

# Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im deutschen Strafprozess des 19. Jahrhunderts. Aspekte der Ausdifferenzierung des Rechtssystems

(Rudolf Stichweh, Universität Luzern, Soziologisches Seminar: publiziert in: André Gouron et al. (Hg.), Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA, 18.-20. Jahrhundert, Klostermann, Frankfurt, 1994, S. 265-300)

[Inhaltsübersicht: I Einführung; II Gemeinrechtliche Beweistheorie; III Folter, außerordentliche Strafe, Indizien; IV Negative Beweistheorie; V Geschworene; VI Tatfrage, Schuldfrage, Rechtsfragen; VII Freie Beweiswürdigung: Termini der Subjektivierung; VIII Zeugenbeweis: Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit; IX Freie Beweiswürdigung als Hermeneutik; X Individualisierung des Falles - Ausdifferenzierung des Verfahrens; XI Rückbindung des Beweises an neue Regeln ]

## I Einführung

Beweis und Zeugenbeweis im deutschen Strafprozeß des 19. Jahrhunderts sind die beiden Gegenstände, an denen die folgende Untersuchung eine weitreichende Umstellung der rechtlichen Entscheidungsfindung demonstrieren will. Einerseits bringt diese Umstellung eine Ausdifferenzierung rechtlicher Verfahren mit sich, löst sie von der Verknüpfung mit sozialen Klassifikationen und sozialen Rollen, die außerhalb des Rechtsgeschehens generiert worden sind. Andererseits wird die Ausdifferenzierung rechtlicher Verfahren konterkariert durch eine Rückbindung der Entscheidungsfindung an sehr generelle Gesichtspunkte moralisch-subjektiver Würdigung von Tatsachen und rechtlichen Sachverhalten. Diese Gesichtspunkte werden zudem durch Laienrichter (Geschworene, Schöffen) im Entscheidungsprozeß repräsentiert. Die Ausdifferenzierung von Verfahren scheint also durch eine 'Entrechtlichung' der Entscheidungsfindung bezahlt worden zu sein. Diese Zweiseitigkeit der Entwicklung wird im folgenden unser Gegenstand sein.

Welches sind die Leitbegriffe des Beweises in der beweisrechtlichen Diskussion des späten 18. und des 19. Jahrhunderts? Beweise ruhen auf Wahrnehmungen und auf Schlüssen auf, und sie zielen auf die Etablierung von Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit - und je nachdem, welches dieser beiden Beweisziele erreicht worden ist, lassen sich verschiedene rechtliche Folgen daran anknüpfen. Vorkommende Wahr-

nehmungen sind beispielsweise die eines Zeugen oder die eines Richters, der die Aussage eines Zeugen (hinsichtlich dessen Wahrnehmungen) wahrnimmt; und allein die Einsicht, daß sich die Art und Weise, wie ein Richter einen Zeugen wahrnimmt, nicht prinzipiell von seiner Wahrnehmung einer Urkunde oder eines Indizes unterscheidet<sup>1</sup>, hat weitreichende Folgen für die klassische Separierung und hierarchische Wertung der Beweismittel. Schlüsse sind erforderlich, um die Lücken zwischen Wahrnehmungen auszufüllen, also beispielsweise, um aus zerstreuten und flüchtigen Eindrücken das Konzept einer 'Handlung' zu bilden<sup>2</sup>. Gerade für den Strafprozeß sind Schlußfolgerungen von besonderer Bedeutung, weil der Strafprozeß es mit vielen Sachverhalten zu tun hat - Bewußtseinssachverhalten -, in Hinsicht auf die eine unmittelbar sinnliche Wahrnehmung nicht möglich ist<sup>3</sup>.

Allein die drei gerade angedeuteten Einsichten, daß 1. jeder Beweis auf Wahrnehmungen und Schlüssen aufruht; 2. Wahrnehmungen immer eine Urteilskomponente enthalten und insofern eine Rollenverteilung, die den Zeugen Wahrnehmungen mitteilen und den Richter Schlüsse ziehen läßt<sup>4</sup>, nur in Annäherungen durchführbar ist, und 3. der Zeugenbeweis die Beobachtung eines Beobachters (des Zeugen durch den Richter) impliziert<sup>5</sup>, die als Beobachtung auf beiden Seiten dieser Relation den gleichen Bedingungen unterliegt, drängen auf eine Subjektivierung des Beweisvorgangs hin. Insofern ist ein weichenstellender Einfluß der gleichzeitig sich vollziehenden Neufundierung der Epistemologie seit Kant, die dem transzendentalen Subjekt erkenntnisfundierende Leistungen zumutet, auch für das Selbstverständnis des rechtlichen Beweisverfahrens als Erkenntnisverfahren zu unterstellen. Und das Subjekt der Beweisführung ist - wiederum analog zur zeitgenössischen Epistemologie - nicht das rechtsförmige Verfahren selbst<sup>6</sup>, vielmehr die Person des Richters oder das Kollektivsubjekt der Geschworenen, wobei letzteres in manchen Deutungen zusätzlich ein außerrechtliches Kollektivbewußtsein vertritt. Unter dem Einfluß dieser Subjektivierung von Wahr-

---

<sup>1</sup>Vgl. Rupp 1884, 109.

<sup>2</sup>So Abegg 1833, 134.

<sup>3</sup>Siehe Mittermaier 1834, 62-3.

<sup>4</sup>Als in der Strafprozeßordnung zwar nicht formulierter, aber als Klugheitsregel anzuempfehlender Grundsatz bei Rupp 1884, 111.

<sup>5</sup>So die moderne Formulierung in Termini der 'second order cybernetics'. Vgl. dazu allgemein Foerster 1985; Luhmann 1990.

<sup>6</sup>Vgl. zur Soziologie des Verfahrens Luhmann 1969, zum Beweis ebd. 60-8.

nehmungen und Schlüssen werden, wie sich im folgenden noch zeigen wird, Gewißheit und Wahrscheinlichkeit (und auch Wahrheit) in ihrer Prominenz als Beweisziele zurückgedrängt, und an ihre Stelle tritt der neue Leitbegriff der Überzeugung.

## II **Gemeinrechtliche Beweistheorie**

Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist die sogenannte gemeinrechtliche Beweistheorie, vielfach auch gesetzliche Beweistheorie genannt, da es sich bei ihr um die Festlegung von Beweisregeln in Gesetzesform handelte. Diese lag seit der 'Constitutio Criminalis Carolina' in der Form einer einheitlichen Quelle für das ganze Reich vor, eine Situation, die im Zivilprozeß keine Entsprechung kannte<sup>7</sup>. Die wesentlichen Beweisregeln dürften bekannt sein: Die Verurteilung eines Angeklagten war nur auf dessen Geständnis oder auf zwei vollgültige (klassische) Zeugen hin möglich. Andere Beweismittel (Indizien) oder Zeugen minderer Dignität konnten allenfalls die Wahrscheinlichkeit einer vermuteten Schuld begründen, was den Einsatz der Folter (Tortur) zur Erzwingung eines Geständnisses legitimierte. Ein so erlangtes Geständnis mußte nach Beendigung der Folter 'ungezwungen' wiederholt werden. Diese Beweisregeln waren eingebettet in ein inquisitorisches, schriftliches und geheimes Strafverfahren.

Der für unsere Überlegungen entscheidende Punkt ist, daß die gesetzliche Beweistheorie sich selbst als eine avancierte, auf gelehrter Kompetenz aufruhende, also ausdifferenzierte Form rechtlichen Prozedierens verstand. Dies läßt sich in verschiedenen Hinsichten belegen. So ist es gerade in den Diskussionen des 19. Jahrhunderts ein zentrales Argument, daß die gesetzliche Beweistheorie einen rechtsgelehrten Richter verlangt<sup>8</sup>. Interessant ist dann die Beziehung zu anderen Formen gelehrt-wissenschaftlicher Kenntnis, insbesondere zur Historie. Historie war ja immer definiert als Wissen, das man von einem anderen weiß, und insofern war der Zeugenbeweis ein Mittel historischer Gewißheit<sup>9</sup>. Diese Nähe galt um so mehr für den

---

<sup>7</sup>Dieses Moment betont Abegg 1825, XVII.

<sup>8</sup>Siehe forciert Mittermaier 1834, 77: " ... Aufsuchung der Gewissheit als ein nach bestimmten Regeln vorzunehmendes wissenschaftlich zu begründendes Geschäft, das ... Rechtskenntnisse verlangt, und denjenigen am besten anvertraut werden darf, welche durch lange Uebung, durch wissenschaftliche Vorbereitung, durch juristische Kenntnisse sich dazu qualifizieren, denen daher strenge Rechenschaft über die Gründe ihrer Überzeugungen abgefordert werden kann."

<sup>9</sup>So noch Glaser 1883, 10. Der Sachverständige ist dann ein "rational-historischer

Strafprozeß, der es ja nur mit Tatsachen zu tun hat, die der Vergangenheit angehören<sup>10</sup>. Dabei konnte die Beziehung von historischer Methodologie und gesetzlicher Beweistheorie durchaus eine des intellektuellen Dominierens des rechtlichen Wissenssystems sein. Wenn beispielsweise Kant argumentiert, die Geschichte des Altertums könne nur durch die bis heute nicht abgerissene Kette gelehrter Zeugen beglaubigt werden, und er konsequent - Hume zitierend - die alte Geschichte mit dem "erste[n] Blatt im Thukydides" beginnen läßt<sup>11</sup>, kann man den Eindruck haben, daß die gemeinrechtliche Beweistheorie auch für die Geschichtswissenschaft gilt: eine systematische Präferenz für die Beglaubigung durch - zudem als gelehrt qualifizierte - Zeugen und zugleich ein ausgeprägtes Mißtrauen gegenüber Indizien.

Das hier sichtbar werdende Moment gelehrter Kompetenz und rechtlicher Professionalität ist auch im Hinblick auf die anderen Dimensionen des Strafprozesses festzustellen. So ist deutlich, daß die geheime Anhörung der Zeugen in Abwesenheit der Parteien sich u.a. einer Analogie zum Beichtvater verdankt, der mit der ihm beichtenden Person allein ist, um deren Bekenntnis vor der Beobachtung durch andere zu schützen<sup>12</sup>. Ähnlich gehört die Schriftlichkeit des Verfahrens in den Kontext der auch in vielen anderen Hinsichten geltenden Verschriftlichung der Staatsverwaltung als einem Strukturbruch, in dessen Folge der Publikumskontakt mediatisiert wird, die Möglichkeit des Kontakts an (geschriebene) Formen gebunden wird, professionelles auf Kontakt spezialisiertes Personal (Anwälte etc.) dazwischengeschoben wird, schließlich die Verwaltung in ihren Arbeitsvollzügen und in ihrem Entscheidungsverhalten autonomisiert wird - und potentiell Korruption und Willkür verringert wird.<sup>13</sup> Dieser Wille, sich nicht an Interessenten auszuliefern, ist nicht zuletzt auch ein Strukturmerkmal des inquisitorischen Prozesses, an dem noch Mittermaier das "besonnene[n] langsame[n] Fortschreiten" gerühmt hat und weiterhin die prozessuale Sequenzierung, daß "man keinen neuen dem Angeschuldigten empfindlichen Schritt zu thun wagt,

---

Zeuge" (Geyer 1879, 233-4).

<sup>10</sup>Mittermaier 1834, 61, der folgert, es seien "alle Rücksichten, nach welchen der Historiker von der Wahrheit vergangener Thatsachen sich überzeugt, auch diejenigen, nach welchen der Richter die Ueberzeugung von der Existenz und Beschaffenheit der verübten Verbrechen sich verschafft."

<sup>11</sup>Kant 1784, 48, Fn.

<sup>12</sup>Mittermaier 1822, 202, weist polemisch auf diesen Zusammenhang hin.

<sup>13</sup>Vgl. zu diesen Zusammenhängen Raeff 1983, 159-60, et passim.

wenn er nicht durch ein gewisses Resultat vorausgehender processualischer Handlungen gerechtfertigt ist."<sup>14</sup>

Diese uns auf die Vermutung eines ausdifferenzierten Rechtssystems hinlenkende Analyse muß allerdings in einer wesentlichen Hinsicht qualifiziert werden: Je umfassender die Beweisregeln der gesetzlichen Beweistheorie ausformuliert wurden, desto weniger Spielraum blieb für eine eigenständige Überzeugungsbildung eines Richters. 'Gewißheit', 'vollkommener Beweis' und ähnliche Termini wurden denn auch bewußt so definiert, daß jede Referenz auf den Richter, der diese Diagnosen ja stellt, aus den Definitionen getilgt wurde. Der Richter spricht nicht "seine eigne besondere Ueberzeugung, sondern die allgemeine im Voraus erklärte Ueberzeugung des Gesetzgebers in ihrer Anwendung auf die gegebenen Umstände aus."<sup>15</sup> "Vollkommener Beweis" ist nicht derjenige, der "volle Ueberzeugung" wirkt, sondern derjenige, der "von den Gesetzen mit der Wirkung versehen ist, daß jede Strafe" darauf erkannt werden darf.<sup>16</sup> In beiden gerade zitierten Fällen führt die beanspruchte selbstverwirklichende Qualität des Gesetzes im übrigen dazu, daß der Autor die rechtliche Erkenntnis von der "gemeinen" und der "historischen" Erkenntnis (Feuerbach) bzw. von der "gemeinen" und "philosophischen" Erkenntnis (Kleinschrod) absondern zu müssen und zu können glaubt. Insofern fühlt man sich an Deutungen erinnert, die eigentlich auf die frühmittelalterliche deutsche Rechtsprechung gemünzt waren: Das Gericht assistiert dem Vollzug von Formen, ohne in diese Formen eine genuine Eigentätigkeit einzubringen<sup>17</sup> - und genau in diesem Verzicht auf oder in dieser Nichtreflexion von Eigentätigkeit, in dieser Kombination von Professionalität und Passivität, liegt eine Restriktion auf Autonomie.

### III Folter, außerordentliche Strafe, Indizien

Die Abschaffung der Folter, die sich in Deutschland zwischen 1740 (Preußen; endgültig 1754) und 1828 (Gotha; Reste in Baden bis 1831) vollzieht<sup>18</sup>, hinterläßt eine Lücke

---

<sup>14</sup>Mittermaier 1834, 75.

<sup>15</sup>Feuerbach 1813, 24 (Hervorhebung bei Feuerbach).

<sup>16</sup>Kleinschrod 1797, 5.

<sup>17</sup>Vgl. zur deutschen Rechtsprechung des frühen Mittelalters Glaser 1883, 2-3.

<sup>18</sup>Kries 1892, 45-6; Schmidt 1965, 269-70, 279-81.

in der gemeinrechtlichen Beweisdoktrin, da die immer schon sehr anspruchsvollen Voraussetzungen einer Verurteilung jetzt kaum noch zu erfüllen sind. An die Stelle der Folter treten eine Reihe funktionaler Äquivalente:<sup>19</sup>

1. Lügen- oder Ungehorsamsstrafen als eine Art gemilderter Anwendung und Nachfolgelösung der Folter bei Angeschuldigten, die 'offensichtlich' lügen.<sup>20</sup> Diese werden dann beispielsweise verprügelt, um eine wahre Aussage zu erlangen. In der Gesetzgebung und in der Literatur läuft die Lügenstrafe um 1850 aus. Das muß natürlich nicht heißen, wie jeder Beobachter von Kriminalfilmen vermuten wird, daß diese Art von Strafe je wirklich verschwunden wäre.

2. Instanzenbindung, was eine vorläufige Freisprechung und eine Sistierung des Verfahrens impliziert; mit der Gefahr für den Angeschuldigten, daß bei Auftauchen neuer Beweise das Verfahren jederzeit wieder aufgenommen werden kann.

3. Vollgültige Verurteilung auf Indizien hin. Von den drei einflußreichen deutschen Prozeßordnungen der Jahre unmittelbar nach 1800 - dem österreichischen Strafgesetzbuch von 1803, der preußischen Criminalordnung von 1805 und der bayerischen Criminalordnung von 1813 - lassen das österreichische und das bayerische Gesetz eine solche Verurteilung auf Indizien zu.<sup>21</sup> Unter Prämissen einer gesetzlichen Beweistheorie konnten dies aber nicht beliebige Indizien sein. D.h., der Imperativ einer gesetzlichen Spezifikation der Beweisregeln zwang zu einer zunehmend detaillierten Klassifikation der Indizien, die sich am einzelnen Fall immer wieder als gerade falsch gewählt - und dennoch weiterhin gesetzlich bindend - erweisen mußte, so daß dieses Problem eine der bestandskritischen Schwellen der gesetzlichen Beweistheorie markiert zu haben scheint.<sup>22</sup>

4. Die wohl prominenteste Auffüllung der durch den Wegfall der Folter entstandenen Lücke war die außerordentliche Strafe, die auch Verdachtsstrafe genannt wurde. Diese setzt eine völlige Umstrukturierung der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit<sup>23</sup> im

---

<sup>19</sup>Siehe die Übersichten bei Kleinschrod 1797, 18ff.; Kries 1892, 45ff; allgemein zum Zusammenhang von Folter und Beweis Langbein 1977.

<sup>20</sup>Siehe näher Mauß 1974.

<sup>21</sup>Siehe die Übersicht bei Mittermaier 1834, 21ff.

<sup>22</sup>Siehe auch Brauer 1840, 32-4; Kries 1892, 52.

<sup>23</sup>Siehe als Definition der Wahrscheinlichkeit Mittermaier 1834, 74: " ... jener

Strafprozeß voraus. Während im Strafprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts auf wahrscheinliche Annahmen nur Untersuchungsschritte, aber nie Urteile gegründet werden durften, ergeht jetzt ein Strafurteil, zu einer allerdings verringerten Strafe.<sup>24</sup> D.h., man verurteilt - bei Vorliegen sogenannter 'halber' oder 'mehr als halber' Beweise -, obwohl Gründe für die Annahme der Unschuld fortbestehen.<sup>25</sup> Schuldig/unschuldig wird hier als eine dichotome Klassifikation, die nur die Zuschreibung eines dieser beiden Zustände erlaubt, aufgelöst. An deren Stelle tritt ein Kontinuum mit einer Vielzahl von Graden der Schuld, dem sich ein Strafenkontinuum (volle Strafe, außerordentliche Strafe, Instanzenbindung) anpassen läßt. Die Kritik an diesem Modell war allgegenwärtig.<sup>26</sup> Es dürfte auf der Hand liegen, daß diese instabile Lösung eine zweite Schwelle des Übergangs zu einem anderen System der Beweiswürdigung war.

5. Die letzte Option ist die Zulassung einer Verurteilung auf Indizien, unter Verzicht auf eine gesetzliche Klassifikation der Indizien. Diese Option wurde nur von der sächsischen Verordnung vom 30.3. 1838 gewählt, und es ist bezeichnend, daß vielfach behauptet wurde, diese Verordnung habe die freie Beweiswürdigung erstmals und explizit in den Strafprozeß eingeführt.<sup>27</sup> Der Grund für diese - soweit man sich an den Gesetzestext hält - unzutreffende Meinung, ist, daß eine Verurteilung, die auf nicht näher qualifizierte Indizien gegründet ist, die Grenzen einer gesetzlichen Beweistheorie definitiv überschreitet. Insofern konnte von einem Gegner des sächsischen Gesetzes zu Recht eingewendet werden, dieses habe die Richter "zu Geschworenen gemacht" und mit "einem Federzuge fast alles von der moralischen Überzeugung der Richter abhängig" gemacht.<sup>28</sup>

---

Zustand, in welchem man aus erheblichen Gründen für die Wahrheit einer Sache sie für wahr hält, ohne dass die Gründe für das Gegenteil ausgeschlossen sind."

<sup>24</sup>Siehe die Darstellung bei Abegg 1833, 141ff.

<sup>25</sup>Kleinschrod 1797, 54-5, postuliert, der unschuldig Betroffene müsse "es als einen Zufall ansehen, wenn er der öffentlichen Sicherheit dieses Opfer bringen mußte."

<sup>26</sup>Vgl. auch Gans 1830, insb. 68-9, 91ff.

<sup>27</sup>Vgl. dazu Kries 1892, 61.

<sup>28</sup>Zachariä 1846, 20-1; vgl. ders. 1868, 407.

#### IV Negative Beweistheorie

Seit Paul Johann Anselm Feuerbachs 'Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht' von 1813 ist in der deutschen strafprozessualen Diskussion eine Position präsent, die eine gesetzliche Beweistheorie nicht mehr als ein System positiv bindender Beweisregeln verstanden wissen will, vielmehr nur als den Versuch einer negativen Ausgrenzung bestimmter Konstellationen, die in keinem Fall eine rechtliche Gewißheit begründen können. D.h., die klassische Forderung zweier Zeugen meint, in diesem Sinn reinterpretiert, daß, sofern nur ein vollgültiger Zeuge vorhanden ist, unter keinen Umständen eine Verurteilung des Angeschuldigten erfolgen darf, während andererseits bei Gegebensein zweier gleichsinniger und an sich vollgültiger Zeugenaussagen ein Schuldspruch noch nicht zwingend ist, vielmehr ein Moment der Überzeugung oder der moralischen Gewißheit des Richters hinzukommen muß<sup>29</sup>. Alle Versuche negativer Beweistheorien sind letztlich von der Art, daß sie die Vorteile zweier Beweissysteme miteinander zu kombinieren versuchen: Einerseits ein Festhalten an der orientierenden (jetzt: negativ orientierenden) Kraft gesetzlicher Beweisregeln, andererseits das Hinzutreten richterlichen Ermessens, einer sich herausbildenden moralischen Gewißheit, schließlich einer freien Würdigung des beweisrelevanten Materials, ohne die eine Sequenz von richterlichen Erkenntnisakten nicht mehr zu einer Urteilsfindung hin abgeschlossen werden soll.

Es gibt zwei Möglichkeiten, diese Kombination zweier Beweissysteme zu formulieren, und damit zwei im Resultat sehr verschiedene Weisen des Verhaltens zur Möglichkeit - oder, wie es sich manchen Autoren bald darstellen wird, Alternativenlosigkeit - einer negativen Beweistheorie. Beide Möglichkeiten sind auch in den Formulierungen der Gesetzgebung aufzufinden, und sie gehen, wie sich gerade an der Gesetzgebung zeigen läßt, unter bestimmten Bedingungen ineinander über.

Die erste dieser beiden Optionen ruht auf dem Argument, daß ein richterliches Er-

---

<sup>29</sup>Feuerbach 1813, formuliert seine Überlegung als Vorschlag an einen Gesetzgeber, dessen Beweistheorie "mehr negativ, als positiv seyn" müsse, diese werde "nicht sowohl bestimmen, wo die Ueberzeugung zu suchen, als vielmehr wo sie nicht zu suchen ist; ... innerhalb der sehr weiten Grenzen, welche das Gebiet der Wahrheit umschließen, dem eigenen Urtheile des Richters seinen gemessenen Spielraum lassen. Sie wird daher den Richter nicht in einen blinden Automaten verwandeln, aber sie wird verhindern, daß er nicht auf Phantasieflügeln über das Reich der Wahrheit hinausflattere ..." (132, Hervorhebung bei Feuerbach).



messen, ein nur dem Richter selbst zuzurechnender Urteilsakt, auch in all den Entscheidungen, die sich durch eine gesetzliche Beweistheorie leiten lassen, immer involviert sein muß. C.J.A. Mittermaier hat diese Position am konsequentesten und ausführlichsten vertreten: "Da nun der Richter zu beurtheilen hat, in wie ferne er die Zeugen für vollgültig hält, ob die Aussage derselben wahrscheinlich, mit allen übrigen aktenmässigen Umständen übereinstimmend und beharrlich erscheint, so ist eigentlich von dem Ermessen des Richters, von seiner innersten Ueberzeugung das Urtheil abhängig gemacht; seinem Gewissen und seiner Ueberzeugung ist kein Zwang angethan ...".<sup>30</sup> Ähnliche Qualifizierungen richterlicher Entscheidungsakte finden sich in der zeitgenössischen Gesetzgebung, und bereits Savigny hat skizziert, wie auf diese Weise die Gesetzgebung unwillentlich den Übergang zur negativen Beweistheorie vollzogen hat.<sup>31</sup> Andererseits gibt es denkbare Haltepunkte, und Mittermaier als expliziter Gegner der negativen Beweistheorie hat einen solchen Haltepunkt klar zu markieren versucht. In einer Diskussion der niederländischen Criminalordnung von 1830, die die negative Beweistheorie einführt, wendet er ein, es könne doch nicht sein, daß der Richter das nach den gesetzlichen Regeln (inklusive eigener Urteilsakte) aufgefundene Wissen schließlich wegen eines residualen Mangels an Überzeugung, eines ihm verbleibenden Zweifels wieder zu vernichten berechtigt sei. Man dürfe nicht versuchen, "heterogene Elemente, nämlich die Pflicht des Richters, der gesetzlichen Beweistheorie zu folgen und die völlige Freiheit des Geschwornen zu vereinigen."<sup>32</sup> Einen kleinen Schritt weiter geht Heinrich Albert Zachariä, der eine Mittermaier verwandte Stellungnahme als explizites Bekenntnis zur negativen Beweistheorie formuliert. Zachariä parallelisiert die Differenzbestimmung formelle vs. materielle Wahrheit, die u.a. die unterschiedlichen Prozeßziele des Zivil- und des Strafprozesses angibt, mit der Differenz von positiver und negativer Beweistheorie. Ein Verfahren, das auf materielle Wahrheit ausgehe, dürfe prinzipiell nicht durch positive Beweisregeln gebunden werden. Deren wesentlicher Vorteil ist ja gerade - und man mag sich dies am mathe-

---

<sup>30</sup>Mittermaier 1834, 362; siehe ausführlich ebd. 77-83, 97-100. Ähnlich Zachariä 1846, 279-80.

<sup>31</sup>Savigny, Principienfragen, 71: "Das Geständniss soll ein freies, ernstes, der Irrthum beim Widerruf des Geständnisses soll wahrscheinlich, die beiden Zeugen, deren übereinstimmende Aussage vollen Beweis giebt, sollen glaubwürdig, das Gutachten der Sachverständigen soll mit überzeugenden Gründen unterstützt sein usw.; überall Nebenbestimmungen, über welche der Richter, und zwar meist ohne alle Anleitung des Gesetzes, nach eigenem Ermessen zu urtheilen hat." (Zit. n. Glaser 1883, 12, Fn. 13).

<sup>32</sup>Mittermaier 1834, 99 (Hervorhebung von mir); die Diskussion der niederländischen Criminalordnung von 1830, ebd. 83-4, 97-100.

matischen Beweis vergegenwärtigen -, daß sie eine maschinelle, in gewisser Hinsicht bewußtseinsfreie, Informationsverarbeitung erlauben. Beweisregeln dürften aber, so Zachariä, im Strafprozeß nur als Kannbestimmungen fungieren: "die Prüfung des materiellen Gehalts der Beweismittel ist dem freien Ermessen des Richters überlassen."<sup>33</sup>

Die zweite hier zu skizzierende Option unterscheidet sich dadurch, daß weniger die sich von Situation zu Situation vollziehende Integration von Urteilsakten mit der Anwendung der gesetzlichen Beweisregeln im Vordergrund steht, vielmehr hinsichtlich des richterlichen Ermessens genau das Moment betont wird, daß es nach Abschluß der Beweisführung noch einmal eine Gesamtwürdigung herbeiführt, die das 'gesetzliche' Beweisergebnis auch verwerfen kann. Der Übergang zu dieser Position läßt sich an Beispielen aus der Gesetzgebung verdeutlichen. In das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 ist eine Bestimmung aufgenommen, in der man eine frühe Vorwegnahme der negativen Beweistheorie sehen kann; und zwar in der Form, daß anstelle der der gemeinrechtlichen Doktrin eigenen isolierten Wertung der Beweismittel (die die Voraussetzung einer möglichen Addition der Beweiswerte ist) eine Würdigung des Zusammenhangs der Beweise gefordert wird: "Ueberhaupt ist zur Richtschnur zu nehmen, dass kein Beweis für sich allein zu beurtheilen, sondern jeder in Verbindung mit dem ganzen Untersuchungsgeschäfte zu betrachten sei. Nachdem also entweder die Unparteilichkeit der Zeugnisse durch persönliche Verhältnisse, oder die Glaubwürdigkeit was immer für eines Beweises durch entgegenstehende Erfahrungen bedenklich gemacht wird, verliert der Beweis an seiner Kraft, und ein auf solche Art geschwächerter Beweis kann nicht mehr als rechtlich bezeichnet werden."<sup>34</sup> Während dies noch eine in verschiedene Richtungen ausdeutbare Formulierung war, wird sie in der österreichischen Strafprozeßordnung von 1853 explizit auf den Grundgedanken der negativen Beweistheorie hingeführt. Dort ist im ' 260 die gerade zitierte Formulierung übernommen und dann durch einen zweiten Absatz ergänzt: "Der Richter ist folglich auch bei dem Dasein der in dem gegenwärtigen Gesetz ... aufgeführten Beweiserfordernisse nicht verpflichtet, den Angeklagten als schuldig zu verurtheilen, wenn er aus der aufmerksamen Erwägung aller Umstände die Ueberzeugung von der Schuld desselben nicht erlangt hat."<sup>35</sup> Kodifikationen der negativen Beweistheorie sind in den dreißiger und vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts häufiger vorgenommen oder ver-

---

<sup>33</sup>Zachariä 1846, 200-1, das Zitat auf 201.

<sup>34</sup>§414 des I. Teils des österr. StGb von 1803 (zit. n. Glaser 1883, 11, Fn. 13).

<sup>35</sup>§260 der österr. StPO von 1853 (zit. n. Glaser 1883, 12, Fn. 13.).

sucht worden (Niederlande, Bayern, Württemberg, Baden). Die vermutlich klarste und entschiedenste Formulierung ist der badischen Strafprozeßordnung von 1845 gelungen. Dies ein Jahr bevor das preußische Gesetz von 1846 mit dem Übergang zur freien Beweiswürdigung den Bruch mit der Tradition vollzog. Die badische StPO listet zunächst in den §§248-269 den Katalog der klassischen Beweisregeln auf. Der §270 fügt dann eine allgemeinere Bestimmung hinzu: "Auch bei dem Dasein der Voraussetzungen der §§248-269 sollen die Richter eine Anschuldigungsthatsache nur dann als wahr annehmen, wenn sie nach der Glaubwürdigkeit, welche den unmittelbaren Beweisen nach den Umständen des einzelnen Falles zukommt, und nach der Stärke der ineinandergreifenden, sich gegenseitig unterstützenden, auf keine nur irgend wahrscheinliche Weise anders erklärbaren Anzeigungen die vollkommene Überzeugung von der Wahrheit der Thatsache erlangt haben."<sup>36</sup>

Eines bleibt, diese Überlegung abschließend, anzumerken: Von den beiden klassischen Urteilsproblemen, die eine Folge der gemeinrechtlichen Beweisdoktrin waren, daß man nämlich von der Unschuld eines Angeklagten überzeugt war, aber formale gültige Beweise der Schuld vorhanden waren<sup>37</sup>, oder umgekehrt, daß man an der Schuld eines mutmaßlichen Täters nicht zweifelte, aber die Bedingungen des gesetzlichen Beweises nicht erfüllt waren<sup>38</sup>, löst die gesetzliche Beweistheorie nur das erste, verschärft die Intensität der Erfahrung des zweiten aber noch einmal. Dasselbe Problem, das bereits den unhaltbaren Lösungsvorschlag außerordentliche Strafe hervorgehoben hatte, bleibt also auch der negativen Beweistheorie erhalten<sup>39</sup>: Einerseits wird die Bedeutung der zum gesetzlichen Beweis abschließend noch einmal hinzutretenden Überzeugung des Richters enorm gesteigert; aber gerade dieser Über-

---

<sup>36</sup>Zit. n. Kries 1892, 60-1, Fn. 3.

<sup>37</sup>Abegg 1841, 149-50, empfiehlt für diesen Fall noch Verurteilung. Der Diagnose, hier kollidiere das Gewissen, als subjektive Berechtigung, mit dem Gesetz, entgegnet Abegg, es werde ja auch die Geltung des Gesetzes für den vorliegenden Fall "nur durch das Gewissen" anerkannt (150).

<sup>38</sup>Mittermaier 1834, 22-3, weist am Beispiel von Feuerbachs bayerischem Gesetzbuch (1813) darauf hin, daß gerade weil dieses die klarste, wissenschaftlich vollständigste gesetzliche Beweistheorie enthalte, der Richter in vielen Fällen seiner Überzeugung nicht folgen könne, stattdessen freisprechen oder von der Instanz entbinden müsse.

<sup>39</sup>Ungeachtet der Tatsache, daß sie dem Problem in die entgegengesetzte Richtung zu entgehen versucht und in Hinsicht auf die Frage der rechtlichen Sicherung des Angeschuldigten 'moderner' ist.

zeugung (sofern sie Überzeugung der Schuld ist) darf man in entscheidenden Fällen nicht folgen.

## V Geschworene

Immer seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts war die Möglichkeit, Tat- und oder Schuldfragen durch Geschworene entscheiden zu lassen, präsent. Angesichts einer gesetzlichen Beweistheorie, der die Lösung ihrer Probleme durch Einbau der Gesichtspunkte subjektiver Überzeugungsbildung nur sehr begrenzt gelang, mochte dies als eine attraktive Alternative erscheinen. Man konnte dann gewissermaßen den Geschworenen die 'Schuld' dafür zuschreiben, daß ihnen eine Beweistheorie nicht zuzumuten war, also der Verzicht auf gesetzliche Beweisregeln unabdingbar wurde. Gleichzeitig war aber auch in Deutschland ein Wissen darum vorhanden, daß beispielsweise für das englische Recht und für die englische Jury gilt, daß auch in diesem institutionellen Kontext erstens eine Art Beweislehre entstehen und vertextet werden konnte und zweitens die Beweisinstruktion für die englische Jury eine fallbezogene Vermittlung und Fortentwicklung des Beweisrechts erlaubt hatte<sup>40</sup>. Gerade die Unfähigkeit zu einer angemessenen Differenzierung von Fällen war eine entscheidende Schwäche der gemeinrechtlichen Beweistheorie.

Zunächst aber ist die Jury auch im Hinblick auf mehrere andere Kontexte zu sehen. Einmal ist das politische Moment involviert, daß man die Jury als eine Interessenvertretung des Volkes denkt, die gerichtsexterne, rechtsexterne oder rechtswissenschaftsexterne Gesichtspunkte und Interessenlagen repräsentiert. In diesem Sinn ist die Jury ein möglicher Garant politischer Freiheit<sup>41</sup>. Mit umgekehrter Wertung kann man einen Mißbrauch der Jury zur Durchsetzung von politischen Interessen fürchten, die mittels anderer Institutionen nicht durchzusetzen wären.<sup>42</sup> Manchmal taucht auch das Motiv auf, daß die aus Anlaß der Jury eingeführte oder explizit gemachte gerichtsinterne Differenzierung von Tat- und Rechtsfragen als ein Analogon der politischen Gewaltenteilung gesehen und in dieser Funktion bejaht wird. Das überkommene ständische Moment, daß mittels der Jury der Angeklagte durch Angehörige der eigenen sozialen Gruppe gerichtet werden kann, spielt meinem Eindruck nach in der deut-

---

<sup>40</sup>Vgl. Mittermaier 1834, insb. 28; ausführlich ders. 1851; Glaser 1883.

<sup>41</sup>Vgl. Abegg 1841, 168; Mittermaier 1834, 3-4; Savigny 1846, 473.

<sup>42</sup>Siehe Gans 1830, 70.

schen Diskussion eine geringe Rolle, und Eduard Gans weist diese Idee mit dem treffenden Argument zurück, die "absolute Ungleichheit der bürgerlichen Gesellschaft" lasse das Postulat des Richtens des Angeklagten durch die ihm Gleichen unrealisierbar werden.<sup>43</sup> Eine stärker aus der Binnenperspektive des Rechtssystems gedachte Variante ist schließlich Mittermaiers Überlegung, die Jury könne, ungeachtet der Antwort auf die Frage, ob sie als ein rechtliches Entscheidungsinstrument Vertrauen verdiene, vielleicht deshalb vorzuziehen sein, weil sie das Vertrauen des Volkes besitze und weil sie dieses Vertrauen auf die Gerichtsbarkeit zu übertragen erlaube.<sup>44</sup>

Interessanterweise finden sich in der Literatur auch Überlegungen, die die gerade skizzierte Stellung des Geschworenen (Repräsentation externer Werte) über das Politische hinaus generalisieren und den Geschworenen damit näher an die Erkenntnisprobleme des Rechtsprozesses und also an die durch die Beweistheorie aufgeworfenen Fragen heranrücken. Insofern liegt die Vermutung nahe, daß sich externe Anlehnungen des Strafprozesses auch für eine Bearbeitung - oder besser vielleicht: Unterbrechung - seiner Erkenntnisprobleme eignen? Drei dieser Vermittlungsleistungen des Geschworenen seien hier kurz erwähnt: Er ist Repräsentant universeller Kompetenzen, des Gewissens (des Angeklagten) und der Moral.<sup>45</sup>

Im Grade, in dem subjektive Überzeugung ein Leitmotiv der prozessualen Entscheidungsfindung wird, liegt die Vermutung nahe, daß die jetzt favorisierte Überzeugung auf Kompetenzen aufruft, die zur personalen Ausstattung des Menschen schlechthin gehören. Der Geschworene ist insofern Repräsentant einer dem Gefühl oder verwandten Instanzen (Instinkt etc.) verdankten Urteilssicherheit, die keinem Menschen abzusprechen ist.<sup>46</sup> Die Inklusion von jedermann in die rechtliche Entscheidungsfindung wird damit möglich.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup>Gans 1830, 70-1.

<sup>44</sup>Mittermaier 1834, 49, 108-9, et passim, der wiederholt hervorhebt, daß das Recht der Zurückweisung einer größeren Zahl von Geschworenen Vertrauen generiere.

<sup>45</sup>Kaum vertreten findet sich die Position, die die Geschworenen als Rechtsquelle (Volksrecht) ins Spiel bringt. Siehe beispielsweise Falck 1819, 65, der 'Volksgerichte' einrichten will, um auf diese Weise in Erfahrung zu bringen, welche Sätze des römischen Rechts tatsächlich im allgemeinen Rechtsbewußtsein sedimentiert sind.

<sup>46</sup>Vgl. Mittermaier 1834, 18, 76.

<sup>47</sup>Vgl. zu Inklusion als einem Aspekt funktionaler Differenzierung Stichweh 1988.

Gewissen ist ein zweiter Kandidat für die repräsentationale Relevanz des Geschworenen. In einer Variante ruht dieses Argument auf der rabiatischen Hegelschen Position, für die die Strafe ein Recht war, das der Verbrecher in Anspruch zu nehmen hat, welches er als seinen an sich seienden Willen begreift.<sup>48</sup> Da die Strafe ein Recht des Verbrechers ist, kann er sich eigentlich nur selbst verurteilen, und es ist sein eigenes Gewissen, das ihn schuldig spricht.<sup>49</sup> Um diesem Urteil die Zufälligkeit zu nehmen, die darin läge, das Urteil von dem kontingenten Geständnis des Verbrechers abhängig zu machen, fungieren die Geschworenen als Repräsentanten des Gewissens des Verbrechers. Der Ausspruch ihres (kollektiven) Gewissens ist gewissermaßen eine objektive Form, einem subjektiven Sachverhalt Ausdruck zu verleihen, also wesentlich auch eine Vermittlung von Subjektivität und Objektivität.<sup>50</sup>

Eine dritte Denkmöglichkeit deutet den Geschworenen als Repräsentanten der Moral. Dieser Vorschlag knüpft an den Schuldpruch durch die Jury an und sieht im Schuldpruch ein moralisches Urteil gefällt, das ein mit dem Recht konkurrierendes normatives Wissenssystem - die Moral - ins Spiel bringe. In dieser Sicht wird der Geschworene auch zum Antagonisten des Richters. Friedrich Gottfried Leue hat diese Position 1847 zugespitzt: Der Richter steht unter dem Gesetz, bezieht Tat und Gesetz aufeinander. Geschworene dagegen erachten den Angeklagten der Tat nicht bloß für überwiesen, sondern für schuldig, und fällen damit ein moralisches Urteil darüber, daß die Strafe verdient sei, sie stellen sich auf diese Weise also über das Gesetz.<sup>51</sup>

## VI Tatfrage, Schuldfrage, Rechtsfragen

---

Siehe auch zum sozialgeschichtlichen Hintergrund Haber 1979, der die im Vormärz vorhandenen Vorstellungen über einen Vermögens- oder Bildungszensus darstellt, die die geforderte Gerichtsöffentlichkeit in einem ständischen Sinn limitierten.

<sup>48</sup>Vgl. Hegel 1821, 190-2, ' 100.

<sup>49</sup>Dies und die weitere Entwicklung des Arguments bei Gans 1830, 73ff. Vgl. dazu polemisch Zachariä 1846, 301.

<sup>50</sup>Vgl. Köstlin 1849, 31.

<sup>51</sup>Leue 1847, insb. die zweite Abteilung "Das Schöffen-Gericht über dem Gesetz", S. 97-231.

Der Streit über die Jury und über das sich mit ihr - einer bis 1850 dominierenden Meinung nach - notwendig verknüpfende Beweissystem der 'moralischen Überzeugung' ist, soviel wird bereits deutlich geworden sein, zugleich ein Streit über die Systemgrenze des Rechtssystems. Im angelsächsischen Recht dürfte die Institutionalisierung der Jury auch deshalb leichter gefallen sein, weil sich vom 16. Jahrhundert bis in gelegentliche Gerichtsentscheidungen unserer Tage hinein die Vorstellung finden läßt,<sup>52</sup> es sei eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage in irgendeinem Sinn durchführbar, aus dieser Trennung lasse sich eine arbeitsteilige Erledigung durch Jury bzw. Richter herleiten und zudem sei die Klärung der Tatfrage ein in gewisser Hinsicht außerrechtliches Geschehen.

In der deutschen strafprozessualen Diskussion des 19. Jahrhunderts habe ich keine Stellungnahme gefunden, die eine Trennbarkeit von Tat- und Rechtsfrage unterstellt.<sup>53</sup> Diese Konstellation legt die Möglichkeiten für argumentative Anschlüsse fest. Eine erste Option ist, die in jeder Tatbestandsklärung gegebene unaufhebbare Verflechtung von historischen und juristischen Momenten herauszuarbeiten und dann die Jury zurückzuweisen. So etwa Feuerbach<sup>54</sup>, der aus seiner Analyse auf eine völlig unzureichende Wissensgrundlage jeder nur denkbaren Jury schließt: "...die gemeine Erfahrung, welche vom Strome des alltäglichen Bürgerlebens ab- und zugeführt wird, bei weitem nur den kleinsten Theil der Kenntnisse mittheile, welche nöthig sind, um in dem einfachsten Prozeß über das Schuldig oder Nichtschuldig gründlich und gewissenhaft zu entscheiden."<sup>55</sup>

In den späteren Jahren zwischen 1825 und 1845 findet man häufiger dramatischere Formulierungen, die um die Technizität des Rechts fürchten<sup>56</sup> oder darauf hinweisen,

---

<sup>52</sup>Vgl. Damaska 1986, insb. 38-9.

<sup>53</sup>Eine Ausnahme ist Stahl 1848, 26-7, der, weil er sich gezwungen sieht, die Möglichkeit eines Geschworenengerichts zu konzederen, eine extrem restriktiv interpretierte Tatfrage den Geschworenen als ihre Aufgabe zuschiebt.

<sup>54</sup>Die Tatfrage werde in der Form 'schuldig/unschuldig' gestellt und löse sich in zwei Teilfragen auf: "1) sind gewisse angebliche Thatsachen historisch wahr? und 2) sind diese historisch wahren Thatsachen strafbar? das ist, haben sie die Eigenschaften, welche die Anklage ihnen beilegt, und vermöge welcher sie unter ein Strafgesetz gehören?" (Feuerbach 1813, 169).

<sup>55</sup>Ebd. 177.

<sup>56</sup>So Abegg 1825, XIX, Fn. 7: die Rechtspflege werde "als etwas Untechnisches betrachtet". Vgl. ders. 1833, 47.

daß der "Ausspruch über Schuldig oder Nichtschuldig geradezu dem Gebiete des Rechts" entzogen werde,<sup>57</sup> wenn diese Frage der subjektiven Überzeugung übertragen werde. Heinrich Albert Zachariä, der diese letztere Zuspitzung wählt, fügt etwas später in seinem Buch hinzu, das Richten nach subjektiver Überzeugung widerspreche dem Wesen des Rechts, weil Recht immer mit der Anwendung einer allgemein gültigen Regel (auf konkrete Verhältnisse) befaßt sei.<sup>58</sup> Schließlich merkt er noch an, das Geschworenengericht könne, wenn man mit ihm das Richten nach moralischer Überzeugung, ohne gesetzliche Beweistheorie und ohne Entscheidungsgründe verbinde, letztlich nicht als wahre Rechtsanstalt betrachtet werden.<sup>59</sup>

Gerade die hier in der Form einer Befürchtung angesprochenen Verhältnisse kann man natürlich auch bewußt affirmieren - und genau dies konstituiert eine weitere und dritte Option. Die metaphorisch überlasteten Begriffe schuldig/unschuldig, die immer wieder als Symbol der unauflösbaren Verflechtung von Tat- und Rechtsfrage fungieren und zugleich - je nach intellektueller Stimmungslage - eine Analytik dieser Verflechtung nahelegen<sup>60</sup>, kann man auch benutzen, um eine dritte Position zwischen Recht und Tatbestand zu identifizieren. Dazu neigen selbst entschiedene Gegner des Geschworenengerichts wie Julius Friedrich Heinrich Abegg, wenn er darauf hinweist, daß sich mit beiden Seiten der Unterscheidung Schuld/Unschuld ein kollektives Rechtsbewußtsein affektiver Natur verbinde. Dieses könne sich sowohl in der "ungestümen" Forderung nach Bestrafung eines mutmaßlichen Täters wie auch in dem sich dem Täter zuwendenden Zweifel an der Gerechtigkeit und Angemessenheit einer bereits verhängten Strafe äußern.<sup>61</sup> Schuld/Unschuld fungiert hier gleichsam als ein an der Systemgrenze positionierter Verknüpfungspunkt für die Relation von Kollektivbewußtsein und Recht.

Um so mehr mußte es für Anhänger der moralischen Beweiswürdigung und des Geschworenengerichts naheliegen, sich der dritten Position zwischen Rechtsfrage und Tatfrage, dem Schuldbegriff, als einer Chance der Öffnung des Rechtssystems für

---

<sup>57</sup>Zachariä 1846, 195 (Hervorhebung bei Zachariä).

<sup>58</sup>Ebd. 208.

<sup>59</sup>Ebd. 306.

<sup>60</sup>Also beispielsweise eine genauere Klärung von Handlungsbegriff, Handlungsmotivation und Handlungszurechnung.

<sup>61</sup>Abegg 1825, XXIV.



Wert- und Normbegriffe eines anderen Typs zu bedienen. Ein Beispiel dafür (Leue 1847) habe ich oben schon zitiert. In einem Buch von 1848 nimmt Theodor Nessel diese oben zitierte Position Leues auf<sup>62</sup> und ergänzt sie um eine bemerkenswerte Konkretisierung. Nessel sagt, die französischen Schöffen seien zunächst durch die Strafprozeßordnung von 1808 (Art. 345) verpflichtet worden, den Angeklagten für schuldig zu halten, wenn sie ihn für überwiesen hielten. Diese Forderung sei aber am Leben und an der Wirklichkeit gescheitert: "Die Französischen und somit auch die Rheinischen Schöffen haben, ihrem Urbilde in England entsprechend, die natürliche Stellung wieder gewonnen, wonach sie, ein sicheres Bollwerk der bürgerlichen Freiheit, die Ungerechtigkeit des Gesetzes im concreten Falle heilen und die Sittlichkeit mit dem Gesetze vermitteln. Zur Abhilfe dieser Widersprüche reicht die Gnade nicht aus, weil sie kein Recht ist, und das Urtheil nicht ungeschehen machen kann. Das Geschwornengericht steht aber nur rücksichtlich der Freisprechung, nicht aber auch in Betreff der Verurtheilungen über dem Gesetze, weil es nicht die Immoralität strafen darf, welche nicht gesetzlich verpönt ist."<sup>63</sup>

Bemerkenswert ist, daß in dieser Textpassage dieselbe Wirkungsweise des Geschworenengerichts affirmiert wird, die von Gegnern des Gerichts über Jahrzehnte als sein entscheidender Defekt diagnostiziert wurde. Besonders in den deutschen Diskussionen der französischen Erfahrungen findet sich die These, die Geschworenen würden die vorgesehene Entscheidungssequenz - zunächst Tatfrage, danach Rechtsfrage - umkehren. Sie entschieden die Tatfrage im Licht der zu erwartenden Strafe, tarierten also die Schuldzuweisung von einem als wünschbar erachteten, weil als gerecht empfundenen Strafmaß her aus.<sup>64</sup> Nessels Formulierungen, die genau dies der Jury als sinnvolle Entscheidungsstrategie konzederen, sprechen zweifellos die Sprache einer sich gerade vollziehenden 'Revolution'. Sie stehen in einem Buch, das das erste deutsche Gesetz (Preußen 1846) kommentiert, das die freie Beweiswürdigung - und zwar für den Richter - verpflichtend gemacht hat und ihn von der Beachtung der gesetzlichen Beweisregeln entbunden hat.

Was die Zentralstellung der im Schuldbegriff liegenden Zuweisung einer extensiven Entscheidungskompetenz an Geschworene und was die weitgehende Entrechtlichung des Beweisvorgangs betrifft, kommen auch nüchternere Betrachter noch Jahrzehnte

---

<sup>62</sup>Siehe oben S. 18.

<sup>63</sup>Nessel 1848, 257-8 (Hervorhebung bei Nessel).

<sup>64</sup>Siehe Feuerbach 1813, 152ff., insb. 159; Mittermaier 1834, 102-3, 115.

später zu ähnlichen Diagnosen. Ich will dazu nur noch zwei Passagen aus den siebziger und achtziger Jahren des Jahrhunderts zitieren. In einem sich auf den Entwurf der deutschen StPO beziehenden Antrag Württembergs vom Februar 1874 heißt es, den Motiven dieses Entwurfs beipflichtend: " ... daß die Theorie der Trennung der That- und der Rechtsfrage in Deutschland als eine überwundene betrachtet werden dürfe, daß man wie in England, so jetzt auch bei uns den Kern des Geschworeneninstituts gerade darin erblicke, daß die Geschworenen über die ganze Schuldfrage, also namentlich darüber zu entscheiden haben, ob die Handlung des Angeklagten eine strafbare oder, mit anderen Worten: ob letzterer vor dem Gesetze schuldig sei?"<sup>65</sup> Ähnlich betont Ludwig Glaser in seiner Darstellung der Beweislehre im Strafprozeß von 1883 wiederholt die weitgehende rechtliche Deregulierung, die mit dem französischen Einschnitt von 1791 und den deutschen Reformen seit 1846 einhergehe. Dieser Umbruch mache "der juristischen Regelung der Prüfung des Beweisergebnisses ein Ende."<sup>66</sup>

Auffällig ist, daß, nachdem das System freier Beweiswürdigung einmal eingeführt worden ist, die Frage, ob diese Praxis von Richtern oder von Geschworenen gehandhabt wird, kaum noch eine Rolle spielt.<sup>67</sup> Die Auseinandersetzung über Berufsrichter vs. Schöffen und Geschworene ist daher jetzt auf andere Streitpunkte verwiesen. Ich würde vermuten, daß der Grund für diese unterschiedslose Durchsetzung freier Beweiswürdigung der ist, daß, weil in Deutschland die Möglichkeit einer Trennung von Rechts- und Tatfragen nie irgendwelche Argumente für sich verbuchen konnte, von vornherein klar war, daß eine eventuell einzuführende Jury umfassende Entscheidungsbefugnisse besitzen würde, und es insofern unsinnig gewesen wäre, nach Durchsetzung der freien Beweiswürdigung Richter und Geschworene entlang beweistheoretischer Unterschiede voneinander zu trennen. Dieses Faktum, daß Richter und Geschworene in ihrem rechtlichen Handeln nur schwer zu unterscheiden sind, wird dann einer der Gesichtspunkte, der die in Deutschland erfolgende Durchsetzung von Schöffengerichten gegenüber Geschworenengerichten befördert. Diese sich später im 19. Jahrhundert vollziehende Entwicklung wollen wir in diesem Aufsatz nicht analysieren.<sup>68</sup> Unser nächster Schritt wird jetzt sein, uns die Semantik subjektiver Überzeugung und freier Beweiswürdigung etwas näher zu vergegenwärtigen.

---

<sup>65</sup>Zit. n. Schubert/Regge 1989, 371 (Hervorhebung ebd.).

<sup>66</sup>Glaser 1883, 211; vgl. ebd. 213 mit Bezug auf den Zeugenbeweis.

<sup>67</sup>Zachariae 1868, 401, sagt, dies gehöre zu den überwundenen Standpunkten. So auch Glaser 1883, 23-4.

<sup>68</sup>Vgl. dazu Landau 1987.

## VII Freie Beweiswürdigung: Termini der Subjektivierung

Ein erster wesentlicher Aspekt hat sich bereits in den vorstehenden Analysen immer wieder abgezeichnet: Wir haben es zu tun mit einer Mentalisierung des Beweises. Es geht nicht mehr um die Präsentation der gesetzlich festgelegten Beweismittel und die dann ausgesprochene Anerkennung (oder die Verweigerung dieser Anerkennung), daß diese Beweismittel den Bedingungen der gesetzlichen Beweistheorie genügen. Im Vordergrund steht also nicht mehr die Etablierung bestimmter Formen und die Frage der Beachtung dieser Formen. Stattdessen beobachten wir eine Verschiebung der für den Beweis relevanten Bestimmungen und Unterscheidungen in den Bereich einer Semantik mentaler Operationen. Das erkennende Gericht wird insofern prononcierter als ein Erkenntnisssystem gesehen.

In dieser Mentalisierung der Operationen lassen sich zwei Komponenten deutlich unterscheiden. Die erste ist eine naturalistisch-kausale Komponente, die sich den Einfluß des Beweises auf das erkennende System (in der Regel ein Bewußtsein) nach dem Modell einer kausalen Wirkung vorstellt. Die Form der Wirkung des präsentierten Beweismittels ist dann beispielsweise eine Gemütsbewegung.<sup>69</sup> Zu dieser Wirkung tritt das Moment der Freiheit und des Willens als die zweite hier zu beachtende Komponente hinzu. D.h., die Wirkung wird nicht nur als 'Leiden' erfahren, sie wird auch von einer sie aktiv aufnehmenden Instanz gewollt und insofern von dieser wohl auch selektiv behandelt. Eine exzellente Formulierung dieses paradoxen Ineinander ist August von Kries gelungen: " ... wurde ... die Frage, welche Wirkung die einzelnen Beweismittel auf die Ueberzeugung des Richters üben, seinem Ermessen anheimgestellt."<sup>70</sup> Ein Ermessen, das im Selbstbezug die Wirkungen, denen es kausal unterliegt, selektiert, mag in einer ersten Annäherung unwahrscheinlich scheinen, trifft aber genau eine sich durchhaltende Argumentationsstruktur. Die Soziologie nennt diese Ineinanderschachtelung von Determiniertsein und willensgesteuerter Selbstregulation Voluntarismus,<sup>71</sup> und es ist vermutlich eine einigermaßen präzise Rekonstruktion des Gemeinten, wenn man in Hinsicht auf das System freier Beweiswürdigung von einer

---

<sup>69</sup>Vgl. Mittermaier 1834, 58.

<sup>70</sup>Kries 1892, 343 (Hervorhebung von mir).

<sup>71</sup>In Anlehnung an Talcott Parsons' klassischen Entwurf einer voluntaristischen Handlungstheorie (Parsons 1937).

voluntaristischen Beweistheorie spricht. Das erlaubt zugleich, eine Linie der Abgrenzung besser zu verstehen: Die gesamte deutsche Literatur, unabhängig davon, ob sie das Geschworenengericht ablehnt oder bejaht, wahrt spöttische Distanz zu einem Interpretament, das sie der französischen Idee einer 'intime conviction' unterstellt: Der Geschworene werde dort als gleichsam unbewußt handelnd, fast aus einem Schlaf heraus sein Urteil verkündend, vorgestellt. Diese dem französischen Geschworenen unterstellte Stasis hätte wesentlich den Sinn, ihn gegen unerwünschte Einflüsse auf seine Urteilsbildung zu schützen - und zu diesen unerwünschten Einflüssen könnten in einer extremen Version auch die Wirkungen des eigenen Verstandes zählen.<sup>72</sup> Voluntarismus dagegen hat ja gerade die Struktur, daß für Besorgnisse hinsichtlich unerwünschter Einflüsse kein Anlaß besteht, da zwischen Einfluß (kausaler Wirkung) und Entscheidung immer noch eine autonome Urteilsbildung liegt. Dieses Unbesorgtsein um Einflüsse hat, wie wir noch sehen werden, gerade in der Entwicklung des Zeugenbeweises eine große Rolle gespielt.

Welche Leitbegriffe sind es nun, die das voluntaristische System freier Beweiswürdigung bestimmen? Im Prinzip lassen sich vier Komplexe beobachten: 1. Überzeugung und moralische Überzeugung; 2. Subjektivität; 3. Begriffe für mentale Bereiche oder Fakultäten (Gemüt, Verstand etc.); 4. Gewissen. Diese vier Semantiken werden 5. ergänzt durch eine Hermeneutik komplexer, i.e. nicht in isolierte Schritte und Beweismittel zerlegbarer Situationen. Den letzteren Gesichtspunkt werde ich im Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis diskutieren.

1. Die Funktion des Begriffs der Überzeugung ist, daß er als Gewißheits- oder Wahrheitsäquivalent dient. Präziser könnte man auch sagen, daß Überzeugung als Kriterium der Wahrheit fungiert. D.h., daß die sich einstellende Überzeugung ein Indiz (!) dafür ist, daß die propositionalen Gehalte, zu denen sie sich als Überzeugtsein verhält, wahr sind.<sup>73</sup> Das ist der bemerkenswerte Fall einer in reinem Selbstbezug er-

---

<sup>72</sup>Feuerbach 1813, 118-9, Fn., zitiert aus der Schrift 'Résultat de l'expérience contre le jury francais'. Dort werde den Gelehrten die Meinung zugeschrieben, "que le Juré, instrument sensible et parlant, que la loi emploie, est un homme que l'essence de l'institution réduit à l'état de rêveur pendant le sommeil, et qui, à la suite du débat, comme à la suite d'un rêve, se réveille en sursaut, et termine la scène par un mot qu'il prononce en s'éveillant, à l'instant du passage du sommeil au réveil, sans y avoir mêlé aucune combinaison de son esprit parceque l'institution du jury, comme l'amour, comme la folie, est détruite, aussitôt quelle raisonne."

<sup>73</sup>Vgl. den Abgeordneten der französischen Nationalversammlung Thouret (zit. b. Feuerbach 1813, 31): "La conviction morale subjugué tout quand elle est

folgenden Vergewisserung von Wahrheit.<sup>74</sup> Welcher Qualifizierungen oder Ergänzungen bedarf der dafür zentrale Begriff der Überzeugung? Zunächst einmal kann man den Gewißheitsanspruch durch Qualifizierungen wie 'vollständige' oder 'vollkommene' Überzeugung stützen.<sup>75</sup> Weiterhin ist 'freie Überzeugung' wichtig, weil die Überzeugung nicht von außen determiniert sein darf. Häufiger scheint aber 'innere Überzeugung' zu sein, da diese Lokalisierung (im Inneren eines Überzeugungen generierenden Systems) zugleich die Bedingung der Möglichkeit der Freiheit der Überzeugung anzugeben erlaubt. Dies kann man schließlich zu 'innigste Überzeugung'<sup>76</sup> steigern, einer interessanten Kombination aus Lokalisierung der Überzeugung, Intensität und Stützung des Wahrheitsanspruchs durch diese Intensität.

Eine zweite Möglichkeit ist die Option für moralische Überzeugung. Dahinter verbirgt sich der ältere, im 17. und 18. Jahrhundert geläufige Begriff der moralischen Gewißheit - und damit in gewisser Hinsicht das ganze Geheimnis des Übergangs von der gesetzlichen Beweistheorie zum System freier Beweiswürdigung. 'Moralische Gewißheit' meinte ja im alten Europa diejenigen Wissenssysteme, die der Tatsache Rechnung tragen müssen, daß Ausnahmen jederzeit möglich sind, die also individualisierend und fallbezogen entwickelt werden müssen<sup>77</sup>. In dieser Sicht ist der Zusammenbruch der gemeinrechtlichen Beweistheorie letztlich nur der Niedergang eines universalistischen (quasi-mathematischen) Wissenssystems in einem Gegenstandsbereich, der eigentlich nur moralische Gewißheit (also: fallbezogene Konstruktionen - oder zumindest: ein flexibles Einkalkulieren von Ausnahmen) zuläßt. Diese ältere Begriffstradition der 'moralischen Gewißheit' ist aber für den Begriff der 'moralischen Über-

---

ressentie; elle ne peut être ni commandée ni inspirée, c'est le véritable criterium de la vérité humaine."

<sup>74</sup>Vgl. Mittermaier 1834, 70: "Einen Zustand aber, in welchem unser Fürwahrhalten auf völlig befriedigenden Gründen beruht, deren wir uns bewußt sind, nennen wir Überzeugung."

<sup>75</sup>So etwa der §270 der badischen StPO von 1845, zit. oben bei Fußnote 36.

<sup>76</sup>So die Schlußfrage jenes Textes, der im rheinischen Strafverfahren den Geschworenen vor jeder Entscheidung vorgelesen wurde: "Seid Ihr innigst überzeugt?" (Zit. b. Nessel 1848, 244).

<sup>77</sup>Siehe als Selbstbeschreibung eines Buches über moralische Fragen menschlicher Lebensführung - Loryot 1614, 'Au Lecteur, n.p.: "J'ay bien voulu adviser icy à part tous ceux qui prendront la peine de lire cet oeuvre, que tout ce qu'il traite est vrayement moral: c'est à dire qu'il n'a point de verité si generale, qu'elle ne puisse recevoir quelque exception."

zeugung' nur noch eine schwache oder latente Erinnerung. Bemerkenswert ist, daß die Formel 'moralische Überzeugung' zwar ubiquitär ist, aber undefiniert bleibt. Zu vermuten ist, daß eine perzipierte Nähe von 'Moral' zu 'Gefühl', 'Gemüt', 'Gewissen' (im übrigen natürlich zu 'Sittlichkeit') der Grund für die Weiterverwendung einer eigentlich nicht mehr verstandenen Formel ist. Wahrscheinlich bedarf 'Überzeugung' eines balancierenden Gegengewichts, um rationalistische Fehldeutungen zu vermeiden.

2. Die Funktion des Begriffs der Subjektivität ist die, für den Beweis einen Zurechnungspunkt zu finden, der nicht die Struktur (= die Objektivität) der Welt selbst ist. Dieser Zurechnungspunkt konnte - nach der Kantischen Wende - nur das Subjekt sein. Gleichzeitig muß dem Subjekt eine innere Struktur und eine Weise der Verankerung in der Welt gegeben werden, die es dem Vorwurf, es solle ein 'blos subjektives Meinen' an die Stelle eines 'gehörigen Beweises' gesetzt werden,<sup>78</sup> enthebt. Eine Möglichkeit ist, die Innen/Außen-Differenz des Rechtssystems hier erneut als Bezugsproblem zu verwenden. Die Subjektivität gehört dann auf die Seite des Lebens, dem das Recht als etwas Objektives gegenübersteht,<sup>79</sup> so daß die Subjektivität im Beweis wesentlich eine Vermittlungsleistung zwischen Leben und Recht ist. Eine andere Deutung bietet Theodor Nessel, der Zeit und Subjektivität als in einer Entwicklung (=Bildung) miteinander verbunden sieht, der eventuelle Beweisregeln nur im Wege stehen würden: "Denn der pflichtmäßige Richter wird naturgemäß um so gewissenhafter, und zweifelsvoller, je mehr das Gesetz seine Subjektivität sich entwickeln läßt und ihn von anleitenden Formen entkleidet."<sup>80</sup>

3. Eine dritte Seite ist die der verfügbaren und für die Beweiswürdigung sinnvollerweise einzusetzenden mentalen Ausstattungen. Auffällig ist, daß ich 'Vernunft' nicht gefunden habe, außer, polemisch gegen die Geschworenen gerichtet, es gehe nicht um Glauben, sondern um 'vernünftiges Begreifen'.<sup>81</sup> Häufige Termini sind 'Verstand', 'innerer Verstand', 'eigene Verstandestätigkeit', daneben 'Urteilkraft' - und als ein Begriff von relativ geringer Spezifität, 'Gemüt' und 'gesammeltes Gemüt'. Hinzu kommt die oben schon diskutierte Prominenz von 'Wahrnehmung', die den Beweis als einen Beobachtungsvorgang etabliert, und schließlich die des operationalen Vollzugs

---

<sup>78</sup>So Abegg 1825, XIX, Fn. 7.

<sup>79</sup>Vgl. Gerau 1844, 386.

<sup>80</sup>Nessel 1848, 239. Andere Versionen bei Stahl 1848, 22, und Köstlin 1849, 31.

<sup>81</sup>Zachariä 1846, 306.

'Schlußfolgern'. Insgesamt ist aber deutlich, daß das System freier Beweiswürdigung, insofern es eine Hermeneutik an die Stelle eines analytischen Verfahrens setzt, seinen Schwerpunkt gerade nicht in der internen Auffächerung mentaler Ausstattungen sieht. Stattdessen setzt es eher auf das Zusammenspiel einer Mehrzahl von Kompaktbegriffen.

4. Der letzte dieser Kompaktbegriffe ist 'Gewissen'. 'Gewissen' ist ein deutliches Komplement zu Subjektivität, gewissermaßen die Binnenstruktur, die der Subjektivität eine interne widerständige Realität bietet und insofern Objektivität vertritt. Wie fast alle unsere Termini ist auch 'Gewissen' einer Steigerung durch das Attribut 'Innerstes' des Gewissens zugänglich.<sup>82</sup> In allen Fällen scheint es dabei um einen Zusammenhang von Interiorität, einer dieser Interiorität verdankten Autonomie und auf deren Basis sich bildender Integrität zu gehen.

## VIII Zeugenbeweis: Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit

Der Strafprozeß, wie auch der Zivilprozeß, verfügt im Prinzip über vier Mittel, die Zeugenaussage zu regulieren: 1. Eine vor der Aussage erfolgende Klassifikation der Zeugen, die entweder die Frage betrifft, ob eine Aussage überhaupt zulässig ist, oder der noch nicht gemachten Aussage - ungeachtet ihres künftigen Inhalts - einen Beweiswert zuordnet, der die rechtlichen und prozessualen Folgen festlegt, die an die Aussage angeknüpft werden dürfen. 2. Eine Bewertung des Inhalts der Aussage, die entweder die Aussage selbst evaluiert oder eine Glaubwürdigkeitsprüfung des Zeugen als Person ist und auf diesem Umweg der Evaluierung einer Person ihre Aussage einer Einschätzung unterzieht. 3. Die Möglichkeit der Vereidigung, die den verschiedenen sozialen Pressionen, denen der Zeuge sowieso unterliegt, eine vom Gericht ausgehende (eventuell religiös gestützte) Pression hinzufügt und entgegensetzt, die für den Zeugen das Risiko steigert und sichtbar macht, das für ihn in einer Falschaussage liegt. Sofern die Frage der Vereidigung in irgendeiner Form zur Disposition des Gerichts steht, impliziert dies, daß die Entscheidung über Vereidigung oder Nichtvereidigung des Zeugen Entscheidungen in den beiden ersten Dimensionen (Zulässigkeit, Glaubwürdigkeit) ersetzt, ergänzt oder sichtbar macht. 4. Eine Regulierung von Frage/Antwort-Sequenzen, die entweder die Rollenverteilung im Zeugenverhör (Wer darf wann fragen?) oder die Typen zulässiger Fragen (z.B. Suggestivfragen) und Antwort-

---

<sup>82</sup>So beispielsweise in der Beweisinstruktion für die rheinischen Geschworenen (zit. b. Nessel 1848, 244).

ten (Hörensagen, Schlußfolgerungen etc.) betrifft.

Wie verhält sich nun die Regulierung des Zeugenbeweises zu unserem Leitthema der Subjektivierung strafprozessualen Entscheidens, die wiederum ein noch zu präzisierender Aspekt der Ausdifferenzierungsgeschichte des Rechtssystems ist? Wenn wir den Eid und Regeln für Frage/Antwort-Sequenzen zunächst einmal aussparen, ist ein Zusammenhang offensichtlich. Während die gemeinrechtliche Beweisdoktrin ihren Schwerpunkt in der Klassifikation der Zeugen wählen mußte, weil nur diese - unter den Wissensbedingungen des 18. und 19. Jahrhunderts - gesetzlicher Exaktheit zugänglich schien, gilt umgekehrt für das System freier Beweiswürdigung, daß es jede Klassifikation als Vorwegnahme eines Urteils sehen mußte, das sich gerade nicht durch externe Regulierungen bestimmt sehen wollte. Ein zweiter Aspekt tritt sofort hinzu. Der gemeinrechtliche Strafprozeß, der ein schriftlicher Prozeß war, konnte nicht den Zeugen, den der erkennende Richter ja nicht sah, sondern allenfalls seine Aussage - im Kontext anderer Informationen - einer Evaluation unterziehen.<sup>83</sup> Im Unterschied dazu etabliert das System freier Beweiswürdigung eine Glaubwürdigkeitsprüfung, die im Prinzip von allen mitgebrachten sozialen Attributen des Zeugen absehen will und ganz auf die Wahrnehmung der Glaubwürdigkeit einer sich in der Verhandlung darstellenden Persönlichkeit geht. Evaluation ist hier also Evaluation einer anderen Person und erst in diesem Kontext kann man die Glaubwürdigkeit der Aussage dieser Person abschätzen.<sup>84</sup> Eine ganze Klasse von Voraussetzungen, die der gemeinrechtliche Prozeß nicht mitbrachte, kommen hier ins Spiel: Die zu vernehmende Person muß interaktionell erreichbar sein. Ihre Aussage sollte mündlich gemacht werden. Unmittelbarkeit und vermutlich auch Öffentlichkeit - als Kontrolle der aussagenden Person und des erkennenden Gerichts - treten hinzu. Der strukturelle Zwang zur Personifizierung des Zeugen ist das Komplement zur Subjektivität der Überzeugungsbildung auf der Seite des Gerichts. In beiden Hinsichten könnte man vermuten, daß dies geschieht, weil keine anderen adäquaten Wissenssysteme für eine individualisierende Situationsdeutung zur Verfügung stehen.

Deutlich dürfte sein, daß das System freier Beweiswürdigung zum völligen Abbau aller Restriktionen hinsichtlich der Zulassung von Zeugen tendiert. Auch das bedeutet er-

---

<sup>83</sup>Vgl. dazu Mittermaier 1822, 198.

<sup>84</sup>Luhmann 1990a, 54, weist darauf hin, wie sehr dies eine Sonderlage ist: "Es sind extremliegende Ausnahmefälle, in denen man Personen kennen muß, um zu wissen, was gewußt wird; und dies sind typisch Fälle (zum Beispiel Zeugenaussagen vor Gericht), bei denen es auf Wahrnehmung ankommt."



neut eine Entrechtlichung des Beweises, da nur die Frage der Zulassung von Zeugen sinnvoll als eine Rechtsfrage behandelt werden konnte<sup>85</sup>. Noch die Gesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts bestätigt zunächst die Unterscheidung dreier Klassen von Zeugen, die sich im 17. und 18. Jahrhundert herausgebildet hat: untüchtige, verdächtige und klassische Zeugen, wobei verdächtige Zeugen allenfalls eine Wahrscheinlichkeit begründen konnten und sich nur mit klassischen Zeugen die Möglichkeit rechtlicher Gewißheit verband<sup>86</sup>. Gleichzeitig löst die Tendenz zur Anknüpfung von Rechtsfolgen (also nicht nur Untersuchungsschritten) an unvollständige Beweise dieselben Klassifikationen auch auf: faktisch ergänzt man (unvollständige) Indizien durch (unvollständige) Zeugenaussagen und spricht im Resultat etwa eine außerordentliche Strafe aus. Die preußischen Verordnungen von 1846 und 1849, die erstmals die freie Beweiswürdigung normiert haben, versuchen zunächst noch die Regeln der Zulassung von Zeugen unverändert beizubehalten<sup>87</sup>. Faktisch schuf dies eine strukturelle Inkompatibilität zweier verschiedener Imperative, die in der Praxis schnell zusammenbrach. Bereits Theodor Nessel notiert 1848 zu Recht, daß beliebig anrühige Personen (beispielsweise Denunzianten) für die Bildung einer moralischen Überzeugung glaubwürdige Zeugen sein mögen<sup>88</sup>. Die Dimensionen des Umbaus liegen auf der Hand: Ein Umbau von quantitativen (Zahl der Zeugen) auf qualitative Einschätzungen; eine Umstellung von generalisierten Ausschlußgründen auf individualisierende Glaubwürdigkeitsprüfungen der Person. Die Wahrnehmungsfähigkeit der aussagenden Person ist schließlich die letzte verbleibende Kondition: Ein Zeuge muß "Wahrnehmungen machen und über sie berichten" können<sup>89</sup>. Im übrigen zieht sich die Regulation auf den Eid zurück. Ausschluß vom Eid ist auch nach den Reformgesetzen der siebziger und achtziger Jahre möglich.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup>Vgl. zur englischen Situation, wo Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit mittels einer Rollenverteilung auf Richter bzw. Geschworene gehandhabt werden und nur die erstere Frage eine Rechtsfrage ist, Mittermaier 1851, 327-9; Glaser 1881, 211-2.

<sup>86</sup>Vgl. Mittermaier 1834, 301; Glaser 1883, 206-7, am Beispiel der preussischen Criminalgerichtsordnung von 1805.

<sup>87</sup>Vgl. Kries 1892, 350-1; Glaser 1883, 26.

<sup>88</sup>Er nimmt die wegen Meineids bereits Bestraften aus - Nessel 1848, 253.

<sup>89</sup>So Peters 1985, 344.

<sup>90</sup>Vgl. Glaser 1883, 241; Geyer 1879, 233-4.

Zu betonen ist noch, daß die gerade dargelegte historisch-sachliche Sequenz von Schritten auch in umgekehrter Kausalrichtung gelesen werden kann. Bereits unter den Prämissen der gesetzlichen Beweistheorie war der Zeugenbeweis von einer abschließenden Wertung des Richters, die die Glaubwürdigkeit selbst des klassischen Zeugen betraf, nicht frei, und insofern konnte man immer schon wissen, daß "der Richter, indem er über die Beweiskraft der Zeugen urteilt, nur als ein Geschworener entscheidet, auf welchen durch Vergleichung aller Nebenumstände ein gewisser Totaleindruck bewirkt wird."<sup>91</sup>. In dieser Sicht geht die Dynamik der Entwicklung des Beweisrechts also von der im Zeugenbeweis immer schon angelegten Glaubwürdigkeitsprüfung aus, die in der Folge auf Momente wie Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens hindrängt, weil ohne diese Strukturprinzipien des Verfahrens relevante Nebeneindrücke, die die Glaubwürdigkeit des Zeugen stützen oder erschüttern, sich gar nicht erst bilden können. 'Freie Beweiswürdigung' ist in dieser Perspektive dann nur die Generalisierung eines interpretativen Musters, das am Beispiel des Zeugenbeweises erstmals als ein unhintergebares Muster wahrgenommen und durchgesetzt worden ist, so daß die Funktion des Zeugenbeweises in dieser Perspektive wesentlich auch die ist, einen Erfahrungsraum bereitgestellt zu haben, der den Übergang zum System freier Beweiswürdigung irgendwann als zwingend erscheinen ließ.<sup>92</sup>

## IX Freie Beweiswürdigung als Hermeneutik

Die freie Beweiswürdigung setzt eine Hermeneutik an die Stelle einer Analytik, und wie gerade am Beispiel des Zeugenbeweises sichtbar wird, handelt es sich nicht um eine Texthermeneutik, nicht um eine Technik der Sinnexplikation der in schriftliche Form gebrachten Aussagen, vielmehr um eine Hermeneutik der Interaktion, eine Auslegung von in öffentlicher, zudem dialogischer 'Rede' gemachten Aussagen. Auch diese Umstellung von einem schriftlichem auf ein mündliches Verfahren ist eine Dimension eines bewußten Rationalitätsverzichts, einer Umstellung des Verfahrens von formaler auf informelle Rationalität<sup>93</sup>, die sich auf rigorose formale Regeln nicht mehr

---

<sup>91</sup>Mittermaier 1834, 342.

<sup>92</sup>Ähnlich argumentiert Brauer 1840 für den Indizienbeweis.

<sup>93</sup>Vgl. mit der Hypothese, daß eine sich in der Frühneuzeit vollziehende Umstellung auf 'informelle Rationalität' der Grund des Erfolgs der modernen Wissenschaft ist, Putnam 1981, insb. 377-8.

stützen kann und will. Auffällig ist auch, daß dies eine juristenfremde Technik ist, da Schulung und Tradition den Juristen auf die Interpretation von Texten festlegen.

Welches sind die Momente dieser Hermeneutik? Im Vordergrund steht zunächst eine Semantik, die sich auf Termini wie 'Gesamteindruck', 'Totaleindruck', 'Totalanschauung' stützt. Damit ist in der Regel gemeint, daß ein fokussierter Sinnkern (die 'expressis verbis' gemachte Aussage) von einer Vielzahl von Nebeneindrücken umspielt wird und man diese Nebeneindrücke nicht etwa auszuschalten versucht, vielmehr als Bedingungen der Evaluation des Sinnkerns zu verstehen lernt. Theodor Nessel spricht mit Bezug auf diese Relation (von Sinnkern und Nebeneindrücken) bezeichnenderweise von der "inneren Glaubwürdigkeit der Aussage eines Zeugen". Deren Sicherung ist auf den 'Anblick' des Zeugen und den 'Eindruck', den dieser macht, angewiesen, verlangt also Unmittelbarkeit und Mündlichkeit: "Mit der mündlichen Verhandlung vermehrt sich auch die Zahl der Indicien für die moralische Ueberzeugung in überraschender Weise. Blicke, Worte, Bewegungen, die kleinsten Manifestationen der sich gegenüberstehenden Personen, Alles gestaltet sich zu einem festen Gesamteindrucke, den Nichts zu ersetzen vermag."<sup>94</sup> Ein dialektisch-dialogisches Moment tritt hinzu: "alles Dunkele, sich Widersprechende in den einzelnen Aussagen, und dem Angeklagten gegenüber, löst sich durch kurzes Hin- und Her-Reden"<sup>95</sup>. Bemerkenswert ist nun - außer dieser Wiederbelebung von Mündlichkeit und Dialektik als Garanten informeller Rationalität - vor allem eins: Die beispielsweise für den Zeugenbeweis bestimmend werdende Relation von explizitem Aussageinhalt und Nebeneindrücken führt dazu, daß sich der Zeugenbeweis nicht mehr prinzipiell von einem Indizienbeweis unterscheiden läßt, da Nebeneindrücke, wie ja auch Nessel - wenn auch vielleicht nicht mit voller Absicht - sagt, nichts anderes sind als Indizien. Auch insofern ist die Hermeneutik freier Beweiswürdigung inkompatibel mit jeder Isolierung der Beweismittel gegeneinander.

Der Gegenbegriff zu Gesamteindruck ist 'Detail', 'Einzelheit'. Diesem kann in einer Hermeneutik weitreichende Bedeutung zukommen, weil vielleicht erst ein letztes Detail ein bereits entstandenes komplexes Bild zu einem Gesamteindruck abschließt, aber dieses Abschließen immer auch die Form haben mag, daß eine Interpretation, die sich bereits fast durchgesetzt hat, im letzten Augenblick noch in die Gegenrichtung um-

---

<sup>94</sup>Nessel 1848, 240 (Hervorhebung von mir).

<sup>95</sup>Ebd. (Hervorhebung von mir).

kippt.<sup>96</sup> Kompliziert wird diese Lage dadurch, daß man wissen kann, daß einzelne Details auch falsch sein dürfen, ja dies fast sein müssen, ohne daß dadurch die eventuelle Wahrheit einer Aussage gefährdet würde. Eine zu weit getriebene Konsistenz einer Aussage ist unter den Voraussetzungen menschlicher Fähigkeiten zur Informationsverarbeitung eher ein Indiz der Unwahrheit, so daß die Schwierigkeit die ist, zwischen jenen (normalisierend) falschen Details, die eine im ganzen richtige Aussage eher beglaubigen,<sup>97</sup> und anderen (verräterisch) falschen Details, die eine bis dahin glaubwürdig scheinende Aussage überraschend invalidieren, auf wiederum überzeugende Weise zu unterscheiden.

## **X Individualisierung des Falles - Ausdifferenzierung des Verfahrens**

In Umrissen dürfte bereits sichtbar geworden sein, daß eine entscheidende These des hier skizzierten Argumentationsgangs die ist, daß die Bedeutung der Subjektivierung rechtlicher Entscheidungsfindung darin liegt, daß ihr eine Individualisierung der Fallbehandlung und eine Ausdifferenzierung des Verfahrens als rechtlicher Erkenntnisprozeß gelingt. Beides war unter den Prämissen der gemeinrechtlichen Beweistheorie nicht möglich. Gerade für die umfassenden Vorregulierungen der gesetzlichen Beweistheorie gelten die beiden folgenden entscheidenden Restriktionen: Erstens verstecken sich in diesen Vorregulierungen - also insbesondere in den Klassifikationen von Zeugen - Vorentscheidungen, die relativ konkrete rechtssystemexterne Wertungen (ständische Abstufungen, Wertungen bestimmter Berufe als unehrenhaft, Klassifikationen des Typs bekannt/fremd) übernehmen.<sup>98</sup> Zweitens immunisieren sie das Verfahren gegen in diesem Verfahren erzeugte neue Informationen, die den Erfahrungsgehalt und die rechtliche und gesellschaftliche Adäquität ebendieser Regeln der gesetzlichen Beweistheorie infragestellen könnten, blockieren also die Lernfä-

---

<sup>96</sup>Vgl. schon Feuerbach 1813, 29-30: "Die rein subjective Ueberzeugung gleicht einer fein empfindenden Wage, auf welcher eine Kleinigkeit mehr oder weniger den Ausschlag zur Rechten und zur Linken gibt, für welche also nichts unbedeutend ist."

<sup>97</sup>Vgl. das Zitat von Paley bei Glaser 1883, 267, Fn. 114: "The usual character of human testimony is substantial truth under circumstantial variety."

<sup>98</sup>Siehe etwa die bei Abegg 1841, 154, n. 196, aufgezählten, positiv die Glaubwürdigkeit bestimmenden Momente: " ... wenn die Zeugen dem Richter bekannte, rechtschaffene Personen von bewährtem Charakter sind und in dieser Hinsicht die Anerkennung der Besseren in der öffentlichen Meinung für sich haben."

higkeit des Verfahrens.

Demgegenüber ist unter den Prämissen des neuen Systems moralischer Überzeugung und subjektiver Entscheidungsfindung folgendes festzustellen: Gerade weil es auf gesetzliche Bindungen des Beweises verzichtet, gelingt ihm eine Individualisierung des Falles. Das sei an einem englischen Beispiel erläutert: In England wird in einem Rechtsstreit von 1744 ein Übergang zu einer fallbezogenen Flexibilisierung des Beweisrechts (es ging darum, ob ein Nichtchrist als Zeuge vernommen werden kann, obwohl seine Vereidigung ausscheidet) mit den Worten formuliert, es gebe nur "one general rule of evidence, the best that the nature of the case will admit".<sup>99</sup> Parallel zu einer so verstandenen Individualisierung des Falles, in Hinsicht auf die 'case law' und rechtliche Deregulierung des Verfahrens funktionale Äquivalente sind, vollzieht sich eine Ausdifferenzierung des Verfahrens in genau dem Sinne, daß man unter der Prämisse freier Beweiswürdigung und mittels der ihr korrespondierenden Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, schließlich auch dank Ausschließung privaten, nicht im Verfahren selbst erzeugten Wissens,<sup>100</sup> dieses Verfahren als einen selbstregulativen, in seinem Ergebnis nicht vorherbestimmten Erkenntnisprozeß zu organisieren imstande ist. Das schließt dann u.a. auch ein, daß man eine Bindungswirkung zu vermeiden versucht, die von früheren Aussagen im Verfahren auf spätere Aussagen derselben Person ausgeübt wird, so daß auch in dieser Hinsicht das Verfahren sich immer wieder selbst überraschen kann<sup>101</sup>.

Die Kosten dieses internen Strukturgewinns, und d.h. auch, Gewinns an interner Differenzierungsfähigkeit, dürften deutlich geworden sein: Der Strafprozeß handelt sich eine Bindung an zwar sehr generelle, eine Inklusion von jedermann vermittelnde, aber eben doch rechtsexterne Gesichtspunkte der Moral, Billigkeit und Sittlichkeit ein. Die Leitfrage für die weitere Erforschung der Entwicklung des Beweisrechts in Deutsch-

---

<sup>99</sup>Siehe näher und zum wirtschaftsgeschichtlichen Kontext Lieberman 1989, 89-94, das Zitat auf 93.

<sup>100</sup>Vgl. am Beispiel der englischen Entwicklung den Übergang von einer 'self-informing jury', die aus den Leuten besteht, die um eine Sache hinreichend Bescheid wissen, so daß sie die Sache auf der Basis privaten Wissens entscheiden können, zu einer Jury als einem Gremium von in der Sache nicht informierten (und nicht interessierten) Personen, vor denen im Verfahren selbst die Fakten bewiesen werden müssen. Siehe dazu Damaska 1986, 40.

<sup>101</sup>Siehe am Beispiel angelsächsischer Systeme Mittermaier 1851, 333-5.

land (nach ca. 1870) wird sein, wie es nach dem Abbau eines klassischen Wissenssystems und nach seiner Ersetzung durch zwar undifferenziertere, aber auch lernfähigere Wissensgrundlagen, zu einem erneuten Einbau von Wissenssystemen ganz anderer Art (beispielsweise: wissenschaftliche Forschung über Zeugen) kommen kann und ob dies eine erneute rechtliche Regulierung des Beweises mit sich bringt. Um dies vorgehend mit einem Beispiel anzudeuten: Während der vom Zeugen hinterlassene Eindruck (idealiter: 'Totaleindruck') ein Schlüsselbegriff der subjektiven Würdigung der Zeugenaussage wurde, warnen Beobachter des 20. Jahrhunderts gerade vor der Benutzung von 'Eindrücken', weil dies das jetzt ermöglichte Niveau einer analytisch-dekomponierenden Würdigung von Zeugenaussagen unterschreite.<sup>102</sup>

## **XI Rückbindung des Beweises an neue Regeln**

Vieles spricht dafür, daß unsere Studie eine Sonderkonstellation der Prozeßrechtsgeschichte - von allerdings weichenstellender Bedeutung - in den Blick bekommen hat. Ein altes Beweissystem mit gelehrt-wissenschaftlichen Präentionen bricht zusammen und öffnet den Weg für eine Individualisierung des Falles, eine Ausdifferenzierung des Verfahrens als rechtliches Erkenntnisssystem, schließlich für eine interaktionelle Basierung dieses Verfahrens. Kontrollen und Anlehnungen für diese neue Freiheit werden eher rechtsextern gesucht: für die Entscheidungsfindung werden Kompetenzen relevant, die jedem Menschen schlechthin zukommen. Die daraus resultierenden strukturellen Kopplungen des Rechts mit rechtsexternen Kompetenzen werden in Termini von objektiv/subjektiv, Recht/Moral, Recht/Sittlichkeit und ähnlichen Dualen näher analysierbar - und selbst das stabilste Residuum des alten Beweissystems, eine selektive Handhabung der Vereidigung,<sup>103</sup> ruht auf einer durch staatliche Zwangsgewalt gestützten Nutzung religiöser Gewissensbildung zu rechtlichen Zwecken,<sup>104</sup> besitzt also wegen dieser Kopplung von Religion und Recht eine innere Affinität zum kulturellen Stil des neuen Beweissystems.

Gibt es keine alternativen Möglichkeiten einer Gewißheitssteigerung, die der subjektiven und als solche freien Beweiswürdigung des neuen Prozesses assistieren könn-

---

<sup>102</sup>Peters 1985, 403-6.

<sup>103</sup>Siehe für Deutschland und Österreich Glaser 1883, 241.

<sup>104</sup>Dazu interessant Gmelin 1909.

ten? Eine Form der Kontinuitäts- und zugleich Gewißheitssicherung, die man vielfach vertreten findet, war der Vorschlag, daß die gesetzlichen Beweisregeln, denen jeglicher präskriptiver Charakter verlorengegangen sei, fort dauern könnten als Erfahrungsregeln einer Beweiswürdigung, da in ihnen ja ein in Jahrhunderten sedimentiertes Erfahrungswissen verfügbar sei, so daß sie statt einer normierenden Rolle die eines wissenschaftsanalogen Wissenssystems spielen könnten.<sup>105</sup> Daneben tritt die These einer richterlichen Erfahrungsbildung, die aus dem praktischen Umgang mit einer Unzahl von Fällen eine intuitive Kenntnis entstehen sieht, die mit erstaunlicher Sicherheit Zeugenaussagen zu bewerten weiß.<sup>106</sup> An die Stelle von Inklusion (per universeller Kompetenzen) tritt also hier schon wieder Professionalität.

Wichtig aber scheint mir in der Folge vor allem ein Moment zu werden. Die Entwicklung, die wir hier analysiert haben, ist konzentriert auf die Egalisierung der Zeugenaussagen und die Äquivalenz der Beweismittel und beides sind Tendenzen, die sich in der Subjektivität der Wahrnehmungen und Schlüsse der entscheidungsfindenden Personen und Gremien vollenden. Ein bald von zentraler Bedeutung werdendes Problem aber hat sich diesen Denk- und Rechtsentwicklungen noch weitgehend entzogen. Man konnte nur deshalb in diesem Grade auf freie Beweiswürdigung durch Urteiler setzen, weil man unterstellte, daß das Gegenüber, mit dessen Evaluation sie befaßt waren, seinerseits eine freie Subjektivität war, die zwar (den Richter, die Jury) zu täuschen imstande war, aber sich nicht systematisch selbst täuschte. Was aber, wenn gerade diese Prämisse sich als falsch erwies, wenn sich herausstellte, daß erstens das Gedächtnis eine Fehlerquelle ersten Ranges ist<sup>107</sup>, zweitens die Selbsttäuschung eines Zeugen vermutlich viel wahrscheinlicher ist, als der durch den Zeugen unternommene Versuch, eine andere Person bewußt zu täuschen<sup>108</sup>, drittens die Interessenabhängigkeit bereits der Wahrnehmungen (und nicht erst der zu Aussagen umgeformten Wahrnehmungen) des Zeugen immer deutlicher ins Bewußtsein tritt. Diese und vergleichbare Einsichten relativieren die Zentralstellung des Begriffs der Glaubwürdigkeit. Stattdessen fällt zunächst auf, daß Aussagen notwendigerweise fehlerbelastet sind, und das legt es nahe, die Fehler "in ihren Ursachen und ihrem

---

<sup>105</sup>Siehe etwa Kries 1892, 380. Siehe zu diesem Zusammenhang auch Koch 1993.

<sup>106</sup>Siehe etwa Gmelin 1909, 2.

<sup>107</sup>Gmelin 1909, 4, resümiert, die neuere Forschung habe den Satz gebildet: "die fehlerhafte Erinnerung ist nicht die Regel, sondern die Ausnahme."

<sup>108</sup>Gross 1905, 9, formuliert dies als einen seinerseits zweifellosen Erfahrungssatz: "Die Leute wissen nicht, was sie wissen."

Umfang zu erforschen."<sup>109</sup> Damit ist ein Einfallstor benannt, das das rechtliche Verfahren für neue Wissenssysteme öffnet, die diese Leistung der Erforschung und eventuellen Vermeidung von Fehlern zu befördern versprechen.<sup>110</sup>

Ein zweites Moment ist, daß das als Erkenntnisprozeß ausdifferenzierte Verfahren in seiner scheinbaren 'Natürlichkeit' fragwürdig wird. Während die Reformemphase des 19. Jahrhunderts zu glauben schien, daß das mündliche, öffentliche, auf Unmittelbarkeit und interaktioneller Konfrontation aufruhende Verfahren eine natürliche und ungezwungene - weil gleichsam lebensweltliche - Wahrheitsfindung erlaube, wird zunehmend etwas anderes deutlich: Mit der Abschaffung einer Vorausklassifikation des Beweiswerts von Zeugenaussagen und anderen Beweismitteln hat man nur die Bindung des Prozesses an rechtsexterne soziale Rollen (ständischen Status etc.) abgelegt. Der Prozeß erzeugt aber seine eigene interne Rollenstruktur und Einflußverteilung als prozeßinterne Ursache der Formung (und Deformierung) von Aussagen.<sup>111</sup> Weiterhin entstehen prozeßeigene Darstellungsbedarfe, etwa der Art, daß auf "Erzielung von Anschaulichkeit und Übersichtlichkeit für die übrigen Zuhörer" geachtet werden soll.<sup>112</sup> Wie aber soll der Prozeß diese Effekte seiner eigenen Struktur noch kon-

---

<sup>109</sup>Gmelin 1909, 5.

<sup>110</sup>An dieser Stelle wäre der Vergleich zur Naturwissenschaft, insbesondere Physik, interessant, die bereits seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts um die Allgegenwart von Fehlerquellen in Beobachtungen und Experimenten weiß und zunächst auf Fehlerausschaltung setzt, danach seit der Mitte des 19. Jahrhunderts auf Fehlerrechnung als einen Versuch der quantitativen Abschätzung unvermeidbarer Fehler. (Siehe dazu Stichweh 1984, insb. 232-8, 241; Olesko 1991).

<sup>111</sup>Siehe etwa Peters 1985, 405: " ... dem Gericht wenigstens in der Hauptverhandlung nur beschränkte Erkenntnismittel zur Frage der Glaubwürdigkeit zur Verfügung stehen. ... alle Beteiligten in Rollen und damit ... in Masken auftreten. Der Gerichtssaal ist zudem der denkbar ungeeignetste Ort, in das geistig-seelische Leben eines Menschen einzudringen. Das beruht auf der notwendigen Formalisierung des Verfahrens, auf der Gegenwart zahlreicher Personen (Amtspersonen in Roben, Pressevertreter und sonstige Öffentlichkeit) und auf der räumlichen Entfernung der Miteinandersprechenden. Tests können nicht vorgenommen werden."

<sup>112</sup>Glaser 1883, 229-30, der zusätzlich Narrativitätsforderungen anmeldet: "Es muss in natürlicher Aufeinanderfolge der Ereignisse die Erzählung, die der Zeuge bieten will, hervortreten."



trollieren können?<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup>Peters 1985, 407 (vgl. auch Undeutsch 1984, 58), denkt an die Beobachtung von Aussageketten, d.h. an den Vergleich der Aussagen derselben Person in den verschiedenen Phasen des Verfahrens. Damit ist die Bedeutung der Hauptverhandlung und der gerade sie beschreibenden Prozeßmaximen erneut relativiert.

## Literatur

Abegg, Julius Friedrich Heinrich, 1825: Bemerkungen über die wissenschaftliche Behandlung des Criminal-Processes. S. XIII-XXXVI in: Ders. 1833.

Abegg, Julius Friedrich Heinrich, 1833: Lehrbuch des gemeinen Criminal-Processes mit besonderer Berücksichtigung des Preussischen Rechts. Königsberg.

Abegg, Julius Friedrich Heinrich, 1841: Beiträge zur Strafprocess-Gesetzgebung. Neustadt an der Orla.

Brauer, W., 1840: Ueber die Unzuverlässigkeit des direkten Zeugenbeweises. Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechts-Pflege 14, 1-34.

Damaska, Mirjan R., 1986: The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven und London.

Falck, Nikolaus, 1819: Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 1-87 in: Kieler Blätter für 1819. Bd. 1. Kiel.

Feuerbach, Paul Johann Anselm, 1813: Betrachtungen über das Geschwornengericht. Landshut.

Foerster, Heinz von, 1985: Sicht und Einsicht. Braunschweig und Wiesbaden.

Gans, Eduard, 1830: Die Richter als Geschworne. S. 68-96 in: Ders., Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung. Berlin 1830-2.

Gerau, 1844: Ueber gesetzliche Beweistheorie mit speciellem Hinblicke auf Beweis durch Anzeigen. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren N.F. 1, 371-412.

Geyer, A., 1879: Der Beweis im Strafprozeß. S. 185-304 in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Bd. 1. Berlin.

Glaser, Julius, 1883: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess. Leipzig. ND Aalen 1978.

Gmelin, Johann Georg, 1909: Zur Psychologie der Aussage. 2. Aufl. Hannover.

Gross, Hans, 1905: Kriminal-Psychologie. 2. Aufl. Leipzig.

Haber, Günter, 1979: Probleme der Strafprozeßgeschichte im Vormärz. Ein Beitrag zum Rechtsdenken des aufsteigenden Bürgertums. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91, 590-636.

Hegel, Georg Friedrich Wilhelm, 1821: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Theorie Werkausgabe Suhrkamp Verlag, Bd. 7. Frankfurt 1970.

Kant, Immanuel, 1784: Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht. S. 31-50 in: W. Weischedel (Hrsg.), Werke, Bd. 9. Darmstadt 1975.

Kleinschrod, Gallus Aloys, 1797: Über die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises. S. 1-

- 60 in: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse. 1. Theil. Erlangen.
- Koch, Elisabeth, 1993: Der Zeugenbeweis in der deutschen Strafprozeßrechts-reform des 19. Jahrhunderts. Ms. Frankfurt.
- Köstlin, Reinhold, 1849: Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert. Tübingen.
- Kries, August von, 1892: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i.B.
- Landau, Peter, 1987: Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert. S. 241-304 in: Antonio Padoa Schioppa (Hrsg.), The Trial Jury in England, France, and Germany 1700-1900. Berlin.
- Langbein, John H., 1977: Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime. Chicago.
- Leue, Friedrich Gottfried, 1847: Das deutsche Schöffen-Gericht. Leipzig.
- Lieberman, David, 1989: The Province of Legislation Determined. Legal Theory in Eighteenth-Century Britain. Cambridge.
- Loryot, Francois, 1614: Les secretz moraux. Concernant les passions du Coeur humain. Paris.
- Luhmann, Niklas, 1969: Legitimation durch Verfahren. Neuwied und Berlin.
- Luhmann, Niklas, 1990: Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt a.M.
- Luhmann, Niklas, 1990a: Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität. S. 31-58 in: Ders., Soziologische Aufklärung 5. Opladen.
- Mauß, Detlef, 1974: Die "Lügenstrafe" nach Abschaffung der Folter ab 1740. Diss. jur. Universität Marburg.
- Mittermaier, C.J.A., 1822: Ueber das teutschrechtliche Verfahren bei dem Zeugenbeweis in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Verfahren und neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung. Archiv für die civilistische Praxis 5, 69-104, 177-204.
- Mittermaier, C.J.A., 1834: Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher. Darmstadt.
- Mittermaier, C.J.A., 1851: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung. Erlangen.
- Nessel, Theodor, 1848: Das preußische Strafprozeßgesetz vom 17ten Juli 1846 und dessen Zukunft im Vergleich mit dem Rheinischen Strafverfahren systematisch und kritisch entwickelt. Berlin.
- Olesko, Kathryn M., 1991: Physics as a Calling. Discipline and Practice in the Königsberg Seminar for Physics. Ithaca und London.
- Parsons, Talcott, 1937: The Structure of Social Action. New York.

Peters, Karl, 1985: Strafprozeß. Ein Lehrbuch. 4. Aufl. Heidelberg.

Putnam, Hilary, 1981: The Impact of Science on Modern Conceptions of Rationality. *Synthese* 46, 359-382.

Raeff, Marc, 1983: The Well-Ordered Police State. Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia, 1600-1800. New Haven und London.

Rupp, Erwin, 1884: Der Beweis im Strafverfahren. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Darstellung des deutschen Prozeßrechts. Freiburg und Tübingen.

Savigny, Friedrich Carl von, 1858/(1846): Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse. *Archiv für preußisches Strafrecht* 6, 469-491.

Schmidt, Eberhard, 1965: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen.

Schubert, Werner/Regge, Jürgen (Hrsg.), 1989: Entstehung und Quellen der Strafprozeßordnung von 1877. Frankfurt a.M.

Stahl, Friedrich Julius, 1848: Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Berlin.

Stichweh, Rudolf, 1984: Zur Entstehung des modernen Systems wissenschaftlicher Disziplinen. Physik in Deutschland 1740-1890. Frankfurt a.M.

Stichweh, Rudolf, 1988: Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft. S. 261-293 in: Renate Mayntz et al., Differenzierung und Verselbständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme. Frankfurt a.M.

Undeutsch, Udo, 1984: Courtroom Evaluation of Eyewitness Testimony. *International Review of Applied Psychology* 33, 51-67.

Zachariae, Heinrich Albert, 1846: Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens. Göttingen.

Zachariae, Heinrich Albert, 1861/1868: Handbuch des deutschen Strafprocesses. Bd. 1 u. 2. Göttingen.