Der Jurist in der Zeitgeschichte

I. Einleitung

Die Julius-Maximilians-Universität gibt mir die gute Gelegenheit, aus einer gewissen Distanz heraus über Erfahrungen zu berichten, die ich in meiner fast fünfjährigen Tätigkeit als Vorsitzender der Österreichischen Historikerkommission gewinnen konnte. Für einen rechtstheoretisch interessierten Richter war es eine überraschende Berufung, die mir neue interdisziplinäre Forschungsfelder eröffnet hat. Der Titel meines Vortrags ist allerdings mehrdeutig: So wäre es durchaus lohnend, den Schwerpunkt auf die Juristen als Akteure der Zeitgeschichte zu legen und etwa ihre Rolle im Nationalsozialismus und in der Nachkriegszeit zu beleuchten. Mit „Zeitgeschichte" meine ich aber hier vornehmlich die Zeitgeschichtswissenschaft und die juristische Mitwirkung daran. Mein Vortrag soll im Wesentlichen einigen theoretischen Reflexionen gelten. Meine Tätigkeit hat sich ja zum Teil an den Grenzen zwischen Recht und Geschichte bewegt. So sind mir einige methodische Aspekte dieses freilich unerschöpflichen Themas deutlicher geworden, über die ich – ohne Anspruch auf besondere Originalität – in der Substanz meines Referates berichten möchte.

Um den Zusammenhang herzustellen, gestatten Sie mir einige einleitende Sätze über die Historikerkommission: Sie wurde am 1. Oktober 1998 mit dem Auftrag eingesetzt, den unter der NS-Herrschaft in Österreich erfolgten „Vermögensentzug" und die staatlichen Aktivitäten nach 1945 bezüglich Rückstellung und Entschädigung zu erforschen. Die zunächst im Internet veröffentlichte und sukzessive gedruckt erscheinende Schriftenreihe[1] veröffentlicht Forschungen aus 47

1 C. Jabloner/B. Bailer-Galanda/E. Blimlinger/G. Graf/R. Knight/L. Mikoletzky/B. Perz/R. Sandgruber/K. Stuhlpfarrer/A. Teichova (Hrsg.), Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich (erscheint laufend ab 2003). Für den gegebenen Zusammenhang – insbesondere zu den methodischen Grundlagen der Forschungsberichte und Gutachten – vgl. den von den genannten

Projekten, 160 Forscher und Forscherinnen waren beteiligt. Die Einsetzung der Kommission hatte verschiedene Motive und Anlässe: Ein Mitte der Achtzigerjahre einsetzender Paradigmenwechsel im Umgang Österreichs mit seiner jüngeren Vergangenheit, ein neues Selbstbewusstsein der Opfergruppen, in den USA anhängige oder drohende „class actions", die Öffnung von Archiven und Fortschritte der Wirtschafts- und Sozialgeschichte.

Die Kommission hat ihren Schlussbericht im Februar dieses Jahres präsentiert, ein Gesamtwerk von ca. 14.000 Seiten, mit sehr differenzierten Resultaten. In äußerster Verknappung lässt sich das Folgende sagen:

Für den Vermögensentzug ergibt sich das Bild eines unerhört komplexen Zugriffs des NS-Regimes. Das Instrumentarium reichte über die Anspannung der generellen Normsetzung und ausgeklügelte handelsrechtliche Maßnahmen bis zu blanken Gewalttaten, wobei häufig auch beides parallel eingesetzt wurde – modern gesagt: „organisierte Kriminalität". Diese Beraubung stand in engster Verbindung mit der Vernichtung der Opfer und begleitete diese bis zum Tod. Im Übrigen richtete die Historikerkommission ihre Aufmerksamkeit nicht nur auf jüdische Opfer, sondern etwa auch auf Roma und Sinti, die Slowenen in Kärnten, die Euthanasieopfer oder auch die Familie Habsburg-Lothringen.

Hinsichtlich Rückstellung und Entschädigung ist es weder zutreffend, dass man alles rückgestellt und alle entschädigt hätte, noch stimmt ein immer wieder erhobener Vorwurf, dass sich Österreich jeder Verantwortung entzogen hätte. Insgesamt wurde ein System der Rückstellung und Entschädigung aufgebaut, allerdings zögerlich und zäh – und voller Lücken und Fallen. Die Erklärung liegt in der Problematik des Anfangs der Zweiten Republik: Die Wiedergewinnung der österreichischen Identität, das Außerstreitstellen der Staatlichkeit Österreichs nach

Hrsg. gemeinsam verfassten Band 1: „Schlussbericht der Historikerkommission der Republik Österreich" (2003), der insbesondere auch Zusammenfassungen und Einschätzungen enthält.

1945 war politisch und verfassungstechnisch richtig und konsequent[2]. Diese Rechtsbehauptung ging freilich allzu bald einher mit der Verdrängung der Mitverantwortung und Beteiligung vieler Österreicher und Österreicherinnen am Nationalsozialismus. Aus dem rechtlichen und politischen Kalkül der „Opferthese" wurde somit eine bequeme Argumentationshilfe dafür, Rückstellungen und Entschädigungen von vornherein nicht als „öffentliche Aufgabe" zu betrachten. Das Rückstellungswesen wurde gleichsam „privatisiert", die Opfer in die verfahrenstechnisch ungünstige Ausgangsposition von Klägern, Antragstellern, Beschwerdeführern etc. gedrängt, was zu vielen Missständen führte[3].

II. Historische und juristische Methode

1. Kriegsverbrecherprozesse finden kaum mehr statt. Heute geht es zumeist eher um historische „Aufarbeitung" im Vorfeld möglicher Entschädigungsverfahren. Die Einrichtung von Historikerkommissionen zur Bearbeitung der NS-Zeit und ihrer Nachkriegsfolgen hat die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Historikern und Juristen in

2 Zur Bedeutung dieser Mitverantwortung vgl. etwa *L. Adamovich,* Das Unbehagen in der Zweiten Republik, in: FS Rabofsky, 1996, S. 3 ff. und *R. Sandgruber*, Opfer, Pflicht, Schuld, in: Die Presse. Spectrum. 5.1.2001. Zu der Frage der Mitverantwortung Österreichs oder der Österreicher gibt es eine Fülle von Literatur. Erwähnt sei hier stellvertretend: C. Botz/G. Sprengnagel (Hrsg.), Kontroversen um Österreichs Zeitgeschichte. Verdrängte Vergangenheit, Österreich-Identität, Waldheim und die Historiker, 1994 und *G. Stourzh,* Um Einheit und Freiheit. Staatsvertrag, Neutralität und das Ende der Ost-West-Besetzung Österreichs 1945-1955, 2. Aufl. 1998.

3 Schon vor Abschluss unserer Forschungsarbeit wurde unter dem Schirm der USA ein Entschädigungsabkommen („Washingtoner Übereinkommen") abgeschlossen, auf dessen Grundlage, aber freilich erst nach Herstellung des „Rechtsfriedens" in den USA – will sagen: Zurückziehung oder Abweisung noch anhängiger „Sammelklagen" oder vergleichsmäßige Beilegung („settlement") dieser – Rückstellungs- und Entschädigungslücken geschlossen werden sollen – vgl. näher: Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten (Hrsg.), Österreichische außenpolitische Dokumentation. Sonderdruck: Österreichische Maßnahmen zur Restitution und Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus, 2001. Der erstrebte „Rechtsfrieden" war freilich im Juli 2003 bedauerlicherweise noch nicht eingetreten. Unabhängig davon erfolgte – parallel zu Deutschland – die Entschädigung von Zwangsarbeitern.

neuer Form intensiviert. War nach 1945 zunächst die Justiz am Zug, die der erst später einsetzenden zeitgeschichtlichen Forschung vorarbeitete[4], kam es in den frühen 60er Jahren in Deutschland[5] zu einer engen Kooperation etwa bei der Vorbereitung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses[6]. Doch während damals Historiker als Sachverständige in strafgerichtlichen Verfahren tätig wurden, so wirken heute Juristen als Sachverständige an geschichtswissenschaftlichen Projekten mit.

Historikerkommissionen können zwar – wie das Beispiel der Schweizer Bergier-Kommission zeigt – insofern mit behördlichen Funktionen ausgestattet sein, als es die Beschaffung der Quellen angeht (Einsicht in Privatarchive, Durchbrechung von Verschwiegenheitspflichten). Aber das betrifft nicht ihr Produkt, haben sie doch wissenschaftliche und nicht behördliche Aufgaben. Doch entsprechen sie einer merklichen gesellschaftlichen Tendenz, verbindliche normative Standards jenseits des Rechts zu suchen, etwa für Grenzfragen der Biologie und Medizin. Sozialtechnisch gesehen müsste die Rechtsordnung sie bereitstellen. Nun sind aber moderne Rechtsordnungen gerade dadurch geprägt, dass sie rein ethische Fragestellungen ausklammern; einen irgendwie zentralisierten Vollzug von Ethik gibt es im säkularen Staat nicht mehr. Die Lösung wird nun vielfach in einer dem Recht parallelen, normativen Sphäre von Sachverständigenkommissionen gesucht, die normative Standards setzen sollen.

Eine dem verwandte Entwicklung zur „Ethisierung" ist auch das heute weithin geäußerte Bekenntnis zur „historischen Gerechtigkeit". Vielen Menschen ist ein wertender Umgang mit der Vergangenheit ein drängendes Anliegen. Gerade weil sich nun rechtliche Instrumente in zunehmender zeitlicher Distanz immer weniger dafür eignen, treten

4 Vgl. *M. Broszat*, Juristische und zeitgeschichtliche Bewältigung der Vergangenheit, in: H. Graml/K.-D. Henke (Hrsg.), Nach Hitler. Der schwierige Umgang mit unserer Geschichte, 1987, S. 42 (43).

5 In Österreich setzte diese Entwicklung erst viel später ein.

6 Vgl. *I. Wojak*, Die Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie, in: N. Frei/D. van Laak/M. Stolleis (Hrsg.), Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, 2000, S. 29 (29).

Institutionen wie „Historikerkommissionen“ oder „Wahrheitskommissionen“ in den Vordergrund. Gelegentlich wird sogar – kritisch – von einer neuen Staatsfunktion der „Geschichtsbarkeit“ gesprochen[7].

Schon im Arbeitsprogramm der Historikerkommission fand sich die Erklärung, dass sie weder ein Gericht noch eine Verwaltungsbehörde sei und nicht tausende Einzelfälle behandeln könne. Noch kann das Ergebnis ihrer Untersuchungen in einem rechtlichen Sinn bindend sein – und schon gar nicht ist die Kombination beider Aufgaben möglich. Man könnte hinzufügen, dass die Historikerkommission auch keine Ethikkommission zur Nachbesserung von Gerichtsurteilen oder zur Bewertung von Lebensschicksalen sein konnte. Diese Ausrichtung war allerdings für die Öffentlichkeit, vor allem aber auch für die Opfer enttäuschend. Sie sind – nur zu verständlich – nicht an weiteren historischen Einsichten interessiert, sondern an der Herstellung von Gerechtigkeit. In diesem Spannungsfeld war es daher ganz wesentlich, methodische Fragen zu reflektieren und wissenschaftlich kontrolliert vorzugehen[8].

7 *R. Gross*, Mächtiger als die Gerichte?, in: Geschichte vor Gericht (Fn.6), S. 164 (166). In diesen weiteren Kontext gehören auch Phänomene wie die „Russell-Tribunale“ und dergl. Besonders zu den „Wahrheitskommissionen“ vgl. *D. Willoweit*, Rechtsanwendung durch Historiker? Thesen zum normativen Denken in den historischen Wissenschaften, Historisches Jahrbuch, 122. Jg., 2002, S. 347 (350).

8 Dass die methodische Unterscheidung zwischen Geschichtswissenschaft und Rechtsanwendung resp. -gestaltung bisweilen verwischt erscheint, beruht nun nicht allein auf Missverständnissen eines breiteren Publikums, sondern liegt auch in neueren Tendenzen der Geschichtswissenschaft und der Politik: Strömungen einer postmodernen Geschichtsschreibung – nach der behaupteten Dekonstruktion einer objektiv erkennbaren Vergangenheit – öffnen sich explizit normativen Elementen: Begreift man die Geschichtsschreibung als Konkurrenz interessengeleiteter „Erzählungen“, so läge das Ziel dann darin, über die Geschichte zu verhandeln und gleichsam einen „Vertrag“ über die Deutung der Vergangenheit zu schließen ("negotiated history" – vgl. *E. Barkan*, Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices, 2000). Dieses Konzept ist namentlich im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der jüngeren Vergangenheit in Südafrika aufgetaucht („Wahrheitskommissionen“) und spielt vor allem in postkolonialen Diskussionen eine Rolle. Es wird hier nicht verkannt, dass derlei eine wichtige friedensstiftende Funktion haben kann.

2. Vor diesem Hintergrund möchte ich im Folgenden zunächst über Parallelen und Differenzen zwischen der Geschichtswissenschaft und der Rechtsanwendung sprechen. Oberflächlich gesehen scheinen ja beide Disziplinen parallel vorzugehen: Die Geschichtswissenschaft rekonstruiert früheres Geschehen so, dass sich die Existenz von Quellen, die gerade so beschaffen sind wie die vorhandenen, aus der Annahme eines Geschehens dieser Art erklären lässt[9]. Stets handelt es sich dabei um eine hypothetische Rekonstruktion des Vergangenen an Hand der in der Gegenwart vorfindbaren Quellen bestimmter Art unter dem Vorbehalt der Falsifikation, wenn eine zu den vorhandenen Quellen schlüssigere Deutung gefunden wird oder neue – bisher unerschlossene – Quellen eine andere Deutung nahe legen. In diesem Sinn sind die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft allerdings „Konstruktionen"[10]. Aus dem so gewonnenen Grundgerüst wird durch

9 Vgl. *H. Albert*, Kritik der reinen Erkenntnislehre, 1987, S. 130 m.w.N.

10 Daraus ist m.E. allerdings nicht der Schluss zu ziehen, dass die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft deshalb nur „durch Sprache erst wirklich geschaffen"(e) gesellschaftliche Konstruktionen wären – so *M. Stolleis*, Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von „Begriff" und „Tatsache" (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 22), 1997, S. 15. *Stolleis* betont nämlich auch, dass der Unterschied zwischen „Historiographie und Fiktion" in der „Kontrollierbarkeit an Hand von Quellen" (a.a.O. S. 15) resp. der „Falsifizierbarkeit an Hand 'besserer Zeugnisse'" (a.a.O. S. 19) begründet sei. Auf diese Kriterien kommt es aber entscheidend an! Nichts spricht dagegen, in den so gewonnenen „Konstrukten" – wohlverstandene – historische „Tatsachen" zu erkennen. Zu diesem Ergebnis gelangt letztlich auch *Stolleis*, wenn er betont, dass man „diese Konventionen des Unbezweifelbaren 'Tatsachen' nennen kann" (a.a.O. S.20). Die sinngemäß gleiche Situation besteht ja auch hinsichtlich des positiven Rechts: Dass Rechtsnormen „Deutungskonstrukte" sind, ändert nichts an der Möglichkeit einer objektiven Rechtswissenschaft.
Für den österreichischen Kontext hat diese Diskussion freilich noch einen anderen Einschlag: Unter Hinweis auf den stets konstruktiven – und damit gemeint: subjektivistischen und interessengeleiteten – Charakter der Geschichtswissenschaft wurde nämlich den Forschungen der Historikerkommission der wissenschaftliche Wert abgesprochen. Jede Generation schriebe die Geschichte neu und nun sei eben jene der „Vergangenheitsbewältiger" am Ruder. Nun liegt dies auf einer ganz anderen Ebene als die vorhin behandelte erkenntnistheoretische Skepsis. Doch sieht man deutlich, wohin der postmoderne „Dekonstruktivismus" führen kann (vgl. dazu eindringlich auch *I. Englard*, Nazi Criticism Against the Normativiste Theory of

Auswahl und Kontextualisierung die „Erzählung" des Vergangenen zusammengestellt[11]. Der Historiker wird dann danach streben, das Geschehen zu interpretieren, historische Urteile wachsender Allgemeinheit abzugeben. So lässt sich etwa ein zeitgenössischer Augenzeugenbericht über eine gewaltsame Wohnungsausräumung mit einer „wilden Arisierung" der SA in eben diesen Tagen und an jenem Ort erklären, in eine „Erzählung" über die Erscheinungsformen der Arisierung nach dem Anschluss zusammenfassen und schließlich etwa als Maßnahme einer bestimmten Sozialpolitik durch gewaltsame Vermögensverschiebung interpretieren.

Wesentlich ist, dass der Historiker seine Feststellungen auf einer Skala der Sicherheit treffen kann. Er kann eine Vermutung aussprechen oder eine plausible Erklärung abgeben, er kann die verschiedenen Quellen gegeneinander abwägen und die Sache als „unentschieden" darstellen.

3. Nimmt man nun die Rechtsanwendung in den Blick und orientiert sich idealtypisch am richterlichen Subsumtionsmodell[12] so rekonstruiert der Rechtsanwender aus dem genannten Zeugenbericht eines Passanten sowie aus mannigfachen weiteren Beweismitteln, ein Geschehnis, das er schließlich durch „Subsumtion" als Spezialfall der in den strafgesetzli-

Hans Kelsen – Its Intellectual Basis and Postmodern Tendencies, in: D. Diner/M. Stolleis [Hrsg.], Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, 1999, S. 133 [154]). Hier wird somit die Ansicht vertreten, dass nach Setzung bestimmter Annahmen und bei Einhaltung exakter Methoden die Geschichtswissenschaft zu rationalen, nachvollziehbaren Ergebnissen gelangen kann. Einer postmodernen „Dekonstruktion" der Geschichte in diverse „Erzählungen" von verschiedenen Standpunkten oder Lebenserfahrungen aus – unter Absage an jedes Streben nach Objektivität – kann hier nicht das Wort gesprochen werden. Das bedeutet nicht, dass der Historiker keine Werthaltung haben soll, doch zeigt sich diese primär in der Wahl des Forschungsgebietes. Es ist auch richtig, dass der subjektive Faktor in der Geschichtswissenschaft wie auch sonst nicht ausschaltbar ist. Aber im Sinne eines wissenschaftlichen Vorgehens sollte getrachtet werden, subjektive Befangenheiten zu beherrschen und vor allem durch stetige Kontrolle und Kritik innerhalb von Forschungsteams und im Rahmen der scientific community überhaupt auszuschließen. Keinesfalls sollte aus der „Not" des unumgänglichen subjektiven Faktors eine „Tugend" gemacht werden. Vgl. auch *V. Sellin*, Einführung in die Geschichtswissenschaft, 2. Aufl. 2001, S. 187.

11 Vgl. *Sellin*, Einführung (Fn. 10), S. 28.

12 Vgl. etwa *B. Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, Rn. 677 ff.

chen Vorschriften über den Raub abstrakt umschriebenen „Tatbestände" fixiert[13].

Auf den ersten Blick scheinen Rechtsanwender und Historiker ganz ähnlich vorzugehen, denn auch der Rechtsanwender kann sich nur an die gleichen Quellen halten, die auch dem Historiker zur Verfügung stehen. Aber wenn man das Vorgehen des Rechtsanwenders näher untersucht, so zeigen sich charakteristische Differenzen:

– Die Feststellung des Sachverhaltes durch den Rechtsanwender ist keine rein wissenschaftliche Tätigkeit[14], die in eine – wahrheitsfähige – Behauptung mündet. Vielmehr ist sie die Anwendung verfahrensrechtlicher Regelungen, namentlich der Beweisregeln und damit letztlich auf einen Willensakt, auf ein Urteil hin orientiert[15]. Auch von Juristen wird dies nicht immer deutlich gesehen: Etwa das Strafprozess- oder das Verwaltungsverfahrensrecht können mehr oder weniger intensiv vorschreiben, welche Quellen herangezogen werden dürfen und welche nicht („Verwertungsverbote") und allenfalls auch in welcher Hierarchie. Es können also sowohl die Beweisaufnahme als auch die Beweiswürdigung näher geregelt sein. Die manchmal positivierten Grundsätze der Findung der „materiellen Wahrheit" und der "freien Beweiswürdigung" sind nur Spielarten, die eine Steigerung des richterlichen Ermessens zum Ausdruck bringen[16]. Das bedeutet nicht,

13 Man darf sich diesen - für die juristische Praxis essentiellen - Vorgang keineswegs als einen logischen Automatismus vorstellen. Vielmehr kommen in allen Phasen Ermessens- bzw. Entscheidungskomponenten dazu. Der Rechtsvollzug ist von einem Prozess der stetigen „Rechtsschöpfung" begleitet. *Adolf Julius Merkl* hat dafür den Begriff des „Doppelten Rechtsantlitzes" geprägt. (Das doppelte Rechtsantlitz, Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. Nachdruck in: *A. Merkl*, Gesammelte Schriften, I/1, 1995, S. 227 ff.).

14 Vgl. *R. Walter/H. Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 7. Aufl. 1998, Rn. 315 ff. Hingegen rechnet *M. Stolleis*, Der Historiker als Richter, in: Geschichte vor Gericht (Fn. 6), S. 173 (177), die Feststellung des Sachverhalts nicht zur juristischen Tätigkeit im engeren Sinn.

15 Vgl. nur *Walter/Mayer*, Grundriss (Fn. 14), Rn. 325.

16 Vgl. grundlegend *K. Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechts, 1966, S. 25; *Rüthers*, Rechtstheorie (Fn. 12), Rn. 670. Es soll nicht verkannt werden, dass Juristen ein bestimmtes – vielleicht idealisiertes – Bild insbesondere der Naturwissenschaften voraussetzen.

dass der Rechtsanwender bei der freien Beweiswürdigung etwa willkürlich vorgehen darf; vielmehr ist er zur Schlüssigkeit im „Sinne der Denkgesetze“ verpflichtet[17]. Doch ist es erst ein Charakteristikum moderner Verfahrensordnungen, „wahre Sachverhalte“ und logisch-empirisches Vorgehen zu normieren und nicht etwa auf das unter der Folter erpresste Geständnis abzustellen. In diesem Sinn besteht zwischen dem Vorgehen des Historikers und des Rechtsanwenders Parallelität, freilich auf verschiedenen Seiten des Zaunes.

Der wissenschaftliche Zug moderner Ermittlungsverfahren zeigt sich insbesondere daran, dass sich der Rechtsanwender wissenschaftlicher Hilfsmittel bedienen kann. Ein „klassisches“ Beweismittel im gerichtlichen Verfahren ist der Sachverständige[18]. Die Rolle des Sachverständigen kann auch der Historiker einnehmen[19].

– In der Rechtsanwendung wird das Geschehnis unter einer bestimmten Perspektive zum Sachverhalt „verdichtet“:

Damit überhaupt aus dem Fluss der Ereignisse die relevanten Tatsachen herauskristallisiert werden können, muss die Wirklichkeit bereits aus der Perspektive eines oder mehrerer in Betracht kommender Tatbestände betrachtet werden (also das berühmte „Hin- und Herwandern des Blicks“ zwischen dem Tatbestand und dem Sachverhalt). Der Rechtsanwender wird die Ereignisse, von denen er ja zunächst nur eine ungenaue Kenntnis hat, von Vornherein bereits unter der Perspektive bestimmter strafrechtlicher Tatbestände untersuchen. Am

17 Vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss (Fn. 14), Rn. 325.

18 Er wirkt an der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes dadurch mit, dass er Tatsachen erhebt (Befund) und daraus auf Grund besonderer Fachkundigkeit Schlussfolgerungen zieht. Der Sachverständige ist seinerseits an Quellen orientiert. Wegen der großen praktischen Bedeutung der Sachverständigen namentlich im naturwissenschaftlich-technischen Bereich ist die Abgrenzung zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und der richterlichen Festsetzung des Sachverhaltes nicht immer klar. Es ist ein aus juristischer Sicht oft gerügter Mangel von gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren, dass einerseits der Sachverständige über seinen angestammten Bereich hinausgeht und rechtliche Konsequenzen zieht, andererseits die Behörde ohne erkennbaren Willensakt den Ausführungen des Sachverständigen folgt. Vgl. etwa *Walter/Mayer*, Grundriss (Fn. 14), Rn. 358 ff.

19 Vgl. *Stolleis*, Historiker als Richter (Fn. 14), S. 176.

Ende dieses Prozesses steht dann die Subsumtion oder Nichtsubsumtion des Sachverhaltes unter einen oder mehrere Tatbestände. Im positiven Fall hat der Richter dann die Rechtsfolge zu verhängen. Der Sachverhalt besteht zwar auch in einer Art „Erzählung", aber eben in einer, die die ganz spezifische „Zurichtung" hat, unter einen rechtlichen Tatbestand subsumiert zu werden[20].

– Die Sachverhaltsfeststellung als Teil der Rechtsanwendung ist stets personal orientiert:

Ein wichtiger Unterschied zwischen historischer und Rechtsanwendungstechnik liegt gewisser Maßen in der Einstellung der Linse, mit der die Wirklichkeit betrachtet wird. *Michael Wildt* hat diese unterschiedlichen Gesichtspunkte besonders plastisch beschrieben – juristische Wahrheitssuche sei stets personal, wissenschaftliche Erklärungen historischer Wirklichkeiten hingegen größtenteils überpersonal und suchten mit dezidierter Absicht die Gründe für geschichtliche Entwicklungen nicht in einzelnen Personen[21]. Wir dürfen auch nicht übersehen, dass die Rechtsvollziehung im Strafrecht über eine differenzierte „Verurteilungstechnik" mit einer subtilen Auffächerung des Schuldelementes verfügt, ganz zu schweigen von den Grundsätzen eines „fairen Verfahrens". In der strafrechtlichen Rechtsanwendung interessiert vor allem, ob genau bestimmte Personen Handlungen gesetzt haben, mit denen Tatbestände bestimmter strafrechtlicher Delikte „verwirklicht" wurden. Die sich hier ergebende Schwierigkeit darf nicht unterschätzt werden. Gerade bei jenen Kriegsverbrechern, die als sogenannte „Schreibtischtäter" in relativ abgehobener Funktion tätig waren, ergaben sich für die Staatsanwaltschaft beträchtliche Probleme, eine allgemeine Verwicklung in das verbrecherische Geschehen auf konkrete Anklagepunkte zu konkreti-

20 *M. Wildt*, Differierende Wahrheiten. Historiker und Staatsanwälte als Ermittler von NS-Verbrechen, in: Geschichte vor Gericht (Fn. 6), S. 46 (54). Freilich verdichtet auch der Historiker das Geschehen im Lichte bestimmter Parameter. Anders als der Jurist ist die Historikerin bei der Setzung dieser Parameter aber (nur) der wissenschaftlichen Zweckmäßigkeit verpflichtet.

21 *Wildt*, Differierende Wahrheiten (Fn. 20), S. 52. Dies trifft jedenfalls auf die moderne Geschichtswissenschaft nach Überwindung des „Historismus" zu.

sieren[22]. Das ist die typische Problematik, der gegenwärtig etwa das „Haager Tribunal" begegnet.

– Der bei der Rechtsanwendung festgestellte Sachverhalt unterliegt in der Außenperspektive nicht mehr dem Kriterium der Wahrheit, sondern jenem der Geltung:

Mit dem Urteil wird eine „Sollens-Tatsache" geschaffen, im Sinne der Geltung als der spezifischen Existenz von Normen[23]. Grundsätzlich ist die so erfolgte Dogmatisierung eines bestimmten Fragments des historischen Geschehens unabänderlich[24]. In den modernen, rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen ist dies freilich dann eingeschränkt, so stellen Fehler bei der Sachverhaltsermittlung ja einen typischen Grund dafür dar, ein Rechtsmittel einzulegen und können sehr schwere Fehler sogar zu außerordentlichen Rechtsmitteln, wie etwa der sogenannten „Wiederaufnahme des Verfahrens" nach langer Zeit führen. Aber trotz dieser Modifikationen bleibt der immanente Sinn der juristischen Sachverhaltsfeststellung die „Außerstreitstellung" bestimmter Tatsachen. Wenn vorhin im Zusammenhang mit der Geschichtswissenschaft davon die Rede war, dass der Historiker seine Feststellungen auf einer Skala der Gewissheit treffen kann, so ist dies im juristischen Prozess gerade nicht der Fall. Der Richter muss, soll er verurteilen, Gewissheit über einen bestimmten Sachverhalt haben, er darf nicht bloß möglich sein[25].

22 Vgl. dazu anschaulich *Wildt,* Differierende Wahrheiten (Fn. 20), S. 47 mit Bezug auf das Strafverfahren gegen Bruno Streckenbach, dessen „Täterbild ... mühsam Stück für Stück zusammengesetzt werden" musste.

23 Vgl. *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 9.

24 Vgl. dazu *Walter/Mayer*, Grundriss (Fn. 14), Rn. 316: „Im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts ist die Willensfunktion der zur Entscheidung berufenen Organe weitestgehend zurückgedrängt; das Ziel ist die Feststellung der 'objektiven Wirklichkeit'. Freilich ist für das Verfahren letztlich das 'objektive Wirklichkeit' was das zuständige Organ als solche feststellt".

25 Oder doch zumindest „überragende Wahrscheinlichkeit" (vgl. die bei *Walter/Mayer*, Grundriss [Fn. 14], Rn. 315 wiedergegebene Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes). Das positive Verfahrensrecht sieht regelmäßig weitergehende Abschwächungen vor, etwa wenn bereits die „Glaubhaftmachung" oder der „erste Anschein" etc. genügen.

4. Die hier betonte Differenz zwischen historischer und juristischer Tatsachenfeststellung gewinnt auf der Ebene des rechtlichen oder historischen Urteils fundamentale Bedeutung. Die Rechtsordnung ist dadurch charakterisiert, dass an die Wirklichkeit ein normatives Deutungsschema herangetragen wird, das durch die Elemente der „Zurechnung", „Schuld" etc. konstituiert ist. Dagegen kommt es in den modernen Wissenschaften auf die Einsicht in objektive, vornehmlich kausale Zusammenhänge an. Für die normative Betrachtung endet die Erklärung darin, einem bestimmten Menschen ein Geschehnis „zuzurechnen". Für eine geschichtswissenschaftliche Betrachtung muss die Erklärung prinzipiell weiter gehen[26]. Wie alle wissenschaftlichen Ergebnisse entziehen sich auch die Aussagen des Historikers jeder Dogmatisierung. In den Worten von *Harold James* besteht die historische Disziplin in einem „ununterbrochenen Revisionismus"[27] [28].

26 Sehr zutreffend bei *G. Feldman*, Unternehmensgeschichte im Dritten Reich und die Verantwortung der Historiker, in: Geschichte vor Gericht (Fn. 6), S. 103 (121): „Historiker sind keine Richter und können dies auch nicht sein. Sicherlich fällen sie wie die Richter auch Urteile, die auf den zur Verfügung stehenden Beweisen aufbauen und einer Revidierung unterzogen werden können; doch sie betreiben keine Entscheidungsfindung, denn ihr oberstes Ziel ist nicht, über die Frage „schuldig oder unschuldig" zu befinden, als vielmehr zu historisieren, in anderen Worten, die Frage von Schuld und Unschuld zu überschreiten und zu Erkenntnissen über das menschliche Verhalten in einem bestimmten Kontext zu kommen. Die Fragen, die sich Historiker stellen, sind von dieser Zielsetzung bestimmt."

27 *H. James*, Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission, in: Geschichte vor Gericht (Fn. 6), S. 130 (139). Hier ist anzumerken, dass es in Ausnahmefällen dazu kommen kann, dass der Gesetzgeber bestimmte historische Wahrheiten positiv oder negativ "dogmatisiert". Das ist etwa der Fall, wenn die "Auschwitz-Lüge" unter Strafe gestellt wird oder umgekehrt, wenn dem Täter die Tatsache einer getilgten Verurteilung nicht vorgehalten werden darf. Das Motiv hinter solchen Verbotsnormen ist nicht die Unterdrückung von Lügen oder Wahrheiten, sondern die Abwehr der Gefahr, die vom Gebrauch bestimmter Feststellungen ausgeht.

28 Damit soll selbstverständlich nicht die Möglichkeit einer personenzentrierten Geschichtswissenschaft bestritten werden. Gerade etwa die epochale Arbeit von *Ulrich Herbert* über Werner Best ist ein gutes Beispiel für das hier Gemeinte. (*U. Herbert*, Best, 1996). Stets geht es dem Autor darum, die Mentalität seiner Figur aus objektiven Faktoren zu erklären bzw. aus dem biographischen Sonderfall allgemeine Einsichten zu gewinnen. Der Untertitel lautet denn auch: Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903 bis 1989. *Herbert*

Nun ist die Einsicht, dass es die Aufgabe der Justiz ist, Schuldige zu verurteilen, und die Aufgabe der Geschichtswissenschaft, die Vergangenheit zu klären und zu erklären, keineswegs originell. Wenn man beide Disziplinen als Techniken der Befassung mit der Vergangenheit sieht, so sollte immerhin die Arbeitsteilung deutlicher geworden sein: Einerseits eine – in bestimmter Weise zufällig zu Stande gekommene[29] – Sammlung mehr oder weniger „atomisierter" und „dogmatisierter", einzelnen Menschen zugerechneter Geschehnisse[30], andererseits eine systematisch vom einzelnen Geschehnis zur allgemeineren Erklärung strebende, in ständiger wissenschaftlicher Diskussion stehende eigentliche Geschichte.

III. Interdisziplinäre Zusammenarbeit

Viele haben gefragt, wieso denn in einer Historikerkommission so viele Juristen tätig waren. Die Antwort ergibt sich aus dem Mandat, denn der Untersuchungsgegenstand bestand eben auch aus Rechtsnormen, die schließlich Deutungskonstruktionen sind. Dies gilt schon für den Vermögensentzug. Es entsprach gerade der Eigenart des NS-Staates, seine Angriffe auf mehreren Ebenen zu führen. So standen auch unter damaligem Strafrecht rechtswidrige Maßnahmen der Beraubung und gesetzlich ungedeckte Maßnahmen des staatlichen Vermögensentzugs neben minutiös und pedantisch geregelten Verfahren der Vermögensentziehung und Neuinterpretationen geltender allgemeiner Gesetze

geht mit Best, dessen Lebenslauf er minutiös nachvollzieht, nicht ins Gericht. Damit ist nicht gemeint, dass nicht klare moralische Bewertungen ableitbar wären und auch explizit gemacht werden können. Aber der Sinn der Untersuchung liegt nicht darin, eine „Personifizierung" des geschichtlichen Geschehens zu erreichen.

29 „Zufällig" bezieht sich hier darauf, dass etwa weil Täter gestorben sind oder nicht gefasst werden, eben nur bestimmte Verfahren stattfinden können.

30 Festzuhalten ist, dass Gerichts- und Verwaltungsakten im Allgemeinen und insbesondere Strafprozessakten eine historische Quelle ersten Ranges sind. Aus dieser Sicht erfüllen also etwa die Vernehmungsprotokolle einen doppelten Zweck. Dabei sollte der Historiker das Gerichtsmaterial, wenn ihn nicht das Verfahren als solches, sondern die dahinter stehende Wahrheit interessiert, mit Vorsicht verwenden – so *Wildt*, Differierende Wahrheiten (Fn. 20), S. 54.

im nationalsozialistischen Geist durch die Justiz. Unter den rechtsstaatlichen Verhältnissen der Zweiten Republik, in der dann – wie auch immer – „Rückstellungen“ und „Entschädigungen“ erfolgten, war dies notwendigerweise das Ergebnis der Erlassung und Vollziehung von Gesetzen.

Vor allem für die zweite Phase trat daher der juristische Aspekt sehr deutlich in den Vordergrund. Die Historikerkommission entschloss sich daher dazu, vier Hauptgebiete von vornherein auch juristisch-dogmatisch zu analysieren, nämlich die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Republik Österreich zu Rückstellung und Entschädigung, die Rückstellungsgesetzgebung, insbesondere aus zivilrechtlicher Sicht, die Entschädigungselemente im Sozialrecht und Untersuchungen zu einzelnen Verwaltungsmaterien, insbesondere zum Staatsbürgerschaftsrecht.

Die Aufgabe der juristischen Gutachter bestand dabei darin, eine kritische Analyse dieser Rechtsnormen zu liefern. Dies führte nicht etwa dazu, dass die Historikerkommission ihre historische Perspektive verlor. Aber einige der von der Historikerkommission behandelten Gegenstände gehörten eben nicht zur Sphäre des „Seins“, sondern zu jener des „Sollens“. In einem bestimmten Sinn stellt das vergangene positive Recht eine Tatsache dar, freilich normativer Art. Für die Beschreibung dieser Tatsachen dienten Juristen als Sachverständige in der Historikerkommission.

Zum rechtsdogmatischen Aspekt traten zwei weitere: Es erwies sich als äußerst relevant, die Entstehungsgeschichte etwa der Rückstellungsgesetzgebung darzustellen. Weiteres kann eine dogmatische Darstellung die Wirksamkeit des Rechts, also seine tatsächliche Vollziehung, nur sehr beschränkt darstellen. Es war daher notwendig, aus den Gerichts- und Verwaltungsakten heraus die tatsächlich durchgeführten Verfahren systematisch zu untersuchen.

Schließlich unternahmen es die Gutachter, das positive Recht – methodisch explizit ausgewiesen – auch zu bewerten. Dafür wurden verschiedene Maßstäbe herangezogen. Primär wurde versucht, die Gesetze anhand der von ihnen offiziell verfolgten Zwecke daraufhin zu beurteilen, ob sie besser als andere denkbare Regelungen diese

Zwecke umzusetzen vermochten. Eine bedeutende Rolle im Rahmen der Bewertung spielte aber auch der Vergleich mit sonstigen Regeln des jeweiligen Rechtsgebietes; auf dem Gebiet der Rückstellung also mit den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Rückstellungsgesetze mit Problemen beschäftigt haben, die an und für sich eine Regelung im ABGB erfahren haben[31]. Diese allgemeinen Regelungen – die es auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts gibt – haben sich für die Bewertung der einschlägigen Rechtsnormen deswegen als in hohem Maße relevant erwiesen, weil sie auf Grund ihrer allgemeinen und weitgehend unbestrittenen Geltung die Vermutung der sachlichen Angemessenheit für sich haben, sodass eine Abweichung der Rückstellungs- oder Entschädigungsgesetze von diesen allgemeinen Regelungen ohne sachliche Rechtfertigung als problematisch angesehen werden müsste.

Schließlich gibt es einen rechtsimmanenten Bewertungsmaßstab, nämlich den Gleichheitssatz der Bundesverfassung. In seiner heutigen Ausprägung durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist der Gleichheitssatz zum Maßstab einer allgemeinen „Sachlichkeitsprüfung" von Gesetzen geworden[32]. Hier ist allerdings eine gewisse Vorsicht geboten: Dass bestimmte Regelungen nicht mehr sachlich im Sinne des heutigen Verständnisses des Gleichheitssatzes sind, kann den damals handelnden Personen nicht angelastet werden. Es ist hier sehr genau anzugeben, von welchem Wertungsmaßstab ausgegangen wird[33] [34].

31 Dieses enthält beispielsweise detaillierte Regelungen darüber, wie bei Rückab-wicklung eines auf Grund von Zwang oder Drohung unwirksamen Vertrages vorzugehen ist.

32 Vgl. nur *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2003, S. 328.

33 Vgl. dazu *D. Thürer*, Im Schatten des Un-Rechts-Staates: Reaktionen auf den Nationalsozialismus im schweizerischen Rechtssystem, Zeitschrift des Bernischen Juristenverbandes, 137. Sonderband, 2002, S. 5 (9).

34 Relevanz erhält diese Bewertung im Lichte des Bundesgesetzes über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz), BGBl I 2001/12, das in §§ 15 Abs. 1 und 28 Abs. 2 davon spricht, dass frühere Entscheidungen oder einvernehmliche Regelungen allenfalls eine „extreme Ungerechtigkeit" darstellen können – vgl. ins-

1. Schon die juristisch-dogmatische Beschreibung von – aus guten Gründen – verpönten Rechtslagen ist ein heikles Unterfangen. Vor allem Nichtjuristen, die in der Regel von einem naiven, zwischen Recht und Moral nicht unterscheidenden, Rechtsbegriff geleitet sind, geben ihrem Unbehagen Ausdruck, indem sie vom „gesetzlichen Unrecht" sprechen oder den Ausdruck „Recht" unter Anführungszeichen setzen. Wer diese Redeweise nicht befolgt, der kann bisweilen zu hören bekommen, dass er die abgelehnte Zwangsordnung „rechtfertige". Für einen kritischen Rechtspositivisten ist dies nun schon deshalb unsinnig, weil aus der – ihrerseits nur unter der Voraussetzung einer geltungsstiftenden Annahme (Grundnorm) – möglichen Beschreibung einer Zwangsordnung als Rechtsordnung nur deren Geltungsanspruch folgt, nichts aber für die Entscheidung des Einzelnen, diesem zu gehorchen, ableitbar ist[35]. Aber selbst Vertreter eines – rechtstheoretisch reflektierten – grundsätzlich moralisch gesättigten Rechtsbegriffes räumen für die von ihnen „Beobachterperspektive" genannte Beschreibungsebene Wertfreiheit ein[36]. Wie auch anders: Etwa in der Historikerkommission ging es ja gerade darum, vergangenes Recht zu beschreiben, um es danach bewerten zu können. Man verfehlte das Thema,

besondere zu diesem Problemkreis *G. Graf*, „Arisierung" und Restitution, JBl 2001, 746 (751).

35 Vgl. z.B. *R. Walter*, Hans Kelsens Rechtslehre (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 24), 1999, S. 11.

36 Vgl. etwa *R. Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 55. Für einen Rechtspositivisten ist ein derart „gespaltener" Rechtsbegriff – je nachdem ob es sich um einen Teilnehmer handelt, der innerhalb, oder um einen „Beobachter", der außerhalb eines Rechtssystems argumentiert, methodisch unvertretbar (vgl. zutreffend *N. Hoerster*, Verteidigung des Rechtspositivismus [Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 11], 1989). Eine wesentliche Schwäche dieser Theorie liegt in der mangelnden Trennschärfe der Perspektiven: Einerseits muss nämlich auch der Teilnehmer zunächst „beobachten", was ohne einen reinen Rechtsbegriff nicht denkmöglich ist. Andererseits steht, zumal im Zeitalter der Globalisierung, niemand außerhalb irgendeines Rechtssystems, ist also, in diesem freilich trivialen Sinn, stets „Teilnehmer".

schriebe man ständig mit einem akkusatorischen Beiklang, ist doch das Dargestellte ohnedies schlimm genug.

2. Auf der Ebene der Rechtssetzung und -anwendung geht es nicht mehr um reine Semantik, sondern um die Wahl der Rechtstechnik zur Behandlung vergangenen Rechts. Lassen Sie mich etwas später darauf zurückkommen.

Zunächst ist vorauszuschicken, dass – wie dies *Bernhard Schlink* formuliert hat – mit dem Recht nicht das vergangene, sondern nur das gegenwärtige und zukünftige Leben gestaltet und in Ordnung gebracht werden könne[37]. Das Recht ist ein sozialtechnisches System zur Steuerung menschlichen Verhaltens. Dieser Auffassung vom Rechtszweck entspricht die Konstruktion des Rechtsbegriffs bei *Kelsen*: Ist man vom zentralen Begriff der „Zwangsnorm" geleitet[38], so steht im Zentrum der Rechtsordnung die Anordnung, unter welchen Voraussetzungen Menschen Zwang ausüben sollen – und das kann nur in der Zeit nach der Setzung der Norm erfolgen. Wir müssen uns also darüber im Klaren sein, dass die Redeweise von der „Rückwirkung" des Rechts grundsätzlich metaphorisch ist. Es geht stets darum, wie in der künftigen Rechtsanwendung, also bei der Setzung von Zwangsakten durch ermächtigte Menschen, auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, zu denen als Untergruppe auch Rechtsakte gehören, reagiert werden soll.

In den mitteleuropäischen Rechtsordnungen mit ihren systembedingten Verwerfungen und Diskontinuitäten haben wir uns – abgesehen vom strafrechtlichen Kern – die Art des Umgangs mit vergangenem Recht zumeist „zusammengebastelt", darin eher ein notwendiges Übel sehend. Neuerdings wird indessen in Phänomenen des Übergangsrechts (im weitesten Sinn) geradezu der Schlüssel zur Bewältigung von Systembrüchen und Diskontinuitäten gesehen. Arbeiten zu diesem Thema in den USA firmieren unter den Begriff „transitional justice"[39]. Während rechtstechnische Überleitungsfragen

37 Die Bewältigung der Vergangenheit durch Recht, in: *B. Schlink*, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht, 2002, S. 89 (90).

38 Vgl. Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 115.

39 Vgl. *R. Teitel*, Transitional Justice, 2000, passim.

insbesondere in Mitteleuropa zum Alltag des Rechts gehörten, sind sie für die USA mit ihrer nun schon lange dauernden Rechtskontinuität ein Novum und in gewisser Weise die Folge eines Exportes ihres Rechts, wobei ein frühes Beispiel schon die „Nürnberger Prozesse" waren. Transitional justice soll den Prozess zwischen Rechtssicherheit und Revolution steuern, wobei als Maßstab dann universelle Grundrechte etc. angenommen werden. Hier tritt die Funktion des Rechts, die Wirklichkeit zu deuten, gegenüber der reinen Steuerungsfunktion in den Vordergrund, freilich noch immer im Rahmen der Rechtsanwendung[40].

3. Allerdings kann vergangenes Recht wohl nur insoweit zum Gegenstand neuer Regelungen werden, als es in irgendeiner Weise noch „fortwirkt". Dies ist freilich in vielerlei Formen möglich: Alltägliche Rechtstechnik ist es, wenn etwa nach der Aufhebung einer Rechtsvorschrift auf Grund früher verwirklichter Sachverhalte noch eine geraume Zeit Rechtsfolgen zu verhängen sind. Rechtstechnisch kommt dies meist in „Überleitungsvorschriften" zum Ausdruck, wie wir sie z.B. im Sozialversicherungsrecht finden.

Vergangenes Recht wirkt aber auch infolge Verweisung (Rezeption) fort oder bei Konstruktionen einer „Anknüpfung", wenn es – allenfalls auch implizit – zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung neuer Rechtsetzung (oder -anwendung) eingesetzt wird: Jede Verweisung kann auch als (mittelbare) Erweiterung des Geltungsbereiches der verwiesenen Norm gedeutet werden, jede „Anknüpfung" an eine Rechtsnorm als Rezeption dieser[41]. So wenn etwa an eine alte Staatsbürgerschaft angeknüpft wird oder besonders auch bei Eigentumsfragen[42]. Die Zuordnung privatrechtlicher Güter an einzelne Menschen wird nämlich zivilrechtlich meist implizit so geregelt, dass ein aktuelles Eigentumsrecht genau dann besteht, wenn in der Vergangenheit ein rechtswirksamer Erwerbsakt stattgefunden hat. Solange sich der gegenwär-

40 Vgl. *Kelsen*, Theorie (Fn. 38), S. 118.

41 Vgl. dazu die eingehende Analyse einschlägiger Rechtsphänomene bei *A. Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht, 1999, passim; für hier vgl. S. 139.

42 Für die Diskussion darüber habe ich Hr. Univ. Prof. Dr. Georg Graf, Salzburg, zu danken.

tige Eigentümer nur auf derivativen Eigentumserwerb berufen kann, bedarf es streng genommen eines Zurückgehens innerhalb der Kette seiner Vormänner bis zu jenem Zeitpunkt, in dem ein originärer Eigentumserwerb stattgefunden hat. Dieses Zurückgehen kann dazu führen, dass Rechtsgeschäfte relevant werden, die vor dem zeitlichen Wirkungsbereich der nunmehr geltenden Privatrechtsordnung stattgefunden haben. Hier kommt es dann wieder darauf an, wie sich die derzeit geltende Rechtsordnung zu diesen vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossenen Verträgen verhält, was eine Frage des positiven Rechts ist. In der Regel wird dieses jene Kriterien für maßgeblich erachten, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts relevant gewesen waren. Das ist aber keineswegs begriffsnotwendig. Denkbar ist es auch, dass die aktuelle Rechtsordnung nur jenen in der Vergangenheit liegenden Rechtsgeschäften einen Eigentumserwerb rechtfertigende Kraft zuerkennt, die bestimmten Mindestanforderungen entsprechen. Wir landen hier auf dem schwierigen Gelände etwa der legalisierten Enteignungen in der ČSR nach dem II. Weltkrieg.

Es bringt wenig, sich an die vagen und mehrdeutigen Begriffe des „toten" oder „obsoleten" Rechts anzuklammern[43]. Wesentlich ist, dass die Frage der Fortwirkung vergangenen Rechts anhand der jeweils geltenden positiven Rechtsordnung zu beurteilen ist. Und insoweit entscheidet also etwa das heutige tschechische Privatrecht über die Fortgeltung der Beneš-Dekrete.[44] (Damit man mich nicht missversteht: Die mögliche Völker- oder Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Rechtslage oder die vom gegenwärtigen Rechtsetzer rechtspolitisch einzunehmende Haltung sind ganz andere Themen.)

5. Diffizile Fragen wirft die Fortwirkung von individuell-konkreten Akten – etwa von Urteilen der Militärgerichtsbarkeit der NS-Zeit auf – ein in unseren Ländern bekanntes Thema. Es erscheint mir problematisch, eine strafgerichtliche Verurteilung, die ja in einem bestimm-

43 Vgl. dazu *C. Jabloner*, Das Denksporterkenntnis des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: FS Adamovich, 1992, S. 189 (198) und *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 439.

44 Vgl. dazu etwa NZZ v. 5./6. Juli 2003, S. 3.

ten konkreten Verfahren erfolgt ist, durch generellen Akt des Gesetzgebers nachträglich aufzuheben. Dazu Folgendes: In Österreich wird gegenwärtig die Frage diskutiert, ob – dem Beispiel Deutschlands folgend – eine generelle Aufhebung der Urteile der NS-Militärgerichtsbarkeit erfolgen soll („Rehabilitierung"). Nach schon längerer Diskussion ist das Bundesministerium für Justiz nun darauf gestoßen, dass es eine solche Vorschrift bereits in der unmittelbaren Nachkriegszeit gegeben hat. Sie wurde aber vergessen oder ist von Haus aus unbekannt geblieben[45]. Nun könnte man diese Bestimmung heute anwenden, aber das will nicht befriedigen: Wir erkennen hier das Problem, dass eine sozial wirksame „Rehabilitierung" durch Formalakt anscheinend nur schwerlich zu erzielen ist[46].

Auch wenn man geneigt wäre zu sagen, dass einschlägige Verurteilungen in der NS-Zeit einen geradezu auszeichnenden Charakter haben, wird man das rechtstechnische Bedürfnis nach einer Beseitigung der Folgen dieses vergangenen Rechts nicht verkennen können.

5. Eine weitere Stufe des Problems erreichen wir allerdings dort, wo mit einem Rechtsakt – sei es ein Gesetz oder ein Urteil – keine rechtlich fassbaren Fortwirkungen mehr verbunden sind[47]. Hier steht das in Rechtsform ergangene gesellschaftliche Unwerturteil vor uns. Hat es etwa einen Sinn, Verurteilungen aufzuheben, die Menschen galten, die nicht mehr leben oder von denen auch kein Angehöriger mehr am Leben ist? Hat es einen Sinn, die Ehrenbürgerschaften toter NS-Politiker aufzuheben? Da die bloße Geltung einer Norm zeitlos ist, kann ihre Existenz als historische Tatsache nicht mehr aus der Welt geschafft werden. Recht wird zum geschichtlichen Faktum. Auch

45 §§ 7 f. des Bundesgesetzes über die Einstellung von Strafverfahren, die Nachsicht von Strafen und die Tilgung von Verurteilungen aus Anlass der Befreiung Österreichs (Befreiungsamnestie), BGBl. Nr. 79/1946. Vgl. dazu *R. Moos*, Die juristische Rehabilitierung der Opfer der NS-Militärjustiz, in: *R. Kohlhofer/R. Moos* (Hrsg.), Österreichische Opfer der NS-Militärgerichtsbarkeit – Rehabilitierung und Entschädigung, Schriftenreihe Colloquium Bd. 8 (2003), S. 17 (83).

46 Oder anders gesagt: Es scheint weniger auf den erzeugten Rechtsakt anzukommen, als auf seine – sozial sichtbare – Erzeugung.

47 Dabei ist die Rechtsordnung insgesamt heranzuziehen und auch etwa nach der vielleicht rechtlich geschützten Würde eines Verstorbenen zu fragen.

wenn die Ehrenbürgerschaft „aufgehoben“ wird, bleibt sie eine Schande.

Wir betreten hier den Bereich symbolischer Rechtsetzung. Als Juristen werden wir von derlei abraten, aber hin und wieder müssen wir zur Kenntnis nehmen, dass das Recht nicht allein den Juristen gehört[48].

6. Die hier vertretene Ansicht läuft keineswegs auf die Aussage „Recht muss Recht bleiben“ hinaus. Gerade weil die Geltung eines Rechtsaktes nur relativ zum Deutungsschema einer gegebenen Verfassung besteht, so steht es jeder späteren Rechtssetzung frei, die Vergangenheit und damit auch das Schicksal vergangener Rechtsakte neu zu bewerten. Dabei kann auch das Verhalten jener Menschen, die an der Erzeugung der Rechtsnormen beteiligt waren, neu beurteilt werden. So kann etwa der Richter des Todesurteils in der NS-Zeit nach dem Maßstab der neuen Rechtsordnung genau dafür, dass er diesen Rechtsakt gesetzt hat, zur Verantwortung gezogen werden. Gerade eine rechtspositivistische Anschauung macht für eine solche Neubewertung den Weg frei: Der Grundsatz „Recht muss Recht bleiben“ ist pseudopositivistisch und kann rechtstheoretisch nicht begründet werden. Freilich wurde dieses Argument namentlich in der Nachkriegszeit oft dazu verwendet, das Verhalten von Richtern und anderen Juristen, die im NS-Staat an der Rechtserzeugung, insbesondere der Urteilsfindung, teilhatten, zu rechtfertigen. Was einmal Recht gewesen war, könne nicht zu „Unrecht“ werden, so wurde argumentiert. Wir sehen jetzt deutlich, dass sich diese Argumentation gerade nicht auf den Rechtspositivismus berufen kann[49].

Hat man erkannt, dass verpöntes vergangenes Recht als historische Tatsache für immer bleibt, so kann es – wie schon eingangs dieses Kapitels gesagt – „nur“ um die Rechtstechnik gehen, Fortwirkungen dieses Rechts zu beseitigen. Möglich ist einerseits der Weg der Reprojektion naturrechtlicher oder unter dem Titel „ordre public“ firmierender materieller Standards mit dem Ergebnis der „absoluten Nichtig-

48 Vgl. zum Thema *C. Jabloner*, Vergangenes Recht, in: FS Barfuss, 2002, S. 113.

49 Besonders *Hoerster*, Verteidigung (Fn. 36), S. 24 f., hat deutlich gemacht, dass gerade die Trennung von Recht und Moral dem Einzelnen die – moralische – Verantwortung für sein Handeln vor Augen führt.

keit“ ex tunc, oder aber die explizite rechtliche Neubewertung des alten Rechts. Meiner Überzeugung nach ist der explizite Umgang mit vergangenem Recht transparenter und realistischer als die naturrechtliche Verschleierung[50]. Diese Problematik, die ja insbesondere aus der Diskussion um die „Mauerschützen-Urteile“ sehr bekannt ist, möchte ich hier indessen nicht weiter verfolgen.

V. Der Jurist als zeitgeschichtlicher Akteur

Mit meinen letzten Sätzen habe ich schon ein Thema berührt, das die Historikerkommission nur ganz am Rande beschäftigt hat, nämlich die Rolle der Juristen im Nationalsozialismus und in der Nachkriegszeit.
Es drängt mich zu den abschließenden Sätzen, dass die oft diskutierte Frage, welcher methodischer Standpunkt Juristen eher gegen ihre Instrumentalisierung in einem totalitären System schützt, in ihrer Bedeutung überschätzt wird. Der eingangs geschilderten Komplexität des nationalsozialistischen Vorgehens bei der Beraubung entsprach auch eine Komplexität der rechtstechnischen Methoden auf allen Gebieten. So wurde einerseits „legalistisch“ vorgegangen, wenn das Regime generelle diskriminierende Maßnahmen durchsetzen wollte, andererseits im Wege der Umdeutung allgemeiner Gesetze im Sinne des Nationalsozialismus. Es waren also sowohl die aus einem „naiven“ Gesetzespositivismus erfolgende Gehorsamkeit des Rechtsstabes, als auch wieder gerade die „freiere“ richterliche Rechtsfindung, die gleichermaßen zur Durchsetzung des nationalsozialistischen Zwangssystems führte. Zur Abwehr dessen konnte im Einzelfall die eine oder andere Strategie erfolgreich sein, also bisweilen der Positivismus geradezu als „Abwehrstrategie“ gegen nationalsozialistische Anmutungen dienen[51], in anderen Fällen mochte ein beherzter Richter durch

50 Vgl. dazu *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: FS Walter, 1991, S. 117 (133).

51 Noch immer richtungweisend: *E. Franssen*, Positivismus als juristische Strategie, JZ 1969, 766 ff. Unter allen Aspekten verfehlt, doch noch immer wirksam ist die Auffassung, der „Rechtspositivismus“ habe zur Etablierung des NS-Regimes geführt – vgl. dagegen nur *H. Dreier*, Radbruchsche Formel (Fn. 50), S. 135.

exzessive Auslegung nationalsozialistische Gesetze entschärfen können. Im Großen und Ganzen leisteten Juristen – so sie nicht verfolgt wurden – keinen spezifischen Widerstand gegen den Nationalsozialismus, sie sind – wie dies *Bernd Rüthers* so zynisch ausgedrückt hat – alle Mal „Wende-Experten"[52]. Diese Instrumentalisierbarkeit teilen sie allerdings mit anderen akademischen Berufsgruppen, die im Deutungsgeschäft tätig sind, mit Historikern, Medizinern und Theologen!

52 Die Wende-Experten – Zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen, 2. Aufl. 1995. – Das ist eben die Rückseite der „transitional justice"!

Clemens Jabloner

28.11.1948	geb. in Wien
1967-1972	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Wien
1972	Promotion zum Dr. jur. an der Universität Wien
1972/73	Grundwehrdienst
1973/74	Gerichtspraxis
1974	Vertragsbediensteter im Bundesministerium für soziale Verwaltung
1975	Universitätsassistent am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht in der Hochschule für Welthandel
1978	Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes
1982	Leiter des Medienreferats
1984	Leiter der Abteilung für Länderangelegenheiten und Verwaltungsreform
1988	Habilitation aus dem Bereich des Verfassungsrechtes an der Universität Wien; im Universitätsbereich seither Lehrtätigkeit und Veröffentlichungen
1989	Leiter der Sektion „Zentrale Personalverwaltung" im Bundeskanzleramt
1991	Ernennung zum Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichtshofes
1993	Bestellung zum Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts; Verleihung des Berufstitels „Univ.Prof."
1993	Ernennung zum Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes
1998-2003	Vorsitzender der beim Österreichischen Staatsarchiv eingerichteten Historikerkommision der Republik Österreich

Veröffentlichungen (Auswahl)

Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (1989); (Gem. mit Bailer-Galanda u.a.), Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich. Forschungsbericht der Historikerkommission der Republik Österreich. Band 1: Zusammenfassungen und Einschätzungen. Schlußbe-

richt (2003); Kein Imperativ ohne Imperator – Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988), 23; Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: FS Schambeck (1994), 441; Die „Garantien der Verwaltung" und ihre Entwicklung, in: Österreichische Parlamentarische Gesellschaft (Hrsg.), 75 Jahre Bundesverfassung (1995), 531; Menschenbild und Friedenssicherung, in: Walter/Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (1997), 57; Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 1998, 1; Kelsen and his Circle: The Viennese Years, European Journal for International Law 9 (1998), 368; Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161; Legal Techniques and Theory of Civilization – Remarks on Hans Kelsen and Carl Schmitt, in: Diner/Stolleis, Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition (1999), 51; Verrechtlichung und Rechtsdynamik, ZÖR 1999, 261; Hans Kelsen – Introduction, in: Jacobson/Schlink (Hrsg.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis (2000), 67; Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34; Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Jabloner/Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre, 2001, 19; Vergangenes Recht, in: FS Barfuß (2002), 113; Die österreichische Historikerkommission, in: FS Adamovich (2002), 227.

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Heft 1: Arthur Kaufmann: **Theorie der Gerechtigkeit.** Problemgeschichtliche Betrachtungen (vergriffen)

Heft 3: Niklas Luhmann: **Die soziologische Beobachtung des Rechts,** 1986, 48 S., 9,50 €

Heft 4: Ernst-Wolfgang Böckenförde: **Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts** (vergriffen)

Heft 5: Ralf Dreier: **Rechtsbegriff und Rechtsidee.** Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion (vergriffen)

Heft 6: Günter Dux: **Der Täter hinter dem Tun.** Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988, 58 S., 13,90 €

Heft 7: Franz Bydlinski: **Recht, Methode und Jurisprudenz,** 1987, 46 S., 11,50 €

Heft 8: Martin Kriele: **Freiheit und „Befreiung".** Gibt es eine Rangordnung der Menschenrechte?, 1988. 52 S., 14,90 €

Heft 9: Manfred Rehbinder: **Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz,** 1989, 63 S., 14,90 €

Heft 10: Klaus Lüderssen: **Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs,** 1989, 62 S., 14,90 €

Heft 11: Norbert Hoerster: **Verteidigung des Rechtspositivismus,** 1989, 31 S., 14,90 €

Heft 12: Guiseppe Duso: **Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit,** 1990, 55 S., 13,90 €

Heft 13: Otfried Höffe: **Gerechtigkeit als Tausch?** Zum politischen Projekt der Moderne, 1991, 37 S., 10, 50 €

Heft 14: Klaus F. Röhl: **Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung,** 1992, 59 S., 14,90 €

Heft 15: Hans Albert: **Rechtswissenschaft als Realwissenschaft.** Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993, 37 S., 11,50 €

Heft 16: Gerd Irrlitz: **Moral und Methode.** Die Struktur in Kants Moralphilosophie und die Diskursethik (vergriffen)

Nomos

vertrieb@nomos.de

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Heft 17: Hasso Hofmann: **Gebot, Vertrag, Sitte.** Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit, 1993, 49 S., 14,90 €

Heft 18: Klaus Adomeit: **Das bürgerliche Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Gesellschaft**, 1996, 42 S., 14,90 €

Heft 19: Wolgang Schild: **Schuld und Unfreiheit.** Gedanken zur Strafjustiz und Psychoanalyse in Leonhard Franks »Die Ursache«, 1996, 50 S., 14,90 €

Heft 20: Kurt Seelmann: **Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne.** Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik. 1997, 36 S., 12,90 €

Heft 21: Winfried Brugger: **Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte** (vergriffen)

Heft 22: Michael Stolleis: **Rechtsgeschichte als Kunstprodukt.** Zur Entbehrlichkeit von „Begriff" und „Tatsache", 1997, 30 S., brosch., 13,90 €

Heft 23: Gertrude Lübbe-Wolff: **Recht und Moral im Umweltschutz.** 1999, 49 S., brosch., 16,50 €

Heft 24: Robert Walter: **Hans Kelsens Rechtslehre.** 1999, 37 S., brosch., 14,90 €

Heft 25: Stefan Breuer: **Georg Jellinek und Max Weber.** Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre, 1999, 39 S., brosch., 14,90 €

Heft 26: Wolfgang Kersting: **Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats.** 2000, 40 S., brosch., 14,– €

Heft 27: Wolfgang Huber: **Rechtfertigung und Recht.** Über die christlichen Wurzeln der europäischen Rechtskultur. 2001, 44 S., brosch., 15,– €

Heft 28: Kristian Kühl: **Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht.** 2001, 56 S., brosch., 15,– €

Heft 29: Peter Landau: **Rechtsphilosophie unter der Diktatur.** Drei Beispiele deutschen Rechtsdenkens während des Zweiten Weltkriegs. 2002, 32 S., brosch., 12,– €

Heft 30: Herfried Münkler: **Clausewitz' Theorie des Krieges.** 2003, 28 S., brosch., 14,– €

Nomos
vertrieb@nomos.de