

Studien zur
europäischen Rechtsgeschichte

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

Band 325



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2021

Falko Maxin

Juristische Wahrheit

Eine Studie zum richterlichen
Tatsachenwissen im 19. Jahrhundert



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2021

Umschlag:

Johann Wilhelm von Tevenar, Theorie der Beweise im Civilprozeß,
2. Aufl., Magdeburg 1805, S. 1 (Fotografie: Otto Danwerth)

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH
Frankfurt am Main 2021

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf Eos Werkdruck.

Alterungsbeständig  ISO 9706 und PEFC-zertifiziert 

Printed in Germany
ISSN 1610-6040
ISBN 978-3-465-04426-0

Inhalt

Vorwort	VII
Kapitel 1	Die Kultur des Richters – Einleitung 1
	1. Gerichtsverfahren im 19. Jahrhundert 6
	2. Richterbilder und Justiztheorie 17
Kapitel 2	Der Beweis 27
	1. Die legale Beweistheorie 27
	2. Der Übergang zur freien Beweiswürdigung 33
Kapitel 3	Wissensgeschichte 51
Kapitel 4	Vermutetes Wissen 61
	1. Regeln der Erkenntnis 62
	2. »Evidence of things«... .. 70
	3. Juristische Wahrscheinlichkeit 77
	a) Wahrheitsgründe 78
	b) Wahrnehmungen... .. 82
	4. Vernünftiges Vermuten... .. 88
	5. Dispositive Rechtsnormen 97
Kapitel 5	Beschworenes Wissen 109
	1. Beweiseide 109
	2. Desubjektivierung, Performanz und Verständigung ... 119
	3. Rechtspolitische Reformdiskurse 125
	4. Das moderne Gewissen... .. 145
	5. Der juridifizierte Beweiseid 166
Kapitel 6	Juristische Wahrheit 185
	1. Nichtwissen 185
	2. Juristische Wahrheit... .. 193
	3. Kunst- und Sachverständige 200
	4. Verfahren... .. 214
	5. Das Hin und Her der Gerechtigkeit – Ergebnis 218
Quellen- und Literaturverzeichnis	233
	Quellen 233
	Literatur 242

Vorwort

Der vorliegende Text ist in Etappen seit dem Jahr 2010 entstanden und wurde im Juni 2017 bei der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation eingereicht, wodurch zugleich der Stand der hier berücksichtigten Literatur markiert wird.

Dieter Simon danke ich herzlich für zahlreiche Jahre der Freude am wissenschaftlichen Denken, an Geschichte und Theorie des Rechts sowie für die geduldige Betreuung dieser Arbeit. Am liebsten habe ich diese Freude stets mit Benjamin Lahusen geteilt.

Bei Thomas Duve und Michael Stolleis möchte ich mich – stellvertretend – für die Aufnahme in die damalige *International Max Planck Research School for Comparative Legal History* bedanken. Die fabelhaften Arbeitsbedingungen am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main, das damit einhergehende Stipendium und der vielfältige Austausch mit gleichfalls jungen wie erfahrenen Rechtshistorikerinnen und -historikern haben mir eine schwer zu übertreffende Lern- und Forschungsumgebung geboten.

Großer Dank gilt auch Anke Hübenthal für eine sorgfältige und verlässliche Korrektur.

Falko Maxin

Dezember 2019

Die »Kultur des Richters« – Einleitung

Wer sich mit der Geschichte des deutschen Prozessrechts befasst, stößt über kurz oder lang auf einen staunenswerten Sachverhalt. Er wird erfahren, dass bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts eine »legale Beweistheorie« geherrscht habe, deren Hauptanliegen die Er- und Berechenbarkeit des Beweises gewesen sei. In der zweiten Jahrhunderthälfte sei diese Theorie im Zuge einer generellen Reformbewegung abgeschafft worden und sodann die »freie richterliche Beweiswürdigung« – wie sie das heutige Prozessrecht kennt – an ihre Stelle getreten.

Die vorfindbaren Schilderungen dieses Übergangs in der Literatur beschränken sich zumeist auf einen knappen Bericht von einem unaufhalt-samen Fortschritt, einer schwungvollen »Befreiung«. Zwar wird vereinzelt die Stirn gerunzelt, warum die freie Beweiswürdigung sich erst so spät hat durchsetzen können. Die eigentlichen Gründe dieses Wandels, seine treibenden und hemmenden Faktoren, bleiben aber fast immer unbeleuchtet.

Das Studium der legalen Beweistheorie und des von den Rechtshistorikern über sie Vorgetragenen führt in ein kompliziertes und verwirrendes System von Halb-, Viertel- und Achtel-Beweisen, die durch allerlei richterliche Verfügungen oder anwaltliche Eingaben bald zum Vollbeweis ergänzt, bald rechnerisch gemindert werden konnten. Die Mechanik des legalen Beweises sollte sämtliche Beteiligte eines Prozesses – einschließlich des Richters – zu bloßen Ausführenden eines Regelwerks machen, welches es erlaubte, die Wahrheit eines zu beweisenden Umstandes mit legaler Strenge und arithmetischer Folgerichtigkeit zu errechnen. Selbst wenn dieses Beweissystem seinen hohen Ansprüchen im gerichtlichen Alltag wohlmöglich nicht gerecht werden konnte, muss es die Justiz und ihre Akteure doch so nachhaltig geprägt haben, dass es sich kaum vorstellen lässt, dass ein solches System ohne tiefgreifende Friktionen einfach hat abgeschafft werden können.

Was mag beispielsweise in einem Richter vorgegangen sein, dem sein vertrautes arithmetisches Kalkül zugunsten ungebundener und ungewohnter Würdigung verloren ging? Eben war es für ihn noch selbstverständlich gewesen, von zwei übereinstimmenden Zeugen – Maß und Muster eines Vollbeweises nach der legalen Beweistheorie – einen Zeugen, der sich gegen die von den anderen bezeugte Behauptung aussprach, abzuziehen und dementsprechend von einem halben Beweis auszugehen, um sich alsdann nach

einer Möglichkeit zur Vervollkommnung dieser Halbheit durch eine Rechtsvermutung oder einen Parteieid umzusehen. Nach der Abschaffung des legalen Beweises war der Richter zwar frei, dies aber auf Kosten der entlastenden Sicherheit durch Rechnung und die Mechanik der Beweisergänzung.

Und was mögen erst die Beweispflichtigen gedacht haben, die bislang doch hatten mitrechnen können, als sie sich mit einem Mal einer frei und unvorhersehbar sich bildenden »Überzeugung« des Richters ausgesetzt sahen? Wieso brachten sie – wie es scheint unvermittelt – dort Vertrauen auf, wo zuvor Misstrauen und Willkürsorgen nur durch starre und zwingende Regeln für den Richter hatten beruhigt werden können? Schließlich ging es um den Beweis, das Herzstück eines jeden Verfahrens, gleichgültig, ob es sich um Zivilverfahren handelte, wo seit römischen Zeiten die Norm »actor probare debet« galt, oder um Strafverfahren, in denen einem Übeltäter seine Straftat nachgewiesen werden musste – immer war der Beweis, der Beweis der Wahrheit eines Vorbringens, der Wahrheit eines Vorwurfs, der zentrale Vorgang, dessentwegen das ganze gerichtliche Verfahren unternommen wurde.

Der Kontrast zwischen einem scheinbar mühelosen Abschied vom legalen Beweis und der dieser Arbeit zugrundeliegenden Vermutung, dass es sich beim Übergang zur freien Beweiswürdigung um einen fundamentalen justizgeschichtlichen Vorgang handelt, wird mehr als deutlich, wenn man mit den Augen des Freirechts auf die Entwicklung des Beweises zurückblickt:

»Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab. Und hieran wollen wir, diese Streitschrift beschließend, einen historischen Vergleich anknüpfen. Wir glauben nicht mehr, wie einst die rationalistische Geschichtsauffassung, daß die frühere Herrschaft der formellen Beweistheorie schlechthin Verirrung war. Wir wissen vielmehr, daß man so lange die Beantwortung der Schuldfrage an äußerliche Voraussetzungen, wie Geständnis und Zwei-Zeugenbeweis knüpfen mußte, als die Kultur des Richters ihm nicht gestattete, den logischen, psychologischen, soziologischen Tatbestand selbständig zu erfassen. Als dann aber jener intellektuelle Rausch über die Menschheit kam, der mit der Geburt der mathematischen, exakten Naturwissenschaften im 17. Jahrhundert anfang und im 18. durch die Aufklärung seine weltgeschichtliche Gestalt empfing, schlug auch für die Rechtsprechung die Stunde, da sie eine freiforschende, voraussetzungslose, wissenschaftliche Tätigkeit entfalten konnte. [...] So wird die Zeit auch kommen, in der der Jurist nicht mehr dem Gesetze mit Fiktionen und Interpretationen und Konstruktionen zu Leibe zu gehen braucht, um ihm eine Regelung zu erpressen, die sein zu individuellem Leben erwachter Wille selbständig wird erfinden dürfen.

Denn nachdem das 19. Jahrhundert vorüber ist, dieses Zeitalter der Halbheit und des Kompromisses, gehen wir einem 20. entgegen, das, wenn nicht alle Zeichen trügen, in Kunst und Wissenschaft und Religion ein Jahrhundert des Gefühls und des Willens sein wird. Aus den Trümmern der Folter erhob sich, zum Entsetzen aller Mutlosen, triumphierend die Freie Beweiswürdigung, der Stolz der Gegen-

wart; aus den Trümmern der Dogmatik wird, zum Entsetzen aller Unklaren, der Stolz der Zukunft steigen, die Freie Rechtsschöpfung.«¹

Der junge Hermann Kantorowicz, alias Gnaeus Flavius, beschwört hier, am Schluss seiner berühmten Streitschrift zum »Kampf um die Rechtswissenschaft« von 1906,² die »Kultur des Richters« als den Schlüssel zu Entwicklung und Fortschritt des Rechts. Mit pompösen Vergleichen, grundstürzenden Appellen und grandiosen Aussichten gewappnet, vertritt Kantorowicz im »Kampf um die Rechtswissenschaft« wirkmächtig die Grundthese der Freirechtsbewegung: Die staatliche Rechtsordnung ist lückenhaft, neben ihr besteht das »freie Recht« als das »Naturrecht des 20. Jahrhunderts«,³ das es zu entfesseln gilt. Kantorowicz, der sich mit dieser Programmschrift und der großen Resonanz, die diese erhielt, an die Spitze der Freirechtsbewegung setzte,⁴ fordert die Rechtswissenschaft auf, es den Geisteswissenschaften des 19. Jahrhunderts gleich zu tun und in ihre

- 1 HERMANN U. KANTOROWICZ [Gnaeus Flavius], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 48f.
- 2 KARLHEINZ MUSCHELER, *Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie*, Berlin 1984, S. 28–30, schildert ihre Entstehung vor dem Hintergrund der 1903, im »Geburtsjahr der Freirechtsschule«, erfolgten Gründung des Gesprächskreises der »Gesellschaft für Rechtswissenschaftslehre« und des gleichzeitigen Beginns der Freundschaft zu Radbruch. Die bewusst als Manifest verfasste Schrift sei in Italien in Mußestunden zwischen rechtshistorischen Quellenarbeiten und ohne Benutzung von Literatur entstanden; KARLHEINZ MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg 1984, S. 97–103, ordnet sie als Ausprägung eines »extremen psychologischen Wertrelativismus auf dem Gebiet der juristischen Methodenlehre« ein; SEBASTIAN SILBERG, *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*, Berlin 2004, S. 25–41, fasst den von Kantorowicz vertretenen Standpunkt, weniger kritisch, mit den Schlagworten des Voluntarismus, des Antirationalismus, des wissenschaftstheoretischen Monismus und des Relativismus zusammen (S. 41); zu Kantorowicz Rechtskulturlehre vgl. MONIKA FROMMEL, *Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940)*, in: HELMUT HEINRICHS/HARALD FRANZKI/KLAUS SCHMALZ u. a. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 631–641.
- 3 KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 12.
- 4 KARLHEINZ MUSCHELER, Art. »Kantorowicz, Hermann (1877–1940)«, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. HRG*, hrsg. v. ALBRECHT CORDES/HEINER LÜCK/DIETER WERKMÜLLER u. a., 2., völlig überarbeitete u. erweiterte Auflage, Band II: Geistliche Gerichtsbarkeit–Konfiskation, Berlin 2012, Sp. 1590–1593, 1590; LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt am Main 1971, S. 45, sieht Kantorowicz, neben Radbruch und Sternberg, als die »Quelle der wahren und eigentlichen Bewegung«; JAN SCHRÖDER, Art. »Hermann Kantorowicz (1877–1940)«, in: GERD KLEINHEYER/DERS. (Hg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, 4., neubearbeitete u. erweiterte Auflage, Heidelberg 1996, S. 227–230, 228, hebt hervor, dass bei Kantorowicz, im Vergleich mit anderen Freirechtlern, die soziologische Fundierung fehle; zu

»voluntaristische Phase« einzutreten.⁵ Auch die Rechtswissenschaft müsse endlich, dem »gemeinsamen Bekenntnis aller Kulturwissenschaften« entsprechend, zugeben, dass jedes Sollen auch ein Sein ist.⁶ Für die Rechtsprechung, auf die letztlich alles ankomme, bedeute dies eine fundamentale Neubewertung ihrer Grundgebote von Gesetzlichkeit, Objektivität und Wissenschaftlichkeit. An die Stelle dieser entleerten Formeln habe das verantwortliche Tun der »großen Richterpersönlichkeit« zu treten.⁷ Kantorowicz verlangt »Spezialisten des Tatbestandes, nicht Tausendkünstler des Rechtssatzes«.⁸ Der Richter müsse mit den Ergebnissen benachbarter Wissenschaften, mit kaufmännischer Bildung und Nationalökonomie, mit den Eigenarten künstlerischer Berufsverhältnisse, mit den »Tatsachen des Lebens« insgesamt, vertraut sein.⁹ Für ihn, als Sohn des 19. Jahrhunderts, sei die Welt die »ewig sich wandelnde und entwickelnde« geworden.¹⁰ In dieser Welt könne nur der frei urteilende Richter noch Gerechtigkeit garantieren. Nur wo Freiheit sei, wo Persönlichkeit, wo Weisheit sei, so Kantorowicz, sei auch Gerechtigkeit.¹¹

Als strahlendes Vorbild für den bevorstehenden justiziellen Kulturwandel zum Freirecht sieht Kantorowicz, der sich in seiner Streitschrift auf Zivil- und Strafgerichtsbarkeit gleichermaßen bezieht, die epochemachende Durchsetzung der freien Beweiswürdigung im 19. Jahrhundert. Die legale Beweistheorie, so der international anerkannte Mediävist Kantorowicz,¹² sei zwar nicht »schlecht-hin Verirrung« gewesen. Die unentwickelte Kultur des Richters habe sie notwendig gemacht. Der modernen Welt werde aber allein die freie Beweiswürdi-

Kantorowicz' Rechtskulturlehre und seinem an Max Weber orientierten Relativismus siehe FROMMEL, Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940), S. 631–641.

5 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 20.

6 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 33f.

7 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 42.

8 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 46.

9 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 45.

10 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 12.

11 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 47; zu den Richterleitbildern in der Rechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts in ihrem geisteswissenschaftlichen Kontext siehe JOACHIM RÜCKERT, Richtertum als Organ des Rechtsgeistes. Die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: KNUT WOLFGANG NÖRR/BERTRAM SCHEFOLD/FRIEDRICH TENBRUCK (Hg.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, Stuttgart 1994, S. 267–313: »nicht dezisionistisch, aber auch nicht mehr bloß gesetzesorientiert oder quasi vernunftrechtlich, sondern strukturell naturrechtlich in naturalistischer Version«. (S. 311).

12 PETER LANDAU, Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, in: HELMUT HEINRICHS/HARALD FRANZKI/KLAUS SCHMALZ u. a. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 133–213, 163f. Als Rechts-

gung gerecht, welche die Feststellung des Tatbestands zu einer freiforschenden, voraussetzungslosen, gleichzeitig wissenschaftlichen Tätigkeit des mündigen Verstandes des Richters gemacht habe.

Die Freirechtsbewegung und die programmatischen Aussagen ihrer Wortführer werden in der Regel, ihrer primären Stoßrichtung durchaus entsprechend, im Kontext der Theorie der Rechtsanwendung, der Methoden- und Interpretationslehre betrachtet. Die Geschichte der juristischen Methodenlehre des 19. Jahrhunderts ist gründlich erforscht.¹³ Stets geht es dabei allerdings um die Rechtsquellenlehre, die Methoden der Gesetzesinterpretation, der Argumentation und wissenschaftlichen Rechtsfindung. Die Methoden der Sachverhaltsaufklärung, des Beweises und der Feststellung des Tatbestandes, auf den das gefundene Recht angewendet werden soll, werden dabei weitgehend außer Acht gelassen.

Enthält die Geschichte des Beweises im 19. Jahrhundert tatsächlich so Epochales wie von Kantorowicz wortgewaltig formuliert? Sollte sich etwas Grundlegendes an Natur und Bedeutung des richterlichen Tatsachenwissens geändert haben? Hatte sich – dementsprechend – eine andere Beweistheorie entwickelt? Versteckte sich hinter einer solchen zugleich eine neuartige Wahrheitskonzeption? Hatte die alte aristotelisch-thomistische »adaequatio rei et intellectus« vielleicht einer postkantischen Wahrheit weichen müssen, die nicht mehr auf Korrespondenz von Sache und Intellekt setzte, weil die Wirklichkeit begann, sich in die Köpfe der Erkennenden zurückzuziehen?

Um noch weiter auszuholen: Sollte vielleicht die Auffassung vom gesellschaftlichen Wissen, die ja seit der Aufklärung deutlich in Bewegung geraten war, eine wie auch immer geartete Rolle bei einem justizgeschichtlichen Vorgang gespielt haben, der sich dem rechtshistorischen Leser zunächst so darstellt, dass man offenkundig mühelos und sogar unter Lobgesängen einem staatlichen Funktionär, dem man seit Generationen mit Vorsicht und Misstrauen begegnet war, gleichsam über Nacht »plein pouvoir« gab, auf dass er nach seiner subjektiven Überzeugung die Justiz handhaben könne?

Dies sind die Fragen, die der Verfasser der vorliegenden Arbeit sich vorgenommen hat. Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen Dimensionen der »Kultur des Richters« in der Form der allgemeinen Entwicklung des Gerichtsver-

historiker, -theoretiker, -soziologe und Strafrechtsdogmatiker sei Kantorowicz einer der »universellen Juristen in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts« gewesen (S. 164).

- 13 JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2., überarbeitete u. wesentlich erweiterte Auflage, München 2012, S. 193–420, der sich dagegen ausspricht, von der Freirechtsbewegung als selbstständiger Richtung in der Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts zu sprechen (S. 348–350).

fahrens im 19. Jahrhundert nach dem gegenwärtigen Forschungsstand skizziert werden (1.1.). Neben der Gerichtsverfassung, dem Prozessrecht und seiner Wissenschaft wird dabei besonderes Augenmerk auf der sich Stellung und Funktion des Richters widmenden Justiztheorie und den von ihr propagierten Richterbildern liegen (1.2.). Im Anschluss daran wird die legale Beweistheorie erläutert werden, deren Überwindung und Ablösung durch die freie Beweiswürdigung Kantorowicz 1906 als den »Stolz der Gegenwart« feierte (2.1.). Ein wesentliches Anliegen dieser Arbeit ist es, eine über die zeitgenössischen Selbstbeschreibungen – Kantorowicz spricht von der »rationalistischen Geschichtsauffassung« – sowie die die Literatur bis heute durchziehenden Fortschrittserzählungen hinausgehende Rekonstruktion des Wandels des gerichtlichen Beweises zu entwickeln. Daher wird die vorhandene Forschungsliteratur zur Entwicklung des Beweisrechts im 19. Jahrhundert insbesondere danach befragt werden, welche Erklärungen, Theorien oder Narrative sie für den Siegeszug der freien Beweiswürdigung erarbeitet hat (2.2.). Es wird sich zeigen, dass der Befund, vor allem für den Zivilprozess, mager ausfällt. Dabei scheint nicht zuletzt die bisherige, weitgehende Konzentration auf die Frage nach der Bindung beziehungsweise Freiheit des richterlichen Tatsachenurteils ein Hindernis für ein tiefer gehendes Verständnis des Wandels zur freien Beweiswürdigung zu sein. Im darauffolgenden dritten Kapitel wird aus diesem Grund versucht werden, einen wissenschaftsgeschichtlichen Ansatz zu entwickeln, der es erlaubt, anhand der wissenstheoretischen Figur der Fremdreferenz, weitergehenden Aufschluss über den Strukturwandel des richterlichen Tatsachenwissens im 19. Jahrhundert zu erlangen (3.). Dieser Ansatz wird zur Untersuchung zweier besonders aussagekräftiger Formen des richterlichen Wissens führen, des vermuteten (4.) und des beschworenen Wissens (5.). Mit der juristischen Wahrheit wird sich das abschließende sechste Kapitel sodann den den Wandel der Wissensinhalte begleitenden epistemischen Selbstvergewisserungen der beteiligten Juristen zuwenden, um in eine knappe, allgemeine rechtstheoretische Betrachtung des modernen Verhältnisses des Richters zur Wahrheit zu münden (6.).

1. Gerichtsverfahren im 19. Jahrhundert

Im 19. Jahrhundert wird die Justiz zur dritten Staatsgewalt.¹⁴ Im Übergang von der ständischen zur liberalen Welt verschwinden nach und nach die zu Beginn des Jahrhunderts noch in allen deutschen Ländern bestehenden Patrimonialgerichte, für die die Zeit der Restauration sich als bloße Gnadenfrist

14 Überblick bei PETER OESTMANN, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Köln/Weimar/Wien 2015, S. 216–219 und MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band: *Staatsrechtslehre und*

erweist.¹⁵ Im Zuge der Ereignisse des Jahres 1848 wird die Patrimonialgerichtsbarkeit fast überall abgeschafft.¹⁶ Parallel zur Verwirklichung des staatlichen Justizmonopols beginnt mit der Kritik an den in die Rechtsprechung eingreifenden Machtsprüchen des absolutistischen Regenten die Geschichte der Unabhängigkeit der Justiz.¹⁷ Bereits in den ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts verliert der Machtspruch des Fürsten seine Anerkennung als Instrument der Gerechtigkeit.¹⁸ Die um eine Abgrenzung der »Justiz-Sachen« von den »Regierungs- oder Administrativ-Sachen« bemühten Juristen¹⁹ unterscheiden nun nicht mehr nur formal-institutionell, sondern auch grundsätzlich inhaltlich zwischen dem aus der »plenitudo potestatis« schöpfenden Machtspruch des Fürsten und dem nur dem Gesetz verpflichteten Rechtspruch des Richters.²⁰ Zwar ist der Landesherr auch an der Schwelle zum aufgeklärt-absolutistischen

Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992, S. 240–243; vgl. unter dem Aspekt der »Autonomie« JOACHIM RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechts-historischer Perspektive*, Hannover 1988, S. 38–42.

- 15 SABINE WERTHMANN, *Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zur deutschen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1995, S. 155–165, die neben den Widerständen gegen jegliche Reform der Patrimonialgerichtsbarkeit bei wachsenden »modernen Anforderungen« »vor allem ein sich wandelndes Verständnis vom Staat und seinen Rechten« als bestimmenden Faktor benennt (S. 157).
- 16 WERTHMANN, *Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit*, S. 167.
- 17 REGINA OGOREK, Richter und Politik – aus historischer Sicht [1992], in: DIES., *Aufklärung über Justiz*, Erster Halbband: *Abhandlungen und Rezensionen*, Frankfurt am Main 2008, S. 139–155, 141, schildert die Ausdifferenzierung der Rechtsprechung zur eigenständigen Hoheitsfunktion im 18. Jahrhundert als Teil einer Strategie des landesherrlichen Machterhalts.
- 18 REGINA OGOREK, Das Machtspruchmysterium [1984], in: DIES., *Aufklärung über Justiz*, Erster Halbband: *Abhandlungen und Rezensionen*, Frankfurt am Main 2008, S. 13–38; zur absolutistischen Machtspruchspraxis siehe WERNER OGRIS, *De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts*, in: DERS. (Hg.), *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961–2003*, Wien/Köln/Weimar u. a. 2003, S. 625–640. Der Machtspruch sorgte für Gerechtigkeit, wo von Seiten der Justiz Fehlurteile und Schikane drohten (S. 633); zu ständisch motivierter Machtspruchkritik in Brandenburg bereits am Ende des 17. Jahrhunderts siehe ANDREAS SCHWENNICKER, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main 1993, S. 148–153; zu Machtspruch und Gesetzesherrschaft bei Kleist siehe SIMONE SCHMON, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft. Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists »Prinz Friedrich von Homburg«*, Köln/Weimar/Wien 2007, S. 51–168, die vor allem eine Kritik an der »legalistisch apostrophierten Haltung« Friedrichs II. und ein Plädoyer für ein traditionales Herrschaftsmodell erkennt (S. 179).
- 19 Zu diesen REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, S. 280–291, 348–350.
- 20 ULRIKE SEIF, *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin 2003, S. 226–232, auch zur

Gesetzesstaat noch Träger ungeteilter Staatsgewalt und oberster Gerichtsherr.²¹ Es gelingt den Vertretern des liberalen Bürgertums aber, die im unabhängigen Richtertum zunehmend ein Schutzinstrument gegen landesherrliche Übergriffe erkennen, auch ohne verfassungsmäßige Festschreibung bereits die Souveräne zum Verzicht auf Machtsprüche und Kabinettsjustiz zu bewegen.²² Die Unabhängigkeit der Justiz sowie eine sachlich und persönlich nur noch an das Gesetz gebundene Richterschaft avancieren im Verlauf der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu Symbolen der bürgerlichen Freiheit. Gleichzeitig setzt mit dem jüngeren, an Kant geschulten, Naturrecht die Überzeugung des Konstitutionalismus ein, das Private müsse durch institutionelle und richterlich überwachte Garantien gegen die öffentliche Gewalt abgeschirmt werden. Die frühkonstitutionellen Garantien des gesetzlichen Richters bleiben dabei zunächst instabil und wirken mehr als Programmsätze denn als durchsetzbare Garantien, was sich nicht zuletzt an der Justizwillkür der »Demagogenverfolgungen« zeigt.²³ Doch der eindeutig formulierte § 175 der Frankfurter Reichsverfassung aus dem März 1849 zeigt bereits den fortschreitenden Übergang von den Selbstverpflichtungen und hoheitlichen Zusagen des Vormärz zu einer rechtsstaatlichen Interpretation der justizpolitischen Anliegen im Sinne vorstaatlicher subjektiver Abwehrrechte: »Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Kabinetts- und Ministerialjustiz ist unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nicht stattfinden.«²⁴

inhaltlichen Umwertung des Machtspruchs in eine politische Kabinettsentscheidung im Zeichen des Vorrangs des vernunftbestimmten Normzwecks vor dem Herrscherwillen (S. 233–236).

- 21 SEIF, *Recht und Justizhoheit*, S. 240, zufolge ist das Machtspruchverbot vor allem aus dem Konflikt zwischen verschiedenen Trägern hoheitlicher Gewalt entstanden, wie sein Zusammenhang mit der reichsrechtlichen Bindung der landesherrlichen Gerichtsbarkeit (S. 236–239) und mit den ständischen Interessen in der Justizverwaltung (S. 239f.) zeige. Auch die Garantie des gesetzlichen Richters des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 sei erst auf ständischen Druck hin und als Selbstverpflichtung des aufgeklärt-absolutistischen Herrschers aufgenommen worden (S. 248f.).
- 22 DIETER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, S. 1–6, mit dem Hinweis auf die sich im weiteren Verlauf der Geschichte des Rechtsstaats erweisende Komplexität und Flexibilität des Begriffs der »Unabhängigkeit der Justiz« (S. 7–11).
- 23 SEIF, *Recht und Justizhoheit*, S. 271; vgl. MARTIN LÖHNIG, »Die Verwaltung der Gerechtigkeit ist von dem Gewaltkreise des Staatsoberhaupts völlig ausgeschieden«: Zur Stellung des Richters im süddeutschen Frühkonstitutionalismus, in: IGNACIO CZEGUHN / ANTONIO SANCHÉZ ARANDA (Hg.), *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert*, Regenstein 2011, S. 13–24, der die Rechtsbindung der Justiz im Interesse des Staatsbürgers bereits im süddeutschen Frühkonstitutionalismus betont (S. 23).
- 24 Zitiert nach OESTMANN, *Gerichtsbarkeit und Verfahren*, S. 237.

Die Unabhängigkeit der Justiz wird durch die endgültige Etablierung der richterlichen Begründungspflicht flankiert. In der Urteilsbegründung lassen sich die verbleibenden methodisch-wissenschaftlich verbürgten Bindungen des Richters dokumentieren und so der mit jeder Steigerung von Unabhängigkeit einhergehende Kontrollverlust in gewisser Weise kompensieren.²⁵ Der sich vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts wandelnde Richter sollte zwar nicht mehr unter der Kontrolle der Exekutive stehen, unter der der parteilichen Rechtsmittel aber sehr wohl.²⁶ Die Differenzierung zwischen Richter und Gericht mit festen Spruchkörpern und gerichtsautonomer Geschäftsverteilung sind weitere Komponenten der richterlichen Unabhängigkeit aus dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts.²⁷ Als ein Kompromiss zwischen der justizstaatlichen Forderung nach einer Regierungsaufsicht durch ordentliche Gerichte und dem Modell der Selbstkontrolle der Verwaltung wird in den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts zudem die richterliche Verwaltungskontrolle durch eine neu geschaffene Verwaltungsgerichtsbarkeit gewagt.²⁸ Die in den meisten deutschen Ländern in den Jahren zwischen 1863 und 1900 verabschiedeten Verwaltungsgerichts- und Verwaltungsrechtspflegegesetze zeigen die Vielfalt der konkurrierenden Rechtsschutzmodelle: eines Justizstaats, einer Administrativjustiz oder einer echten Verwaltungsgerichtsbarkeit.²⁹ Insgesamt

- 25 Eingehend STEPHAN HOCKS, *Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2002.
- 26 HOCKS, *Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang*, S. 173–175.
- 27 Zur Entstehung des späteren Gerichtsverfassungsgesetzes und der »Errungenschaft der richterlichen Selbstverwaltung« siehe SEIF, *Recht und Justizhoheit*, S. 310–322; ULRIKE MÜßIG, *Der Kampf um die gerichtliche Selbstverwaltung in der Entstehungsgeschichte des GVG*, in: IGNACIO CZEGUHN/LUKAS GSCHWEND/DIRK HEIRBAUT u. a. (Hg.), *Rechtskultur I. Justizgeschichte des Bürgerlichen Zeitalters*, Regensburg 2012, S. 4–11; grundlegend zur Entstehung des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1877 siehe WERNER SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877) – Entstehung und Quellen*, Frankfurt am Main 1981, dessen besonderes Interesse dem Aspekt der Rechtseinheitsbildung gilt (S. 111–116).
- 28 STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band, S. 240–243; eingehend GERNOT SYDOW, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Eine Quellenstudie zu Baden, Württemberg und Bayern mit einem Anhang archivalischer und parlamentarischer Quellen*, Heidelberg 2000; REGINA OGOREK, *Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert [1988]*, in: DIES., *Aufklärung über Justiz*, Erster Halbband: *Abhandlungen und Rezensionen*, Frankfurt am Main 2008, S. 221–251, 249.
- 29 SYDOW, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts*, S. 200.

handelt es sich um einen Ausdifferenzierungsprozess, »nämlich eine Trennung der Funktionen von Verwaltungsrechtspflege und aktiver Verwaltung, die bis dahin in der Hand derselben Verwaltungsbehörde lagen«. ³⁰

Das in der ersten Jahrhunderthälfte weitgehend unangefochtene Akten-Verfahren des gemeinen Zivilprozesses war durch eine strenge Teilung in zwei Verfahrensstadien gekennzeichnet. Im ersten Abschnitt hatten die Parteien ihr Vorbringen dem Gericht schriftlich und vollständig darzulegen. Dabei herrschte die sogenannte *Eventualmaxime*, wonach das gesamte Parteivorbringen, samt aller Beweise und Einreden, unter der Drohung der Präklusion auf einmal anzumelden war. ³¹ Dieses erste Verfahrensstadium wurde durch das auf reiner Aktengrundlage verfasste Beweisinterlokut des Richters abgeschlossen. Dieses war ein bedingtes Endurteil, das die Streitentscheidung nur noch vom Gelingen oder Misslingen der durch es auferlegten Beweisführungen abhängen ließ. Um dieses selbstständig anfechtbare Interlokut in der Verfahrensmitte gruppierte sich das gesamte übrige Prozessgeschehen. ³² Im zweiten Verfahrensstadium galt es, den Beweis innerhalb gesetzlicher Frist anzutreten. Es folgten Beweisausführung und -aufnahme mit genauer Protokollierung und förmlichem Deduktionsverfahren. Die erste und einzige Tatsacheninstanz des Zivilverfahrens, für das Schriftlichkeit, Mittelbarkeit und Nicht-Öffentlichkeit Selbstverständlichkeiten waren, wurde mit dem über den geführten Beweis und zugleich den gesamten Rechtsstreit urteilenden richterlichen Definitivkenntnis abgeschlossen.

Die liberalen Forderungen nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege dominierten die Prozessreformen des 19. Jahrhunderts. ³³ Insbesondere in der ersten Jahrhunderthälfte waren sie integrale Bestandteile der justiziellen

30 SYDOW, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts, S. 202, der zudem auf die ideengeschichtlichen Hintergründe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Reformüberlegungen der Jahre 1848/49 (S. 202–205) sowie auf den Zusammenhang mit dem sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen Übergang von der Agrar- zur Industriegesellschaft hinweist (S. 208f.).

31 Zur Entwicklung der *Eventualmaxime* bis zur Civilprozessordnung siehe JOSEF SCHULTE, *Die Entwicklung der Eventualmaxime. Ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Zivilprozesses*, Köln/Berlin/Bonn u. a. 1980, S. 3–44; HANS-PETER HAFERKAMP, Fortwirkungen des Kameralprozesses im gemeinen Zivilprozess des 19. Jahrhunderts, in: PETER OESTMANN (Hg.), *Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß*, Köln/Weimar/Wien 2009, S. 293–310, 294, zufolge handelt es sich »wohl« um ein Fortwirken des Kameralprozesses.

32 Eine ausführliche zeitgenössische Darstellung der Geschichte des Beweisinterlokuts sowie der es betreffenden rechtswissenschaftlichen und -politischen Diskussionen bei JOHANN JULIUS WILHELM VON PLANCK, *Die Lehre von dem Beweisurtheil*. Mit Vorschlägen für die Gesetzgebung, Göttingen 1848.

33 Überblick bei KNUT WOLFGANG NÖRR, Hauptthemen legislatorischer Zivilprozeßreform im 19. Jahrhundert, in: DERS., *Iudicium est actus trium personarum*.

Emanzipationsbestrebungen gegenüber Monarchie und Adel.³⁴ Für die Strafrechtspflege forderte man, ab der Jahrhundertmitte auch erfolgreich, das »öffentliche und mündliche Anklageverfahren«.³⁵ Die Forderungen nach Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Akkusationsprinzip und freier Beweiswürdigung traten in gebündelter Form in dem mit gleicher Vehemenz vorgetragenen Verlangen nach Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege auf.³⁶ Die von den Ideen des liberalen Bürgertums geprägte Reformliteratur erhoffte sich ein gegen politische Strafverfolgung unter der Regie der Exekutive gesichertes Strafverfahren, das zugleich dem allgemeinen Bedürfnis, der wachsenden Kriminalität Herr zu werden, genügen musste. Das preußische »Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht

Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa, Goldbach 1993, S. 257–263; die zentrale Rolle der Mündlichkeit betont GERHARD J. DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert. Untersuchungen zur Entwicklungsgeschichte der ZPO an Hand ausgewählter Gesetzgebungsarbeiten*, Aalen 1971, S. 86–89.

34 MARIE THERES FÖGEN, *Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit*, Berlin 1974, die die politischen Funktionen der über den justiziellen Kontext hinausweisenden Forderung nach Öffentlichkeit herausarbeitet.

35 ALEXANDER IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Paderborn/München/Wien u. a. 2002, S. 231–248; EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Auflage, Göttingen 1983, S. 324–346.

36 Ein zeitlich weit ausgreifender Überblick bei KNUT WOLFGANG NÖRR, Entwicklungsstufen der Schöffengerichtbarkeit in den Perioden des Deutschen Bundes, der Kaiserzeit und der Weimarer Republik, in: TIZIANA J. CHIUSI/THOMAS GERGEN/HEIKE JUNG (Hg.), *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag*, Berlin 2008, S. 801–817; ausführlich zum Misserfolg des Schwurgerichts in Deutschland und der Durchsetzung der Schöffengerichte PETER LANDAU, Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, in: ANTONIO PADOA SCHIOPPA (Hg.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700–1900*, Berlin 1987, S. 241–304, der nicht zuletzt auf die erfolgreiche Integration der Berufsrichter in die bürgerliche Gesellschaft nach 1850 hinweist, so dass »das vor 1849 immer wieder als Topos verwandte Mißtrauen gegenüber dem Berufsrichter nach 1850 offenbar rasch an Überzeugungskraft verlor« (S. 303); vgl. PETER RIEß, Über das Schwurgericht im deutschen Strafprozess, in: DERS., *Beiträge zur Entwicklung der deutschen Strafprozessordnung*, Berlin 2012, S. 59–90. Zur Schwurgerichtbarkeit nach den Reichsjustizgesetzen siehe MAREIKE PREISNER, Grundlinien der deutschen Schwurgerichtbarkeit, in: IGNACIO CZEGUHN/ANTONIO SANCHÉZ ARANDA (Hg.), *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert*, Regenstein 2011, S. 93–113; unter dem Aspekt der »justiziellen Selbstregulierung« siehe PETER COLLIN, Schwurgerichte und andere Formen der Laienbeteiligung: staatsfremde Normativitäten und gesellschaftliche Selbstregulierung im staatlichen Organisationsgehäuse?, in: DERS. (Hg.), *Justice without the State within the State. Judicial Self-Regulation in the Past and Present*, Frankfurt am Main 2016, S. 223–241, der von einer Parallelentwicklung zur staatlichen Einheitsjustiz spricht (S. 241).

und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen« vom 17. Juni 1846 setzte erstmals Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens, letztere zunächst nur vorsichtig, sowie eine nahezu uneingeschränkt freie Beweiswürdigung um.³⁷ Bereits zuvor war, nach französischem Vorbild, eine die öffentliche Anklage vertretende Staatsanwaltschaft geschaffen worden.³⁸

Die von Peter Collin eingehend untersuchte Einführung der Staatsanwaltschaft in Preußen verdeutlicht die rechtspolitische Komplexität der Prozessreformen. Nach der strafprozessualen Reformliteratur versprach man sich von der Schaffung der neuen Behörde sowohl eine Stärkung der Unabhängigkeit des Richters, der nun von mit seinem nur am Recht orientierten Amt unvereinbaren Aufgaben entlastet wurde, als auch eine Effektivitätssteigerung der Kriminalitätsbekämpfung.³⁹ Die internen Planungen der preußischen Regierung zeigen allerdings, dass die Einführung der Staatsanwaltschaft weniger von bürgerlich-liberalen Idealen angeleitet wurde. Entscheidendes Motiv war vielmehr, die Staatsanwaltschaft als »Organ der Staatsregierung« zur Durchsetzung obrigkeitlicher Interessen im Strafverfahren einzusetzen.⁴⁰ Die folgende Anleitungspraxis der preußischen Exekutive gegenüber der neu geschaffenen Behörde belegt ihren ursprünglichen Charakter als herrschaftliches Steuerungsinstrument. Die gleichzeitige Stilisierung als »Wächter der Gesetze« erfüllte dabei lediglich eine legitimatorische Funktion. Mit Blick auf das für die deutsche Entwicklung bestimmende preußische Modell formuliert Peter Collin im Ergebnis:

»Liberalität und Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens wurden durch die Einführung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft nicht gefördert. Der Einfluß des sachlich unabhängigen Gerichts auf die Gestaltung der Strafrechtspflege wurde zurückgedrängt, der Einfluß der Regierung dagegen gestärkt.«⁴¹

Der Übergang von der Vormoderne zur Moderne wird auch in der Geschichte des Gerichtsverfahrens von der Französischen Revolution markiert, die unter anderem die Vorlage für die Institution der Staatsanwaltschaft geliefert hatte.⁴² Das revolutionäre Frankreich führte 1791 Geschworenengerichte ein und forderte die nun in die Strafrechtspflege einziehenden Laien dazu auf, über die Tatfragen nur nach ihrer »intime conviction« zu urteilen. Die großen

37 IGNOR, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland, S. 280–283.

38 PETER COLLIN, »Wächter der Gesetze« oder »Organ der Staatsregierung«? Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium. Von den Anfängen bis 1860, Frankfurt am Main 2000.

39 COLLIN, »Wächter der Gesetze« oder »Organ der Staatsregierung«?, S. 41–53.

40 COLLIN, »Wächter der Gesetze« oder »Organ der Staatsregierung«?, S. 62–105. »Die Staatsanwaltschaft kann also weder als »Kind der Revolution« noch als Ergebnis einer rechtsstaatlichen Umgestaltung des Strafprozesses angesehen werden.« (S. 405).

41 COLLIN, »Wächter der Gesetze« oder »Organ der Staatsregierung«?, S. 414.

42 OESTMANN, Gerichtsbarkeit und Verfahren, S. 220; mit dem »Code de procédure civile« von 1806 beginnt auch in der monumentalen Darstellung von JOHANN

Kodifikationen der napoleonischen Zeit, die »cinq codes«, stellten auch für die deutsche Entwicklung neue und wirkmächtige Prozessleitbilder auf.⁴³ Der »Code de procédure civile« von 1806 war ein schillerndes Bekenntnis zu Öffentlichkeit, Mündlichkeit und freier Beweiswürdigung.⁴⁴ Mit dem »Code d'instruction criminelle« von 1808 begann die Geschichte des später sogenannten reformierten Strafprozesses.⁴⁵ Die linksrheinischen Gebiete Deutschlands blieben auch nach dem Ende der französischen Annexion und bis zu den Reichsjustizgesetzen vom Recht der französischen Kodifikationen und der damit einhergehenden Abschaffung von Adelsprivilegien, Patrimonialgerichtsbarkeit, Gutsobrigkeiten und eximierten Gerichtsständen geprägt. Der »rheinische Druck« verlieh den justizpolitischen Reformbestrebungen in ganz Deutschland Kraft und Richtung.⁴⁶ Trotz polemisch aufgeladener Gegenbewegungen lässt sich für die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts von einem »flächendeckenden Sieg der wesentlichen französischen Weichenstellungen« in Deutschland sprechen.⁴⁷

Der geheime Zivilprozess auf Aktenbasis wird in Deutschland nach und nach durch die zahlreichen Entwürfe, Verordnungen und Kodifikationen der deut-

CHRISTOPH SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung*, Berlin 1898, das Kapitel »Umsturz und Einheit im fremden Rechte« zur Entstehungsgeschichte der Reichszivilprozessordnung (S. 603–668).

- 43 Deren Bedeutung betont OESTMANN, *Gerichtsbarkeit und Verfahren*, S. 223–227; vgl. DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, S. 87, demzufolge das in die Rheinprovinzen verpflanzte französische Verfahren »durch seine äußeren, als Freiheitsgarantien empfundenen Qualitäten wie öffentliche Verhandlung, mündliches Plädoyer vor erkennendem Gericht und beinahe unumschränkte Parteiherrschaft [...] als direktes Gegenstück zum bisherigen Verfahren breiteste Kreise für sich« einnahm; in diesem Sinne auch BARBARA DÖLEMAYER, *Der Zeugenbeweis im deutschen Zivilprozeß in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in: ANDRÉ GOURON/LAURENT MAYALI/ANTONIO PADOA SCHIOPPA u. a. (Hg.), *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.–20. Jahrhundert)*, Frankfurt am Main 1994, S. 91–111, 108, für die der »Code de procédure civile« auch mit Blick auf das Beweisrecht als »Movens aller Reformbestrebungen« wirkte.
- 44 Überblick über das Verfahren nach dem »Code de procédure civile« bei KNUT WOLFGANG NÖRR, *Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln*, Tübingen 2015, S. 61–92.
- 45 PETER-PAUL ALBER, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, Berlin 1974, S. 31–33, 59–61.
- 46 DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, S. 28–34; vgl. OESTMANN, *Gerichtsbarkeit und Verfahren*, S. 224: »Ein neuer Typus von Gerichtsverfahren war damit in der Welt und lag bei allen Reformdebatten als Alternative auf der Hand.«
- 47 OESTMANN, *Gerichtsbarkeit und Verfahren*, S. 227; zum Einfluss des französischen Verfahrensrechts auf die Justizreformen in Bayern und damit mittelbar auch auf die Reichsjustizgesetze siehe GEORG HEIß, *Die Justizreform in Bayern*

schen Einzelstaaten abgelöst.⁴⁸ Die erste deutliche Abweichung von den Traditionen des Gemeinen Rechts bedeutet das vernunftrechtlich motivierte Untersuchungs- und Instruktionsverfahren der preußischen Prozessordnung von 1781 sowie der darauf aufbauenden Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793/1795 mit ihrem Grundsatz der amtlichen Wahrheitsermittlung.⁴⁹ Der prozessuale Parteibetrieb wird in Preußen in großem Umfang durch das ermittelnde Vorgehen des Richters von Amts wegen ersetzt, was bereits für den Vorgänger der Allgemeinen Gerichtsordnung, das *Corpus Juris Fridericianum* von 1781, gilt.⁵⁰ Zunächst werden, unter Ausschaltung der Advokaten aus dem Verfahren, feste Assistenzräte berufen, die in schwer zu vereinbarenden Doppelstellung zugleich als beamtete Helfer des Richters sowie als Beistände der Parteien fungieren. Später bekommt die Anwaltschaft ihre Rolle in der Form verbeamte-

1848, in: ANTONIO SÁNCHEZ ARANDA/MARTIN LÖHNIG (Hg.), *Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter. Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland*, Regenstauf 2013, S. 71–87.

- 48 GERHARD J. DAHLMANN, Deutschland, in: HELMUT COING (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Dritter Band: *Das 19. Jahrhundert*, Zweiter Teilband: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, München 1982, S. 2615–2697, 2616, der einen Überblick über die einzelstaatlichen Prozessgesetzgebungen bis hin zu den Reichsjustizgesetzen, verbunden mit umfangreichen bibliographischen Hinweisen, gibt. Eine materialreiche Darstellung der Gesetzgebungen findet sich bei MARTIN AHRENS, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichsprozessordnung*, Tübingen 2007; detailliert und zeitlich weiterreichend auch DIETER DANNREUTHER, *Der Zivilprozeß als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871–1945. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Deutschland*, Frankfurt am Main/Bern/New York 1987.
- 49 Zur Entstehung der AGO siehe SYLVIA BUSCH, *Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten von 1793/95. Ein Beitrag zur Geschichte der Kodifikationsbewegung und der Reform des Zivilprozesses in Preußen im 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern u. a. 1999, S. 65–139; ausführlich zur preußischen Zivilprozessgesetzgebung auch AHRENS, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, S. 83–323, mit folgender Bilanz zur AGO: »Abgesehen von den wirkungsvollen Auseinandersetzungen über die prozessualen Grundlagen und Prinzipienbildungen kam es jedoch zu keiner umfassenderen Rezeption des preußischen Verfahrens. [...] Mit den Prozesskodifikationen wurde das preußische Verfahrensrecht in eine dauerhafte Isolation geführt« (S. 144); insbesondere zur Reform von 1780/81 siehe CHRISTIAN GRAHL, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen. Prozeßbetrieb und Parteibeistand im preußischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781*, Göttingen 1994; vgl. DAHLMANN, Deutschland, S. 2645–2649.
- 50 Für eine ausführliche zeitgenössische Darstellung einschließlich der Entwicklung der folgenden Jahrzehnte siehe T. STOLLBERG, *Preußens gerichtliches Ver-*

ter Justizkommissare neu zugewiesen. Aus den das Verfahren aufteilenden, selbständig appellablen Zwischenurteilen des gemeinen Prozesses werden in Preußen unanfechtbare Richterdekrete. Kern dieses Verfahrens ist der mündlich-unmittelbare Instruktionstermin zwischen den Parteien und einem Deputierten des Gerichts. Der Deputierte – die gemeinrechtliche Mittelbarkeit bleibt insofern erhalten – unternimmt hier alles zur Aufklärung des Streitstandes Notwendige von Amts wegen und erarbeitet den vom Richter und den Parteien zu unterzeichnenden »Status causae et controversiae«, auf dessen Grundlage dann Beweis und Gegenbeweis zu führen sind.

Obwohl sich die hehren Ansprüche der Allgemeinen Gerichtsordnung in der Praxis nicht durchhalten ließen und ihre Mängel schon bald festgestellt wurden,⁵¹ können sie und das Corpus Juris Fridericianum von 1781 als die »herausragenden Beispiele aufgeklärten, fürsorglichen Absolutismus auf dem Gebiet des Zivilverfahrens« gelten.⁵² Ihre Haltung und ihre Ziele sind dem aufgeklärten Beamtenapparat des Preußens des späten 18. Jahrhunderts verpflichtet.⁵³ Auch hinsichtlich des preußischen Zivilprozesses hat die Forschung die Komplexität der gesetzgeberischen Reformen hervorgekehrt. Die Abschaffung der freien Advokatur in Preußen zugunsten richterlicher Parteibeistände lässt sich nicht einfach als Teil eines mit rationalistischem Anspruch neu entworfenen Prozessrechts erklären.⁵⁴ Es handelt sich vielmehr um den Höhepunkt einer langen Entwicklung der preußischen Landesgesetzgebung.⁵⁵ Das sich in den Reformen des späten 18. Jahrhunderts durchsetzende Bestreben nach einer möglichst weitgehenden Befreiung der richterlichen »Ausforschung der

fahren bei der Instruction der Prozesse. Eine systematische Bearbeitung der darüber bestehenden Gesetze, Berlin 1839.

- 51 DAHLMANN, Deutschland, S. 2648f., der auf die »neue Mittelbarkeit« infolge der Zwischenschaltung von Dezent, Deputiertem und Referent zwischen Partei und Richterkollegium sowie auf die Überforderung der Richterschaft durch die neue Verfahrensordnung hinweist; vgl. GRAHL, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 179; eine ausführliche zeitgenössische Darstellung der »klägliche[n] Ausführung der Allg. Ger. Ordn.« sowie der folgenden Reformen des Zivilprozesses in Preußen bei JULIUS VON KIRCHMANN, Das Preussische Civil-Prozeß-Gesetz vom 21. Juli 1846, Berlin 1847. Das Zitat findet sich auf S. VIII.
- 52 DAHLMANN, Deutschland, S. 2648.
- 53 NÖRR, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, S. 58f.
- 54 GRAHL, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 145–158.
- 55 BUSCH, Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten von 1793/95, S. 7. Vgl. noch weitergehend bereits SCHWARTZ, Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung, S. 531, der als wesentliches Ergebnis seiner monumentalen Darstellung der Entwicklung des Zivilprozesses