

GERHARD WALTER

Freie Beweiswürdigung

Tübinger

Rechtswissenschaftliche Abhandlungen

51

Mohr Siebeck

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 51

Freie Beweiswürdigung

Eine Untersuchung zu Bedeutung,
Bedingungen und Grenzen
der freien richterlichen Überzeugung

von

GERHARD WALTER



1979

J.C.B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Walter, Gerhard:

Freie Beweiswürdigung : e. Unters. zu Bedeutung, Bedingungen u. Grenzen d. freien richterl. Überzeugung / von Gerhard Walter. – Tübingen : Mohr, 1979.

(Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen ; Bd. 51)

ISBN 3-16-641572-6

eISBN 978-3-16-165972-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

ISSN 0082-6731

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

© Gerhard Walter / J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1979

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

Printed in Germany. Satz und Druck: Laupp & Göbel, Tübingen. Einband: Heinrich Koch, Großbuchbinderei, Tübingen

Meinen Eltern
und
Barbara
gewidmet

VORWORT

Die hier vorgelegte Arbeit hat die Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen im Wintersemester 1978/79 als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden, soweit dies noch möglich war, bis Ende 1978 berücksichtigt.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Fritz Baur, schulde ich den größten Dank. Er hat nicht nur meinen wissenschaftlichen Werdegang in meiner über siebenjährigen Zugehörigkeit zu seinem Lehrstuhl entscheidend geprägt; auch in seinem menschlichen Verständnis für die Anliegen seines Schülers hat er mir immer väterliche Güte bewiesen.

Dank sage ich auch der Fazit-Stiftung (Frankfurt), die mir einen unvergeßlichen Studienaufenthalt in Florenz ermöglicht hat; Herrn Professor Capelletti und seinen Mitarbeitern am Istituto di Diritto Comparato der dortigen Universität; der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines Habilitationsstipendiums und eines Druckkostenzuschusses; „meiner“ Tübinger Juristischen Fakultät für die Aufnahme der Arbeit in die von ihr herausgegebene Reihe.

Für die mühevollen Übertragung meines Manuskripts in Maschinschrift und für vielfältige anderweitige Unterstützung danke ich Barbara und Frau Inge Schäfer; für die Erstellung des Registers, das er in eigener Verantwortung gefertigt hat, Herrn Hans Schlenker.

Tübingen, den 15. Juli 1979

Gerhard Walter

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	VII
-------------------	-----

1. Kapitel *Einleitung*

§ 1 <i>Anlaß und Ziel der Untersuchung</i>	1
I. Die Bedeutung der freien Überzeugung	1
II. Überblick über die Darstellung	5

2. Kapitel *Die geschichtlichen Grundlagen des Beweisrechts*

§ 2 <i>Der römische Prozeß</i>	7
A <i>Der Zivilprozeß</i>	7
I. <i>Das Verfahren</i>	8
1. <i>Legisaktionenprozeß</i> – 2. <i>Formularprozeß</i> – 3. <i>Kognitionsprozeß</i>	
II. <i>Die Verfahrensgrundsätze</i>	10
III. <i>Beweismittel und Beweiswürdigung</i>	11
1. <i>Frühzeit und klassischer Prozeß</i> – a) <i>Parteiaussage</i> – b) <i>Zeugen</i> – c) <i>Urkunden</i> – d) <i>Augenschein und Sachverständige</i> – e) <i>Erfahrungsregeln</i> – 2. <i>Kognitionsprozeß</i> – a) <i>Parteiaussage</i> – b) <i>Zeugen</i> – c) <i>Urkunden</i> – d) <i>Sachverständige</i> – e) <i>Augenschein</i> – f) <i>Zusammenfassung</i>	
B <i>Andere Verfahrensarten</i>	17
I. <i>Allgemeines</i>	17
II. <i>Strafprozeß</i>	18
1. <i>Gegenstand des Strafprozesses</i> – 2. <i>Verfahren</i> – 3. <i>Prozeßgrundsätze</i> – a) <i>Öffentlichkeit</i> – b) <i>Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, rechtliches Gehör</i> – c) <i>Privatakkusation</i> – 4. <i>Beweismittel und Beweiswürdigung</i> – a) <i>Geständnis</i> – b) <i>Zeugenaussage</i>	
C <i>Ergebnisse</i>	22

§ 3	<i>Der italienisch-kanonische Prozeß</i>	22
A	Geschichte und Bedeutung	22
B	Gang des Verfahrens, Verfahrensgrundsätze	24
	I. Zivilprozeß	24
	1. Verfahrensablauf – 2. Verfahrensgrundsätze – a) Mündlichkeit – b) Öffentlichkeit – c) Unmittelbarkeit – d) Rechtliches Gehör	
	II. Strafprozeß	27
	1. Akkusationsprinzip – 2. Verfahrensablauf	
C	Beweismittel und Beweiswürdigung	29
	I. Beweismittel	29
	1. Allgemeines – 2. Zeugen – 3. Sachverständige – 4. Urkunden – 5. Augenschein – 6. Notorium – 7. Geständnis – 8. Vermutungen – 9. Eid	
	II. Beweiswürdigung	37
	1. Grundsatz – 2. Im einzelnen	
D	Ergebnisse	39
§ 4	<i>Der germanisch-altdeutsche Prozeß</i>	39
A	Einführung, Vorbemerkungen	39
	1. Allgemeines – 2. Verfahrensarten	
B	Der Prozeß der Frühzeit	41
	I. Verfahren	41
	II. Ziel des Beweises und Beweismittel	42
	1. Beweisziel – 2. Beweismittel – a) Eid – b) Zweikampf – c) Gottesurteil – d) Zeugen – e) Gerichtszeugnis	
C	Der spätmittelalterliche Zivilprozeß	47
	I. Beweismittel	47
	1. Die spirituellen Beweismittel – 2. Zeugenbeweis – 3. Urkunden – 4. Augenschein	
	II. Beweiswürdigung	50
D	Der mittelalterliche Strafprozeß bis zur Carolina	52
	I. Grundlagen	52
	1. Handhaftverfahren – 2. Verfahren gegen die landschädlichen Leute	
	II. Der Inquisitionsprozeß	54
	1. Wesen – 2. Verfahren	
	III. Der Strafprozeß der Carolina	56
	1. Einleitung des Verfahrens – 2. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Folter – 3. Verfahrensgrundsätze	
E	Ergebnisse	58

§ 5	Vom Gemeinen zum Reformierten Prozeß	60
A	Der Strafprozeß	60
I.	Das Beweisrecht nach Abschaffung der Folter	61
	1. Die Verdachtsstrafe – a) Entwicklung – b) Zulässigkeit und Begründung – 2. Die absolutio ab instantia – 3. Die Entwicklung zur negativen Beweistheorie – a) v. Justi – b) Gesetzgebung und Doktrin der Aufklärung – c) Filangieri, Feuerbach – d) Kritik der negativen Beweistheorie	
II.	Der Einfluß der französischen Revolution auf das deutsche Strafverfahren	67
	1. Die conviction intime – a) Ursprünge dieser Lehre – b) Legalisierung – 2. Der Totaleindruck – 3. Die weitere Entwicklung – a) Entscheidungsbegründung – b) Die Savigny-Denkschrift – 4. Der reformierte Prozeß	
B	Der Zivilprozeß	75
I.	Die Kammergerichtsordnungen	75
II.	Reformversuche	76
	1. Die formelle Wahrheit – 2. Ansatzpunkte einer Reform – a) Der unvollständige Beweis – b) Die Vermutungen – c) Andere Ansatzpunkte	
III.	Die weitere Entwicklung	81
	1. Die literarische Diskussion – 2. Gesetzgebung	
C	Ergebnis	84

3. Kapitel

Grundlage der Beweiswürdigung: die freie Überzeugung

§ 6	Die „freie Überzeugung“ in der Rechtsprechung	88
A	Ordentliche Gerichtsbarkeit	88
I.	Das Reichsgericht	88
	1. Zivilsenate – a) Ausgangsentscheidungen – b) Kausalitätsfälle – 2. Strafsenate – 3. Wende in der Rechtsprechung der Strafsenate – 4. Korrekturversuche – 5. Anschluß der Zivilsenate an die Strafsenate – 6. Gesamtbetrachtung	
II.	Die neuere Rechtsprechung seit dem Krieg	99
	1. Anfänge – 2. Unklarheiten – 3. Klarstellungen – 4. Beispiele – a) „Anastasia“ – b) Vaterschaftsfeststellungen – 5. Kausalitätsrechtsprechung – 6. Zusammenfassung zu 5.	
III.	Zusammenfassung	109
B	Die anderen Gerichtszweige	110
I.	Arbeitsgerichtsbarkeit	110
	1. Beiläufige Entscheidungen – 2. Sonderfall BAGE 9, 55 –	

3. Beschlußverfahren – a) Sachverhalt der größten Wahrscheinlichkeit – b) Kritik an dieser Lehre – 4. Zusammenfassung	
II. Verwaltungsgerichtsbarkeit	114
1. Allgemeine Verwaltungsgerichte – a) PrOVG – b) Schultzenstein – c) Nachkriegsgesetze – d) Flüchtlings- und Wiedergutmachungssachen – e) Zusammenfassung – 2. Besondere Verwaltungsgerichte – a) Sozialgerichte – aa) Glaubhaftmachung – bb) § 41 VerwVG – cc) Zusammenfassung – b) Finanzgerichte – aa) Grundsatz – bb) Schätzung – cc) Typische Betrachtungsweise – dd) Zusammenfassung	
C Ergebnisse zu § 6	129
§ 7 <i>Das Schrifttum zur freien Überzeugung</i>	132
A Alle Verfahrensarten (Ausnahme: neuerer Zivilprozeß) . .	133
I. Älterer Zivilprozeß, Strafprozeß	133
1. Zivilprozeß – 2. Strafprozeß	
II. Neuere Tendenzen im Strafprozeß	136
1. Peters u. a. – 2. Italienische Lehre – 3. Heescher	
III. Gegenwärtiger Stand der Literatur (ohne Strafprozeß) .	139
1. Zivilprozeß – 2. Andere Verfahrensarten – a) Allgem. Verwaltungsprozeß – b) Besonderer Verwaltungsprozeß	
B Die Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Zivilprozeß	142
I. Die skandinavische Lehre	142
1. Ausgangspunkt – 2. Beweiswert – 3. Beweislastpunkt	
II. Die deutsche Lehre	143
1. Kegel, Bruns, Schreiber – 2. Maassen – 3. Depène u. a.	
C Zusammenfassung	147
§ 8 <i>Eigene Ansicht</i>	148
A Einheitliches Feststellungsmodell für alle Verfahrensarten? .	149
I. Ausgangspunkt	149
1. Wahrheit als Ausgangspunkt – 2. Mißverständnisse – 3. Kritik der RG-Rechtsprechung – 4. Für-Wahr-Erachten – 5. Festlegung des Ausgangspunktes	
II. Überzeugung von der Wahrheit als allgemeines Beweismaß	153
1. Schwierigkeiten in Kausalitätsfällen – 2. Sonstige Beweisnotfälle – 3. Beachtung weiterer Prinzipien – 4. Weitere Begründung zu 3. – a) Praktische Auswirkungen – b) Untauglichkeit des Anscheinsbeweises – c) Untauglichkeit der „Beweisnot“ im Einzelfall – d) Strafprozeß – e) Ausnahmen vom Grundsatz nötig	
III. Anderes einheitliches Beweismaß?	158
IV. Beweismaßfixierung durch den Gesetzgeber?	159

1. Geschichte der f. B. – 2. Verbindliche Vorschrift des Gesetzgebers? – a) Bindung der Gerichte? – aa) Lückenfeststellung – bb) Teleologische Reduktion – b) Ergebnis	
B Spezielle Modelle für bestimmte Verfahren?	165
I. Drittkontrollmodell im Strafprozeß	166
1. Kritik der Maßstäbe – a) Durchschnittsmensch und -richter – b) Vernünftiger und einsichtiger Mensch – 2. Kritik an diesem Modell überhaupt – a) Sog. neo-positive Variante – b) Sog. neo-negative Variante – c) Ermessensüberlegungen – 3. Zusammenfassung	
II. Das Drittkontrollmodell in anderen Verfahren	172
1. Verhältnis der verschiedenen Verfahren – 2. Identisches Richterbild	
III. Zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Zivilprozeß	173
1. Kritik am Ausgangspunkt dieser Lehre – a) Gesetzessystematik – b) Wahrheit als Grenzwert – 2. Unmöglichkeit einer Beweiswertfeststellung – a) ausnahmsweise möglich – b) Glaubwürdigkeitsbeurteilungen – c) Gesamtbeweiswert – aa) Ekelöf – bb) Schreiber – cc) Folgerung – 3. Weitere Kritik – a) Kosten fehlerhafter Feststellung – b) Ausuferung der Anspruchsgrundlagen – c) Weitere Umwälzungen – aa) Einstellung zum Recht – bb) Auswirkungen auf das materielle Recht – 4. Überwiegende Wahrscheinlichkeit schon verwirklicht? – a) Befund – b) Folgerung – aa) Ausnahmefälle – bb) Konturierung, nicht Nivellierung – c) Regel-Ausnahmeverhältnis – aa) Prozeßgesetze – bb) Materielles Recht – 5. Größeres Irrtumsbewußtsein? – 6. Zusammenfassende Kritik	
IV. Das Wahrscheinlichkeitsmodell in anderen Verfahrensarten	190
1. Strafverfahren – 2. Verwaltungsgerichte	
§ 9 Eigene Ansicht (Fortsetzung: Die Feststellung der Kausalität)	191
I. Kausalität außerhalb des Strafprozesses	191
1. § 287 ZPO – a) Arens – b) Hanau – c) E. Schneider – 2. Kritik einer Ausdehnung von § 287 ZPO – a) Nur haftungsausfüllende Kausalität – aa) Kritik der Rechtsprechung – bb) Kritik an Hanau – b) Kausalität allgemein als mögliche Beweismaßreduzierung? c) Zu E. Schneider – 3. Feststellung hypothetischer Kausalitäten – a) Überholende Kausalität – b) Andere Fälle – c) Unterlassungsfälle und pflichtgemäßes Alternativverhalten	
II. Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß	203
1. Kausalität einer Unterlassung – 2. Pflichtgemäßes Alternativverhalten – 3. Hypothetische Kausalität – 4. Ergebnis	
§ 10 Einzelne Fallgruppen von Beweismaßreduzierungen	205
I. Der Anscheinsbeweis als Beweismaßreduzierung	206
1. Minderung des Beweismaßes – 2. Folgerungen aus 1. – a) Be-	

schränkung auf typischen Geschehensablauf ungerechtfertigt – b) Inkonssequenzen beim A. B. – c) De-facto-Anscheinsbeweise – aa) Versicherungsfall – bb) Typische Betrachtungsweise im Steuerrecht – cc) Die „tatsächliche Vermutung“ – d) Richtige Folgerung	
II. Die einzelnen Fallgruppen	215
1. Berufskrankheiten – 2. Pränatale Verletzungen – 3. Flücht- lings- und Wiedergutmachungsfälle – 4. Versicherungsfälle – a) A. B. unangebracht – b) Praktische Unterschiede – 5. Wei- tere Fälle der Berücksichtigung des Normzwecks – a) Entla- stungsbeweis – b) Gefahrgeneigte Arbeit – c) Kündigungs- schutz – d) Kriegsdienstverweigerung – e) § 824 BGB – f) Ge- fährdungshaftung – 6. Zusammenfassung	
III. Verstöße gegen Pflichten und deren beweisrechtliche Aus- wirkungen	234
1. Reaktionen auf Pflichtenverletzungen: Meinungsstand – a) Schutzgesetz – b) Unfallverhütungsvorschrift – c) Berufs- pflicht – d) Beweisvereitelung – e) Weitere Pflichten – 2. Ein- zelne Pflichtenverletzungen – 3. Eigene Ansicht – a) Die Pflicht- verletzung – b) Sanktion hierfür? – aa) Verschlechterung der Beweislage – bb) Indizwirkung der Pflichtverletzung – cc) Beweisrechtliche Sanktion erforderlich – c) Adäquate Sank- tion – aa) Keine Einheitslösung – bb) Senkung der Beweisan- forderungen – cc) Falllösung – d) Folgerungen	
IV. Zusammenfassung der eigenen Ansicht (§§ 8–10) . . .	259

4. Kapitel

Grundlagen für die Bildung der Überzeugung

§ 11 <i>Das private Wissen des Richters</i>	262
I. Ausgangspunkt	262
1. Die positive Seite der Inbegriffsformel – 2. Die negative Seite	
II. Das notorium (Allgemeines)	264
1. Meinungsstand – 2. Italienische Diskussion	
III. Das „fatto notorio“ im italienischen Rechtsleben . . .	267
1. Stein – 2. Kritik an Stein – a) Calamandrei und seine ab- weichenden Folgerungen – b) Keine Unterscheidung allgemein- kundig – gerichtskundig – c) Allegationspflicht? – aa) Calam- mandrei u. a. – bb) Denti – cc) Montesano – d) Nobilis These	
IV. Folgerungen	272
1. Die Motivation für § 291 ZPO – a) Prozeßökonomie – b) Falllösung – c) Definition der Offenkundigkeit – d) Ver- wertbarkeit privaten Wissens – 2. Grenze der Verwertbarkeit – a) § 41 Ziff. 5 ZPO – aa) Verwertung von sachverständigem	

Wissen – bb) Verwertung von Zeugenwissen – b) Unterscheidung Erfahrungssätze – Tatsachen – 3. Zusammenfassung	
§ 12 „Beweisverbote“ und freie Beweiswürdigung	284
I. Ausgangslage	285
II. Würdigungsfreiheit und Verwertungsfreiheit	286
1. Historische Argumentation – 2. Weitere Argumente – 3. Zulässigkeit vor Würdigung – 4. Versuche einer Mißbrauchsverhinderung – a) Amodio – b) Cappelletti – c) Kritik – aa) Sanktionierung der Praxis? – bb) Manipulation nicht unbeschränkt zulässig	
III. Freie Beweiswürdigung und Aufklärungspflicht	292
1. Pflicht zur Wahrheitserforschung – 2. Verhältnis Aufklärungspflicht – Beweiswürdigung – a) Erfolglosigkeit der Beweisaufnahme – b) Antezipierte Beweiswürdigung – 3. Folgerungen	
IV. Zusammenfassung	295
§ 13 Die legislative Beschneidung der Würdigungsbasis und deren Zulässigkeit	296
I. Der Justizanspruch auf richterliche Entscheidung	297
1. Herleitung des Anspruchs – 2. Inhalt des Anspruchs – a) Literatur – b) BVerfG – c) Ansatzpunkt	
II. Das „Recht auf Beweis“	302
1. Kein n. c. für Beweismittel – a) Begründung aus der freien Beweiswürdigung – b) Kritik hieran – c) art. 247 cpc – 2. Kein Ausschluß fragwürdiger Beweismittel	
III. Die zulässigen Beschränkungen des Rechts auf Beweis	308
1. Allgemeines – 2. Die Einschränkung des Beweisrechts im Strafprozeß – 3. Im Zivilprozeß – a) Abwägung erforderlich – b) Keine allgemein gültige Regel	
IV. Zusammenfassung	314

5. Kapitel

Schlußbetrachtungen

§ 14 „Grenzen“ der freien Beweiswürdigung	316
I. Die Revision der Tatfrage	316
1. Ausgangslage – a) F. B. als Argument – b) Sinn und Funktion der Rechtsmittel maßgebend – 2. Folgerungen	
II. Die wahren Grenzen der freien Beweiswürdigung (zugleich Zusammenfassung)	323
§ 15 „Freie Beweiswürdigung“ und andere Prozeßmaximen	329
I. Die Mündlichkeit	331

II. Unmittelbarkeit	333
1. Gesetzliche Regelung – a) Zivilprozeß – b) Strafprozeß –	
2. Bedenkliche Erscheinungen in der Rechtsprechung – a) Richterwechsel – b) Berufungsverfahren – c) Kritik – 3. Folge eines Verstoßes gegen die Unmittelbarkeit – a) Streitstand – b) Heilungsmöglichkeit über § 295 ZPO?	
III. Öffentlichkeit	344
1. Ausgangspunkt – 2. Forderungen nach Beschränkung der Öffentlichkeit	
IV. Weitere Garantien	349
1. Anspruch auf rechtliches Gehör – 2. Unparteilichkeit des Richters	
 § 16 Zukunftsperspektiven	 350
 Literaturverzeichnis	 354
 Sachregister	 367

1. Kapitel EINLEITUNG

„Item so eyn missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhafftigen zeugen, die von eynem waren wissen sagen, bewiesen wirdt, darauff soll, nach gestalt der verhandlung mit peinlichen rechten volnfarn und geurtheylt werden.“

Art. 67 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532

„La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur prescrit de s'interroger euxmêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense . . . La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez vous une intime conviction?“

Art. 342 des Code d'instruction criminelle von 1808

§ 1 *Anlaß und Ziel der Untersuchung*

1. Die Bedeutung der freien Beweiswürdigung

1. Das Beweisrecht ist in letzter Zeit in Deutschland ziemlich stark in Bewegung geraten. Betroffen ist hiervon vor allem die Lehre von der Beweislast: Konnte *Rosenberg* im Vorwort zur dritten Auflage seiner berühmten Monographie über die Beweislast (1952) noch feststellen, es gebe nicht allzu viele Fragen, die noch streitig geblieben seien, und gab dieses Buch für *A. Blomeyer* „auch heute [1966] die gesicherte Grundlage für Rechtsprechung und Lehre“ ab¹, so wurden in den letzten Jahren zunehmend Angriffe gegen dieses scheinbar so gefestigte Bollwerk vorgetragen,

¹ Verhandlungen des 46. DJT, 1966, Band I Teil 2 A, S. 3.

von denen noch nicht abzusehen ist, wie sie sich endgültig auswirken werden².

Ähnliches gilt für Fragen der Beweiswürdigung. Hier ist vor allem der *Inhalt* der sogenannten „freien Überzeugung“ ins Gerede gekommen: galt es bisher als ausgemacht, daß als „Beweismaß“ die Überzeugung von der Wahrheit oder jedenfalls eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, so wird auch diese als gesichert erscheinende Stellung seit einiger Zeit heftig attackiert: den Unwägbarkeiten, die mit dem Begriff der Überzeugung (von der Wahrheit) seit je verbunden sind, wird die Theorie von der Maßgeblichkeit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gegenüber gestellt. Ausgehend von der skandinavischen Lehre des sogenannten Überwiegensprinzips wird heute auch in Deutschland in verstärktem Maße eine Ersetzung der Überzeugung durch die Wahrscheinlichkeit gefordert bzw. als teilweise schon verwirklicht (Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis) dargestellt.

Daneben gibt es aber offensichtlich auch Probleme um die „Freiheit“ der Beweiswürdigung. Zur Lösung so mancher Frage (kann man das Schweigen des Angeklagten zu seinem Nachteil würdigen? die Verweigerung der Zeugenaussage in einem bestimmten Sinne würdigen? usw.) wird gerne der Grundsatz der freien Beweiswürdigung angerufen, um die Verwertung eines bestimmten Beweisgrundes zu rechtfertigen. Andererseits werden, etwa um die revisionsgerichtliche Nachprüfung einer tatrichterlichen Feststellung zu ermöglichen, „Grenzen“ dieser Freiheit postuliert (Stichworte: Bindung des Richters an Denk- und Naturgesetze; Beachtung von Erfahrungssätzen usw.), die der Richter beachten müsse. Man ist also offenbar bestrebt, auch diese Freiheit des Richters nicht grenzenlos zu gewähren.

Anlaß genug also, sich des Prinzips der freien Beweiswürdigung anzunehmen, um dessen Bedeutung, Möglichkeiten, Bedingungen und Grenzen auszuloten³. Dabei stößt man dann sogleich, wenn man die Geschichte des Prinzips verfolgt, auf zwei Strafprozeßordnungen⁴, die in extremer Weise die möglichen Methoden der richterlichen Sachverhaltsfeststellung plastisch beleuchten, nämlich die, denen die beiden Zitate zu Beginn dieser Arbeit entnommen sind. Die legale Beweistheorie und das Prinzip der *intime conviction* stellen zwei Pole dar, zwischen denen unser Prinzip irgendwo angesiedelt ist: eine Bindung an gesetzliche Beweisregeln soll gem. § 286 II ZPO nur im Ausnahmefall bestehen, andererseits kann die bloße innere Überzeu-

² Vgl. hierzu *Schwab*, FS H.-J. Bruns, S. 505 ff („Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie“).

³ *Grunsky* (ZZP 89, 223) moniert eine gründliche Bearbeitung des Problems als überfällig.

⁴ Die CCC enthielt sowohl materielle Strafvorschriften als auch prozessuale Regelungen, ist aber in ihrer Grundlage eine Strafprozeßordnung, der ein Strafgesetz inkorporiert wurde, vgl. unten § 4 D III.

gung des Richters, seine „intime conviction“, nicht als genügend angesehen werden, um eine Sachverhaltsfeststellung zu begründen.

2. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung regiert heute sämtliche deutsche Verfahrensordnungen. Schon aus dieser Feststellung geht hervor, daß diese Untersuchung keine rein zivilprozessuale oder rein strafprozessuale⁵ sein kann, vielmehr allgemein verfahrensrechtlich angelegt und darauf ausgerichtet ist, Lösungen, die in einem Verfahrenszweig gefunden wurden, daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht auch in einer anderen Verfahrensordnung fruchtbar gemacht werden könnten. Beispielhaft sei hier das Verbot der antezipierten Beweiswürdigung genannt: was hier der Strafprozeß schon an Vorarbeit geleistet hat, ist wohl wert, darauf geprüft zu werden, ob nicht auch andere Gerichtszweige von dessen Erkenntnissen sollten profitieren dürfen. Anders herum: wie steht es mit der Frage des Anscheinsbeweises im Strafprozeß? Ist er dort wirklich so ein Fremdkörper, daß der Strafprozeß mit dieser Erscheinung nichts anzufangen wüßte oder dürfte? Eine Beschränkung des Themas allein auf einen Prozeß wäre zwar vertretbar, aber weniger reizvoll. Darüber hinaus legt es die übereinstimmende Geltung des Grundsatzes in allen Verfahrensordnungen auch von vornherein nahe, zu untersuchen, ob mit dem Begriff der Überzeugung überall das gleiche zu verstehen sei. Möglicherweise hat sich etwa auch ein früher einmal vorhandenes identisches Verständnis der „Überzeugung“ aufgelöst, so daß man im Strafverfahren unter der „freien Überzeugung“ etwas anderes zu verstehen hätte als im Zivilprozeß. Genug der Fragen also, um sich nicht allein auf ein Verfahren zu beschränken.

3. Im Rahmen dieser Arbeit werden auch verstärkt Diskussion und Ergebnisse der italienischen Prozeßrechtswissenschaft und Rechtsprechung verarbeitet. Die besondere Berücksichtigung Italiens erklärt sich dabei aus folgendem: Schon oben wurden legale Beweistheorie und freie Beweiswürdigung in der Form der *intime conviction* als entgegengesetzte Pole auf der Skala der Möglichkeiten bezeichnet, einen bestimmten Sachverhalt festzustellen. In Wirklichkeit sind unser Beweissystem und die anderer Länder mehr oder weniger gemischt. So sieht § 286 Abs. II ZPO ausdrücklich die Möglichkeit von Beweisregeln vor, wobei jedoch, nachdem der Parteieid als Beweisregel aufgehoben wurde, die verbleibenden Beweisregeln (Urkundenbeweis hauptsächlich) selbst auf dem Gebiet des Zivilprozesses praktisch eine *quantité négligeable* darstellen. Anders in Italien: auch dort gilt zwar „offiziell“ der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (art. 116 cpc: „il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento“), jedoch sind die Ausnahmen („salvo que la legge disponga altrimenti“) im

⁵ Daran leidet etwa die gleichnamige Arbeit von *Nobili* (Il principio del libero convincimento del giudice), der jedoch eine für die Entwicklungsgeschichte bedeutsame Studie verfaßt hat.

italienischen Zivilprozeß so gewichtig, daß sie selbst den Grundsatz in Frage zu stellen geeignet sind. Nicht nur, daß außer im Urkundenbeweis die legale Beweistheorie auch noch mit dem zugeschobenen (artt. 233 ss) und dem Ergänzungseid (artt. 240 ss) vertreten ist; nicht nur, weil dazuhin beim Zeugenbeweis Einschränkungen bestehen, die dieses Beweismittel nicht zur vollen Entfaltung gelangen lassen⁶; darüber hinaus wird die Zeugenvernehmung und überhaupt die ganze Beweisaufnahme vom „giudice istruttore“ vorgenommen, der zwar in der Regel Mitglied des erkennenden Gerichts ist; gleichwohl wird den übrigen Mitgliedern des Gerichts durch diese mangelnde Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme recht eigentlich eine freie Beweiswürdigung unmöglich gemacht. All diese Umstände haben dazu geführt, daß in der italienischen Rechtswissenschaft die Beschäftigung mit den Problemen unseres Themas recht intensiv und ausführlich vorgenommen wurde und wird; deshalb erschien es angezeigt, die wissenschaftlichen Untersuchungen eines Landes, das immerhin für die Entwicklung unseres Prozeßrechts eine hervorragende Rolle gespielt hat, für die Bearbeitung des hier gestellten Themas fruchtbar zu machen. Im übrigen werden bei verschiedenen einzelnen Punkten die Ergebnisse auch anderer ausländischer Rechtsordnungen zur Erörterung herangezogen werden, ohne daß jedoch der Versuch der Vergleichung verschiedener europäischer Beweisrechte unternommen werden soll⁷.

4. Das Wesen der freien Überzeugung kann von verschiedenen Seiten aus untersucht werden; insbesondere wäre es eine reizvolle Aufgabe, die psychischen Vorgänge, die zur Überzeugungsbildung führen, des näheren zu analysieren. Auf diesen Aspekt der freien Beweiswürdigung kann diese Arbeit jedoch nicht eingehen: Zum einen würde diese Arbeit, soweit sie sich mit den „psychologischen Strukturen richterlicher Entscheidung“⁸ beschäftigte, die Ebene des Dilettantismus nicht verlassen können. Zum anderen würde eine Berücksichtigung dieses Aspektes den Umfang der Arbeit noch mehr anschwellen lassen, als es ohnehin durch die Rechts- und Verfahrensvergleichung schon geschieht. Ziel der Untersuchung ist eine kritische Analyse des heutigen Zustandes der freien Überzeugung und von deren „Zukunftsaussichten“, d. h. in erster Linie die Frage, ob tatsächlich, wie in allen Prozeß-

⁶ Art. 246 cpc verbietet die Zeugenvernehmung von Personen, die in der Sache „ein Interesse haben, das ihre Teilnahme am Urteil legitimieren könnte“; art. 247 enthält ein Zeugnisverbot für Ehegatten und Verwandte in gerader Linie sowie für Verschwägte (mit Ausnahme für gewisse personenstandsrechtliche Prozesse). Zwar hat inzwischen das Verfassungsgericht art. 247 als mit der Verfassung unvereinbar erklärt und damit aufgehoben (Urt. v. 23. 7. 1974 n. 248 in Giur. cost. 1974, 2376). Im gleichen Urteil jedoch hat es die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des art. 246 bejaht; s. dazu *Cappelletti*, Giur. cost. 1974, 35, 86 und unten § 13 II 1 c.

⁷ S. hierzu *Nagel*, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, 1967.

⁸ So das gleichnamige Buch von Robert *Weimar*, 1969.

ordnungen statuiert, die richterliche Überzeugung von der Wirklichkeit eines Sachverhalts Bedingung dafür ist, daß eine Tatsache als wirklich festgestellt gilt⁹ und somit Grundlage der Entscheidung bildet. Bei der Frage nach den Zukunftsaussichten werden wir uns vor allem mit Entwicklungen des modernen Prozesses (Revisibilität, Abhängigkeit des Prinzips von anderen Prozeßinstituten usw.) beschäftigen müssen, die sich als Gefährdung des Prinzips freier Beweiswürdigung darstellen können.

II. Überblick über die Darstellung

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich zwanglos der weitere Gang der Darstellung: Das nächste Kapitel wird sich mit der Geschichte der verschiedenen Methoden zur Sachverhaltsfeststellung befassen, d. h. einen Überblick über die Entwicklung der Beweiswürdigung bis zum heutigen Rechtszustande geben. Dieser historische Teil ist nicht etwa als „Alibi“ gedacht, weil ohne einen Blick in die Rechtsgeschichte die Arbeit nicht genug „abgerundet“ wäre. Der geschichtliche Rückblick ist vielmehr notwendiger Teil dieser Arbeit, weil der Begriff der *freien* Überzeugung nicht ohne Kenntnis des Hintergrundes zu verstehen ist, von dem sich die Überzeugung zu befreien hatte, nämlich von den Fesseln der legalen Beweistheorie. Am Anfang steht also die Frage nach der Freiheit *wovon* – die negative Seite unseres Prinzips gewissermaßen. Dazu gehört vor allem die Darstellung des Strafprozesses der CCC, die ihrerseits Elemente des römischen, italienisch-kanonischen und altdeutsch-germanischen Prozesses in sich vereinigt, wie dann auch die Entwicklung dieses Prozesses zum reformierten Prozeß nach Aufklärung und französischer Revolution.

Im dritten Kapitel werden wir den *Inhalt* des Prinzips untersuchen, also die Frage: Überzeugung „wovon“? Hier geht es um das sog. *Beweismaß*, d. h. die Beweisstärke, die für den Beweis einer Tatsache ausreichend, aber auch nötig ist. Erscheint es für den Strafprozeß als unabdingbar, daß ein Richter eine Tatsache nur dann als festgestellt betrachten kann, wenn am Vorliegen der Tatsache keine Zweifel mehr bestehen, so sind im Zivilprozeß die Tendenzen zu untersuchen, sich mit einem weniger, ja sogar mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zufrieden zu geben. In diesem Zusammenhang wird es auch notwendig sein, einen Blick auf das Verhältnis zwischen § 286 und § 287 ZPO zu werfen, dies letztere eine Vorschrift, die anerkanntermaßen vom Erfordernis der vollen richterlichen Überzeugung dispensiert und das Vorliegen einer bestimmten Wahrscheinlichkeit genügen läßt; zusammen mit anderen Beweiserleichterungen wird ja diese Vorschrift als Beleg für die Behauptung genommen, daß die Rechtsprechung teilweise schon das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verwirkliche.

⁹ Vgl. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 61.

Das vierte Kapitel wird sich mit der Frage beschäftigen, welche *Grundlagen* für die Bildung der richterlichen Überzeugung zulässigerweise in Betracht kommen. Dabei wird uns zuerst das sog. „private Wissen“ des Richters interessieren, das nach allgemeiner Meinung nicht verwertbar sein soll. Anschließend wird das Verhältnis unseres Prinzips zu den sog. „Beweisverboten“ untersucht werden, gerade dies ein Problem, an dem die Reichweite des Grundsatzes genauer bestimmt werden kann. Schließlich müssen wir unsere Aufmerksamkeit noch einer Frage zuwenden, die bisher recht vernachlässigt wurde: Ist es eigentlich dem Gesetzgeber freigestellt, welche „Beweisgründe“ er für zulässig erklärt, oder: darf der Gesetzgeber die Würdigungsbasis mit Hilfe von Beweisverboten, Gewährung von Zeugnisverweigerungsrechten usw. unbeschränkt beschneiden?

Das fünfte Kapitel wird die Schlußbetrachtung enthalten. Welche „Grenzen“ der freien Beweiswürdigung gibt es, wie sind sie beschaffen? Hier wird insbesondere die Frage nach der Überprüfbarkeit tatrichterlicher Feststellungen durch die Revisionsinstanz eine Rolle spielen. Anschließend erfolgt die Untersuchung des Zusammenhanges und des Verhältnisses von freier Beweiswürdigung und anderen Prozeßmaximen: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, rechtliches Gehör und die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme werden sich als unverzichtbare Voraussetzungen herausstellen, ohne deren Vorliegen eine wirklich freie Beweiswürdigung durch den Richter nicht erfolgen kann. Vor allem im Bereich der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme muß die Auseinandersetzung mit einigen Erscheinungen in der Rechtsprechung, aber auch der Gesetzgebung erfolgen, die mit den Stichworten „Wechsel der Richterbank“ oder „Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter“ zu kennzeichnen sind. Vor allem aber werden uns neuere Produkte des Gesetzgebers beschäftigen, die die Mündlichkeit und die Begründungspflicht einschränken – mit schwerwiegenden Folgen für die freie Beweiswürdigung. Diese Erscheinungen werden uns auch bei unseren Schlußbetrachtungen die wahren Gefahren, die dem Prinzip freier Beweiswürdigung heute drohen, erkennen lassen.

2. Kapitel

DIE GESCHICHTLICHEN GRUNDLAGEN DES BEWEISRECHTS

Der juristische Prozeß hat die logische Form des Beweises¹, die Geschichte des Beweis- und des Beweiswürdigungsrechts ist damit die Geschichte des Prozesses überhaupt. Wenn wir also daran gehen, die Grundlagen des Beweisrechts vorzustellen, „die Fundamente sichtbar zu machen“², auf denen unser heutiges Beweisrecht steht, so genügt es nicht, lediglich die je verwendeten und zulässigen Beweismittel und deren Würdigung in den einzelnen Epochen der Prozeßgeschichte darzustellen, die die Wurzeln unseres heutigen Stammes des Beweisrechts bilden³. Das ganze jeweilige Verfahren, in das das Beweissystem eingebettet ist, bedarf einer Darstellung seiner Grundsätze und seines Ganges; Beweisrecht und Verfahrensgrundsätze – wie Öffentlichkeit und Mündlichkeit etwa – beeinflussen und bedingen sich gegenseitig (s. hierzu unten Kapitel V).

Daß ein solcher Überblick nur cursorisch sein kann, versteht sich; unsere Aufgabe ist ja nicht die der Prozeßrechtsgeschichte. Gleichwohl soll versucht werden, skizzenartig einen Hintergrund für das Verständnis der „freien Beweiswürdigung“ zu liefern.

§ 2 *Der römische Prozeß*

A. Der Zivilprozeß

Vom römischen Zivilprozeß zu sprechen bedeutet sogleich dessen Aufteilung in drei Phasen vorzunehmen: einen einheitlichen Prozeß in der gesamten Zeit des römischen Reiches hat es nicht gegeben. Gemeinhin verbindet sich die vorklassische Periode (etwa bis in die Mitte des 6. Jahrhunderts v. Chr.) mit dem Begriff des *Legisaktionenprozesses*, der sodann in klassischer Zeit (bis Ende des 3. Jahrhunderts n. Chr.) vom *Formularprozeß*

¹ Rödиг, Erkenntnisverfahren, S. 3. – S. hierzu auch Motsch, Gedächtnisschrift Rödиг, S. 334 ff.

² Musielak, Beweislast S. 190.

³ Das Bildnis von Stamm und den Wurzeln findet sich bei Kern/Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 337/338.

abgelöst wird, um schließlich in den *Kognitionsprozeß* der nachklassischen Zeit, des verfallenden Kaiserreiches einzumünden⁴. Wiewohl die „inneren Werte, derentwegen das römische Prozeßrecht unsere Bewunderung verdient“⁵, in der klassischen Erscheinungsform des Prozesses liegen, so ist doch maßgebend für die Entwicklung des mittelalterlichen und neuzeitlichen Prozesses nicht die klassische Ordnung, sondern die letzte Phase der antiken Entwicklung, der nachklassische Kognitionsprozeß gewesen⁶.

1. Das Verfahren

1. Legisaktionenprozeß

Dieses Verfahren ist durch eine Eigenheit gekennzeichnet, die auch den späteren klassischen Formularprozeß bestimmt: die Teilung des Verfahrens in zwei Abschnitte, das Verfahren *in iure* und das Verfahren *apud iudicem*⁷. Im ersten Abschnitt stehen die Parteien vor dem Prätor⁸ und der Kläger trägt sein Begehren vor. Widerspricht der Beklagte dem Begehren des Klägers, und findet der Prätor alle Voraussetzungen für die Zulassung des Streitverfahrens gegeben, dann erteilt er dem Kläger die *actio*⁹, falls eine solche in den *leges*¹⁰ dafür vorgesehen ist. Mit Erteilung der *actio* und Vollziehung der Streiteinsetzung wird das „Prozeßprogramm“ festgelegt, die vom Beklagten bestrittene Rechtsbehauptung nach Grund und Inhalt¹¹. Damit war dieser Verfahrensabschnitt *in iure* beendet. Der Rechtsstreit wurde zur weiteren Behandlung an den *iudex* überwiesen, der über die bereits festgelegten Rechtsbehauptungen der Parteien lediglich Beweis zu erheben und dann das Urteil zu sprechen hatte¹². *Iudex*, „Geschworener“, war dabei ein mit der richterlichen Aufgabe betrauter Privatmann¹³.

2. Formularprozeß

Eine entscheidende Änderung ergab sich nun dadurch, daß an die Stelle der wenigen Legisaktionen, die jeweils der Durchsetzung verschiedenarti-

⁴ S. hierzu v. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß I, S. 31 f; Kaser, ZPR, S. 3 ff; Wenger, Institutionen S. 15, 18 ff; Dulckeit-Schwarz-Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, § 14 (S. 69 ff), § 23 (S. 138 ff).

⁵ Kaser, ZPR, S. 6.

⁶ Vgl. Planck, Beweisurteil, S. 93.

⁷ Vgl. Dulckeit-Schwarz-Waldstein aaO S. 71; Kaser, ZPR, S. 31; v. Bar, Recht und Beweis, S. 8 F.

⁸ Oder einem anderen staatlichen Beamten, s. hierzu Kaser aaO S. 26 ff.

⁹ Kaser aaO S. 57.

¹⁰ XII-Tafeln oder spätere Volksgesetze, vgl. Kaser aaO S. 25 m. w. N. bei Fn. 6.

¹¹ Kaser aaO S. 57.

¹² Dulckeit-Schwarz-Waldstein aaO S. 72.

¹³ Wenger, Institutionen, S. 55 ff.

ger Ansprüche dienten, wobei dieser Verfahrensart nur solche Ansprüche zugänglich waren, die sich auf eine *lex* zurückführen ließen, eine Vielzahl von Klageformularen traten, die nicht mehr streng an das Gesetz gebunden waren, ja sogar solche, die überhaupt auf keinen Rechtssatz Bezug nahmen¹⁴, sondern bei denen der Prätor auf Grund eines neuen vorgefundenen Sachverhalts nach seinem Ermessen eine Klage zuließ¹⁵. Den fünf starren Schemata der Legisaktionen¹⁶ tritt das variable Schema des Formularprozesses gegenüber¹⁷. Nicht dagegen ändert sich die Zweiteilung des Verfahrens: auch im Formularprozeß wird der Richter vom Magistrat über seine Einsetzung für den Prozeß unterrichtet und erhält damit die *Formula*, die ihn über seine Aufgabe instruiert¹⁸. Damit beginnt der Teil des Verfahrens, den man als Beweisverfahren bezeichnet und in dem die Feststellung der Tatsachen erfolgt; das Rechtsverhältnis selbst und der Rechtsstandpunkt des Magistrats sind in der *formula* enthalten.

3. Der Kognitionsprozeß

Schon in der Zeit der Geltung des Formularprozesses bereitet sich der Kognitionsprozeß, wenn auch als „außerordentliches Verfahren“, Bahn. In diesem klassischen Kognitionsprozeß sprechen nicht die *iudices* das Urteil, sondern Magistrate oder kaiserliche Beamte¹⁹. Obwohl es sich also um reine Zivilsachen handelte, die an sich dem gewöhnlichen Rechtsgang mit Geschworenen (*ordo iudiciorum privatorum*) hätten überlassen werden müssen, wie *Fideikomiß*, *Alimentenklage* und Belohnung von Dienstleistungen höherer Art²⁰, wurde hier die gewöhnliche Verfahrensordnung durchbrochen. Grund: Die zur Urteilsfällung notwendige Berücksichtigung sittlicher und ethischer Momente wurde als nicht in einer *formula* faßbar gesehen und durfte nicht dem gewöhnlichen *iudex* überlassen werden. Deshalb sprach hier der Beamte selbst das Urteil²¹, die Zweiteilung in die Abschnitte in *iure* und *apud iudicem* entfiel.

Im Laufe der Zeit²² löste der Kognitionsprozeß den Formularprozeß ganz ab, er bestand als einzige Verfahrensart fort. Gleichwohl weist dieser nachklassische Kognitionsprozeß Eigenheiten auf, die ihn vom klassischen, vom Ausnahmeprozeß deutlich unterscheiden²³. Diese Eigenheiten liegen

¹⁴ Kaser, ZPR, S. 107.

¹⁵ Seidl, Rechtsgeschichte S. 175; v. Bar aaO S. 10.

¹⁶ S. v. Bethmann-Hollweg I S. 88; Karlowa, Civilprozeß, S. 69 ff.

¹⁷ Kaser aaO S. 108.

¹⁸ v. Bethmann-Hollweg I S. 586; Kaser, ZPR, S. 273.

¹⁹ v. Bethmann-Hollweg II S. 758; Kaser aaO S. 339.

²⁰ v. Bethmann-Hollweg II S. 763 ff; Kaser aaO S. 342.

²¹ S. v. Bethmann-Hollweg II S. 763 ff.

²² S. zur Entwicklung und deren Ursachen Kaser, ZPR, S. 410 ff.

²³ Kaser aaO S. 413; v. Bethmann-Hollweg III S. 32.

jedoch auf dem Gebiet der Verfahrensgrundsätze und der Beweiswürdigung, wo auf sie näher einzugehen sein wird.

II. Die Verfahrensgrundsätze

Schon im Legisaktionenprozeß und dann im Formularprozeß können wir die Geltung von Prozeßprinzipien konstatieren, die – nach langer Zeit zwischenzeitlichen Darniederliegens – heute als unverzichtbar für einen gerechten Prozeß angesehen werden: neben der Öffentlichkeit²⁴ und Mündlichkeit²⁵ des Verfahrens die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme²⁶ und das beiderseitige Gehör²⁷. Dazu kommt, daß Herbeischaffung und Vorführung der Beweismittel regelmäßig den Parteien überlassen sind und nicht vom Gericht erzwungen werden können²⁸; also die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes.

Anders im Kognitions- oder Libellprozeß²⁹: die Herrschaft der Parteien über die Verfahrensschritte wird zugunsten der richterlichen Prozeßherrschaft eingeschränkt. Form- und Fristvorschriften wie auch kostspielige Gebührensätze und Strafvorschriften für die Verletzung prozessualer Normen kennzeichnen diesen Prozeß³⁰. Auswahl und Beibringung der Beweise sind nicht mehr Sache der Parteien, sondern des Gerichts³¹. Die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit des Verfahrens gelten zwar weiter, doch läßt man jetzt in verstärktem Maße Ausnahmen zu: Die

²⁴ Es wurde auf dem comitium oder auf dem forum verhandelt, später nur noch auf dem comitium oder in den als basilicae bezeichneten Hallen, s. Kaser, ZPR, S. 36; v. Bethmann-Hollweg I S. 75, II S. 161 ff, II S. 587.

²⁵ v. Bar, Recht und Beweis S. 12; Kaser, Römisches Privatrecht, S. 331; v. Bethmann-Hollweg II S. 587; Wenger, Institutionen, S. 194.

²⁶ Kaser, ZPR, S. 275; v. Bethmann-Hollweg II S. 599, der davon berichtet, daß außergerichtlich abgelegte und schriftlich verzeichnete Aussagen zwar zugelassen und in der Hauptverhandlung verlesen, aber als weniger glaubwürdig betrachtet wurden.

²⁷ Kaser, Röm. Privatrecht, S. 310, 320; Kaser, ZPR, S. 275; Wenger, Institutionen, S. 384.

²⁸ Kaser, ZPR, S. 275; daß trotz dieser extremen Verhandlungsmaxime das richterliche Fragerecht nicht ausgeschlossen war, weist Kaser aaO Fn. 29 nach.

²⁹ Dieses Verfahren beginnt damit, daß der Kläger dem Richter eine Klageschrift überreicht, den „libellus conventionis“, der diesem Prozeß den Namen verschaffte, s. v. Bethmann-Hollweg III, S. 241.

³⁰ Kaser, ZPR, S. 413.

³¹ Kaser, ZPR, S. 485: der Richter ist nicht mehr auf die passive Rolle des Prüfers der von den Parteien vorgebrachten Beweise beschränkt, sondern wird dabei aktiv tätig, um durch Ermittlung der Wahrheit eine gerechte Sachentscheidung zu finden; a. A. Simon, Untersuchungen, S. 375 f: der Richter sei nur verpflichtet, die Parteien zur Ergänzung ihres Sachvortrages anzuhalten. Auch noch der justinianische Prozeß stehe also einer ideal-typischen Ausformung der Verhandlungsmaxime sehr nahe (aaO S. 376).