

Auszug aus der

**Festschrift für Franz Riklin**

Herausgegeben von

M. A. Niggli / José Hurtado Pozo / Nicolas Queloz

---

»Blutegel, Tintenschlecker,  
Rechtsverdreher«.  
Fürsprecher und Advokaten  
im alten Bern

---

René Pahud de Mortanges

Schulthess §

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007  
ISBN 978-3-7255-5515-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## „Blutegel, Tintenschlecker, Rechtsverdreher“. Fürsprecher und Advokaten im alten Bern\*



*René Pahud de Mortanges*



### I. Das Weinspiel

Hans Rudolf Manuel (1525–1571), zweiter Sohn des grossen Niklaus Manuel, hat sich wie sein Vater nicht nur in der figürlichen Kunst hervorgetan, sondern auch als Dichter eines Fasnachtsspieles.<sup>1</sup> Sein 1548 erschienenes Weinspiel<sup>2</sup> war gewiss zur Belustigung des Publikums verfasst worden; gleichzeitig informierte es dieses und auch noch die heutigen Leser über die

\* FRANZ RIKLIN hat 1969/70 das Anwaltspatent des Kantons Solothurn erworben und amtierte anschliessend als *Fürsprech* und Notar: Solothurn hielt im 20. Jh. gleich wie Bern, aber anders als alle anderen Kantone der Schweiz, noch an der überlieferten Bezeichnung des Rechtsanwaltes fest. Das mag es rechtfertigen, in der vorliegenden Festschrift der Geschichte des Fürsprech(er)s nachzugehen. 1980 absolvierte der Jubilar – nach drei Jahren als Extraordinarius – seine erste Vorlesung als ordentlicher Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg, dies gemeinsam mit dem Schreibenden – der eine als Dozent, der andere als erstsemestriger Student!

<sup>1</sup> Über ihn vgl. Art. Manuel, Hans Rudolf, in: e-HLS ([www.hls.ch](http://www.hls.ch)).

<sup>2</sup> Ediert in: Fünf Komödien des 16. Jahrhunderts, hrsg. von WALTER HAAS und MARTIN STERN, Bern 1989, 211 ff.

*René Pahud de Mortanges: "Blutegel, Tintenschlecker, Rechtsverdreher". Fürsprecher und Advokaten im alten Bern, in: M. A. Niggli, J. Hurtado Pozo, N. Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 483-496.*

Gerichtspraxis seiner Zeit. Wie es vor dem Gericht zugeht, wusste Manuel als Mitglied einer Familie von Ratsherren und Landvögten aus eigener Anschauung, zumal diese ja auch als Richter amtierten. Sein Vater war 1510 Landvogt in Erlach gewesen; er selber sollte dieses Amt ab 1562 in Morges bekleiden.

Schauen wir uns die Szenerie des Weinspiels an. Im Wirtshaus schmähen einige trunkene Gesellen den Wein und greifen ihn in seiner Ehre an. Der Wein bringe sie um ihre Ersparnisse. Nach einer durchzechten Nacht fänden sie zudem ihr Bett nicht mehr, sondern wachten am anderen Morgen auf „z'underst an der stegen“ des Hauses „mit einem loch im ruggen“ und „drüben im grind“. Solche Verleumdungen lässt sich der Wein nicht gefallen; erobert erhebt er Klage beim Richter Boverius Witzbüttel. Dieser setzt die Gerichtsverhandlung auf den nächsten Tag an und lässt die Verleumder durch den Stadtknecht im Namen des Weines vorladen. Die Beklagten erscheinen zur angegebenen Zeit und der Richter auferlegt den Gerichtsfrieden mit den Worten:

*„Verbannend's gericht einist, adrist,  
zum dritten mal wie recht hie ist!  
Nyemand sol reden noch sich rächen  
On sin erlaupten fürsprechen!“*

Kläger und Beklagte können also in der Verhandlung nicht ohne Fürsprecher auftreten. Die Beklagten erhalten deshalb als Fürsprecher Herrn Sixt Haseney, der Wein Herrn Anshelm Oepfelmus. Letzterer weigert sich zunächst, das Fürsprecheramt zu übernehmen, willigt aber dann doch ein unter der Bedingung, dass der Wein selbst seine Klage vorbringe und er selber nur als Beistand neben ihm stehe. Nun gehen die Klagen und Gegenklagen hin und her; der Wein weiss seinen Standpunkt geschickt vorzubringen:

*„Ich mag mich nit vor üch verschlüssen,  
Ir sufend dass üch d'ougen trüffen  
Und scheltend mich an miner eeren,  
das muessend ir mir wider keren<sup>3</sup>!“*

Es entsteht ein wildes Wortgefecht, die Situation gerät ausser Kontrolle und schliesslich werden die Parteien handgreiflich. Da schreitet der Richter ein und droht die Streithähne einzusperren. Er lässt sie aus dem Gerichtssaal werfen und berät sich mit seinen Gerichtsbeisassen. Da die Gesellen nicht in der Lage waren, die erforderlichen sieben Zeugen gegen die Ehre des Weines vorzubringen, obsiegt der Wein. Die Verleumder werden zur Strafe auf die

<sup>3</sup> Widerkehren meint widerrufen, also den Wein in den alten Stand seiner Ehre wiedereinsetzen.

Narrenbank geschleppt, wo sich ein Narr in einem *Britschenlied* über sie lustig macht.

Diese derbe Posse zeigt uns verschiedene Elemente des Prozessrechtes in Bern des 16. Jhs.<sup>4</sup> Der Strafprozess wird durch Klage des Geschädigten eingeleitet, es erfolgt die Ladung der Beklagten durch den Gerichtsweibel, zu Beginn der Verhandlung wird der Gerichtsfriede durch den Richter beschworen und dann wird den Parteien ein Fürsprecher gegeben; es besteht also, modern gesagt, „Anwaltszwang“.

## II. Der Richter-Fürsprecher

Fragen wir uns hier zunächst: War ein Berner Fürsprecher des 16. Jhs. dasselbe wie ein heutiger Anwalt? Der heutige Anwalt hat ein Rechtsstudium absolviert und übt einen freien Beruf aus. Er ist nicht in die Justizbehörden integriert; ein wesentliches Element moderner Rechtspflege ist gerade seine *Unabhängigkeit* von den Gerichtsbehörden. Der Anwalt vertritt die Partei auf ihren Wunsch hin vor Gericht. Indem er sich für die Parteiinteressen einsetzt, verhilft er der Wahrheitsfindung vor Gericht zum Durchbruch. Die Richter hören die Argumente der Anwälte an und entscheiden dann in freier Würdigung der Beweismittel. Dieses Konzept des Rechtsbeistandes geht zurück auf den *advocatus* der römischen Antike und gelangt bei uns erst im 19. Jh. zum Durchbruch (siehe unten VIII.).

Beim frühneuzeitlichen Fürsprecher in Bern war dies alles anders: der Fürsprecher war Mitglied des Gerichtes. Aus der Zahl der Beisitzer wurde er vom Gerichtsvorsitzenden *ad hoc* bestimmt, um für eine der Parteien die Rede zu tun. Weil nicht davon ausgegangen werden konnte, dass die Parteien das Recht kannten, wurde ihnen ein Gerichtsbeisitzer zur Seite gestellt, der das Recht aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit kannte und nun für sie sprach. Mit seinen Argumenten versuchte er die anderen Beisitzer zu überzeugen. Hatte er in der Verhandlung für die ihm zugewiesene Partei gesprochen, nahm er wieder an der Seite des Gerichtsvorsitzenden Platz. Bei der Urteilsberatung konnte er gleich wie die anderen Beisitzer seine Beurteilung des Falles einbringen und seine Stimme abgeben, oft sogar als Erster. Er hatte also ein *Doppelamt* inne: er war zugleich Richter und Fürsprecher.<sup>5</sup> Der diesem Vorgehen immanente Interessenkonflikt wurde lange nicht als solcher wahrgenommen.

<sup>4</sup> Siehe dazu RENNEFAHRT, Bernische Rechtsgeschichte, 142 ff., 337 ff.

<sup>5</sup> Siehe dazu PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, 15 ff.

### III. Die Gerichtsverfassung

Um die eigenartige Konstruktion des Richter-Fürsprechers zu verstehen, ist zunächst die Gerichtsorganisation im frühneuzeitlichen Bern zu verdeutlichen.<sup>6</sup> Deren Wurzeln liegen in der fränkischen Zeit, als noch der König oberster Gerichtsherr war. Weil er die Gerichtsbarkeit nicht selber im ganzen Reich ausüben konnte, delegierte er diese Aufgaben an die *Grafen*, die er zur Wahrung des Friedens in den Provinzen des Reiches eingesetzt hatte. Die Rechtsprechung vor Ort fand also vor dem Gericht des Grafen statt.

Auch der Kaiser des Heiligen Römischen Reiches delegierte, gleich wie vor ihm der fränkische König, seine Rechtsprechungsgewalt mittels *Bannleihe* an die Landgrafen. Diese standen nun dem *Landgericht* vor. Die Rechtsfindung erfolgte hier durch eine bestimmte, je nach Ort verschiedene Anzahl *Gerichtssassen*. Wie ihr Name sagt, sassen diese während der Gerichtsverhandlung an der Seite des Landgrafen. Das von ihnen vorgeschlagene Urteil musste durch die anwesenden Gerichtsgenossen, die zusammen den *Umstand* bildeten, bestätigt oder abgelehnt werden. Das Urteil brauchte also die Akzeptanz der Allgemeinheit. Der Landgraf hatte nur die Aufgabe, die Gerichtsverhandlung zu leiten, das Urteil auszusprechen und es sodann vollziehen zu lassen. Im Laufe der Zeit fiel mancherorts die Mitwirkung des Umstandes weg. Die Trennung in den nichturteilenden Gerichtsvorsitzenden und die urteilenden Gerichtssassen blieb hingegen bestehen.

Dieses Prinzip existierte auch noch zu der Zeit, als der Stadtrat Berns begann, die Gerichtsbarkeit an sich zu ziehen. Schon im 13. Jh. erwarb der Stadtrat die hohe und die niedere Gerichtsbarkeit über die eigenen Bürger. König Adolf gestand der Stadt 1293 das Recht zu, die hohen Gerichte selber zu verwalten.<sup>7</sup> Mit dem sukzessiven Erwerb der landgräflichen Rechte im Rahmen des Aufbaus seiner Landeshoheit gelangte er zudem zur hohen Gerichtsbarkeit über die Bewohner der Landstädte und Landschaften. Für manche Landstädte beschränkte sich seine Kompetenz freilich auf das Begnadigungsrecht, während der Stadtrat der Landstädte neben der niederen auch über die hohe Gerichtsbarkeit verfügte.

Die Unterscheidung in hohe und niedere Gerichtsbarkeit stammt aus der fränkischen Zeit. *Causae maiores* waren jene Taten, für welche Leibes- und Lebensstrafen ausgefällt werden konnten; weil hier Blut floss, sprach man

<sup>6</sup> Siehe für das nachfolgende neben RENNEFAHRT, Bernische Rechtsgeschichte, auch: PAHUD DE MORTANGES, Absicherung der Macht, 47 ff.; PAHUD DE MORTANGES, Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, 104 ff.; DUBLER, Die Region Thun-Oberhofen, 64 ff.; DUBLER, Art. Gerichtswesen, 302 ff.

<sup>7</sup> RENNEFAHRT, Bernische Rechtsgeschichte, 23 f.

auch von der Blutgerichtsbarkeit. *Causae minores* waren schuld- und eigentumsrechtliche Fragen sowie leichte Straffälle. Die frühneuzeitliche Gerichtsorganisation unterschied also nicht wie heute nach Rechtsgebieten, sondern nach Tatbeständen.

Der Erwerb der Gerichtshoheit war aus mehreren Gründen attraktiv: die Rechtsprechung war mit Einnahmen in Form von Gerichtsgebühren verbunden, was sie ökonomisch lukrativ machte. Sie war zudem Bestandteil und sichtbarer Ausdruck politischer Herrschaft: wer den Galgen bestücken konnte, der übte vor Ort erkennbar auch die Herrschaft aus. Damit dies jeder auch sehen konnte, errichtete man den Galgen stets an exponierter Stelle, etwa auf einem Hügel vor der Stadt oder an einer Wegkreuzung.

Auf der bernischen Landschaft war die niedere Gerichtsbarkeit seit dem Mittelalter mit den grundherrlichen Rechten verbunden; sie bildete einen Bestandteil der in Twing und Bann zusammengefassten Rechte. Der Berner Stadtrat war bestrebt, im Gebiet seiner Landvogteien auch diese Gerichtsbarkeit zu erlangen, was ihm freilich nicht überall gelang. Der *Twingherrenstreit* (1469–1471)<sup>8</sup> ist ein bekanntes Beispiel für die Bemühungen des Stadtrates zur Intensivierung seiner Herrschaft.

Für das Stadtgebiet wurde zur Entlastung des Berner Stadtrates ein Stadtgericht eingesetzt. Dieses bestand seit 1503 aus dem Schultheiss als Vorsitzendem, zwei Mitgliedern des Kleinen Rates und zehn Mitgliedern des Grossen Rates. Auf dem Lande stand die Gerichtsbarkeit dem Amtsmann oder Landvogt zu. Dieser übte sie oft nicht selber aus, sondern beauftragte damit einen Gerichtsuntervogt, der für die Urteilsfindung eine je nach Ort verschiedene Zahl von Richtsässen beizog. Diese Beisitzer entstammten meistens der lokalen Honoratiorenschicht, waren also etwa „habliche“ Bauern. Der Zugang zu den Richterstellen setzte also gleich wie in der Stadt nicht eine an einer Rechtsschule oder Universität erworbene juristische Bildung voraus. Neben der praktischen Erfahrung waren es vielmehr ökonomische und politische Faktoren, die für das Richteramt qualifizierten. Der Gerichtsvorsitzende und die Beisitzer wurden vom Träger der politischen Herrschaft bestimmt. Eine Gewaltenteilung war der frühneuzeitlichen Staatsorganisation fremd; diese findet sich erstmals im 19. Jh. in der Helvetik und nachfolgend im kantonalen Verfassungsrecht.

<sup>8</sup> Vgl. SCHMID, Der Twingherrenstreit, 335.

#### IV. Regeln für die Ausübung des Fürsprecheramtes

Nun zurück zum Fürsprecheramt. Das römische Recht der Antike wird im 12. Jh. zum Gegenstand des wissenschaftlichen Unterrichts, dies zunächst in Norditalien. In Bologna wird 1120 n. Chr., aufbauend auf einer städtischen Artistenschule, eine Rechtsschule eröffnet, in der man die *Digesten* studiert. Ende des 12. Jhs. hat die Rechtsschule bereits 1000 Studenten, rasch werden auch anderswo in Norditalien Rechtsschulen eröffnet. Dies ist die institutionelle Grundlage für die Rezeption des römischen Rechtes in das lokale Recht. Das nicht nur in Italien, sondern auch in manchen anderen europäischen Ländern. Im Gebiet der heutigen Schweiz kommt es bis zum Ende des Mittelalters zu einer intensiven Rezeption des römischen Rechts, dies begünstigt durch jene Institutionen der Rechtspflege, die am häufigsten mit gebildeten Juristen bestückt waren. Das waren die bischöflichen *Offiziate*, also die lokalen geistlichen Gerichte, die Schiedsgerichte und die Notariate.<sup>9</sup>

488

Mit dieser intensiven *Frührezeption* wäre es nun nahe liegend gewesen, dass im Gebiet der Schweiz auch andere Elemente der römischen Rechtspflege rezipiert worden wären, wie zum Beispiel der römische Anwalt. Anders als in anderen Ländern war das aber nicht der Fall. Wie die frühneuzeitliche Mandatspraxis nicht nur von Bern zeigt, war man dem Entstehen eines Berufsstandes studierter und vom Gericht unabhängiger Rechtsvertreter nicht zuge-

tan. Seit 1367 war es in Bern verboten, mehr als drei Stunden pro Monat „jemand's wort zu tun“;<sup>10</sup> die Fürsprechertätigkeit sollte also ein Ehren- oder Gelegenheitsamt bleiben. Für die Bestellung des jeweiligen Fürsprechers unter den Gerichtsbeisitzern bestand vielmehr eine „Kehrordnung“, „einer nach dem anderen dem siz nach“, wie es in einem Mandat von 1673 heisst.<sup>11</sup> Das stellte sicher, dass die Fürsprechertätigkeit als Einnahmequelle unattraktiv blieb und sich so kein eigener Berufsstand bildete.

Wie das Satzungsbuch von 1539 und die Erneuerte Gerichtssatzung von 1615 zeigen, war das Gericht dafür besorgt, dass die Parteien „verfürsprecht“ wurden, wenn sie dies begehrten. Das war meistens der Fall. Sowohl der Zivil- wie der Strafprozess lief gemäss festen Regeln und in klar voneinander abgegrenzten Stadien ab, die jeweils mit standardisierten Frage- und Antwortformeln eingeleitet wurden. Wer dies alles nicht kannte, drohte seiner Rechte verlustig zu gehen. Die Parteien hatten also ein Interesse daran, einen „für-

<sup>9</sup> Siehe dazu ELSENER, Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts, 52 ff.

<sup>10</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, 1. Teil, Bd. 1, Aarau 1902, 97.

<sup>11</sup> Ebd., 1. Teil, Bd. 7.1., Aarau 1963, 41.



sprecher zu heuschen“, wie es im Satzungsbuch von 1539 heisst. Für die Gerichtsbeisitzer bestand eine *Pflicht*, dieses Amt zu übernehmen; eine Dispens war möglich, etwa wenn ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zur Gegenpartei bestand.

Bestand für die Parteien eine Pflicht zur Beantragung eines Fürsprechers, modern gesagt, ein Anwaltszwang? In den „Alten oder vormaligen Burgers Puncten“ (1655–1693) heisst es dazu:

„Parteyen sollen nit selbs reden. Den vor raht erschenenden parteyen sol das selbs-reden, weil es teils confus, under den Weltschen aber ouch weiltlöffig daher gehet, nit gestattet, sonder dieselben jederweilen sich des hern. Fürsprechen uss der zahl der hern. Räthen sich zegebrauchen (...) gewisen werden“. <sup>12</sup> Die Pflicht zur Verbeiständung wird vorliegend weniger aus der Sorge um die Wahrung der Interessen der Parteien formuliert, als aus „prozess-ökonomischen“ Gründen: den Parteien, und erst recht den welschen Untertanen, traute man keine kurzgefasste und klare Rede zu! Die Gnädigen Herren fürchteten offenbar um ihre kostbare Zeit.

489

## V. Der Kampf gegen die externen Rechtsbeistände

Wenn der Fürsprecher aus der Zahl der Gerichtsbeisitzer bestimmt wurde, war es gemäss der Logik der Gerichtsbehörden überflüssig, externe Rechtsbeistände beizuziehen. Ein Mandat von 1548 erlaubt „byeständer“ nur in drei Konstellationen: erstens für „witwen und weysslinen“, zweitens wenn „yemandt so schlächt und einfalt, ouch untougsam waere“, dass er seine Rechte nicht selber wahrnehmen könne und drittens, wenn eine Partei „ein schyn oder zügknuss von dem gricht, da sy gesessen, bringind, das sy eines bystaenders nottürftig“ sei. Die Beschränkung wird im Mandat damit begründet, dass die Parteien durch externe Rechtsbeistände „zu grossen verderblichen kosten und schaden mit trölen und rechtigen gebracht“ werden, aber auch weil die „ersame oberkeit damit traffenlich bemueyt, überloffen und behelckt“ werde. <sup>13</sup> Denn, so der Rat, es sei zu beobachten, dass man sich „zu statt und landt umb aller hand ringfügig sachen“ nun „überflüssigen vogtyen und bystaenderyen“ bediene.

René Palud de Mortanges: Fürsprecher und Advokaten im alten Bern

<sup>12</sup> Ebd., 1. Teil, Bd. 5, Aarau 1959, 680. Der Stadtrat war in dieser Zeit nur mehr oberste Berufungsinstanz bei Urteilen des 1654 eingerichteten städtischen Appellationsgerichts.

<sup>13</sup> Ebd., 1. Teil, Bd. 6.2, Aarau 1961, 835.

Dieses Verbot externer Rechtsbeistände wird in der Folgezeit mehrmals wiederholt. Dies besonders auch für die *Waadt*. Dort wird im Jahr 1615 den Untertanen verboten, sich „frömb und ussere advocaten und byständeren“ zu bedienen. Diese würden nämlich die Parteien „vilmalen und vast gmeinlich listiger, eigennütziger wys zu unnötigen tröhlhändlen“ anstiften und sie dadurch „in unertregliche costen“ bringen. Das Motiv der Advokaten dabei sei klar: sie würden „vil mehr iren eignen gwinne, dann die billigkeit der sache selbst“ suchen, „durch ire list und geschwindigkeiten ein richtig und heitter geschefft“ verwirren und damit „die armen unterthanen als schädliche bluot-äglen ussmärglen und sugen“.<sup>14</sup>

Der externe Rechtsbeistand wird hier als ein auf Eigennutz bedachter, profitgieriger Blutigel geschildert, der die Parteien in unnötige Rechtshändel hineinreitet und vor Gericht mit zweifelhafter Zungenfertigkeit die Fakten verdreht. Er schadet damit nicht nur den Parteien, sondern auch den Gerichten, denen unnötige Arbeitslast beschert wird.

Woher kommt diese Abneigung gegen die freien Anwälte, die in den Quellen durchwegs als „frömd“ bezeichnet werden? M.E. sind hier mehrere Aspekte zu berücksichtigen:

1. Das Modell des Richter-Fürsprechers geht von der alten Vorstellung aus, dass die *Wahrheit* und *Gerechtigkeit* in Rechtsfragen eigentlich schon feststeht und im Prozess nur noch gefunden werden muss durch klare Rede. Diese Rede tut der Fürsprecher; er ist im Prozessgeschehen zu Objektivität verpflichtet, zumal er ja als Richter mitstimmt. Anders der freie Advokat: er vertritt nur die Parteiinteressen; im Kampf der Argumente schält sich dann die Wahrheit heraus. Das ist ein anderes Konzept der Wahrheitsfindung. Das Verbot fremder Rechtsbeistände mag aus dem Bedürfnis heraus entstanden sein, die tradierte Form der Wahrheitsfindung vor Gericht zu bewahren. Dass die Rechtsfindung das Ergebnis eines „Kampfes um das Recht“ ist, wie es dies im 19. Jh. Rudolph von Jhering formulieren wird, wurde hier vielleicht subjektiv bereits erkannt, aber noch nicht institutionell nachvollzogen.

2. Wenn die Quellen von *Trölerei* und *Beutelschneiderei* reden, dann war dies gewiss nicht nur ein vorgeschobenes Motiv: in einer Zeit noch ohne Zulassungsprüfungen, Standesregeln und Tarifordnungen für die Anwaltstätigkeit lag der Missbrauch nahe. Wie anderswo will der paternalistische Obrigkeitsstaat der frühen Neuzeit mit seiner Mandatspraxis den Bürger vor wahren und vermeintlichen Gefahren schützen. Mandate wurden bekanntlich für unterschiedlichste und heterogene Bereiche des öffentlichen und privaten Lebens erlassen, enthielten Regeln für Arbeit, Handel und Wirtschaft, aber

<sup>14</sup> Ebd., 1. Teil, Bd. 7.1., Aarau 1963, 569 f.

auch zur Durchsetzung religiöser und kirchlicher Normen sowie generell zur Wahrung der sittlichen Lebensführung der Untertanen. Die Grenze zwischen dem öffentlichen und privaten Bereich war durchlässig. Die Flut der Mandate im Gefolge der Reformation dokumentiert ein sich intensivierendes Zuständigkeitsverständnis der weltlichen Obrigkeit. Nicht zufällig nimmt die Zahl der Normen, die sich mit dem Fürsprecherwesen befassen, im 16. Jh. deutlich zu. Das Gleiche ist etwa beim Notariat zu beobachten, das eine ähnliche Geschichte kennt.<sup>15</sup> Was der Liberalismus des 19. Jhs. im Rückblick negativ als „Polizeistaat“ beurteilt, verstehen wir heute nüchterner als den Beginn des modernen Verwaltungsrechts. Das ist für Bern gut erforscht.<sup>16</sup>

3. In der Zeit *vor* Montesquieu und der Gewaltenteilung ist die Rechtssprechung eine ausschliessliche Prerogative der politischen Obrigkeit oder, nach einem Ende des 17. Jhs. auch in Bern rezipierten Ausdruck,<sup>17</sup> des *Souveräns*. Die Gerichtsbarkeit ist, wie schon erwähnt, sicht- und ggf. fühlbares Zeichen politischer Herrschaft. Die Fürsprecher werden aus der Zahl der Richter bestimmt und diese wiederum vom Stadtrat oder Landvogt in ihr Amt eingesetzt. Damit übt die Obrigkeit eine umfassende *Kontrolle über die Rechtspflege* aus. Bei Zulassung externer Rechtsbeistände, die womöglich juristisch besser ausgebildet und schlagfertiger sind als die nur durch die Rechtspraxis geschulten Fürsprecher, wird dieses Monopol in der Rechtspflege in Frage gestellt. Daran hatte der Stadtrat evidenterweise kein Interesse. Die Abwehr fremder Anwälte durch den Stadtrat erfolgte auch zur Wahrung der eigenen Kontrolle im sensiblen Bereich der Justiz.

491

René Pahud de Mortanges: Fürsprecher und Advokaten im alten Bern

## VI. Die Bildungssituation im 16. und 17. Jh.

Schliesslich ein viertes Motiv. Die Abwehr externer Juristen entsprach auch der Bildungssituation und der politischen Situation, welche zeitweise durch *Abschottungstendenzen* geprägt war. Bern stand hier durchaus nicht alleine. Manch anderer Ort der Eidgenossenschaft suchte ebenfalls mit entsprechenden Mandaten, eine Professionalisierung der Rechtspflege abzuwehren. Und auch die Tagsatzung verbot 1674 die Vertretung „durch kostbare Beiständer, Vögte oder Procuratoren, wie sie sich alle nennen“. Was ist da der Hintergrund? Schauen wir die grösseren Zusammenhänge an:

1495 wurde als oberste Gerichtsinstanz im Reich das Reichskammergericht eingerichtet. Die Gerichtsordnung des Reichskammergerichtes bestimmte,

<sup>15</sup> Vgl. PAHUD DE MORTANGES, FS-Verband bernischer Notare, 191 ff.

<sup>16</sup> Siehe nur SCHMIDT, Dorf und Religion.

<sup>17</sup> Siehe dazu jetzt MAISSEN, Die Geburt der Republic, 456 ff.

dass die Gerichtsbeisitzer zur Hälfte aus studierten Juristen zu bestehen hatten. Bei Amtsantritt mussten sie schwören, als Entscheidungsgrundlage sowohl das gelehrte römisch-kanonische Recht wie auch das lokale Recht der Fürstentümer, Herrschaften und Gerichte heranzuziehen. Dem gelehrten römischen Recht wurde so der gleiche Stellenwert wie dem partikularen Recht eingeräumt. Der seit dem 13. Jh. im Reich zu beobachtende *Verwissenschaftlichungsprozess* des partikularen Rechts wurde damit obrigkeitlich bestätigt. Das begünstigte im Reich die Ausbildung eines gelehrten Juristenstandes auf den unteren Ebenen der Rechtspflege ganz erheblich.

Für das Gebiet der Eidgenossenschaft stellt sich diese Periode anders dar. Die ältere rechtshistorische Forschung erblickte im Frieden von Basel 1499,<sup>18</sup> geschlossen nach einer Reihe von Scharmützeln an der schweizerisch-süddeutschen Grenze, einen wichtigen Wendepunkt. Er bildete nach dieser Meinung die Grundlage für eine *faktische Ablösung* der Eidgenossenschaft vom Reich und damit auch für die Extensivierung der Rezeption des gelehrten Rechts. Tatsächlich sehen wir, dass vom 16. bis zur Mitte des 18. Jhs. das Studium von Studenten aus dem Gebiet der Eidgenossenschaft an ausländischen Universitäten seltener wird. Auch wird mancherorts versucht, gelehrte Juristen aus den Institutionen der Rechtspflege fernzuhalten. Gelehrte Anwälte und Notare sind nicht mehr willkommen. Mancherorts erfolgt in der frühen Neuzeit die Fortbildung des lokalen Rechtes ohne Anregungen durch die Wissenschaft.

Doch ist es nun wichtig, solche Aussagen nicht für das Gebiet der ganzen Eidgenossenschaft vorschnell zu generalisieren und auch nicht zu einfache, monokausale Erklärungen dafür anzubieten. So brachte der Frieden von Basel nicht, wie lange angenommen wurde, eine generelle Exemption von der Zuständigkeit des Reichskammergerichts. Dieses spielte in Basel, Schaffhausen, St. Gallen und in den Herrschaften der reichsfreien Äbte und Bischöfe auch weiterhin eine Rolle. Der Frieden von Basel war vielmehr *ein* Abschnitt im Prozess des Auseinanderdriftens von Reich und Eidgenossenschaft, welcher schon im 15. Jh. eingesetzt hatte.

Wenn es im 16. und 17. Jh. in der Eidgenossenschaft vergleichsweise wenige am römischen Recht ausgebildete Juristen gab, dann hatte das zudem nicht nur politische und rechtliche Gründe. Auch die wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen seit der 2. Hälfte des 15. Jhs. waren der Etablierung eines juristischen Berufsstandes wenig förderlich.<sup>19</sup> Bis zu dieser Zeit waren die

<sup>18</sup> Vgl. dazu NIEDERHÄUSER/FISCHER (Hrsg.), Vom Freiheitskrieg zum Geschichtsmythos.

<sup>19</sup> Siehe SCHOTT, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Barteile und Baldele, 17 ff.

grossen Städte der Eidgenossenschaft Export- und Handelsplätze von europäischer Bedeutung gewesen. Wirtschafts- und Absatzkrisen führten nun aber zu einschneidenden Veränderungen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Die ehemaligen Kaufmannsfamilien widmeten sich, wie z.B. in Bern und Freiburg, in der Folgezeit dem Söldnerwesen und der Verwaltung der von der Stadt erworbenen Untertanengebiete. Für die Fortentwicklung des Schuld- und Handelsrechtes unter Zuhilfenahme der zeitgenössischen Rechtswissenschaft bestand kein sonderlicher Bedarf mehr. Das war der Nährboden für das Entstehen der Abneigung gegen das gelehrte Recht und seine Träger.

Wenn man hinsichtlich der Ursachen für diese Phase der Stagnation differenzieren muss, gilt dies auch für Ort und Zeit. In Städten wie Basel oder Genf, welche vergleichsweise früh über beträchtliche juristische Bildungsinstitutionen verfügten, kann vom Fehlen eines Juristenstandes nicht die Rede sein. Basel verfügte seit 1459 über eine Universität mit einer besonders zur Zeit des Humanismus blühenden Rechtsfakultät. Die Genfer Akademie besass ab 1566 eine rechtswissenschaftliche Schule, an der römisches Recht gelehrt wurde. Ab 1711 wurden in Genf nur noch diejenigen in das *tableau des avocats* aufgenommen, die ein juristisches Studium absolviert hatten. Und auch die geistlichen Landesherren im Gebiet der Eidgenossenschaft waren angesichts der Rechtsprechung ihrer Offizialate den gelehrten Juristen gegenüber offen. Es gab im Gebiet der Eidgenossenschaft also durchaus studierte Juristen. Wenn sich die Berner Mandate gegen die „frömden“ Advokaten wandten, dann waren das vermutlich solche, die in Genf, in Basel oder in Deutschland ausgebildet worden waren und die man nun nach Möglichkeit aus dem eigenen Herrschaftsgebiet fernhalten wollte.

493

René Palud de Mortanges: Fürsprecher und Advokaten im alten Bern

## VII. Die Öffnung seit dem Ende des 17. Jh.

Wie war in Bern selber die Bildungssituation? Aufbauend auf der städtischen Lateinschule wurde 1528 im aufgehobenen Franziskanerkloster die theologische Lehranstalt eröffnet. Sie diente schon bald nicht mehr bloss der Ausbildung der angehenden Pfarrer, sondern auch der Bildung der Söhne des Patriziates. Um diese für ihre spätere Regierungs- und Verwaltungstätigkeit vorzubereiten, wurden ihnen im Rahmen der Vorlesungen über Rhetorik und Dialektik auch Kenntnisse des *ius publicum*, also des Staats- und Völkerrechts vermittelt. Eine eigentliche Rechtsprofessur wurde 1680 mit dem auch juristisch gebildeten Theologen Johann Caspar Seelmatter besetzt. Seelmatter hatte bei Samuel Pufendorf in Heidelberg studiert und drei Jahre als Hono-

rarprofessor in Leiden doziert.<sup>20</sup> In Bern sollte er vorwiegend die Fächer des öffentlichen Rechts unterrichten. Hintergrund dieses erstarkten Interesses an juristischer Bildung waren auch die Rechtshändel, die Bern in dieser Zeit mit anderen eidgenössischen Ständen austrug. Nun brauchte man kundige Fachleute, die den gelehrten Juristen der anderen Stände Paroli bieten konnten.

Dieser verstärkten Wertschätzung juristischer Professionalität entsprechen erste positive Regelungen der gerichtsunabhängigen Anwälte an der Wende zum 18. Jh. Eine Ordnung von 1697 erlaubt es allen regimentsfähigen Bürgern, als beeidigter Fürsprecher vor der Appellationskammer aufzutreten. Sie müssen sich vor Gericht „der kürzte beflissen“, dürfen die „gegenparthey weder verkleinern noch verschwertzen“ und müssen auch schwören, dass sie von ihren Parteien „ein mehrers als das geordnete emolument“ nicht fordern werden.<sup>21</sup> Die Zahl dieser Anwälte wird explizit nicht festgelegt, vielmehr soll „jeder tüchtige darzu gelangen“. Der Zugang zur Fürsprecherschaft wird damit ein Stück weit liberalisiert und von der richterlichen Funktion getrennt. Als bald wird das auch für die untergeordneten städtischen Gerichte eingeführt. Für die Gerichte auf der Landschaft legt eine Ordnung von 1710 fest, dass gerichtsexterne Rechtsbeistände mit Bewilligung der Landvögte bzw. Amtsmänner zugelassen werden und aus dem jeweiligen Gerichts- oder Amtsbezirk stammen müssen.<sup>22</sup>

In kleinen Schritten entwickelte sich die Advokatur so nun doch zu einem eigenen, von den Gerichtsbehörden unabhängigen Berufsstand. Die sukzessive Besserstellung verleitete freilich nicht selten zu inkorrektem Verhalten. Auch im 18. Jh. finden wir Klagen wegen Trölerei, Prozessverzögerungen und der daraus resultierenden Verteuerung der Prozesse. Sowohl in der Stadt wie auf dem Lande wurden regelmässig überhöhte Honorarforderungen angeprangert. Dafür war freilich nicht nur das Profitstreben der Anwälte verantwortlich, sondern auch die sinkende Kaufkraft des Geldes in Zeiten der Teuerung. Auch die komplizierten und unflexiblen Prozessordnungen führten zu langwierigen und in der Folge kostspieligen Verfahren.

## VIII. Die Entwicklung im 19. Jh.

Die Gesetzgebung der kurzlebigen Helvetischen Republik war inspiriert von den Postulaten der französischen Revolution. Sie bemühte sich um die Abschaffung von Standesprivilegien, um Rechtsgleichheit und Gewerbefreiheit

<sup>20</sup> Vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, 41.

<sup>21</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, 1. Teil, Bd. 7.1., Aarau 1963, 572 f.

<sup>22</sup> Ebd., 1. Teil, Bd. 7.1., Aarau 1963, 614.

sowie um Gewaltenteilung. Ausdruck des Gewaltenteilungsprinzips war die Entkoppelung der richterlichen Funktion von den politischen Behörden. Aufgrund seiner Doppelfunktion passte der alte Richter-Fürsprecher nun nicht mehr in das neue Gesellschaftsbild.<sup>23</sup>

Ein helvetisches Gesetz vom 21. Dezember 1798 untersagte den praktizierenden Anwälten die Besetzung von Beamtenstellen, Regierungs- und Richterämtern. Abgesehen davon waren keine Bildungs- oder Standesvoraussetzungen vorgesehen. Der Anwaltsberuf war nun für alle zugänglich. Das führte in kurzer Zeit zu einer Flut selbsternannter, schlecht ausgebildeter Rechtsbeistände. Mit der Einführung eines *Patentsystems* im Jahr 1800 suchte man diese einzudämmen.

In der Mediationszeit fiel die Gesetzgebungshoheit wieder an die Kantone zurück. Bern erliess 1803 eine Anwaltsordnung, mit der die unbeschränkte Gewerbefreiheit in Hinblick auf den Anwaltsberuf wieder rückgängig gemacht wurde. Angesichts der dadurch erzeugten Missstände wurden nun wieder strenge Zugangs- und Ausbildungsvoraussetzungen vorgesehen. Die Rechtsbeistandschaft wurde in drei *Klassen* eingeteilt: Agent, Prokurator und Fürsprecher. Der Agent konnte eine Partei nur mündlich vor unteren Gerichten vertreten, der Prokurator auch schriftlich. Fürsprecher konnten auch vor oberen Gerichten auftreten.

Prokurator werden konnte nur, wer vier Jahre als Agent oder drei Jahre bei einem Fürsprecher gearbeitet hatte oder dann zwei Jahre mit Erfolg an einer Akademie oder Universität studiert hatte. Nur wer mit Erfolg als Prokurator praktiziert und eine schriftliche Prüfung abgelegt hatte, konnte sodann Fürsprecher werden.

Hier sehen wir erstmals das, was bis heute Voraussetzung für die Fürsprechertätigkeit geblieben ist: das Rechtsstudium und die Anwaltsprüfung. Damit gelangte der Kanton Bern im schweizerischen Vergleich recht früh zu einer Professionalisierung der Anwaltstätigkeit. Er war damit in der ersten Hälfte des 19. Jhs. beispielsweise den Kantonen der Zentralschweiz weit voraus, wo sich nur selten studierte Juristen fanden.

Der Fürsprecherstand wurde in Bern durch die Entstehung der Akademie (1805) und der Universität (1834) gefördert, welche beide über eine Rechtsfakultät verfügten. Indem man in der Anwaltsordnung von 1803 vorsah, dass neben der Praktikerausbildung auch das Studium den Weg zur Fürsprechertätigkeit öffnete, gab man der Advokatur nun einen wissenschaftlichen Charak-

<sup>23</sup> Vgl. PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, Anwaltsgeschichte, 47 ff.

ter. Bewährte Fürsprecher band man als Dozenten an der Rechtsfakultät ein. Damit sehen wir die Grundzüge des heutigen Ausbildungsganges.

Eine schweizweite Besonderheit im 20. Jh. war, dass man an der Berner Fakultät statt mit dem Lizentiat direkt mit dem Fürsprecherexamen abschliessen konnte.<sup>24</sup> Das führte und führt zum neckischen Diktum Berner Fürsprecher, dass sie eben *keine* Akademiker seien!

## Referenzen

A.-M. DUBLER, Die Region Thun-Oberhofen auf ihrem Weg in den bernischen Staat (1384–1803), in: Bernische Zeitschrift für Geschichte und Heimatkunde 2004, 64 ff. – A.-M. DUBLER., Art. Gerichtswesen, in: HLS, Bd. 5, Basel 2006, 302 ff. – F. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis 19. Jh., Zürich 1975. – F. ELSENER, Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts, Sigmaringen 1989. – R. PAHUD DE MORTANGES, Absicherung der Macht: Die Justiz, in: A. Holenstein et al. (Hrsg.), Berns mächtige Zeit. Das 16. und 17. Jahrhundert neu entdeckt, Bern 2006, 47 ff. – TH. MAISSEN, Die Geburt der Republic, Göttingen 2006. – P. NIEDERHÄUSER/W. FISCHER (Hrsg.), Vom Freiheitskrieg zum Geschichtsmythos. 500 Jahre Schweizer- oder Schwabenkrieg, Zürich 2000. – R. PAHUD DE MORTANGES, „...das hierfür keiner in der statt Bern gesässen, sich schreibens beladen noch annämen...“. Staatsgewalt und Notariatsgesetzgebung im alten Bern, in: P. Ruf/R. Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 191 ff. – R. PAHUD DE MORTANGES, Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 2007. – R. PAHUD DE MORTANGES/A. PRÊTRE, Anwalts-geschichte der Schweiz, Zürich 1998. – H. RENNEFAHRT, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, Bd. III, Bern 1933. – R. SCHMID, Der Twingherrenstreit, in: E. J. Beer et. al. (Hrsg.), Berns grosse Zeit. Das 15. Jh. neu entdeckt, Bern 1999, 335. – H. R. SCHMIDT, Dorf und Religion, Stuttgart 1995. – C. SCHOTT, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Barteile und Baldele, in: K. Kröschell (Hrsg.), Gerichts-lauben-Vorträge, Sigmaringen 1983, 17 ff.



<sup>24</sup> Art. 2 lit. a des Kantonalen Anwalts-gesetzes vom 28. März 2006 (BSG 168.11) verlangt jetzt immerhin grundsätzlich ein Lizentiat oder einen Mastertitel als Voraussetzung für die Zulassung zum Anwaltsexamen; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. a des Bundes-gesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).