Frage nach der Zulässigkeit bestimmter Zeugen zu der richterlichen Überlegung und Überzeugung, inwieweit der Zeuge und seine Aussage als glaubwürdig eingestuft werden könnten. Heftig diskutiert wurde dabei die Bemerkung von Jutta Klapisch, daß diese Verschiebung der Akzente plötzlich aufgetreten sei, ein Phänomen, das die Referentin durch verschiedene Fallanalysen zu erhärten suchte. Während die Verschiebung von der Zulässigkeit zur Glaubwürdigkeit in engem zeitlichen Kontext zu betrachten sei, wies Jutta Klapisch darauf hin, daß die Möglichkeiten für Ehefrauen, als Zeugen gegenüber dem Partner zu fungieren, über lange Jahre kontinuierlich ausgebaut worden seien. In kleinen Schritten sei schon 1898 erreicht worden, daß Ehefrauen als Zeugin der Verteidigung in Strafsachen auftreten durften, wie überhaupt ein deutlicher Wegfall von Zulässigkeitsvorschriften schon vor der Jahrhundertwende zu beobachten sei, der auf vergleichbaren Veränderungen in England aufbaue. Für Ehefrauen konstatierte die Referentin allerdings eine besondere Rechtslage, die sie als restriktiv kennzeichnete. So sei in der Literatur vertreten worden, daß es für das gesellschaftliche Leben ein fundamentaler Aspekt sei, daß das Vertrauen zwischen Eheleuten nicht durch eine etwaige prozessuale Konfrontation gestört werden dürfe. Durch Jeremy Bentham sei ein erster reformerischer literarischer Anstoß gegeben worden, mit dem Gedanken, daß die Gefahr von Falschaussagen durch Ehefrauen nicht größer sei als bei anderen Interessenkollisionen und daß deshalb die Umstände des Einzelfalles für die Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussagen in der Überzeugung des Gerichts maßgeblich sein sollten. Diese Anstöße seien im späten 19. Jahrhundert mit dem Aufkommen der Sozial- und Verhaltenswissenschaften, der Soziologie und der Psychoanalyse in ein breiteres wissenschaftliches Spektrum eingefafßt worden, und als Resultat dieser Überlegungen lasse sich ein schrittweiser Abbau der Zulässigkeitsvorschriften beobachten. Allerdings sei die Anwendung verschiedener prozeßrechtlicher Regeln in den Bundesstaaten der USA dem Voranschreiten dieser Entwicklung sehr hinderlich gewesen,

und so sei noch 1944 entschieden worden, daß die Beziehungen (communications) zwischen Eheleuten der Eckpfeiler der Gesellschaft seien, und aus diesem Prinzip wird ein Verbot der Aussage gegen den Ehegatten im Zivilprozeß abgeleitet. Die Referentin bemerkte in diesem Zusammenhang eine Umstellung der tragenden Gedanken in der juristischen und wissenschaftlichen Argumentation und schloß mit der die weitere Forschungsperspektive umreißenen Frage, ob die von ihr beschriebenen paradigmatischen Veränderungen des Verständnisses von Ehe in der Jurisprudenz mit vergleichbaren gesellschaftlichen Veränderungen einhergehen.

Die Studien von Jutta Klapisch wurden von *Malcolm Feeley* durch eine empirische Untersuchung: „Legal complexity and the transformation of the criminal process“, bezogen auf die strafgerichtliche Rechtsprechung des Gerichtshofes „Old Bailey“ in der City of London, unterstützt. Malcolm Feeley stellte anhand der Überprüfung von 3500 Prozeßakten dieses Gerichts von 1687 bis 1912 eine prozessuale Entwicklung dar, die er durch einen stetigen Anstieg der Anzahl und des Einflusses der Anwälte – auf der anklagenden wie auf der verteidigenden Seite – und einen Rückgang der Möglichkeiten von Richtern und Jury als autonomen Entscheidungsfindern skizzierte. Diese Tendenz sah Feeley vor allem auch in der Tatsache, daß durch diese Professionalisierung des Strafprozesses verstärkt Sachverständige bzw. sachverständige Zeugen die Beweisfindung dominierten. In der Diskussion wurden insbesondere die Zusammenhänge zwischen Veränderungen des Beweisrechts, der Anzahl und der Bedeutung von Zeugen im Kontext mit den von Feeley beobachteten strukturellen Veränderungen des Verfahrensganges erörtert.

Die Vorträge der Referenten der deutschen Prozeßrechtsentwicklung versuchten in historischer Abfolge zunächst dem Phänomen der staatlichen Vielgliedrigkeit des vernationalstaatlichen Deutschland gerecht zu werden und, ausgehend von der Rechtslage in exemplarisch ausgesuchten deutschen Ländern, die Umstellung des Beweisverfahrens im Zivilrecht und im Strafrecht von einer legislativ verordneten Zulässigkeit der Beweismittel und der ebenfalls im Gesetz festgehaltenen Beweisgraduierung zum System der freien Beweiswürdigung darzustellen. Die beweisrechtliche Übersicht wurde mit der Analyse der Rechtslage nach Inkrafttreten der ZPO und der Erläuterung von Hauptfragen des Zeugenbeweises fortgesetzt.

Der einleitende Vortrag des Berichterstatters: „Die Ablösung der gemeinrechtlichen Beweisdoktrin im 19. Jahrhundert am Beispiel des

Königreichs Hannover“ beschäftigte sich mit den Fortschritten des Zivilprozeßrechts in einem Staat, der mit seinen prominenten Juristen Mitte des 19. Jahrhunderts eine allgemein anerkannte Führungsrolle bei der Reformierung der Prozeßrechtsgesetze besaß. In Hannover wurde in kleinen gesetzgeberischen Schritten die arithmetische Bewertung der Beweismittel und der Formalismus des Beweisverfahrens des späten 18. Jahrhunderts abgeschafft, das noch ganz von den Maximen des Gemeinen Prozeßrechts beherrscht war. Ein auffälliges Moment der zeitgenössischen Diskussion war die ausnehmend schlechte Bewertung der Justizpraxis durch die reformerische Literatur, obwohl die von der Literatur angeführten Indizien für die vermeintlich schleppende Gerichtspraxis bei der stichprobenartigen Überprüfung der Rechtsprechung nicht vorgefunden werden konnten. Offensichtlich sollte mit dem Vehikel der Justizkritik ein Impuls für Gesetzesreformen gegeben werden. Deutlich wurde ferner, daß die Prozeßrechtsentwicklung wesentlich durch die Verfassungsforderungen des deutschen Vormärz befördert wurden, was sich durch eine Vielzahl von Gesetzesvorhaben in den Jahren um 1848 dokumentieren läßt. Die Verschiebung der Akzente im Beweisverfahren von der gesetzgeberisch verordneten Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Zeugengruppen aufgrund von Interessenkollisionen oder sozialer Diskriminierung zu einer generellen Zulässigkeit aller Zeugen und der Bewertung ihrer Aussagen über das Medium der richterlichen Überzeugung wird als eine Erleichterung und Verbesserung des Zugangs zum Zivilprozeß verstanden, einhergehend mit einer nachhaltigen Veränderung des Richterbildes.

Auch im folgenden Beitrag über den Zeugenbeweis in den preußischen Rheinprovinzen von *Barbara Dölemeyer*: „Der Zeugenbeweis im deutschen Zivilprozeß in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts“ konnten diese Entwicklungslinien bestätigt werden. Die Referentin beobachtete, daß schon seit Ende des 18. Jahrhunderts die formalen und starren Regeln des Gemeinen Prozesses in der Rechtsprechung nicht mehr in der reinen Form des Gesetzestextes oder der zum gesetzlichen Dogma erstarrten anerkannten Lehrmeinung durchgeführt wurden, sondern daß die Gerichte sukzessiv eine größere Freiheit im Umgang mit dem Zeugenbeweis erlangten und sich als Motor an die Spitze der Reformbewegung stellten. Diese schrittweise verlaufende Innovation scheint wirkungsvoller gewesen zu sein als die gesetzgeberischen Reformbestrebungen, denn die Preußische AGO von 1793 übernahm, sieht man von der Abschaffung der sogenannten Beweisarithmetik ab, für das Beweisverfahren in wesentlichen Teilen die formalen Regeln des Gemeinen

Prozesses; nur im Erkenntnisverfahren wurde der Parteibetrieb durch die Instruktionsmaxime, also eine stärkere Ausrichtung auf den Richter, ersetzt. In den ersten Dekaden des 19. Jahrhunderts wurde in Preußen viel über die Rezeption von Teilen des französischen Prozeßrechts diskutiert. Die Einsetzung von Justiz-Immediat-Kommissionen führte allerdings zu keinem greifbaren gesetzgeberischen Ergebnis, vielmehr bestand die politisch verordnete Tendenz, das Recht der ehemaligen Besatzungsmacht zu marginalisieren und eigene Rechtskonstrukte zu entwerfen. Es wurde aber, so die Referentin, im Verlauf der die Arbeit der Kommissionen begleitenden literarischen Diskussion deutlich, daß der Begriff „richterliches Ermessen“ im Kontext des Beweisverfahrens an Konturen gewinnt. Provoziert durch die Fortschritte im Strafprozeß wurde nun auch für den Zivilprozeß eine „freie Beweiswürdigung“ gefordert. Dieser literarischen Bearbeitung entspreche auch die Bedeutung des Themas in der Judikatur, die sich in der ersten Jahrhunderthälfte wesentlich häufiger mit Streitfragen zu Zeugen beschäftigte als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Die beiden Vorträge machten deutlich, daß ungeachtet der länderspezifischen Gesetzgebung und Rechtsprechung die großen Entwicklungslinien bis zum Inkrafttreten der ZPO durchaus parallel verlaufen. In einem Prozeß, der als sequentielle Innovation beschrieben werden kann, werden die aus dem verfassungspolitischen Hintergrund in die juristische Diskussion einfließenden Forderungen in Reformvorhaben integriert, und auf diese Weise neben den Primärzielen Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens weitreichende Veränderungen des Beweisverfahrens implementiert.

Die Entwicklung des Beweisrechts nach Inkrafttreten der ZPO, die *Christoph Bergfeld* in seinem Vortrag: „Der Zeugenbeweis im deutschen Zivilprozeßrecht von 1877 bis 1933“ referierte, ist durch das Bekenntnis des Gesetzgebers zur freien Beweiswürdigung zu charakterisieren, mit dem nach Ansicht des Referenten, die in der anschließenden Diskussion von den Gesprächsteilnehmern bestätigt wurde, ein deutlich gesteigertes Vertrauen in die Persönlichkeit des Richters verbunden ist. Die Judikatur beschäftigten in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der ZPO vor allem die Differenzierung von Parteirolle und Zeugenrolle wie in Italien, die Möglichkeit einer Ablehnung oder Verwerfung von Zeugen und die Bedeutung des Zeugeneides. Der Wegfall sämtlicher gesetzlicher Beweisregeln erhielt nach den Beobachtungen des Referenten ein funktionales Äquivalent: Die Rolle der legalen Beweisregeln wurde nunmehr durch eine veränderte Handhabung und ein säkularisiertes Ver-

ständnis des Eides ersetzt. Während früher die Beweisregeln eine Sicherung gegen nicht offen thematisierte richterliche Ermessensspielräume darstellen sollten, wurde nunmehr der Zeugeneid zum Glaubwürdigkeitskriterium stilisiert. Diese Entwicklung wurde in der Literatur alsbald kritisiert, und die Reformbestrebungen richteten sich anschließend darauf, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung von den Restriktionen des Eideszwanges zu befreien – eine Reform, die erst 1933 durchgesetzt wurde –, oder in den Worten des Referenten, es sollte „eine Befreiung des Richters von formalen Beschränkungen“ und die Bildung eines „modernen selbstbewußten Richtertypus“ erreicht werden.

Der Vortrag von *Mario Bogisch*: „Zu Problemen der Zeugnisfähigkeit im Rahmen der Anwendung der Deutschen Reichszivilprozeßordnung von 1877“ vertiefte den Problembereich der Abgrenzung von Parteirolle und Zeugenrolle im Zivilprozeß. Der Referent stellte dar, daß diese Frage vor allem in der Rechtsprechung zu weitgreifender Beschäftigung geführt habe; insbesondere im Zusammenhang mit der Stellung von persönlich haftenden Gesellschaftern bei Personengesellschaften. Während in den Anfangsjahren der Entscheidungstätigkeit des Reichsoberhandelsgerichts und folgend des Reichsgerichts eine weitgehende Interpretation zugunsten einer großzügigen Zeugenregelung spürbar gewesen sei, konstatierte Mario Bogisch in den Folgejahren eine Rechtsprechungstendenz zu scharfer Abgrenzung von Partei- und Zeugenrolle. Zeuge könne nur sein, wer eine dritte Person sei, die sich von den Parteien „unbedingt“ unterscheide. Nach dieser Rechtsprechungspräzisierung war die eigentlich Streitfrage jedoch immer noch nicht gelöst, weil bei gesellschaftsferneren Personen, etwa ausgeschiedenen Gesellschaftern oder Kommanditisten einer KG, das Abgrenzungskriterium nicht ausreichte. Diese Frage wurde erst durch den Bundesgerichtshof eindeutig gelöst, der feststellte, daß alle nichtvertretungsberechtigten Mitglieder einer Gesellschaft zeugnisfähig seien. Die Rechtsprechungsdokumentation von Mario Bogisch offenbarte den Wandel der Fragestellungen vom 19. zum 20. Jahrhundert: Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung war anerkannt und stand nunmehr außerhalb der Debatte, während Detailfragen des Verständnisses von „Zeuge“ und „Partei“ zum Gegenstand der Diskussion geworden waren.

Nach diesen detailreichen Beobachtungen zum Zivilprozeßrecht führte der Vortrag von *Elisabeth Koch*: „Der Zeugenbeweis in der deutschen Strafprozeßrechtsreform des 19. Jahrhunderts“ in die Besonderheiten der Entwicklung des strafprozessualen Zeugenbeweises im vorigen Jahrhundert ein, mit der grundsätzlichen Feststellung, daß es allge-

fung der Folter das strafrechtliche Lückenlosigkeitsprinzip, das nur bei lückenloser Beweisführung eine strafrechtliche Verurteilung als möglich erachtet, eine beweisrechtliche Notlage entstanden sei, die sogenannte „Überleitungssemantiken“ provoziert habe. Die Begriffe „Wahrnehmung“, „Gewißheit“/„Wahrscheinlichkeit“ und „Schlußfolgerung“ wurden von Stichweh in den Mittelpunkt der Überlegungen zur strafrechtlichen Beweisführung gestellt, und er entwickelte anhand dieser Begriffe das Modell, das dem Beweisverfahren im Gemeinen Strafprozeß zugrunde lag. Dieses Modell sei geprägt durch die Voreinstellungen des Gesetzgebers, der in vielfacher Hinsicht und nicht zuletzt durch Zeugenkataloge unmittelbar Einfluß auf den Verfahrensgang nehme. Die Abschaffung der Folter habe bis zum Jahre 1800 die Einführung verschiedener funktionaler Äquivalente zur Folge gehabt, von denen die weitreichendste die Umstellung der Strafbarkeitsmöglichkeit von der vormals erforderlichen Gewißheit des Gerichts zur nunmehr ausreichenden Wahrscheinlichkeit gewesen sei und die Möglichkeit der Verurteilung aufgrund von Indizien. Diese Veränderungen bezeichnete Stichweh als einen Schritt auf dem Weg zu einer moralisch-subjektiven Rückbindung der richterlichen Entscheidungstätigkeit. In der Folge dieser Entwicklung sei es zu einem Theoriewechsel gekommen. Für diesen werden verschiedene Gründe, die im Beweisverfahren ihren Ursprung haben, ausgemacht, an erster Stelle die innere Logik des Zusammenbruchs der legalen Beweistheorie. Stichweh machte deutlich, daß die Diskussion im Strafprozeßrecht zwischen der Anwendung der negativen Beweistheorie, der legalen Beweistheorie und der freien Beweiswürdigung eine Diskussion um die Sicherung des Beweisverfahrens ist, wobei er die negative Beweistheorie als Vorschlag zwischen den Extremen legaler Beweistheorie und freier Beweiswürdigung sieht und deren Überleitungsfunktion betonte, die jedoch als Ersatz für den Verlust von extern vorgegebenen beweisrechtlichen „Gewißheiten“, die durch den Verlust der Folter zu ersetzen seien, nicht befriedigen könne. Deswegen sei im politischen Hintergrund die Debatte um die Einführung der Geschworenengerichte geführt worden, mit dem Ziel, auf diese Weise eine Sicherung des Beweisverfahrens zu erzielen, womit die Repräsentation externer Werte gemeint ist. Die Umstellung des Verfahrens von der legalen Beweistheorie zur freien Beweiswürdigung wird als „Mentalisierung des Beweises“ verstanden, die von fünf Leitbegriffen geprägt sei, nämlich Überzeugung/moralische Überzeugung, Subjektivität, Begriffe für mentale Bereiche (Gemüt, Verstand) und Gewissen. Stichweh konstatierte eine Entrechtlichung des Beweisverfahrens

durch den Übergang zur freien Beweiswürdigung, die dadurch bedingt sei, daß die legale Beweistheorie der Individualisierung der Fälle bzw. des Einzelfalles nicht gerecht würde. Mit der Abschaffung der legalen Beweistheorie würden rechtsexterne Daten wie die Sozialdaten von Zeugen, die sich in den Unfähigkeits- und Verdächtigkeitskatalogen über Zeugen dokumentierten, aus dem Beweisverfahren entfernt, und gleichzeitig werde mit der Einführung der freien Beweiswürdigung ein rechtsinterner Vorgang im Sinne einer Selbstregulation des Verfahrens installiert. Nicht mehr die von außen vorgegebenen sozialen Einordnungen der Zeugen oder ihre Reputation sei bestimmend für ihre rechtliche Eigenschaft als Zeugen, sondern nunmehr entscheide der Richter rechtsintern und verfahrensintern, ob bestimmte Personen nach rechtseigenen Regeln glaubwürdig oder unglaubwürdig seien. Stichweh nannte dies Umstellung auf interne Referenz mit dem Paradox einer Bindung des Strafverfahrens an rechtsexterne Gesichtspunkte wie Moral, Billigkeit und Sittlichkeit. Daraus entwickelte sich Stichwehs Hauptthese, die Bedeutung der Subjektivierung rechtlicher Entscheidungsfindung (Stichwort: freie Beweiswürdigung) liege darin, daß durch sie eine Individualisierung der Fallbehandlung und eine Ausdifferenzierung des Verfahrens als rechtlicher Erkenntnisprozeß gelinge, die unter den Prämissen der gemeinrechtlichen Beweistheorie nicht möglich waren.

Die sich an diesen Vortrag anschließende Abschlußdiskussion der Tagungsteilnehmer ließ erkennen, daß die länderübergreifenden, rechtsvergleichenden Fragestellungen und die – dies wurde durch den Vortrag von Rudolf Stichweh deutlich – soziologische Betrachtung und Bewertung der Einzelphänomene für den Gesamtzusammenhang der Beweisrechtsentwicklung Forschungsdesiderat sind. Die Forschungsgruppe verständigte sich deshalb auf die Fortsetzung der begonnenen Arbeiten und beschloß, nach der Ausweitung der Forschungstätigkeit auf rechtsvergleichende Aspekte erneut zusammenzutreffen, um die Ergebnisse dieser Arbeit darzustellen und zu diskutieren.

Neben den Ansätzen für die weitere Forschungstätigkeit wurde in der Villa Vigoni aber auch – und dies war ein allgemein als befriedigend empfundenes Ergebnis – deutlich, daß internationale rechtshistorische Kooperation Zukunftschancen für die Disziplin eröffnet, wenngleich die Schwierigkeiten eines rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Forschungsdesigns allen Teilnehmern bewußt waren.

mein als Ziel des Strafprozesses angesehen wurde (und wird), die sogenannte „materielle Wahrheit“ zu ermitteln. Dieser Wahrheitsbegriff prägt die Diskussion, und schon deshalb sei die Problematik der Beweiswürdigung ein früh thematisierter Aspekt in der Debatte der Strafrechtsprozessualisten und Strafrechtsphilosophen gewesen. Die Idee, daß die Ermittlung der „realen“ Wahrheit mit den Beweisregeln der legalen Beweistheorie möglich sei, wick einem allgemeinen Unbehagen, nachdem das soziologische und psychologische Wissen in die Überlegungen der Wissenschaftler Eingang gefunden hatte. Elisabeth Koch entfaltete im folgenden verschiedene zeitgenössische Theorievorschläge für eine Veränderung des strafrechtlichen Zeugenbeweises, z. B. die Theorie von Laplace, der für die Beurteilung der Wahrheit von Zeugenaussagen Wahrscheinlichkeitsberechnungen aufstellte, ein Ansatz, der interdisziplinär weitergeführt wurde und juristisch in Überlegungen zur richterlichen Vernehmungstechnik mündete. Ein Merkmal der strafprozeßrechtlichen Reformbewegung war nach Ansicht von Elisabeth Koch die Suche nach einem Ersatz für die Sicherungsfunktion, die von der verworfenen legalen Beweistheorie ausgeübt wurde. Das politische Mißtrauen in die beamteten Berufsrichter führte dazu, als Korrelat zur Abschaffung der Beweisregeln die Einführung von Geschworenengerichten zu erwägen, und ferner wurde die Umstellung des Strafverfahrens vom Inquisitionsprinzip zum Akkusationsprinzip als ein Resultat der Veränderungen der Beweislehre gesehen, weil dem Richter im Strafprozeß eine veränderte Rolle zugekommen war, die seiner Rolle im Inquisitionsverfahren nicht mehr entsprach. Es war also, nach Ansicht der Referentin – ähnlich der Entwicklung des Zeugenbeweises im Zivilprozeßrecht –, immer der Versuch sichtbar, die erweiterten Ermessensspielräume der Richter durch andere Sicherungen einzuschränken, wobei, je nach Meinungslager, den einen die Verwendung der in den früheren Beweisregeln formulierten Erfahrungssätze ausreichten, während die anderen die Korrektive richterlicher Freiheit institutionalisiert sehen wollten. Im Vergleich mit den Ausführungen zum Zivilprozeß fiel den Diskussionsteilnehmern vor allem der frühe Zeitpunkt der literarischen Reformdiskussion auf und die sehr früh einsetzende Kenntnisnahme von sozialwissenschaftlichen Einsichten.

Im abschließenden Vortrag der Veranstaltung referierte *Rudolf Stichweh* seine Thesen unter dem Titel: „Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im deutschen Strafprozeß des 19. Jahrhunderts. Aspekte der Ausdifferenzierung des Rechtssystems“. Die Untersuchung nahm ihren Ausgangspunkt in der Feststellung, daß durch die Abschaf-