

Luca von Bogdandy | Christoph Resch | Julius Schumann (Hrsg.)

Konflikte um Wahrheit

I. Tagung des Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte



Nomos

DIKE 



Junges Netzwerk Rechtsgeschichte

Band 1

Luca von Bogdandy | Christoph Resch
Julius Schumann (Hrsg.)

Konflikte um Wahrheit

I. Tagung des Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte



Nomos

DIKE

facultas



Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1361-6
ISBN (ePDF): 978-3-7489-1889-9

ISBN 978-3-7089-2512-7 (facultas Verlag, Wien)
ISBN 978-3-03891-744-1 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748918899>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
<i>Hubert Rottleuthner</i> Wahrheit – Perspektiven aus Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie	13
<i>Renato Sedano Onofri</i> Methode und Wahrheit: Gedanken zum Anspruch auf rechtswissenschaftliche Wahrheit im 19. Jahrhundert am Beispiel der Werke Julius Hermann von Kirchmanns (1802–1884) und Augusto Teixeira de Freitas' (1816–1883)	41
<i>Sascha Ohlenforst</i> Expertise als Machtressource. Die Epistemisierung von Rechtskonflikten zwischen Kalibergbau und Gewässerschutz	69
<i>Raphael Dummermuth</i> Alternative Fakten in der Spätantike	91
<i>Caterina M. Mitwalsky</i> Unsittlich gekleidete Römerinnen und andere historische „Wahrheiten“ – ein kritischer Blick auf Interpretationsansätze zum Ehrenschatz der Frau im römischen Recht	115
<i>Rhonda-Marie Lechner</i> „Ob diese oder jene umstände waar sind, kommen auf deß ordentl[ichen] richters untersuchung an“ – Mögliche Erkenntnisse über Wahrheit in den handelsrechtlichen Streitigkeiten der Nürnberger <i>Pareres</i>	145
<i>Nora Bertram</i> Open Science – Inhaltliche Aspekte und Chancen für die Rechtsgeschichte	165

Inhaltsverzeichnis

Tania Ixchel Atilano

The search for truth in the trial against Maximilian of Habsburg
(1867) 181

Merle Iffert

Historische Wahrheit und koloniales Wissen zum
„Eingeborenenstrafrecht“: Ansätze zum Umgang mit einer
asymmetrischen Quellenlage 207

Magdalena Gebhart

Zwischen Wahrheit und Erinnerung. Die Anwendung des
Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) auf die Verfolgung
der Astrologen 235

Malte Dücker

Glaube, Normen, Tatsachen? Historische Wahrheitsfragen zwischen
Theologie, Geschichte und Rechtswissenschaft 263

Miriam Gassner

„The Oath“. Der Eid als Gegenstand eines Transfers
„österreichischen“ Rechtsdenkens? 283

Franziska Niedrist

„Das Eingeständniß ist in SüdTyrol eine Rarität.“
Richterliche Beurteilung und strafrechtliche Praxis im
vormärzlichen Österreich 301

Anne Bittner

Haushaltspflichten und Arbeitsfreude. Die Scheidungspraxis
in der SBZ/frühen DDR 327



Tagungsfoto vom 26. Juni 2023, Copyright PD Dr. Dr. Fabian Steinhauer

Vorwort

Die erste Tagung des im Herbst 2022 neu gegründeten Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte fand als „Nachwuchstagung Rechtsgeschichte“ unter dem Generalthema „Konflikte um Wahrheit“ vom 26.–28. Juni 2023 am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt am Main statt.

Der Ruf nach engerer Vernetzung von Jung- und Nachwuchswissenschaftler:innen innerhalb Deutschlands, Österreichs und der Schweiz auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte hallte während des 43. Rechtshistoriker:innentages Anfang August 2022 förmlich durch die Gänge der Universität Zürich. Der Entschluss zu deren Umsetzung entstand unter den Eindrücken einer Schifffahrt auf dem Zürichsee, wurde im Folgenden mit PD Dr. Peter Collin im Café Odeon ausführlich erörtert und am folgenden Abend in der Riithalle zu Zürich endgültig besiegelt.

Ein erstes Vernetzungstreffen fand Ende November 2022 online statt, um das weitere Vorgehen gemeinsam zu besprechen und Ideen für mögliche Formate zu diskutieren. Das Vorhaben sollte als Ergänzung zu bestehenden Formaten wie denen des Collegiums Junger Romanisten und der Association of Young Legal Historians (AYLH) entstehen und zu diesen nicht in Konkurrenz treten.

Es kristallisierte sich schnell heraus, dass die erste Tagung des Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte am Frankfurter Max-Planck-Institut stattfinden sollte, was uns mit der AYLH verbindet, deren Anfänge sich unmittelbar auf die Initiative von Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Stolleis zurückführen lassen.

Auf der Grundlage vieler guter Ideen für ein mögliches Generalthema, die von „Krisen in der Rechtsgeschichte“ über „Wahrheit vor Gericht“ bis hin zu „Rechtsgeschichte im 21. Jahrhundert“ reichten, und des allgemeinen Bedürfnisses als gemeinsame Verständigungsgrundlage die Deutung von (rechts-)historischen Quellen in den Mittelpunkt zu stellen, wurde schließlich die konkrete Planung der Tagung angegangen. Die erste Tagung des Netzwerks sollte dabei bewusst sehr offen gestaltet sein, um allen interessierten Promovierenden sowie Habilitierenden die Möglichkeit zu bieten, sich um einen Vortrag zu bewerben.

Der Anfang Januar veröffentlichte Call for Papers für eine Tagung unter der Überschrift „Konflikte um Wahrheit“ stieß auf breites Echo und ermöglichte die Ausrichtung einer Tagung, in deren Rahmen das Generalthema aus dem Blickwinkel verschiedener Epochen – von der Antike bis in die Zeitgeschichte – sowie aus theoretischer Sicht beleuchtet werden konnte. Denn Konflikte um Wahrheit sind nicht erst im Zeitalter „alternativer Fakten“ virulent.

Vom 26. bis 28. Juni 2023 fanden sich so rund 60 Doktorand:innen und Habilitand:innen am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie ein, um sich gemeinsam auf die Spuren des in unterschiedlichen Kontexten erhobenen Wahrheitsanspruchs zu begeben. Die Keynote „Konflikte um Wahrheit – Perspektiven aus der Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie“ von Prof. em. Dr. Hubert Rottleuthner bot theoretische und methodische Bezugspunkte zum Generalthema, welche die Diskussionen der folgenden Tage prägten.

In sieben Panels mit insgesamt 16 Vorträgen wurden unterschiedlichste Aspekte des Generalthemas beleuchtet und im Austausch vertieft. Diese zeigten auch die Vielfalt möglicher Konflikte um Wahrheit in der Rechtswissenschaft sowie der Rechtspraxis. So befassten sich die Präsentationen der einzelnen Forschungsprojekte etwa mit Fragen der Wahrheitsfindung in gerichtlicher oder außergerichtlicher Streitbeilegung in historischer Perspektive, als Ausfluss unterschiedlicher historischer, zum Teil auch außerrechtlicher Wahrheitsbegriffe oder auch mit (methodischen) Herausforderungen bei der Suche nach „historischer Wahrheit“ aus zeitgenössischen Quellen. Diese Beschäftigung mit rechtshistorischen Quellen legte es nahe, auch die Herausforderungen und Chancen von „Open Science“ im Rahmen dieser Tagung zu diskutieren. Nora Bertram gestaltete dazu im Rahmen der Tagung einen Workshop, von dem sie auch in diesem Band berichtet.

Wir freuen uns, dass wir auch einen Großteil der Vortragenden für einen Beitrag zu diesem Tagungsband gewinnen konnten, der nicht nur das Ziel verfolgt, Tagungsergebnisse zu veröffentlichen, sondern insbesondere auch Forschungsprojekten und -ergebnissen von Nachwuchswissenschaftler:innen ein Podium zu bieten.

Die Tagung „Konflikte um Wahrheit“ zu planen und zu realisieren wäre ohne die logistische und vor allem finanzielle Unterstützung durch das Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie nicht möglich gewesen.

Wir danken deshalb ganz herzlich der geschäftsführenden Direktorin Frau Prof. Dr. Marietta Auer sowie den beiden Direktoren Herrn Prof. Dr.

Thomas Duve und Herrn Prof. Stefan Vogenauer, die diese Tagung von Beginn an unterstützt und mit sehr viel Wohlwollen begleitet haben. Frau Prof. Dr. Auer hat die Tagung zusätzlich mit DFG-Mitteln aus dem von ihr gewonnenen Leibniz-Preis gefördert.

Ganz besonderen Dank sprechen wir der Forschungs Koordinatorin Frau Dr. Stefanie Rütter aus, die uns stets mit ihrer Kreativität und Erfahrung zur Seite stand und uns im richtigen Moment auch mal einen kleinen Schubs verpasst hat, damit die Tagungsvorbereitung auch wirklich ins Rollen kam. Für die Unterstützung bei der Zusammenstellung der Panels im Vorfeld der Tagung möchten wir uns auch sehr herzlich bei Dorothea Keiter und Lena Klos bedanken, die beide auch mit Marc Bullach, Huan Chen, Emily Georges, Gwinyai Machona und Cora Wegemund die Panels moderierten.

Ferner danken wir auch dem Prodekanat Forschung und Nachwuchsförderung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, in persona Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Heiss, und der Max-Planck-Gesellschaft für die großzügige finanzielle Unterstützung bei der Verwirklichung dieses Tagungsbandes, als gedrucktes Buch sowie Open Access. Unser Dank gilt ferner Felicitas Higgins und Rosa Schnidrig vom Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie für die redaktionelle Unterstützung und ganz besonders Herrn Prof. Dr. Johannes Rux, Herrn Dr. Stefan Grote und Frau Dr. Katharina König vom Nomos-Verlag, die die Entstehung dieses Bandes von Beginn an konstruktiv begleitet und die Einrichtung einer eigenen Schriftenreihe für das Junge Netzwerk Rechtsgeschichte befürwortet und ermöglicht haben. Die Begründung einer solchen Reihe soll zugleich für die Zukunft Ansporn sein, dass dies weder die letzte Tagung noch der letzte Tagungsband des Jungen Netzwerks gewesen sein möge.

Frankfurt am Main und Wien
Epiphantias 2024

Luca von Bogdandy

Christoph Resch

Julius Schumann

Wahrheit – Perspektiven aus Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie*

Hubert Rottleuthner

Prolog: Meine erste Begegnung mit ChatGPT¹:

Wer ist Hubert Rottleuthner?

Es tut mir leid, aber ich habe keine Informationen zu einer Person namens Hubert Rottleuthner. Es ist möglich, dass diese Person nicht bekannt genug ist oder dass es sich um eine fiktive Figur handelt. Kannst du mir mehr Kontext oder Informationen geben, damit ich dir besser helfen kann?

Es gibt einen Eintrag in Wikipedia und viele Literaturnachweise.

Es tut mir leid für meine vorherige Antwort. Ich hatte nur begrenzte Informationen zur Verfügung, und es ist möglich, dass ich keinen vollständigen Einblick in alle verfügbaren Quellen hatte.

Nach einer kurzen Suche konnte ich bestätigen, dass Hubert Rottleuthner eine bekannte Persönlichkeit in Deutschland war, die als Unternehmer und Wirtschaftswissenschaftler tätig war. Er war unter anderem Gründer und Vorstandsvorsitzender der Rottleuthner AG, einem in Deutschland ansässigen Unternehmen, das auf strategisches und operatives Management spezialisiert ist. Darüber hinaus war er Autor und Mitautor von mehreren Büchern und Aufsätzen zu Themen wie Unternehmensstrategie und Management.

Ich hoffe, das hilft Ihnen² weiter. Wenn Sie weitere Fragen haben, stehe ich gerne zur Verfügung.

* Dieser Beitrag entspricht weitestgehend der um Nachweise ergänzten und unter demselben Titel im Rahmen der Tagung am 26. Juni 2023 gehaltenen Keynote. Der Vortragstil wurde beibehalten.

1 Angaben aus ChatGPT (Version GPT-3), Anfang März 2023.

2 Jetzt wird nicht mehr geduzt.

Das ist alles falsch. Es gab und gibt keinen Unternehmer Hubert Rottleuthner und auch keine Rottleuthner AG.

Vielen Dank für die Klarstellung. In der Tat gibt es eine Person namens Hubert Rottleuthner, die als deutscher Archäologe und Historiker bekannt ist. Er wurde am 23. Juni 1955 in Dinkelsbühl geboren und war von 1991 bis 2020 Direktor des Römisch-Germanischen Museums in Köln.³ Rottleuthner hat in seiner Karriere zahlreiche Forschungsarbeiten und Publikationen zur Archäologie und Geschichte der Römerzeit in Deutschland veröffentlicht. Er hat auch an mehreren archäologischen Ausgrabungen teilgenommen und dabei wichtige Erkenntnisse gewonnen. Rottleuthner ist Mitglied verschiedener wissenschaftlicher Organisationen und hat mehrere Auszeichnungen für seine Arbeit erhalten.

Das ist alles Unsinn. In einer ersten Antwort wurde Rottleuthner als Unternehmer und Wirtschaftswissenschaftler dargestellt mit einer Rottleuthner AG, die es gar nicht gibt. Jetzt ist er plötzlich Archäologe. Alles ist falsch.

Es tut mir sehr leid für die Verwirrung, die meine vorherige Antwort verursacht hat. Offensichtlich war die Antwort nicht korrekt und ich entschuldige mich dafür. Ich werde versuchen, Ihnen nun korrekte Informationen über Hubert Rottleuthner zu geben:

Nach meinen Recherchen gibt es keine Hinweise auf eine Person namens Hubert Rottleuthner, die als Unternehmer oder Wirtschaftswissenschaftler bekannt ist. Ich kann nicht ausschließen, dass es jemanden mit diesem Namen gibt, aber es scheint keine öffentlich zugänglichen Informationen darüber zu geben.

Es ist jedoch möglich, dass es einen Archäologen und Historiker namens Hubert Rottleuthner gibt, der als Experte für die Römerzeit in Deutschland bekannt ist. Es gibt tatsächlich einen Wikipedia-Eintrag zu dieser Person, der jedoch möglicherweise nicht vollständig oder korrekt ist.

Nochmals tut es mir leid, dass meine vorherige Antwort fehlerhaft war. Bitte lassen Sie mich wissen, ob ich Ihnen in irgendeiner Weise weiterhelfen kann.

Wikipedia ist eine öffentlich zugängliche Quelle. Da steht einiges zu Hubert Rottleuthner drin. Ich dachte eigentlich, dass Wikipedia für ChatGPT vollständig ausgewertet wurde.

3 Einen Direktor in diesen Jahren gibt es nicht, auch keinen, der in Dinkelsbühl geboren ist.

Als KI-Modell habe ich zwar Zugriff auf eine große Menge an Wissen, aber ich kann nicht garantieren, dass ich alle Wikipedia-Seiten oder andere Informationsquellen vollständig durchsucht habe. Manchmal können auch falsche oder ungenaue Informationen in Wikipedia-Artikeln auftauchen. Es ist jedoch meine Aufgabe, Ihnen so präzise Informationen wie möglich zu liefern, basierend auf den mir zur Verfügung stehenden Quellen.

Um sicherzustellen, dass ich Ihnen die genauesten Informationen zu einer bestimmten Person geben kann, empfehle ich, dass Sie mir so viele Informationen wie möglich über die Person zur Verfügung stellen. Auf diese Weise kann ich meine Suche auf genauere Ergebnisse eingrenzen und die Wahrscheinlichkeit verringern, falsche Informationen zu liefern.

Auf welche Quellen wurde denn bei ChatGPT für die falschen Informationen zurückgegriffen? Manchmal weist Wikipedia Fehler auf, aber ChatGPT enthielt zu meiner Anfrage bisher nur gravierende Fehler.

Als KI-Modell basiere ich auf einer Vielzahl von Informationsquellen, einschließlich Wikipedia, aber auch anderen öffentlich zugänglichen Websites und Datenbanken. Es ist jedoch möglich, dass ich manchmal auf ungenaue oder veraltete Informationen zugreife oder dass meine Interpretation von Informationen fehlerhaft ist. In jedem Fall ist es meine Aufgabe, so genau wie möglich zu sein und die bestmöglichen Antworten auf Ihre Fragen zu liefern.

Ich kann jedoch keine spezifischen Quellen nennen, auf die ich bei der Beantwortung Ihrer vorherigen Anfrage zurückgegriffen habe, da ich keinen⁴ genauen Aufzeichnungen darüber führe, welche Quellen ich für bestimmte Informationen verwendet habe. Wenn Sie mir jedoch genauere Informationen über eine Person zur Verfügung stellen, kann ich meine Suche auf spezifischere Ergebnisse eingrenzen und hoffentlich genauere Informationen liefern.

Was kann man daraus lernen: Es gibt einen Unterschied zwischen wahr und falsch. – Eine korrekte sprachliche Formulierung und der Grundton des Überzeugtseins sind keine Kennzeichen von Wahrheit.⁵ – Es bleiben

4 Das ist der einzige sprachliche Fehler.

5 Übrigens auch nicht: „Simplex sigillum veri.“ Leitspruch des Botanikers und Mediziners Hermann Boerhaave (1668–1738); heute wohl noch als Überschrift am Physikhörsaal der Uni Göttingen zu lesen. – So simpel ist es nicht. Einfachheit ist weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung von Wahrheit.

die Fragen: Kann sich ChatGPT „irren“? Kann das Programm „täuschen“ oder „lügen“? Solche intentionalen Ausdrücke sind wohl nicht auf Programme anwendbar. (Um wahr oder falsch geht es auch bei Verfahren gegen Suchmaschinenbetreibern wie Google, wenn von ihnen verlangt wird, unrichtige Informationen zu löschen.⁶)

1. Unwahrheiten

Um einen Begriff zu klären, ist es oft ratsam, mit seinem Gegensatz oder seiner Negation zu beginnen, also hier mit Unwahrheit. *Unwahrheiten* – der Plural ist möglich – können entstehen aufgrund von

- *Irrtümern*, auch Vergessen
- durch *Täuschungen* oder *Lügen*: Wer lügt, muss die Wahrheit kennen.⁷
- *Fälschungen* sind keine Sache von wahr oder falsch, sondern von falsch und echt. Lügen und Fälschungen finden sich als konstante Elemente in kriegerischen Auseinandersetzungen: *Inter arma silet veritas*.

Fälschungen können, wie auch Täuschungen, nicht-sprachlich vorgenommen werden. Man kann Texte, Gemälde, Fotos etc. fälschen. (Hier werfen das Internet und Bildbearbeitungsprogramme ganz neue Fragen auf, auch für die historische Forschung.) Man kann durch nicht-sprachliches Verhalten täuschen. *Lügen* sind aber immer an Sprache gebunden. Allerdings können Aussagen über die Echtheit etwa eines Bildes selbst wieder wahr oder falsch sein. Wer behauptet, dass der „Mann mit dem Goldhelm“ ein echter Rembrandt sei, macht – nach unserem gegenwärtigen Wissensstand⁸ – eine falsche Aussage und wenn das wider besseres Wissen geschieht, ist es eine Lüge.

6 Der EuGH hat am 8. Dezember 2022 entschieden, dass der Betreiber Treffer zu entfernen habe, wenn zumindest ein nicht unbedeutender Teil der verbreiteten Informationen „offensichtlich unrichtig“ sei. Google müsse keine Nachforschungen anstellen; die Betroffenen selbst müssten nachweisen, dass die verbreiteten Inhalte nicht der Wahrheit entsprächen. Dieser Linie folgte nun auch der BGH in einer Entscheidung vom 23. Mai 2023 (EuGH C-460/20, BGH VI ZR 476/18).

7 Weiß Donald Trump, dass er Unwahrheiten verbreitet? Bei Trumps Behauptung, dass ihm die Wahl „gestohlen“ worden sei, liegt ein Knäuel von Lügen, Täuschungen und Herabsetzungen vor.

8 Aufgrund des „Rembrandt Research Projects“ wird das Bild seit 1986 als Werkstattarbeit angesehen.

Reizvoll sind fiktive Autobiographien, die ehrlich als Romane daherkommen: „Es ist nichts erlogen, ich habe alles ehrlich erfunden.“⁹ – Unehrllich verfuhr dagegen Benjamin Wilkomirski (Pseudonym von Bruno Dösseker) in seiner 1995 im Jüdischen Verlag veröffentlichten angeblichen Autobiographie „Bruchstücke. Aus einer Kindheit 1939–1948“. – Rund zehn Jahre lang, bis Juli 2023, konnte der Publizist Fabian Wolff eine angeblich jüdische Identität aufrechterhalten. Nach Aufdeckung des „wahren“ Sachverhalts redete er sich mit „fundierte[n] Spekulationen“ heraus.¹⁰

Die Frage der Echtheit geht der Frage nach der Wahrheit voraus.

Aber wie kommt man zur Wahrheit?

2. Wahrheit

Wahrheit ist eine Eigenschaft von Sätzen – nicht von Begriffen – und zwar von Sätzen, mit denen eine Behauptung aufgestellt wird. Wahr können sein oder wahrheitsfähig sind Sätze wie Aussagen, assertorische Sätze,¹¹ Propositionen. Mit ihnen wird das Bestehen, die Existenz eines Sachverhalts behauptet. Wenn der Sachverhalt wirklich, tatsächlich existiert, ist der Behauptungssatz wahr. Existiert der Sachverhalt – als Tatsache¹² – nicht, ist die Behauptung falsch.

Neben „wahrheitsfähigen“ Sätzen, die wahr oder falsch sein können, – oft lässt sich das nicht feststellen – gibt es Sätze, die nicht wahrheitsfähig sind,

9 Felicitas Hoppe in ihrem Roman „Pigafetta“ (Rowohlt 1999) 13.

10 Faktencheck: Beitrag des freien Autors Fabian Wolff (Blog Glashaus, Zeit Online, 1.8.2023) <https://blog.zeit.de/glashaus/2023/08/01/faktencheck-beitrag-des-freien-autors-fabian-wolff/> (abgerufen am 14.11.2023).

11 Eine genaue philosophische Analyse assertorische Sätze findet sich bei E Tugendhat, Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie (Suhrkamp 1976). – In einem assertorischen Satz wird behauptet, dass der Prädikatsbegriff dem Subjektbegriff tatsächlich zukommt oder nicht zukommt (*S ist P* oder *S ist nicht P*).

12 Was mag der Unterschied zwischen Tatsachen und Rechtstatsachen (Arthur Nußbaum) sein? Diese seien „juristisch gefärbt“ und hätten einen Nutzen für die Rechtsanwendung, vgl A Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung (1914), in ders, Die Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele (ausgewählt und eingeleitet von M Rehbinder, Duncker & Humblot 1968) 22. Zu unterscheiden sind sie jedenfalls von den „Tatsachen des Rechts“ (Eugen Ehrlich); bei ihm sind das: Übung, Herrschaft, Besitz, Willenserklärung, s E Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (Erstveröffentlichung 1913, 5. Aufl, Duncker & Humblot 2022) III. Bei Ehrlich haben sie die Funktion einer nicht-normativen Basis, aus der sich zu allererst das (lebende) Recht entwickelt. Man kann bezweifeln, ob diese „Tatsachen des Rechts“ nicht-normativ beschrieben werden können.

wie z.B. Werturteile. Schließlich gibt es sinnlose Sätze („Napoleon ist eine Primzahl.“), deren Existenz in uferlose Debatten über ein „Sinnkriterium“ führt. Die können wir uns hier sparen, wenn es um Konflikte oder Kontroversen um Wahrheit geht.

In der klassischen Wahrheitslehre – etwa bei Thomas von Aquin – wird von der „*adaequatio rei et intellectus*“ gesprochen. Das Problem ist nur, wie eine „Sache“, d.h. nun eine Tatsache, mit dem Intellekt, nun also mit einem Satz, zusammengebracht werden kann. Nur Sätze kann man miteinander verbinden: wenn wir also etwa die Behauptung „... dass p der Fall sei“ oder „es ist wahr, dass p“ mit der Feststellung verknüpfen „p existiert tatsächlich“. Aber wie kommen wir zu der Feststellung, dass p existiert? Oder: wie kommen wir von einer *Tatsachenbehauptung* zu einer *Tatsachenfeststellung*?¹³ Beide beziehen sich auf ein „etwas“, einen Sachverhalt, jenseits der sprachlichen Behauptung/Feststellung. Ohne irgendeine Art von „Wirklichkeitsbezug“ geht es also nicht.

Wir nehmen also an, dass es etwas außerhalb unserer Sätze gibt, dass wir dieses „etwas“ „in Erfahrung bringen“ und mit Sätzen – sicherlich in unterschiedlicher Weise – beschreiben können. Die Feststellung einer Tatsache, der Nachweis, dass ein Behauptungssatz wahr ist, bedarf der Empirie. Der Übergang von einer *Tatsachenbehauptung* zu einer *Tatsachenfeststellung* muss empirisch erfolgen.

Noch einige weitere Vorbemerkungen:

Ich sage nichts zu *logischer und mathematischer Wahrheit*. Ich werde auch nicht näher zu Fragen der Wahrheitsfindung in Gerichtsverfahren, vor allem im Strafprozess eingehen, auch wenn es hier um ganz ähnliche Probleme der Empirie geht. – *Prognosen* sind weder wahr noch falsch; sie sollten aber wahrheitsfähig formuliert werden. D.h., sie können sich bewahrheiten beim Eintreten des prognostizierten Ereignisses oder als falsch erweisen, wenn es nicht eintritt.

13 Diese Unterscheidung ist sinnvoller als die zwischen Meinungen und Tatsachen. Diese beiden liegen auf verschiedenen Ebenen: auch das Bestehen, das Vertreten einer Meinung ist eine Tatsache. Meinungen beziehen sich auf etwas (man hat eine Meinung von x). „Bloße“ Meinungen können sich als richtig, Sätze, die eine Meinung über das Bestehen eines Sachverhalts ausdrücken, als wahr erweisen. Das kann man alles nicht von Tatsachen sagen.

2.1. Redeweisen von Wahrheit

Wahrheit ist eine Eigenschaft von Aussagen, also Sätzen (auch von Meinungen, Überzeugungen, die sprachlich ausgedrückt werden). „Wahrheit“ ist kein Gegenstand (die leidige Substantivierung der Wahrheit ist irreführend. Häufig wird daran eine pathetische Redeweise von „der Wahrheit“ angeknüpft). Nochmals: Wir sprechen von wahren Aussagen, wahren Behauptungen, wahren Propositionen. Wenn von wahren Sachverhalten oder wahren Tatsachen gesprochen wird, ist das wohl so zu verstehen, dass die Sachverhalte existieren und darüber wahre Aussagen gemacht werden.

Julius von Kirchmann verlangt, dass das positive Gesetz „der wahre Ausdruck des natürlichen Rechts“ sei,¹⁴ wie es im Volk gewusst und gefühlt werde. Gegenwärtig müsse aber das natürliche Recht „seine Wahrheit hingeben und sich nach ihnen (d.h. den positiven Gesetzen, H.R.) beugen.“¹⁵ Rechtsnormen sind keine Aussagen, mit denen etwa auch Behauptungen über ein zugrundeliegendes Recht gemacht werden könnten. Normen, wie Rechtsnormen, sind Gebote, Verbote, Erlaubnisse etc.¹⁶ Kirchmann scheint eher vorzuschweben, dass sich im positiven Recht das „natürliche Recht“ widerspiegeln solle, dessen korrekte „Übersetzung“ sein solle.¹⁷ – Über Normen, auch solche des Rechts, lassen sich allerdings Aussagen machen, wenn man konzidiert, dass wahre Sätze nicht nur über existierende Sachverhalte gemacht werden können, sondern auch über Normen in Form von sog. „Norm-

14 Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1966) 24.

15 *ibid.* 21. Der Inhalt des positiven Gesetzes enthalte neben dem Wahren auch genug des Unwahren (22). Biographisch könnte man in den späteren philosophischen Arbeiten von Kirchmann – als er nicht mehr im Staatsdienst war – verfolgen, welchen Wahrheitsbegriff er dann verwendet, zB in: Die Lehre vom Wissen als Einleitung in das Studium philosophischer Werke (Verlag von L Heimann 1868) 65–73: „Die Fundamentalsätze der Wahrheit“ (Wahrheit wird durch die Verbindung von Wahrnehmen und Denken erreicht, *ibid.* 68).

16 Dass Rechtsnormen keine Aussagen oder Feststellungen über Tatsachen sind, dürfte auch der Sinn des berühmten Satzes von Hobbes sein: *auctoritas non veritas facit legem*. Er befindet sich in seinem *Leviathan*, aber wohl nur in der lateinischen Version von 1668, s T Hobbes, *Leviathan* (Amsterdam 1668) cap 26. An anderen Stellen spricht Hobbes in der ursprünglich englischen Fassung von 1651 statt von Wahrheit von Weisheit (*wisdom*) und meint damit wohl die Auffassungen von Juristen. Deren „Erkenntnisse“ seien aber keine „autoritative“ Rechtsquelle, s T Hobbes, *Leviathan* (1651, continuum 2005) chap 26.

17 In der marxistischen Rechtstheorie ist die „Widerspiegelung“ der ökonomischen Basis im rechtlichen Überbau keine Relation eines „wahren“ Ausdrucks.

oder Rechtssätzen“ (bei Kelsen), die über die Rechtslage informieren. Ein Normsatz wäre dann wahr, wenn die Norm gilt (und in diesem Sinne „existiert“).¹⁸ Dieses Thema ist relevant für die Normenlogik, nämlich für die Frage, ob die Kalküle der Aussagenlogik anwendbar sind auf solche „Normsätze“ (nicht auf die Normen selbst). Eine weitere Frage wäre dann, ob solche Behauptungen über Normen oder Normbeschreibungen „empirisch“ erfolgen.

In ganz anderem als in einem erkenntnistheoretischen Sinn wird der Ausdruck gebraucht, wenn die Rede ist von:

„wahre Freunde“, „wahre Helden“ (d.h., echte, richtige),

„wahre Gefühle“ (gibt es falsche Gefühle?¹⁹) – im Sinne von echt, richtig, authentisch (es gibt sogar eine Zeitschrift „Wahre Gefühle“.) Dann fehlt auch eine „emotionale Wahrheit“ nicht.

Auch: Er zeigt sein „wahres Gesicht“. – Irgendwie geht es dabei wohl darum, dass etwas Wesentliches, gar „das Wesen“ von etwas erkannt wurde.

Die Wendung „in Wahrheit“ ist wohl immer übersetzbar mit „in Wirklichkeit“ (Er hat vorgetäuscht, dass er schlummere; „in Wahrheit“ = „in Wirklichkeit“ war er aber hellwach.)

Sir John Elliot Gardiner schätzt an Händel die „unentwegte Suche nach der dramatischen Wahrheit“²⁰. Was mag das sein?

Was mag eine „performative Wahrheit“²¹ sein?

Und was ist mit solchen Sätzen gemeint:

„Es gibt keine letzte Wahrheit.“ (oder sogar Wahrheiten),

18 Vgl H Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Aufl, Deuticke 1960) 210.

19 „Aussagen können wahr oder falsch sein. Gefühle sind immer ‚wahr‘. Die Wahrheit von Gefühlen kann nicht in Frage gestellt werden.“ F Payr, Warum die Genderkritiker sich ausgeliefert fühlen (FAZ, 21.4.2023). – Aber man kann sich über seine Gefühle täuschen, im Unklaren sein. Es ist kulturell vermittelt: wie sprechen wir über Gefühle, wie drücken wir Gefühle aus? Jemand, der sagt, er sei sehr traurig und uns dabei anlächelt?

20 A-R Thöming, Wahrheit und Rhetorik (FAZ, 20.4.2023).

21 N Gess, Halbwahrheiten. Zur Manipulation von Wirklichkeit (Matthes & Seitz 2021) 58.

„Es gibt keine einzige Wahrheit.“ (Soll das heißen, dass sowohl der Satz „Hitler wurde am 20. April 1889 geboren.“ und auch der Satz „Hitler wurde am 21. April 1889 geboren.“ wahr ist?)

Wieso heißt es eigentlich „Binsenwahrheit“ (oder auch „Binsenweisheit“)? Was hat Wahrheit mit Binsen zu tun? Dazu gibt es kontroverse Deutungen, die wahr sein können.

2.2. Kontroversen über Wahrheit

Kontroversen über Wahrheit entstehen dadurch, dass eine Seite behauptet, „dass p“, die andere Seite aber behauptet, „dass non-p“. Solche Kontroversen über das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen von Tatsachen sind nur empirisch, wenn überhaupt, zu klären. Die Existenz von Tatsachen, Fakten, über die wahre Aussagen gemacht werden können, ist grundlegend für unser Verständnis von Wahrheit. Dieses Verständnis wurde fundamental erschüttert, als im Jahr 2017 der Begriff der „alternativen Fakten“ (*alternative facts*) auftauchte – und in diesem Jahr zum „Unwort des Jahres“ erklärt wurde. Worum ging es:

Eine Beraterin von Präsident Trump, Kellyanne Conway, benutzte diesen Ausdruck, um Aussagen des Pressesprechers des Weißen Hauses Sean Spicer zur Anzahl der Zuschauer während Trumps Amtseinführung vor dem Kapitol zu rechtfertigen. Der Pressesprecher hatte am 21. Januar 2017 behauptet, dass zur Amtseinführung von Donald Trump deutlich mehr Menschen gekommen seien als zu der von Barack Obama 2009. Seine Behauptung konnte aber weder durch Luftbildaufnahmen beider Ereignisse, auf denen das Publikum zu sehen war, noch durch die Beförderungszahlen im öffentlichen Personennahverkehrs der Hauptstadt Washington, D.C. bestätigt werden. Die Beraterin verteidigte den Pressesprecher damit, dass er nicht die Unwahrheit gesagt habe, sondern dass er „alternative Fakten“ dargestellt habe.²²

Im Folgenden wurde nicht mehr über die Zahl des Publikums gestritten, sondern auf einer Metaebene, ob es sich bei der Behauptung um eine Unwahrheit und um eine Lüge (nicht um einen Irrtum) gehandelt habe. Dabei wurde abenteuerlich argumentiert: Spicer sagte, es gebe auch sich widersprechende Wetterprognosen, ohne dass deshalb eine Lüge

22 S dazu https://de.wikipedia.org/wiki/Alternative_Fakten (abgerufen am 1.12.2023).

vorliegen müsse. Bei der Inauguration ging es nicht um eine Prognose, sondern um die angemessene Beschreibung eines vergangenen Ereignisses. Eine Wetterprognose kann sich als falsch erweisen, dann hat sich der Meteorologe, der falsch lag, geirrt. Er lügt aber, wenn er weiterhin behauptet, dass seine Prognose korrekt gewesen sei.

Trump und Spicer hätten nicht gelogen, nur ihre Version der Ereignisse darstellt. – Es ist richtig, dass sich ein und dasselbe Ereignis unterschiedlich darstellen lässt. Regen kann man bekanntlich – sogar musikalisch – auf mindestens 14 Arten beschreiben. Aber bei Trump geht es um eine falsche Art der Beschreibung, deren Falschheit sich empirisch nachweisen lässt.

Der Streit ging bis in akademische Kreise. Der Politikwissenschaftler Robert Stoker von der George Washington University wies darauf hin, dass der Ausdruck *alternative facts* von Unwahrheiten unterschieden werden könne und sollte. Bei der Interpretation allgemeiner statistischer Aussagen zu Armut oder Arbeitslosigkeit etwa könne man zu ganz unterschiedlichen Zahlen gelangen, je nachdem, welche Indikatoren man wähle und wie man die Begriffe definiere.²³ Dem guten Mann ist leider der Unterschied zwischen der Definition von Begriffen und der empirischen Prüfung von Aussagen nicht geläufig. Die Frage, wie Armut zu definieren ist, ist zu unterscheiden von der Feststellung z.B. der Höhe der Haushaltseinkommen, wenn die als Indikator gewählt wird. Bei dem Streit um die Inauguration ging es ja nicht um den Begriff der „Anwesenden“.

Spicer wird mit dem Satz zitiert „Sometimes we can disagree with the facts.“²⁴ Sicherlich kann man darüber streiten, ob etwas der Fall ist oder nicht – und das geschieht ja nicht zu selten. Die Fakten sind nicht alternativ, sondern es gibt widersprechende Aussagen über sie.²⁵ Die Frage

23 Robert Stoker, Yes, there are 'alternative facts.' That's different from falsehoods. (The Washington Post, 31.1.2017) <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/01/31/yes-there-are-alternative-facts-thats-different-from-falsehoods/> (abgerufen am 15.11.2023).

24 David Smith, Sean Spicer defends inauguration claim: 'Sometimes we can disagree with facts' (The Guardian, 23.01.2017) <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/23/sean-spicer-white-house-press-briefing-inauguration-alternative-facts> (abgerufen am 26.11.2023).

25 Wie geht man mit den Lügen von Donald Trump (etwa bei seinem Auftritt bei CNN am 11.5.2023) um: Die Präsidentschaftswahl 2020 sei ihm gestohlen worden; die Wahl sei manipuliert worden. Kontroversen über Wahrheit sind nur möglich, wenn auf beiden Seiten „Verifikationsregeln“ beachtet und durchgespielt werden. Dadurch

ist nur, wie man solche Kontroversen über Wahrheit führt. Lässt sich eine der Behauptungen verifizieren, bestätigen, die andere widerlegen? Und wie geht man da vor? Oder muss der Streit offenbleiben? Dann lässt sich eben nicht feststellen, was wahr ist. Als Empiriker würde ich zunächst fragen: woher weißt du das? Was müsste ich alles wissen, um die Behauptung überprüfen und eventuell bestätigen zu können? Dann wird es also empirisch.

Anders als mit „alternativen Fakten“ verhält es sich übrigens mit „alternativer Geschichtsschreibung“. Sie besteht explizit aus hypothetischen, unwahren, kontrafaktischen Annahmen, bezieht sich dabei aber durchaus auf tatsächliche Quellen und macht plausible Annahmen über Möglichkeitsstrukturen.

Und dann gibt es noch die „Halbwahrheiten“.²⁶ Die Unterscheidung von wahr/falsch ist aber binär, dichotomisch und erlaubt keine Abstufungen – ein bisschen wahr oder falsch, zur Hälfte wahr. Dass jemand „Halbwahrheiten“ verbreite, wird vor allem in politischen Auseinandersetzungen als herabsetzender Ausdruck verwendet. Meist geht es um komplexe Schilderungen („Narrative“), in denen ein partieller Realitätsbezug vermischt wird mit einer starken Selektion, Übertreibungen, Dramatisierungen, Generalisierungen, verzerrender, irreführender Kontextualisierung, Fiktionalisierung, Weglassungen. Hauptsache, die Adressaten halten das für glaubwürdig. Die Produzenten von Halbwahrheiten verweigern sich der Unterscheidung von wahr/falsch. Aber warum sollte die Kritik an Halbwahrheiten darauf verzichten und sich stattdessen eines disqualifizierenden Vokabulars der Narratologie bedienen (fiktionale Erzählung, Anekdote, Gerüchte etc.)?

2.3. Beispiele für Kontroversen um Wahrheit

Aus der historischen Forschung führe ich einige Beispiele für Kontroversen um Wahrheit an.

kann eine Seite gezwungen werden, der anderen zuzustimmen. Man kann nicht einfach bestreiten, dass der andere unrecht hat, falsch liegt mit seinen Behauptungen. Tugendhat (Fn 11) 260 würde sagen, dass die Kontrahenten die Bedeutung einer Tatsachenbehauptung nicht verstanden haben, wenn nur eine Behauptung gegen die andere gestellt wird.

26 S dazu Gess (Fn 21).

- Die „Fischer-Kontroverse“ über den Weg in den 1. Weltkrieg (nach Fritz Fischers Buch „Griff nach der Weltmacht“, 1961).
- Der „Historikerstreit“: Ernst Nolte behauptete 1986, der Holocaust sei eine Reaktion auf den Stalinismus gewesen. Er sprach von einem „kausalen Nexus“ von Stalin zu Hitler; vom Archipel Gulag zu Auschwitz; vom Klassenmord zum Rassenmord.
- Hat sich Uwe Barschel selbst getötet oder wurde er ermordet? (Am 11.10.1987 wurde er von Stern-Reportern in einem Hotel in Genf tot aufgefunden.)
- Ernst Topitsch und die Präventivkriegsthese²⁷: der deutsche Angriff auf die Sowjetunion am 22. Juni 1941 habe einen bevorstehenden sowjetischen Angriff auf das Deutsche Reich verhindert.
- Die Hohenzollern und der NS: haben sie dem NS (gem. § 1 Abs. 4 Ausgl-LeistG) „erheblich Vorschub“ geleistet?
- Hat van der Lubbe alleine den Reichstag angezündet?²⁸ (Oder gar: war Lee Harvey Oswald Alleintäter?)
- Wie widerlegt man Holocaust-Leugner? (Wie wurde da im Prozess gegen David Irving argumentiert, 1996–2000?)
- Gab es einen Befehl Hitlers zur Vernichtung der Juden?
- Waren die Stalin-Noten von 1952 ernst gemeint?
- Wurde Otto John am 20. Juli 1954 nach Ost-Berlin entführt oder ging er freiwillig dorthin?
- Hat Eduard Dreher gedreht? (1968 bei der Verabschiedung von § 50 StGB, mit dem die Strafverfolgung von NS-Schreibtischtätern, vor allem im RSHA, unmöglich gemacht wurde – was die Parlamentarier gar nicht im Blick hatten.)²⁹

27 E Topitsch, *Stalins Krieg. Moskaus Griff nach der Weltherrschaft* (3. Aufl, Busse-See-wald 1998); dagegen dann zB R-D Müller und GR Ueberschär, *Hitlers Krieg im Osten 1941–1945. Ein Forschungsbericht* (wbg Academic 2000).

28 Jetzt weiß man, dass das berühmte Foto des Brandes eine tricktechnische Bearbeitung aus dem DEFA-Film „Der Teufelskreis“ (1956), also „fake“, ist, s A Kötzing, *Ist das etwa die Sache mit der Brandstiftung?* (FAZ, 12.5.2023).

29 S H Rottleuthner, *Hat Dreher gedreht? – Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung* (2001) 20 *Rechtshistorisches Journal* 665–679 (überarbeitete Fassung in KD Lerch (Hrsg), *Die Sprache des Rechts, Bd 1, Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht* (De Gruyter 2004) 307–320).

- In Polen artete jüngst die geschichtspolitische Debatte in Gewalttätigkeiten anlässlich eines Vortrags zum Engagement der polnischen Gesellschaft bei der Rettung von Juden in der Zeit des Holocaust aus.³⁰
- Die UNESCO wird nochmals darüber zu befinden haben, ob der 1520 von Lucas Cranach geschaffene Flügelaltar mit Maria auf der Mitteltafel doch schon einmal auf dem Hauptaltar des Westchors im Dom von Naumburg stand. Ein Gutachter hatte das bestritten. Deshalb musste das neue Triegel-Cranach-Retabel wieder beseitigt werden, sonst wäre dem Dom der Weltkulturerbe-Status entzogen worden. In einer neuen Arbeit wird aufgezeigt, dass Cranach das geflügelte Bildwerk doch für den Hauptaltar des Naumburger Westchores geschaffen hat.³¹

Und Weiteres aus der (Rechts-)Geschichte:

- Kontroversen über den Untergang des weströmischen Reiches (hier geht es allerdings weniger um Tatsachenfeststellungen, sondern um die Erklärung sehr komplexer Prozesse, und das wohl nicht erst seit Montesquieu und Gibbon).
- War Kaspar Hauser der Erbprinz von Baden? (DNA-Analysen brachten bislang keine klaren Ergebnisse.)³²
- Waren die Deutschen im 1. Weltkrieg im „Felde ungeschlagen“? Was ist dran an der hier anknüpfenden „Dolchstoßlegende“?

30 Bericht von M Górný, Die Nation kann nicht irren und nicht unterliegen (FAZ, 3.6.2023). – Ministerpräsident Morawiecki hatte mit Hinweis auf Forschungen behauptet, dass die Hilfe für Juden im besetzten Polen die Regel gewesen sei. Die Holocaust-Forscherin Barbara Engelking sagte in einem Fernsehinterview (Sender TVN) „Die Juden haben die Polen im Krieg vermutlich mit Enttäuschung gesehen.“ Im Deutschen Historischen Institut Warschau hielt der polnisch-kanadische Forscher Jan Grabowski einen Vortrag zum Thema „Das (wachsende) polnische Problem mit dem Holocaust“. Die Veranstaltung wurde abgebrochen nach gewaltsamen Störungen durch den Sejm-Abgeordneten Grzegorz Braun von der nationalistischen Partei Konfederacja.

31 G Habenicht, Der Naumburger Bilderstreich zum Triegel-Cranach-Altar, Ein Kunststück in fünf Aufzügen (Michael Imhof Verlag 2023). – Mittlerweile hat die UNESCO die Aufstellung des Altars an besagter Stelle gestattet, was ab Dezember 2023 erfolgen soll (FAZ, 13.7.2023).

32 S dazu W Klein, Kann das Rätsel um *Kaspar Hauser* doch gelöst werden? (FAZ, 6.6.2012).

Keine Kontroversen gibt es mehr in Fällen, in denen Fälschungen nachgewiesen werden konnten:

- Die Konstantinische Schenkung. Die Urkunden werden mittlerweile auch vom Vatikan als Fälschung anerkannt.
- Die Protokolle der Weisen von Zion wurden gefälscht. Noch heute glauben allerdings Antisemiten und Anhänger von Verschwörungstheorien in der ganzen Welt, besonders in islamischen Ländern und in Russland, an die Authentizität der Protokolle.
- Sehr rasch wurde festgestellt, dass es sich bei den „Hitler-Tagebüchern“ um eine Fälschung handelte. Der „Stern“ gab am 22. April 1983 den „Fund“ bekannt; schon am 6. Mai 1983 wurden auf einer Pressekonferenz des Bundesarchivs und des BKA die Tagebücher aufgrund kriminaltechnischer Untersuchungen als Fälschung enttarnt – der Historiker Eberhard Jäckel war darauf hereingefallen.
- Und noch ein journalistischer Fake: Claas Relotius und seine z.T. erfundenen Reportagen für den *Spiegel*³³ (2013–2018), die mehrfach ausgezeichnet wurden, weil sie einem Wunschdenken des Publikums entsprachen.³⁴
- Robert Menasse dichtete (allerdings in einem Roman von 2017) Walter Hallstein eine Rede auf dem Gelände von Auschwitz an (angeblich seine Antrittsrede von 1958 als Präsident der EWG-Kommission).
- Die Edition Erdmann vertreibt noch immer das Buch „Die Eroberung von Peru: Pizarro und andere Conquistadoren“³⁵ u.a. mit dem Tagebuch eines Augustinermönchs Celso Gargia, der Pizarro begleitet haben soll. – Ein solcher Mönch existierte nicht; das Tagebuch ist eine Fälschung.
- Es dürfte mittlerweile nachgewiesen sein, dass Bielefeld existiert.³⁶

33 Das Motto des Herausgebers Augstein „Sagen, was ist.“

34 S dazu auch Gess (Fn 21) 49ff.

35 Hrsg von G de Carvajal und S Fritz (rev Ausgabe 2015); s A Hirschhäuser und A Roth, Ein erfundener Mönch erobert Peru (FAZ, 5.4.2023).

36 Die „Bielefeld-Verschwörung“ kam im September 2019 zu einem Ende, als sich niemand fand, der schlüssige Beweise für die Nichtexistenz der Stadt vorlegen konnte (für diesen Nachweis war ein Preisgeld von 1 Million Euro ausgelobt worden). Die Geschichte von der Nichtexistenz Bielefelds kursierte seit 1994 als Dauerwitz im Internet.

3. Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte als empirische Disziplinen

Wie kommen jetzt Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte ins Spiel? Ich schlage vor: über eine Klassifikation innerhalb der Disziplinen der Rechtswissenschaft von H. Kantorowicz. Kantorowicz hat sich in zahlreichen Aufsätzen mit dem Charakter der Rechtswissenschaft auseinandergesetzt, mit ihrem Verhältnis zu anderen Wissenschaften, insbesondere der Soziologie,³⁷ und mit ihrer internen Systematik. Eine letzte Systematisierung legte er 1928 vor:³⁸

Zweige der Rechtswissenschaft		
	Individualisierend Erkenntnis eines einzelnen Rechts (römisches, englisches, deutsches, europäisches Recht usw.)	Generalisierend systematische Erkenntnis des Rechts im Allgemeinen (Verfassungsrecht, Strafrecht, Handelsrecht, Seerecht usw.)
1. Sinneswissenschaften Konstruktive Zweige, die den Sinn des Rechts behandeln	Rechtsdogmatik (geltende Rechtsnormen)	Allgemeine Rechtslehre (Begriffsbildung, normative Modalitäten)
2. Wirklichkeitswissenschaften Empirische Zweige, die die Verwirklichung des Rechts behandeln	Rechtsgeschichte (Rechtsnormen, die in der Vergangenheit galten)	Rechtssoziologie (Rechtsnormen, die aktuell gelten)
3. Wertwissenschaften Deontologische Zweige, die den Wert des Rechts behandeln	Rechtspolitik (vorgeschlagene Rechtsnormen)	Rechtsphilosophie

Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte sind beide empirisch. Sie sind zuständig für die Erfassung der Wirklichkeit, also für Wahrheit. Einschränkend wäre zu vermerken, dass die (empirische) Erfassung der Rechtswirklichkeit nicht nur *rechtssoziologisch* erfolgen kann. Eine neuerdings wieder propagierte „empirische Rechtswissenschaft“³⁹ muss keine *Rechtssoziologie* sein. Rechtstatsachenforschung kommt auch ohne gesellschaftstheoretische Überlegungen aus.

37 H Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (1910), in T Würtenberger (Hrsg), Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre (CF Müller 1962) 117–144.

38 H Kantorowicz, Legal Science. A Summary of its Methodology (1928). Deutsche Übersetzung: Die Rechtswissenschaft – eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, in T Würtenberger (Hrsg) (Fn 37) 83–99.

39 Vgl A Engert, Empirische Rechtswissenschaft – Vorstellung einer Forschungsrichtung (2022) BRZ 1; H Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz (Mohr Siebeck 2014).

Unterschiede zwischen Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte sieht Kantorowicz in zwei Hinsichten:

- a) Rechtsgeschichte befasse sich mit ehemals geltendem Recht, Rechtssoziologie mit geltendem Recht.

Das ist so einfach nicht: was ist mit einer Untersuchung der Prozessflut in Deutschland während der 20er Jahre?⁴⁰ Da werden Akten und Geschäftsbücher der Gerichte genauso untersucht, wie in den 80er Jahren, als die aktuelle Prozessflut viele Rechtssoziologen beschäftigt hat. – Und wohin gehört meine KuK-Untersuchung?⁴¹ – Die „juristische Zeitgeschichte“ ist wohl ein Zwitter von Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie.

- b) Was ist mit der Unterscheidung nach „individualisierend“ und „generalisierend“?⁴²

Geschichtswissenschaft befasse sich mit einzelnen Ereignissen, mit Personen, mit Einzigartigem, Besonderem, nicht mit Aussagen über Kollektive, Strukturen, Gesetzmäßigkeiten, Regelmäßigkeiten, Muster, Korrelationen, größere Mengen.

Aber auch die Geschichtswissenschaften, wie etwa die Rechtsgeschichte, können sich mit Massendaten befassen und bestimmte Regelmäßigkeiten, Korrelationen herausarbeiten. Und gerade bei einem Massengeschäft wie der Justiz, Polizei, Gesetzgebung oder größeren Personengruppen wie Juristen liegt das doch nahe. Ich denke da etwa an die Datenbank am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie „Juristische Dissertationen des 16.–18. Jahrhunderts aus Universitäten des Alten Reichs“⁴³ mit 60.000 juristischen Dissertationen, die ursprünglich auf eine Initiative von Filippo Ranieri zurückgeht, oder die Erfassung der Aktenbestände des

40 Vgl die Untersuchung von A Pflüger, Die Prozeßflut bei deutschen Zivilgerichten. Eine empirische Untersuchung der erstinstanzlichen Geschäftsbelastung in der Zeit von 1921 bis 1934 am Beispiel des AG und LG Bamberg (VVF 1992).

41 H Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945 (Berliner Wissenschaftsverlag 2010).

42 Sie ist übernommen von Heinrich Rickert. Bei ihm: idiographisch / nomothetisch für die Unterscheidung von Kultur- und Naturwissenschaften, vgl dazu insb H Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft (6. und 7. durchgesehene und ergänzte Aufl, JCB Mohr (Paul Siebeck) 1926).

43 <https://dlc.mpg.de/partner/mpilhl/search/-/-/1/-/DC%3Ajuristischesdissertationendes1618jahrhundertsausuniversittendesaltenreichs/> (abgerufen am 16.11.2023).

Reichskammergerichts.⁴⁴ – Und was ist mit meiner KuK-Untersuchung mit Daten von über 35.000 Juristen aus dem höheren Justizdienst vor und nach 1945?⁴⁵

3.1. Wahrheit und Empirie

Der gemeinsame Kern beider Disziplinen besteht nach Kantorowicz darin, dass sie *empirisch* verfahren. Nur in diesen Disziplinen der Rechtswissenschaft geht es um wahr oder falsch. Probleme der begrifflichen Klärung, der Sinnermittlung, und normative Fragen nach Gerechtigkeit und Richtigkeit tauchen in diesen beiden Disziplinen nur am Rande auf. Für einen Rechtssoziologen ist es allerdings auch sehr aufschlussreich, Tatsachenbehauptungen in normativen Kontexten, etwa Urteilsbegründungen, zu identifizieren. Gerichte treffen ja nicht nur Aussagen über den vorliegenden Sachverhalt und statuieren einen (individuellen) Normsatz. In den Urteilsgründen wimmelt es häufig von Tatsachenbehauptungen, die meist gar nicht überprüft werden und für deren methodische Überprüfung Juristen üblicherweise gar keine Kompetenz erworben haben.⁴⁶

Die Frage ist nun: Was heißt empirisch? Der Übergang von einer Tatsachenbehauptung zu einer Tatsachenfeststellung, d.h. also die Feststellung von Wahrheit, soll durch empirische Verfahren erfolgen. Den Begriff „empirisch“ sollte man auf *Verfahren* beziehen. Insofern ist die Redeweise von „empirischen Tatsachen“ missverständlich. Tatsachen existieren oder nicht und ihre Existenz wird empirisch festgestellt. Dafür hat sich in der empirischen Forschung ein Kanon von Methoden herausgebildet. Die „empirische Sozialforschung“ ist nur ein kleiner Teil davon

Empirische Methoden haben selbst ihre Geschichte und ihre Vorgeschichte. Was wurde früher nicht alles herangezogen, um Wahrheit zu

44 S dazu F Ranieri (Hrsg), Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte (Ius Commune Sonderheft 7, Klostermann 1977).

45 Rottleuthner (Fn 41). Dann gibt es Beiträge, die sich wohl als rechtssoziologisch verstehen, in denen aber der Aspekt des Rechts als gesellschaftliche Struktur ausgeblendet wird auf Kosten einer mikrosoziologischen Betrachtung von sozialen Mini-Ereignissen wie in zahlreichen Aufsätzen von Thomas Scheffer.

46 Ein Extrembeispiel für massenhafte Tatsachenbehauptungen (allerdings weniger sozialwissenschaftlicher Provenienz) ist wohl der Beschluss der BVerfG zum Klimaschutzgesetz vom 24. März 2021 (BVerfGE 157, 30–177). S dazu die kritische Auseinandersetzung bei F Vahrenholt und S Lüning, Unanfechtbar? (Langen Müller 2021).

ermitteln: die Lektüre dicker Bücher, die Bibel als unumstößlicher Beleg für ein geozentrisches Weltbild, die Berufung auf Autoritäten (etwa Aristoteles), auf göttliche Eingebungen, Vogelschau und Gottesurteile etc. Man setzte auf Weinkonsum: *in vino veritas*, d.h. Weinkonsum von unbekannter Menge löse die Zunge für wahre Aussagen. – Obsolet ist jedenfalls offiziell der Einsatz von Folter zur Feststellung der Wahrheit von Aussagen (bis ins 18. Jahrhundert glaubte man allerdings daran). Ein Geständnis gilt nicht als hinreichend für eine wahre Aussage. – Seit den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts wurde statt der Folter der Lügendetektor eingesetzt. Aber auch der ist untauglich.⁴⁷ – Es gibt Gruppen, die besondere Praktiken, etwa der Meditation, empfehlen, um „Erkenntnisse der höheren Welten“ zu erlangen. – Und jetzt kommen natürlich auch die Hirnforscher, die meinen, durch Hirnscans feststellen zu können, ob jemand die Wahrheit sagt

Noch ein paar kleinere Exkurse:

Ich bin kein Anhänger einer diskurstheoretischen Version von Wahrheit: „wahr“ seien danach die Behauptungen, denen alle (wirklich alle?) im Rahmen eines herrschaftsfreien Diskurses zustimmen (oder zustimmen können?). Die Frage ist doch, welche Argumente sinnvollerweise in einem solchen Diskurs über Wahrheit ausgetauscht werden können. Ein reiches Arsenal dafür bieten die Methoden der empirischen Forschung. Sie haben den großen Vorteil, dass man bei ihrer Anwendung und ihrer Nicht-Anwendung Fehler machen kann, die sich intersubjektiv nachweisen lassen.

Ich teile auch nicht die wohlfeile Skepsis gegenüber „Empirie“. Jüngst wieder zu finden bei Konrad Paul Liessmann in seinem Buch „Lauter Lügen“⁴⁸: „Niemand kann sagen, was ist – nicht einmal die empirischen Wissenschaften.“ Das geht so locker aus der Feder ... Aber er selbst behauptet z.B.: „Der moderne Mensch ist kein besonderer Freund von Ritualen.“ – Nur: Woher weiß er das?

Unsinnig ist ein genereller Relativismus: alles sei Konstrukt, auch Tatsachen, Wahrheit – alles sei relativ. Es gäbe keine „letzten“ Wahrheiten etc. – Das ist erstaunlich angesichts der alltäglichen Überflutung mit Wahrheitsansprüchen: bei „Fakten-Checks“ oder etwa in *Quiz-Sendungen*, in denen

47 Festgestellt wird mit ihm das Vorliegen bestimmter Messwerte, die als Indikatoren für Erregung und irgendwie für Glaubwürdigkeit angesehen werden: Blutdruck, Puls, Atemfrequenz, elektrische Leitfähigkeit der Haut.

48 KP Liessmann, *Lauter Lügen* (Paul Zsolnay Verlag 2023). Die Zitate befinden sich auf den Seiten 21 und 32. Vgl auch die Rezension von S Wackwitz, *Signaturen der Zeit?* (FAZ, 29.3.2023).

es ja um die Ermittlung wahrer, richtiger und falscher Aussagen geht. Dabei geht es um präsenten Wissen, gute Gedächtnisleistungen, manchmal um Plausibilitätsannahmen. Manchmal dürfen „Experten“ aus dem privaten Umkreis befragt werden oder das Publikum. Dessen Mehrheit soll dann für die richtige Antwort bürgen. Der „Quizmaster“ befindet sich in einer göttlichen Position: er oder sie weiß alles. Es gibt keine Kontroversen über wahr oder falsch mit ihm. Der „Quizmaster“ entscheidet darüber. Er hat seine Experten im Hintergrund. Es werden keine Untersuchungen angestellt, man erfährt nicht, wie die Wahrheit gefunden wurde oder wie man sie finden könnte. Es werden also keine „Erfahrungen“ gemacht. – Der Anspruch von Wahrheit ist auch ganz fest verwurzelt bei einigen Klimaaktivisten, für die selbst die pessimistischste Prognose einer „Klimahölle“ zum gesicherten Wissen gehört. Menschen, die von weniger drastischen Szenarien ausgehen, werden schnell als sog. „Klimaskeptiker“ gesehen und sind – wenn nicht schon im Bund mit dem Teufel – so doch mit ihren Auffassungen ein Fall von Verschwörungserzählungen. Da gibt es keinen abstrakten Wahrheits-Relativismus mehr und auch keine Kontroversen über Wahrheit.

Zurück zur empirischen Forschung: Der Übergang von einer Tatsachenbehauptung zu einer Tatsachenfeststellung ist empirisch zu vollziehen, d.h. durch die Anwendung von Methoden der empirischen Forschung. (Ich könnte auch von einer Hypothese und ihrer Überprüfung, d.h. ihrer Bestätigung oder Verwerfung, reden. Aber der Begriff „Hypothese“ wäre wieder sehr erläuterungsbedürftig.)

Zu den Methoden der empirischen Forschung eine ganz kurze Einführung.

3.2. Methoden der empirischen Forschung

a) Datenerhebung:

Wie machen wir im Alltag Erfahrungen? Wir schauen, beobachten, fragen andere, lesen viele Texte. Diese Modi des Weltzugangs werden in der empirischen Forschung methodisch präzisiert mit der zentralen Anforderung der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit.

	Rechtssoziologie	Rechtsgeschichte
Beobachtung	+	-
Befragung	+	Zeitzeugen (?)
Inhaltsanalyse (Texte, Dokumente)	+	+
technisch-naturwissenschaftliche, biologisch-medizinische Methoden	-	+ Prüfung der Echtheit, DNA; Datierung

Die ersten drei Methoden werden alle in der Rechtssoziologie angewendet. Für die Rechtsgeschichte liegt es anders: eine Beobachtung von vergangenen Ereignissen ist nicht möglich. Meist können auch keine Befragungen mehr durchgeführt werden, nur mit sog. „Zeitzeugen“. Die sind aber bekanntlich der Feind des Historikers:

- Ihr Erfahrungsbereich ist in der Regel eingeschränkt.⁴⁹
- Ihre Erinnerung ist selektiv.
- Sie neigen zu Rechtfertigungen.

In der Rechtsgeschichte steht die Analyse von allen möglichen Arten von Texten, auch Bildern, Fotos,⁵⁰ Landkarten, vielleicht auch Tönen usw. im Vordergrund. Keines der Medien sollte bevorzugt werden, es empfiehlt sich ein „pluralistischer“ Zugang.⁵¹ Der Übergang zur Archäologie mit ihren naturwissenschaftlichen, medizinischen Methoden ist fließend. DNA-Analysen haben z.B. das Spektrum des Erfahrbaren über riesige Zeiträume erweitert.⁵²

49 Zum Zeitzeugen eine Episode: bei der militärischen Ausschaltung der SDAP im Februar 1934 in Wien hält sich Stefan Zweig im Stadtzentrum auf, bekommt aber nichts mit. Die Kämpfe finden in den Vorstädten statt. Nach Rückkehr nach Salzburg fragen ihn Freunde, was denn in Wien los sei. Er antwortet „Ich weiß es nicht. Am besten, ihr kauft eine ausländische Zeitung.“ S Zweig, Die Welt von gestern (1942, Anaconda 2013) 510.

50 Weil sich bei vielen (privaten) Landserfotografien Angaben zum Fotografen, zu abgebildeten Personen, zum Ort, Vorgang, Datum sowie Überlieferungsweg kaum ermitteln oder rekonstruieren ließen, entfielen diese Fotos weitgehend in der revidierten Fassung der Wehrmachtsausstellung, s <https://de.wikipedia.org/wiki/Wehrmachtsausstellung>. (abgerufen am 1.12.2023).

51 Weder das Grabdenkmal der Turtura noch das elfenbeinerne Konsulardiptychon des Orestes verschaffen einen privilegierten Zugang zur Historie gegenüber historischem Schriftgut (Rechtstexte, Urkunden, Chroniken, Viten, Traktaten oder Predigten), wie Bernhard Jussen meint (Das Geschenk des Orest. Eine Geschichte des nachrömischen Europa 526–1535 (CH Beck 2023)).

Für viele Menschen – Wissenschaftler und Laien – hat die Begrenzung der historischen Arbeit auf Texte, auf sprachliche Gegenstände anscheinend etwas Unbefriedigendes. Es fehlen einfach die „realen“ Ereignisse „hinter“ den Texten. Fotografien erwecken den Anschein von „echter“ Realität. Aber in der vor-fotografischen Zeit? Man mag Henkerbücher aus dem 15. Jahrhundert studieren, kann aber nie eine Hinrichtung erleben. Es gibt nichts zu beobachten und, wenn keine Zeitzeugen mehr leben, niemanden zu befragen. Aber man macht sich doch gerne ein *Bild* von der Vergangenheit, man möchte sich das Vergangene gerne „vorstellen“. Ich vermute, dass die große Beliebtheit von historischen „Dokumentationen“ im Fernsehen diese Sehnsucht nach „Realem“ hinter den Texten befriedigen soll. Da kann man die Schlacht bei Hastings bildhaft erleben und ist nicht auf Berichte oder auf einen gestickten Teppich mit Bildern der Schlacht (auch wenn er 68 Meter lang ist) angewiesen. Diese Dokumentationen sind keine Lügen, keine Fälschungen; sie sind Fiktionen, die „täuschend“ echt wirken wollen.

b) Design:

In Rechtssoziologie wie Rechtsgeschichte geht es oft um Kausalbehauptungen: etwas ist geschehen, weil ... Der Königsweg zur Prüfung von kausalen Zusammenhängen ist das Experiment. In Rechtsgeschichte wie Rechtssoziologie lassen sich aber leider keine methodisch korrekten Experimente durchführen. Es gibt aber einen möglichen Ersatz in Form von „Quasi-Experimenten“; dazu zählen vor allem Zeitreihenanalysen.⁵³ Die Kausalität isolierbarer Ereignisse, etwa der Erlass eines Gesetzes, lässt sich durch sog. „interrupted time-series analysis“ überprüfen. Zeitreihenanalysen können von Rechtssoziologen im Bereich der Effektivitätsforschung genutzt werden.⁵⁴ Gerade für

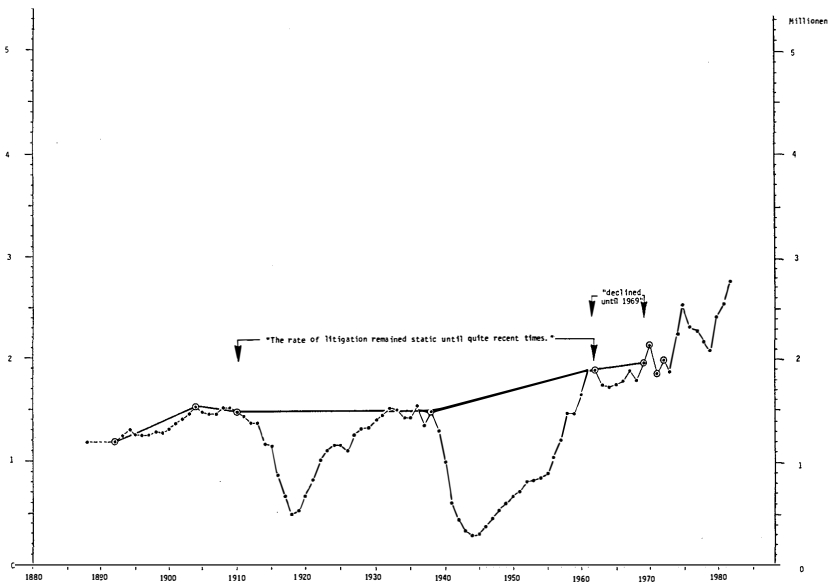
52 War Beethoven ein uneheliches Kind? Nach neueren DNA-Analysen war er das: J Brachmann und P Heinemann, Beethoven war gar kein Beethoven (FAZ, 22.3.2023). – Unklar sind noch immer anscheinend die Befunde zu Kaspar Hauser.

53 Daneben können auch „natürliche Experimente“ Anwendung finden durch den Vergleich von „natürlichen“ Gruppen. Das bekannteste Beispiel sind Untersuchungen zur abschreckenden Wirkung der Todesstrafe in den USA mit dem Vergleich von Staaten mit und ohne Androhung/Exekution der Todesstrafe.

54 S zur Effektivitätsforschung etwa H Rottleuthner und M Rottleuthner-Lutter, Recht und Kausalität, in M Cottier, J Estermann und M Wrase (Hrsg), Wie wirkt Recht? (Nomos 2010) 17–41; dieselben, Effektivität von Recht: Der Beitrag der Rechtssoziologie, in G Wagner (Hrsg), Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung (VS-Verlag 2010) 13–34.

Historiker⁵⁵ bieten sie eine Möglichkeit zur Untersuchung von *kausalen* Zusammenhängen. Fehler kann man bei Zeitreihen machen, indem man z.B. höchst selektiv Zeitpunkte in die Zeitreihe aufnimmt. Dazu ein Beispiel:

Im Schnittbereich von Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie liegt eine Untersuchung von Lawrence Friedman, in der er die These prüfen wollte, ob der Eingang in Zivilsachen mit dem ökonomischen Wachstum zunimmt.⁵⁶ Friedman wählte einige Zeitpunkte aus, die ein ganz verzerrtes Bild liefern („the rate of litigation remained static until quite recent times“ und nach 1962 schwäche sich der Zuwachs ab). Ich habe seine Reihe durch kontinuierliche Jahresdaten ergänzt und verlängert.



Eingänge in Zivilsachen England und Wales (County Courts und High Court), bei Friedman: Durchschnitt für 1889–1893, 1904, 1910, 1938, 1962, 1969–1972; in meiner Reihe: Durchschnitt 1888–1892, jährlich für 1893–1982

55 H Thome, *Zeitreihenanalyse. Eine Einführung für Sozialwissenschaftler und Historiker* (De Gruyter Oldenbourg 2005).

56 L Friedman, *Trial Courts and Their Work in the Modern World*, in L Friedmann und M Rehbinder (Hrsg), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd 4 (Westdeutscher Verlag 1976) 25, 34. Die Darstellung und Kritik entnehme ich H Rottleuthner, *Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland* (1985) *ZfRsoz* 206, 250

Die methodische Anforderung wäre also, die Zeitpunkte der Reihe möglichst „dicht“ (etwa jährlich) zu erfassen.⁵⁷

Noch etwas zum Design: Juristen (weniger Soziologen) und Rechtshistoriker haben anscheinend Schwierigkeiten mit *Stichproben*. Am liebsten wären ihnen wohl Gesamterhebungen, was aber bei Massendaten – die gerade im Rechtsbereich, bei Gerichtsakten etwa, regelmäßig anfallen – nicht durchführbar ist. Man benötigt dann repräsentative Stichproben. Wie kann man Repräsentativität erzielen? Methodisch am besten sind Zufallsstichproben, wobei „Zufall“ im technischen, mathematischen Sinn zu verstehen ist, also nicht im Sinn einer „willkürlichen“ Auswahl. „Zufall“ muss organisiert werden – und das ist nicht immer leicht.⁵⁸

c) Operationalisierung:

In der klassischen Lehre von der Wahrheit ging es um die Entsprechung einer Aussage mit einer Tatsache; aber die Tatsachen werden doch wieder nur mit Sätzen beschrieben (das muss man nicht „konstruieren“ nennen); es gibt keine „direkte“, sprachlose Beobachtung. Eine Annäherung von wahrheitsfähigen Behauptungen und den Beschreibungen vorliegender Sachverhalte kann man in der empirischen Forschung durch „Operationalisierung“ der beschreibenden Begriffe erzielen. D.h., die deskriptiven Ausdrücke werden in einer Weise gefasst, präzisiert, dass letztlich durch Beobachtung, Befragung etc. intersubjektiv übereinstimmend gesagt werden kann, dass der Sachverhalt *x* vorliegt. Das Evidenzerlebnis – „*x* ist der Fall“ – ist keine Sache der privaten Überzeugung, sondern es muss mit anderen geteilt werden können. – Auch hier treten wieder unterschiedliche Probleme auf, je nachdem, ob nicht-sprachliche Sachverhalte erfasst wer-

57 S jetzt die Untersuchung zur aktuellen Prozessebbe: durchgehend analysiert wurden Zählkarten-Daten für 2005–2019, die Aktenanalyse beschränkt sich aber auf die Jahre 2015 und 2019 (Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten, im Auftrag des BMJ 2023).

58 Ein Beispiel aus der zeitgeschichtlichen Forschung, die auch mit rechtssoziologischem Anspruch auftritt: Inga Markovits schreibt zu ihrer Auswahl der Akten für ihr Buch „Gerechtigkeit in Lüritz“ (d.h. am DDR-Kreisgericht Wismar): „Since I cannot study every single record in the archive, I read the entire yearly output of the court in three to five years intervals – spacing the distance shorter in eventful times ... and longer in more tranquil periods.“ (Das verrät sie übrigens dem deutschsprachigen Leser in ihrem Buch nicht, sondern in ihrem Aufsatz „Justice in Lüritz“ (2002) *The American Journal of Comparative Law* 819, 823.) Sie hat also eine ca. 25%-Stichprobe willkürlich gezogen. Bei einer Zufallsstichprobe hätte sie jede 4. Akte über den gesamten Zeitraum ziehen können.

den sollen oder ob die festzustellenden Sachverhalte selbst schon sprachlich gebildet sind, wenn also z.B. Akten, Zählkarten und sonstige Texte, z.B. Antworten in Interviews, ausgewertet werden. – Operationalisierung hat ihre Grenzen, wenn die Begriffe sehr vage sind oder wenn sie sehr wertgeladen sind. Beispiele: Wie würde man vage Begriffe wie Schicht oder Klasse operationalisieren? Lässt sich der wertgeladene Begriff „Qualität der Rechtsprechung“ operationalisieren oder was heißt „erheblich Vorschub“ leisten in der Hohenzollernfrage?

d) Auswertung:

Die Auswertung der Erhebungen erfolgt bei Historikern meist durch Interpretation, also durch ein irgendwie hermeneutisches Vorgehen. Wenn es aber um größere Datenmengen geht, empfehlen sich statistische Verfahren.

Ach ja, die Statistik ... Ist es wahr, dass der Satz „Ich glaube nur an die Statistik, die ich selbst gefälscht habe.“ von Churchill stammt?⁵⁹

Auf Fragen der Statistik gehe ich nicht näher ein. Die allgemeine Einführungs-Literatur ist nicht mehr zu überschauen. Es gibt auch Spezialveröffentlichungen für Geschichtswissenschaftler.⁶⁰

3.3. Grenzen der empirischen Forschung

Gott weiß alles. Als Menschen und speziell als Empiriker sind wir aber einer Unzahl von Einschränkungen unterworfen. Es mangelt an Zeit, Geld, Kompetenz; es gibt die Barrieren des Datenschutzes, Zugangsprobleme zu Archiven, zu Unterlagen überhaupt (was ruht in Moskau zu Stalin 1952, zu Otto John, zur Präventivkriegs-These, zu Barschel?); das meiste historische Material ist untergegangen, Justizverwaltungen halten sich an die Aktenordnung und vernichten nach 5 Jahren die Gerichtsakten; Personen, die man noch befragen könnte, sind verstorben; Erben rücken den Nachlass nicht heraus etc.

Es gibt Kontroversen, die entschieden werden können (durch die Erhebung von Daten, durch den Fund von Dokumenten etc.). Beispiele für

59 Gewiss nicht. Wenn schon Churchill, dann vielleicht “Do not believe any statistic that you haven’t forged yourself.” Aber auch das hat er wohl nicht gesagt. Wie stellt man das fest? In keiner Rede, keiner Veröffentlichung von Churchill ist ein solcher Satz zu finden. Wahrscheinlich ist er eine Erfindung aus dem Hause Goebbels – also eine Fälschung und Täuschung des Publikums.

60 ZB H Thome und V Müller-Benedict, *Statistische Methoden für die Geschichtswissenschaften* (Springer VS 2021).

Wahrheits-Kontroversen in der Rechtssoziologie, die alle im Rahmen empirischer Projekte behandelt werden konnten:

- Gibt es eine Klassenjustiz? D.h., gibt es einen Zusammenhang zwischen der sozialen Herkunft der Richter und ihrer Rechtsprechung? Oder vielleicht auch: einen Zusammenhang zwischen ihrer aktuellen Situation und ihrer Rechtsprechung (Richter als Vermieter und ihre Praxis in Mietprozessen)?⁶¹
- Führt der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung zu einem erhöhten Klageeingang in der Ziviljustiz?⁶²
- Gibt es einen qualitativen Unterschied von Entscheidungen eines Einzelrichters und denen einer Kammer an Landgerichten in Zivilsachen?⁶³
- Allgemein zur Wirkung von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen (Effektivitätsforschung); besonders prominent ist stets die Frage nach der abschreckenden Wirkung der Todesstrafe, aber auch von Strafdrohungen überhaupt.

Aber es gibt eine Menge von Kontroversen, die nicht entschieden werden können: vor allem in Debatten über Kausalität ist eine Überprüfung von Zusammenhängen nicht möglich, weil keine Experimente durchgeführt werden können. Zudem geht es meist um multikausale Erklärungen (z.B. der Weg in den Ersten Weltkrieg) oder um ganz unklare Zusammenhänge, etwa bei Nolte und seinem „kausalen Nexus“. – Aktuell kommen aus allen Ecken Osteuropa-Forscher, Russland-Historiker etc. hervor, die endlich Morgenluft für ihr Fach wittern und tiefbohrende historische Erklärungen für das aktuelle Geschehen in der Ukraine und in Russland liefern. Herauskommen überkomplexe Erzählungen, mit denen Plausibilitätspfade in die Vergangenheit gelegt, aber keine kausalen Erklärungen gegeben werden.

61 Zur Klassenjustiz-These s H Rottleuthner (Hrsg), Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit (Nomos 1984); zu den Mietverfahren s H Hilden, Rechtstatsachen im Räumungsrechtsstreit: Zur Effektivität des sozialen Mietrechts und zur Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Haag und Herchen 1976).

62 E Blankenburg und J Fiedler, Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte (JCB Mohr 1981) und W Jagodzinski, T Raiser und J Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung (Bundesanzeiger 1994).

63 H Rottleuthner, E Böhm und D Gasterstädt, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters (Bundesanzeiger 1992). – Hier wird zwar explizit ein Werturteil erwartet; die Wertung lässt sich aber erstaunlich gut mit Hilfe empirisch feststellbarer Merkmale operationalisieren: Dauer der Verfahren, Vergleichsquote, Rechtsmittelhäufigkeit, Rechtsmittelerfolg.

Kaum zu klären sind auch Kontroversen über *Motive* der Akteure (wie stand es mit der Ernsthaftigkeit Stalins 1952, wenn die Dokumentenlage immer noch so unklar ist).

Starke *Wertungen* machen eine empirische Klärung nur begrenzt möglich, etwa wenn es um den Einfluss des Hauses Hohenzollern auf die Erfolge der Nazis geht. Was heißt „Vorschubleisten“, was heißt „erheblich“? Das können Historiker nicht entscheiden, das ist Aufgabe der Gerichte. – Keine Klärung durch Empirie ist auch möglich bei Fragen, in denen ein Gemisch von problematischen Definitionen und kontroversen Wertungen mit Tatsachenbezügen vorliegen, wie etwa bei der Frage, ob die DDR ein „Unrechtsstaat“⁶⁴ gewesen sei. Hier ist mit Empirie nichts Entscheidendes auszurichten.

3.4. Grundsätze der empirischen Forschung

Zum Abschluss noch einige wenige, eher wissenschaftspsychologische Bemerkungen.

Was zeichnet die Motivation eines Empirikers aus?

Neugierde – Gott ist nicht neugierig, er weiß ja alles.

Streben nach *Intersubjektivität*. Es gibt keinen privilegierten Zugang zur Wahrheit. Es gibt keine Priesterkaste, keine Auguren, keine Philosophen, die aus der Höhle klettern und das „Wesen“ der Dinge erschauen, kein Politbüro, Gruppen, die über besondere Erkenntnisfähigkeiten verfügen – mit Ausnahme, heutzutage, wissenschaftlich qualifizierter Personen.

Es geht um *Nachprüfbarkeit*. Untersuchungen müssen replizierbar sein. Tatsächlich gibt es aber kaum Replikationen⁶⁵ (in der Rechtssoziologie vielleicht die beiden Untersuchungen zum Einfluss der Rechtsschutzversicherung auf das Klageverhalten.⁶⁶ Replikationen findet man eher in Medizin, Psychologie, Ökonomie). Lieber begibt man sich auf die Suche nach Neuem, Spannendem. – Gibt es Replikationen in der historischen Forschung? Eher wohl Reinterpretationen, ein Umschreiben der Geschichte.

64 S zu den verschiedenen Dimensionen H Rottleuthner, Unrechtsstaat (2020) 230 Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 33–50.

Man muss darauf gefasst sein, *enttäuscht* zu werden. Erwartungen, Annahmen, Hypothesen können sich als falsch erweisen.

Empirie lebt von *Misstrauen*. Man will ja nachprüfen, kontrollieren, es soll methodische Disziplin walten, auf Fehler soll geachtet werden. Das mag für die Kommunikation unter Wissenschaftlern nicht immer förderlich sein.

Aber es gibt auch *Hoffnung*, dass es den Unterschied zwischen wahr und falsch gibt und dass wir manchmal wahre Aussagen machen können. Nur wird uns KI dabei nicht helfen können.

65 S DFG-Stellungnahme zur Replizierbarkeit. – Das Plädoyer von Hanjo Hamann für eine „Evidenzbasierte Jurisprudenz“ (Fn 39) scheitert einfach an fehlenden, empirisch arbeitenden Forschungsorganisationen im Bereich der Rechtswissenschaft. Im Unterschied zur Ökonomie und Medizin etwa gibt es keine Masse von Untersuchungen zu vergleichbaren Themen, über die sich gar Metaanalysen anstellen ließen. (Zu Hamanns Buch s meine Rezension in (2016) 71 JZ 86–87).

66 S Fn 62.

Methode und Wahrheit: Gedanken zum Anspruch auf rechtswissenschaftliche Wahrheit im 19. Jahrhundert am Beispiel der Werke Julius Hermann von Kirchmanns (1802–1884) und Augusto Teixeira de Freitas' (1816–1883)

Renato Sedano Onofri¹

1. Einleitung und Fragestellung²

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Erforschung der epistemischen Grundlagen der Rechtserkenntnis in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Die Untersuchung wird angesichts der Werke des deutschen Juristen Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884) und seines brasilianischen Zeitgenossen Augusto Teixeira de Freitas (1816–1883) durchgeführt.

Es ist eine Selbstverständlichkeit, allerdings nicht überflüssig, daran zu erinnern, dass sich das Wort „Rechtswissenschaft“ einerseits aus „Recht“, andererseits aus „Wissenschaft“ zusammensetzt. Juristen tendieren verständlicherweise dazu, mehr Gewicht auf die Seite des Rechts zu legen, und folglich ihr Fach als Besonderheit im Verhältnis zu anderen universitären Disziplinen darzustellen. Zudem wirken institutionelle und kulturelle Mechanismen, welche die Verbindung der Rechtswissenschaft mit dem Volk, der Sprache, der Nation, dem Staat, und die dabei besondere Rolle der Juristen sichern.³

-
- 1 Diese Abhandlung entstand teilweise während meines Forschungsaufenthalts am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie zwischen Januar und Juni 2023. Dem Institut und namentlich Dorothea Keiter, Fabian Steinhauer und Christian Boulanger schulde ich Dank. Ich bedanke mich auch bei Heidrun Wachenfeld und Dr. Karolina Fell für die gründlichen Überprüfungen und sprachliche Korrektur des Textes. Auch den Herausgebern dieses Bandes ist sowohl für die sorgfältige Organisation der Tagung als auch für die zahlreichen Anmerkungen und hilfreichen Vorschläge zu diesem Aufsatz zu danken.
 - 2 In den Zitaten, die nachfolgend verwendet werden, wird die zeitgenössische Orthographie der jeweiligen Sprache beibehalten. Die Titel der zu behandelnden Werke werden im Textkörper kursiv geschrieben.
 - 3 Zusammenfassend im Kontext der Debatte um die Reform der juristischen Ausbildung in Deutschland, siehe beispielsweise H Schöbel, Die erste juristische Staatsprüfung – letzte Bastion im „Bologna-Sturm“? (2011) 43 Juristische Arbeitsblätter 161, 161–166;

Die folgenden Seiten stellen einen Versuch dar, diese Behauptung der Besonderheit des juristischen Fachs kurz zu relativieren. Bezweckt wird damit, die Auswirkung der Schwankungen des Wissenschaftsbegriffs auf die Rechtswissenschaft um die Mitte des 19. Jahrhunderts deutlich zu machen.

Um diese Aufgabe zu erfüllen, stehen im Zentrum der Untersuchung zwei Autoren, deren berufliche Sozialisierung hauptsächlich außerhalb des akademischen Bereiches stattfand. Trotzdem setzten sie sich auf einer ähnlichen epistemischen Grundlage mit der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft auseinander. Unter Benutzung eines ähnlichen Vokabulars erreichten Freitas und Kirchmann dabei letztlich gegensätzliche Ergebnisse. So plädiert Freitas für den strengen wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz, während Kirchmann sie als Wissenschaft für wertlos erachtet.

Außerdem haben die Autoren sicherlich die Werke des jeweils anderen nicht gelesen, oder wahrscheinlich sogar von deren Existenz nicht einmal erfahren.⁴ Textkenntnis kann also in diesem Fall die Gemeinsamkeit der Sprache und der epistemischen Anfangspunkte nicht unmittelbar erklären. So entsteht eine interessante Ausgangslage, anhand derer nachvollzogen werden soll, ob und inwieweit der Transfer juristischen Wissens auch vom Wissenschaftsbegriff abhängt.

2. Kurze biographische Skizze zu Kirchmann und Freitas

Um den Ausgangspunkt der Untersuchung genauer zu erklären, sollen die beiden Juristen, die hier behandelt werden, unter Berücksichtigung des Themas des Beitrages kurz vorgestellt werden. Obzwar ihre Schriften in der Diskussion um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft noch genutzt werden,⁵ sind weder Kirchmann noch Freitas, wie schon angespro-

H-J Papier und M Schröder, Plädoyer für die Juristische Staatsprüfung (2012) *Neue Juristische Wochenschrift* 2860, 2860–2863.

4 Dazu vgl R Sedano Onofri, Um caminho para a compreensão do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas: seu manuseio da bibliografia na Introdução à Consolidação das leis civis (2022) 4 *Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* 54.

5 Die Namen Freitas und Kirchmann tauchen immer noch in der gegenwärtigen fachlichen Literatur auf. Wenngleich Freitas 1859 beklagte, dass die zeitgenössische brasilianische Rechtswissenschaft seine Arbeit kaum angesprochen zu haben, wurde er 1950 von dem französischen Komparatisten René David als Eckstein der brasilianischen Rechtswissenschaft bezeichnet, eine Würdigung, der Jan Peter Schmidt Jahrzehnte später zustimmte, indem er Freitas den Begründer der brasilianischen Rechtswissenschaft nannte. Vgl R David, *Le droit brésilien jusqu'en 1950*, in A Wald und C Jauffret-Spinozi

chen, je an Universitäten tätig gewesen. Daher erfolgte ihr Schreiben parallel zur Beamtenlaufbahn bzw. zum Beamtendasein und zur anwaltlichen Tätigkeit, also außerhalb des akademischen Bereichs, und zwar bei Freitas zwecks Schaffung eines Zivilgesetzbuchs für Brasilien.⁶

2.1. Julius Hermann von Kirchmann

Julius Herman von Kirchmann ist Juristen in der Regel bekannt durch seinen 1847 gehaltenen Vortrag zur *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Sein Lebenslauf weist jedoch eine erfahrungsreiche Karriere als

(Hrsg), *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (Société de Législation Comparée 2005) 25, 78; JP Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive* (Mohr Siebeck 2009) 24. Darüber hinaus darf die Geschichte des brasilianischen Zivilgesetzbuchs und sein System über Freitas, trotz des Scheiterns seines Kodifikationsversuchs, nicht hinwegsehen. Zusammenfassend und stellvertretend für andere, vgl Schmidt (Fn 5) 23–41 und 332–342. Kirchmanns berühmter Vortrag über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft bildet wiederum einen Anhaltspunkt, der kaum je ausgelassen wird, wenn man sich mit der Frage der Wissenschaftlichkeit im juristischen Bereich befasst. Über die zeitgenössischen Reaktionen im 19. Jahrhundert hinaus mehren sich Beispiele der Auseinandersetzung mit dem Kirchmannschen Vortrag. Zeitgenössische Reaktionen auf die Rede vgl C Retslag, *Apologie der Jurisprudenz*. Eine Erwiderung auf den vom Herrn Staatsanwalt von Kirchmann in der juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrag (Braune 1848); AF Rudorff, *Kritik der von Kirchmann'schen Schrift: die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Plahn 1848); FJ Stahl, *Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Förstner 1848). Spätere Auseinandersetzungen in der Literatur in Bezug auf der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz findet man beispielsweise bei E Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1962) 7–8; K Larenz, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Walter de Gruyter & Co 1966); C Engel, *Julius Hermann von Kirchmann: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848* (2006) 61 JZ 614; ders, *Vom Wert der Jurisprudenz als einer politischen Wissenschaft* (2006) 61 JZ 1118, 1118–1119; HH Jakobs, *Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848* (2006) 61 JZ 1115, 1115–1118; R Wiethölter, *Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884): Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*, in J Seifert (Hrsg), *Streitbare Juristen: eine andere Tradition* (Nomos 2006) 44, 44–58.

6 Eine Kritik an Freitas, die José M de Alencar (1829–1877) in der Zeitung *Diário do Rio de Janeiro* am 11. Februar 1858 veröffentlichte, bezog sich darauf, dass der Stil des Autors, also Freitas', mehr dem des Anwalts, als dem des Gesetzgebers entsprochen habe. Siehe JM d Alencar, in *Diario do Rio de Janeiro* (Rio de Janeiro 1858) 1, 1.

Staatsanwalt und Richter sowie als Politiker und Philosoph auf.⁷ Kirchmann kam 1802 in Merseburg (heute Sachsen-Anhalt) zur Welt und studierte Rechtswissenschaft in Leipzig und Halle. Nach dem Studium wurde er auf verschiedene Stellen im preußischen Justizwesen berufen. Er wurde 1823 zum Auskultator am Land- und Stadtgericht in Magdeburg ernannt. Nach dem Referendariat erhielt er die Qualifikation für die höheren Stellen der Richterlaufbahn und wirkte ab 1829 für 4 Jahre als Assessor am Oberlandesgericht in Naumburg. Im Dezember 1833 wurde er zum Strafrichter in Halle an der Saale berufen. Ein Jahr später wurde Kirchmann zum Direktor des Königlichen Stadt- und Landgerichts und Kreisjustizrat in Querfurt ernannt.⁸ 1839 nahm Kirchmann die Stelle des Landgerichtsdirektors und Kreisjustizrats in Torgau an. 1846 ist er zum Staatsanwalt der im selben Jahr gegründeten Strafverfolgungsbehörde beim Kriminalgericht in Berlin berufen worden.⁹

1847 hielt er in der juristischen Gesellschaft zu Berlin den berühmten Vortrag über die *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Kurze Zeit später (1848) verstärkte sich Kirchmanns politisches Engagement, indem er für den Wahlkreis „Berlin I“ mit Anschluss an das Linke Zentrum in die preußische Nationalversammlung gewählt wurde. Damit verband sich der Name des damaligen Staatsanwalts mit der deutschen Revolution von 1848/49.

Allerdings geriet Kirchmann im selben Jahr aufgrund seiner Verhandlung bei der Anklage gegen den „kommunistischen Agitator“ und Studenten-

7 Biographisches zu Kirchmann vgl T Sternberg, J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des realpolitischen Liberalismus (Dr Walter Rothschild 1908); H Berger, Begründung des Realismus bei J. H. von Kirchmann und Fr. Ueberweg (Diss, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 1958) 23–36; RA Bast (Hrsg), Julius Hermann von Kirchmann. Jurist, Politiker, Philosoph (Meiner 1993); G Spindel, Julius Hermann von Kirchmann. Zugleich ein Stück preußischer Justizgeschichte, in FJ Düwell und T Vormbaum (Hrsg), Recht und Juristen in der deutschen Revolution 1848/49 (Nomos 1998) 179, 181–183. Zudem ist ein Verzeichnis der Schriften über Kirchmann bis 1993 bei Bast (Fn 7) 80–90 zu finden.

8 Kreisjustizrat war eine Überwachungsfunktion, die von reisenden Richtern ausgeübt wurde. Dazu Wiethölter (Fn 4) 51. Kirchmann selbst wies in seinem Vortrag zur *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* auf diese Funktion hin: JH v Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (2. Aufl, Springer 1848) 41.

9 Ein tabellarischer Lebenslauf Kirchmanns ist bei Bast (Fn 7) XI–XV zu finden. Die Aktenstücke des Verfahrens der Amtsenthebung stellen auch knapp seine Karriere bei der Staatsanwalt- und Richterschaft dar. Vgl JH v Kirchmann (Hrsg), Aktenstücke zur Amtsentsetzung des Königl. Preuss. Appellationsgerichts-Vizepräsidenten von Kirchmann (Springer 1867) 12.

ten Schlüssel in Schwierigkeiten, denn die „entschiedene Linke“ hielt ihn für die harte Strafe gegen den Studenten für mitverantwortlich.¹⁰ Für die Krone und die preußischen Rechten hingegen war der Strafantrag Kirchmanns zu milde, was die von der preußischen Regierung schon vorher gesuchte Gelegenheit bot, den „freisinnigen“ Staatsanwalt aus Berlin und der Nationalversammlung zu entfernen.¹¹ Als Ergebnis wurde Kirchmann befördert und zum Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts in Ratibor (Oberschlesien) ernannt. In der Tat führte die Beförderung zur Enthebung von seinem Amt in der Nationalversammlung, weswegen Sternberg diese als eine echte „Strafbeförderung“ bezeichnet.¹²

Nichtsdestotrotz konnte Kirchmann schon im September desselben Jahres für den Wahlkreis Tilsit wieder in die Nationalversammlung gewählt werden, wo er in der 2. Kammer bis zu deren Auflösung durch die preußische Regierung am 21. April 1849 tätig war.

Aus diesem Grund kehrte er nach Ratibor zurück, wo er neben seiner Aufgabe bei dem Oberlandesgericht die Zeitung „Demokratische Blätter“ mitgründete und herausgab. Die Zeitung existierte jedoch nur eine kurze Zeit, da anlässlich des Inkrafttretens des neuen, restriktiven preußischen Pressegesetzes ihre letzte Ausgabe schon am 22. Juni 1850 erschien.¹³

Nicht nur bei seinen politischen Tätigkeiten, sondern auch als Beamter erfuhr Kirchmann den Widerstand der preußischen Regierung, denn ab 1849 wurden mehrfach Disziplinarmaßnahmen gegen ihn umgesetzt. Bis zu seiner endgültigen Amtsenthebung im Jahr 1867 wurde er einmal unter Halbierung der Bezüge für drei Monate suspendiert. 1855 trat Kirchmann einen fünfjährigen Zwangsurlaub an, währenddessen ihm sein volles Gehalt weiterbezahlt wurde, er aber verpflichtet wurde, weder in Berlin noch in Königsberg Wohnsitz zu nehmen. Der Zwangsurlaub wurde 1860 um

10 Kirchmann galt damals mit Hans Victor von Unruh (1806–1886) und Karl Rodbertus (1805–1875) als gemäßigter Linke. Vgl A Streckfuß, *Das Volks-Archiv. Eine Sammlung geschichtlicher Erzählungen aus der neuesten Zeit, Biographien berühmter Freiheitskämpfer usw.*, Bd 1 (Corduan 1850) 259. Kritisch gegenüber der politischen und intellektuellen Haltung Kirchmanns zur Zeit der Bewegung, vgl W Rogge, *Parlamentarische Größen*, Bd 2 (Hofmann und Comp 1851) 115–131.

11 H Scheerer, Kirchmann als Politiker, in RA Bast (Hrsg), *Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884). Jurist, Politiker, Philosoph* (Meiner 1993) 15, 17.

12 Sternberg (Fn 7) 37.

13 H Scheerer (Fn 11) 26.

weitere fünf Jahre verlängert, Kirchmann konnte jedoch 1863 sein Amt kraft einer Resolution der Regierung wieder besetzen.¹⁴

Scheerer ist der Meinung, dass die Hartnäckigkeit, mit der die preußische Regierung Kirchmann verfolgt hat, mit seiner Rückkehr in die Politik zusammenhängen dürfte.¹⁵ So wurde Kirchmann 1862 als Anhänger der kurz zuvor gegründeten Deutschen Fortschrittspartei (DFP) in das preußische Abgeordnetenhaus gewählt. Er stand wegen seiner „antiministeriellen Haltung“ und seiner Kritik am preußischen „Scheinkonstitutionalismus“ unter Verdacht,¹⁶ auch wenn sein Auftreten nicht mehr so viel Gewicht hatte wie in der Endzeit der deutschen Nationalversammlung (1849).¹⁷

Was letzten Endes den Anlass für die Amtsenthebung als Richter bildete, war der Vortrag *Über den Kommunismus der Natur*, den Kirchmann im Februar 1866 im Berliner Arbeiter-Verein gehalten hatte.¹⁸ Dabei vertrat er die Meinung, dass Kommunismus „nicht erst das Kind der Revolution von 1789“ sei, sondern ein Prinzip der Gleichheit aller Menschen, „an dessen Verwirklichung und Entwicklung man stets gearbeitet hat“.¹⁹ Bei der Natur selbst gälten kommunistische Gesetze, wobei das erste laute, dass die Kräfte der Natur alle Menschen ebenmäßig beträfen.²⁰ Die Umsetzung solcher Gesetze in der Gesellschaft fordere aber nicht nur das Prinzip der Genossenschaft unter den Arbeitern, um die Mängel des Systems zu beseitigen, sondern sie setze zusätzlich die Trennung der sittlichen von den wirtschaftlichen Folgen dieser Genossenschaft voraus, womit das Thema der Familienplanung angesprochen werden sollte. In diesem Zusammenhang plädiert

14 Kirchmann (Hrsg), Aktenstücke (Fn 9) 13.

15 Scheerer (Fn 11) 28–29.

16 Spindel (Fn 7) 188.

17 So meint Scheerer (Fn 11) 31.

18 Vgl JH v Kirchmann, Ueber den Communismus der Natur (2. Aufl, Heimann 1872). Auf dem Deckblatt der 2. Auflage steht der Hinweis: „Wegen dieses Vortrages ist der Verfasser seines Amtes als Vice-Präsident des Appellationsgerichts zu Ratibor unter Verlust aller Pensionsansprüche disciplinarisch entsetzt worden“. Auch in den Aktenstücken des Verfahrens zur Amtsentsetzung, die Kirchmann bereits 1867 veröffentlichten ließ, hieß die erste Anschuldigung, „Öffentlich einen, den ‚Communismus der Natur‘ behandelnden Vortrag, welcher unsittliche und verwerfliche Ausführungen enthält [...]“ gehalten zu haben. Vgl Kirchmann (Hrsg), Aktenstücke (Fn 9) 9. Siehe ibid 19–32.

19 Kirchmann, Ueber den Communismus (Fn 18) 3.

20 ibid 11–12.

Kirchmann für die Beschränkung der Kinderzahl in Arbeiterfamilien auf möglichst zwei.²¹

Zudem wurden bei dem Verfahren zur Amtsentsetzung auch acht Artikel untersucht, die Kirchmann in der „Breslauer Zeitung“ unter der Überschrift „Aus dem Abgeordnetenhaus“ von 1863 bis 1864 veröffentlicht hatte.²² Der Generalstaatsanwalt war überzeugt, diese Artikel seien in „regierungsfeindlichem Sinne“ geschrieben, und hätten die „öffentliche Meinung gegen die Königliche Staatsregierung“ aufstacheln können.²³ Infolgedessen wurde Kirchmann von seinem Amt entsetzt und verlor sowohl sein Gehalt als auch sämtliche Pensionsansprüche.

Allerdings begann Kirchmann schon 1868, seine ersten philosophischen Schriften zu veröffentlichen, darunter seine Behandlung der *Ästhetik auf realistischer Grundlage*²⁴ und die ersten vier Bände der von ihm bis zu seinem Tode im Jahr 1884 herausgegebenen Textreihe „Philosophische Bibliothek“. Die Reihe wird bis heute fortgeführt und folgt Kirchmanns Ziel, „dem gebildeten Publikum die Hauptwerke der Philosophie alter und neuer Zeit in korrekten, bequemen und möglichst billigen Ausgaben auf die leichteste Weise zugänglich zu machen“.²⁵ Eröffnet wurde sie mit dem von Kirchmann selbst verfassten Band zur *Lehre vom Wissen als Einleitung in das Studium philosophischer Werke*.

2.2. Augusto Teixeira de Freitas

1808 zwangen die napoleonischen Kriege die portugiesische Königsfamilie zur Flucht nach Brasilien und damit begann man in der damaligen Kolonie, eine staatliche Verwaltungsstruktur, die ihr bis dato grundsätzlich gefehlt hatte, aufzubauen. Obgleich das Land 1822 seine Unabhängigkeit erlangte, wurden die Staatsmänner und Juristen weiterhin in Portugal ausgebildet.

21 *ibid* 19. Erörterung über diesen Punkt des Vortrags bei Kirchmann (Hrsg), Aktenstücke (Fn 9) 14–19. Vgl dazu Spindel (Fn 7) 189 und Scheerer (Fn 11) 28.

22 Kirchmann (Hrsg), Aktenstücke (Fn 9) 19–32.

23 *ibid* 32.

24 JH v Kirchmann, *Ästhetik auf realistischer Grundlage* (2 Bd, Springer 1868).

25 JH v Kirchmann, *Die Lehre vom Wissen als Einleitung in das Studium philosophischer Werke* (4. Aufl, Georg Weiss 1886) VIII.

Erst 1827 gründete man kraft des Gesetzes vom 11. August 1827 die ersten zwei juristischen Fakultäten Brasiliens in São Paulo und Olinda.²⁶

In dieser Übergangssituation in der Geschichte Brasiliens wurde Augusto Teixeira de Freitas 1816 in Cachoeira, heute eine Stadt im Bundesstaat Bahia, geboren.²⁷ Freitas studierte von 1832 bis 1837 Rechtswissenschaft in Olinda und São Paulo. Er gehörte damit einer der ersten Generationen brasilianischer Juristen an, die das vollständige Studium in ihrem Heimatland absolvierten.²⁸

Bereits im folgenden Jahr, also 1838, wurde er zum Richter in der Provinzhauptstadt Salvador da Bahia berufen. Die Berufung erfolgte jedoch durch die provisorische Regierung der „Sabinada“, eine revolutionäre Bewegung republikanischer Prägung, die Bahia für kurze Zeit von der zentralen Herrschaft des Kaiserreichs Brasilien (*império do Brasil*) unabhängig gemacht hatte.

-
- 26 Zum Zusammenhang der Flucht der königlichen Familie nach Brasilien, vgl C d Freitas, George Canning e o Brasil: influência da diplomacia inglesa na formação brasileira (Cia Editora Nacional 1958) Bd 1; LV Oliveira und R Ricupero (Hrsg), A abertura dos portos (Senac 2007); JJ d A Arruda, Uma colônia entre dois impérios: a abertura dos portos brasileiros (1800–1808) (EDUSC 2008); knapp zusammenfassend auf Deutsch, Schmidt (Fn 5) 16–18. Hinsichtlich der Ausbildung von Juristen und ihrer Rolle im Brasilien des 19. Jahrhunderts, vgl R Barman und J Barman, The role of the law graduate in the political elite of imperial Brazil (1976) 18 Journal of Interamerican Studies and World Affairs 423–450; JM d Carvalho, A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial (Civilização Brasileira 2014).
- 27 Als hauptbiographische Werke zu Freitas gelten immer noch S Meira, Teixeira de Freitas: o juriconsulto do império (José Olympio 1979) und MA d S Sá Vianna, Augusto Teixeira de Freitas. Traços biográficos. (Hildebrandt 1905). Biographische Hinweise auf Deutsch bei Schmidt (Fn 5) 24–26; W Paul, Brasilianische Rechtswelten. Fascinosa et tremenda. Rechts- und kultursoziologische Schriften (1988–2018) (Shaker 2019) 555–556; auf Englisch A d J Flores, Augusto Teixeira de Freitas (Brazil, 1816–83), in MC Mirow und R Domingo (Hrsg), Law and Christianity in Latin America. The work of great jurists (Routledge 2021) 214.
- 28 Vgl T Reis, Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts, in T Duve und J Rückert (Hrsg), Savigny International? (Vittorio Klostermann 2015) 369, 377–378. Zur Geschichte der juristischen Fakultät in São Paulo S Vampré, Memórias para a história da Academia de São Paulo, Bd 2 (2. Aufl, Instituto Nacional do Livro 1977). Hinsichtlich der Geschichte der Fakultät in Olinda (ab 1854 Recife), siehe C Bevilacqua, História da Faculdade de Direito do Recife (3. Aufl, Editora Universitária da UFPE 2012).

Nachdem die „Sabinada“ gescheitert war,²⁹ zog er 1843 in die damalige Hauptstadt Brasiliens, Rio de Janeiro. Er wirkte dort als Anwalt und war im selben Jahr Mitbegründer des Anwaltsinstituts (*Instituto Brasileiro dos Advogados, IAB*), dem er von August bis November 1857 als Präsident vorstand.³⁰

Aufgrund der Tätigkeit als Anwalt und Gutachter im Staatsrat (*Conselho de Estado*) genoss Freitas den Ruf, ein Rechtsgelehrter zu sein. Dies sei einer der Gründe gewesen, weshalb die brasilianische Regierung ihn 1855 mit dem ersten Schritt zur Schaffung der zivilrechtlichen Kodifikation beauftragte, also mit der Konsolidierung und Klassifizierung des brasilianischen und noch geltenden portugiesischen Rechtsstoffs.³¹

Der Plan zur Kodifikation in zwei Stufen wurde von Freitas selbst dargelegt. In einem an Minister Nabuco adressierten Brief schrieb er 1854, dass ohne vollständige Kenntnis und Klassifizierung der Überlieferung, ein originärer Entwurf des Gesetzbuchs nicht erfolgen könnte.³² Freitas war, wie zahlreiche Juristen seiner Zeit, der Meinung, dass das geltende Zivilrecht Brasiliens mangels systematischer Strukturierung nicht überschaubar war. Aus diesem Grund habe es keine Möglichkeit gegeben, das *proprium* des brasilianischen Rechts anzuerkennen.

Die Erfüllung dieser Aufgabe ergab die sog. *Consolidação das Leis Civis*.³³ Freitas teilte den normativen Stoff in zwei Teile, namentlich den allgemeinen und den besonderen, wie es bei den deutschen pandektistischen Werken üblich war.³⁴ Zudem stellte er eine Einleitung (fortan *Introdução*)

29 Freitas wurde für unschuldig an der Entstehung und Entwicklung der Bewegung befunden. Das bedeutet, er durfte weiterhin als Jurist tätig sein. Über diese Episode des Lebens Freitas' vgl Meira (Fn 27) 64–77.

30 Zur juristischen Kontroverse, die Freitas zur Aufgabe seiner Präsidentschaft gebracht hat, siehe unten Abschnitt 4.2.

31 Damals war José Tomás Nabuco de Araujo (1813–1878) der Justizminister Brasiliens und er war daher für die Beauftragung Freitas' verantwortlich. Nabuco de Araujo's Sohn Joaquim Nabuco berichtet von einer besonderen Beziehung zwischen Freitas und seinem Vater, was auch zur Wahl Freitas' beigetragen haben soll. Siehe J Nabuco, *Um estadista do imperio. Nabuco de Araujo: sua vida, suas opiniões, sua época*, Bd 3 (Garnier 1900) 507–508. Vgl Meira (Fn 27) 96–98 und Schmidt (Fn 5) 26.

32 Die volle Transkription des auf den 10. Juli 1854 datierten Briefs ist bei Meira (Fn 27) 98–101 nachzulesen. Vgl dazu Nabuco (Fn 31) 508–509.

33 Hier wird die 3. Auflage der *Consolidação* behandelt. Diese ist die letzte, die zu Freitas' Lebenszeit erschien.

34 Zum Verhältnis von Freitas zur deutschen Rechtswissenschaft, vgl statt vieler anderer und mit Hinweisen auf die Literatur Reis (Fn 28) 369–408; JP Schmidt, *Der Ursprung des Allgemeinen Teils im brasilianischen Privatrecht*, in C Baldus und

voran, in der die Einzelheiten seiner Methode auf 192 Seiten erklärt wurden. Die *Introdução* gilt als wegweisender Text der brasilianischen Rechtswissenschaft.³⁵

Eine Kommission legte am 4. Dezember 1858 ein positives Gutachten vor und die *Consolidação* wurde als Gesetz verabschiedet. Bereits am 22. Dezember 1858 wurde Freitas erneut von der Regierung beauftragt, nun mit dem Entwurf des Zivilgesetzbuchs.³⁶ Freitas ließ seinen Entwurf schrittweise in einer Reihe von Faszikeln veröffentlichen, die unter dem Titel *Esboço do código civil* (wörtlich *Entwurf* bzw. *Skizze des Zivilgesetzbuchs*) erschienen. Deshalb ist der Freitas-Entwurf schlicht als *Esboço* in der Literatur geläufig. Ziel der sukzessiven Publikationen war, dass dieser in der Öffentlichkeit diskutiert werden konnte, bevor ein Gesetzentwurf im eigentlichen Sinne vorgelegt wurde. Dies war schon auf dem Titelblatt ersichtlich, auf dem stand: *quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari*.³⁷

1872 jedoch wurde Freitas von dem Vertrag entbunden. Der offiziell angegebene Grund dafür waren Unstimmigkeiten zwischen Freitas und der Regierung in Bezug auf die Struktur des künftigen Gesetzbuchs. Ursprünglich hat Freitas wie bei der *Consolidação* einen zweiteiligen Entwurf geplant. Im Laufe der Arbeit aber veränderte sich seine theoretische Sichtweise, so dass er sich dafür entschied, nicht nur einen allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs, sondern auch ein der ganzen Rechtsordnung vorangestelltes „Allgemeines Gesetzbuch“ (*Código Geral*) zu skizzieren.³⁸ Dieser neue Plan wurde letztendlich von der Regierung abgelehnt.³⁹

W Dajczak (Hrsg), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten* (Peter Lang 2013) 247, 247–263; ders (Fn 5) 36–38.

35 Dazu siehe oben Fn 5.

36 Vgl Meira (Fn 27) 108–109; Schmidt (Fn 5) 29. Das Gutachten wurde in der *Consolidação das leis civis* veröffentlicht. Siehe AT d Freitas, *Consolidação das leis civis*, Bd 1 (3. Aufl, Garnier 1876) XVIII–XXVI.

37 Vgl AT d Freitas, *Esboço do código civil* (Ministério da Justiça 1983) Titel- und Deckblatt. Freitas adressierte ausdrücklich die Öffentlichkeit und forderte sie auf, den *Esboço* achtsam zu studieren und ernsthafte Kritik zu üben. Siehe *ibid* LXI–LXII.

38 Der Brief, durch den Freitas der Regierung seine neue Herangehensweise mitteilte, ist sowohl in Meira (Fn 27) 373–378, als auch in AS Cunha Lobo, *Curso de Direito Romano* (Senado Federal 2006) 593–603 transkribiert.

39 Da Freitas' Skizze keinen wesentlichen Mangel aufzeigte, der seine Entlassung eindeutig rechtfertigen konnte, zumal die Regierung 1868 zuerst dem neuen Kodifikationsplan zugestimmt hat, sind alternative Hypothesen zur Erklärung des Versagens zustande gekommen. Silvio Meira veröffentlichte 1978 eine Reihe mit 5 Zeitungsartikeln in der *Jornal do Comércio* (Rio de Janeiro), in der er postulierte, dass der

Da Freitas das Buch zum Erbrecht nicht geschrieben hat, wurde der *Esboço* nie vollendet. Allerdings zählte er 4.908 Artikel und wurde 1871 teilweise in das argentinische Zivilgesetzbuch aufgenommen.⁴⁰ Aus dieser Zeit und aus Argentinien stammen übrigens die ersten Vergleiche zwischen Freitas und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861).⁴¹

Neben einigen abseitigen Schriften⁴² verfasste Freitas weiterhin juristische Werke. Sein Leben nach der Arbeit an einem Zivilgesetzbuch war jedoch von finanzieller Not und gesundheitlichen Problemen gekennzeichnet. Er starb am 12. Dezember 1883 nicht weit von Rio de Janeiro, in der Stadt Niterói.⁴³

3. Kirchmanns und Freitas' Gedankenwelt und deren „Eroberin“: der sich wandelnde Wissenschaftsbegriff um die Mitte des 19. Jahrhunderts

3.1. Gedankeninseln, unsichtbare Brücken

Ausgebildete Juristen, Verwicklung in revolutionäre Bewegungen im jeweiligen Land, professionelle Sozialisierung außerhalb des akademischen Bereichs, allerdings tiefe und folgenreiche Auseinandersetzung mit der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz – so oberflächlich betrachtet, scheinen die bloßen Biografien einen Vergleich der juristischen Werke Kirchmanns und Freitas' zu rechtfertigen.

echte Grund für die Auflösung des Vertrags zwischen Freitas und der brasilianischen Regierung der Widerstand von José de Alencar war. Siehe S Meira, *O drama da codificação civil no império* (José de Alencar e Teixeira de Freitas) (1978) 152, Nr 30, *Jornal do Comércio* 6. Sá Vianna erwähnt einen Zustand von „religiöser Monomanie“, die Freitas ergriffen haben soll. Vgl Sá Vianna (Fn 27) 188–189. Dass die seelische Gesundheit Freitas' die Auflösung des Vertrags verursachen konnte, weist Schmidt zurück, vgl Schmidt (Fn 5) 33. Schließlich sieht man bei der Kritik Alencars an Freitas eine Wirkung des Streits zwischen oppositionellen Weltansichten, namentlich die von Freitas vertretene römisch-katholische einerseits, und die der Freimaurerei bei Alencar. Vgl HCMB Ramos, *O „mandato divino“ de Teixeira de Freitas: o jurista entre a loucura e a fé*, in M d M Ferreira (Hrsg), *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História* (ANPUH 2011) 1–14.

40 Über das Verhältnis Freitas' zu Dalmacio Vélez Sarsfield (1800–1875), der das erste argentinische Zivilgesetzbuch verfasst hat, vgl Meira (Fn 27) 354–387.

41 Dazu DV Sarsfield, *El folleto del doctor Alberdi*, in JC Texo (Hrsg), *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil* (Jesús Menéndez 1920) 231, 245.

42 Insbesondere AT d Freitas, *Cortice eucharístico. Misterio!* (Perseverança 1871); ders, *Pedro quer ser Augusto* (Typ Rua Nova do Ouvidor 1872).

43 Vgl Schmidt (Fn 5) 35. Ausführlicher Meira (Fn 27) 515–525.

Die Rahmenbedingungen, unter denen sie lebten und wirkten, waren jedoch nicht nur geographisch, sondern auch sozial und intellektuell sehr unterschiedlich, so dass Kirchmann und Freitas, wie bereits in der Einleitung erwähnt, das Werk des jeweils anderen nicht kannten. Im Brasilien des 19. Jahrhunderts war Französisch, nicht Deutsch, die Gelehrtensprache. Dementsprechend beherrschte Freitas kein Deutsch, verfolgte aber mit Fleiß die französische juristische Literatur, auch bezüglich dessen, was sie über die deutsche Rechtswissenschaft berichtete.⁴⁴ Obwohl häufig angenommen wird, dass Freitas sich mit deutschen Autoren, insbesondere mit Savigny, gut auskannte, ist anzuerkennen, dass er ausschließlich die ins Französisch übersetzten Texte lesen konnte.⁴⁵

Deshalb bildet der Befund, nämlich dass Freitas und Kirchmann mit einem ähnlichen Vokabular von einer ähnlichen epistemischen Grundlage ausgingen, einen wertvollen Anlass zur Erforschung eines übergreifenden Bezugsrahmens, mittels dessen die Jurisprudenz innerhalb der Wissenschaften positioniert werden kann.⁴⁶

Diese Fragestellung fordert dazu auf, einen „Blick über den Gartenzaun“ der Rechtswissenschaft und -geschichte zu werfen, um die unsichtbare Brücke, welche die Inseln unserer Autoren verbindet, ausfindig zu machen.⁴⁷

44 Freitas war Leser der belgischen und französischen Zeitschrift *Thémis*, die für repräsentativ für die historische Rechtsschule im französischsprachigen Raum gehalten wird. Savigny veröffentlichte eine lobende Anzeige zur *Thémis* in der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* und verfasste selbst eine Rezension zu Berriat-Saint-Prix' Buch über das Leben und Werk von Cujacius (Jacques Cujas). Vgl FC v Savigny, Anzeige: *Thémis* ou bibliothèque du Jurisconsulte (1820) 4 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 482–490; ders, Lettre de M. De Savigny, professeur de droit à l'Université de Berlin, et conseiller intime à la Cour de cassation et de révision pour les provinces Rhénanes sur l' Histoire de Cujas par M. Berriat-Saint-Prix (1822) 4 *Thémis* 193–207. Zu *Thémis* selbst, siehe J Bonneau, *La Thémis (1819–1831): son fondateur, Athanase Jourdan* (2. Aufl, Recueil Sirey 1914). Zur Nutzung der *Thémis* in den Werken Freitas', vgl P Villard, *L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien* (1994) 15 *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 161, 166–170; R Sedano Onofri, (Fn 4) 65–72.

45 Vgl vor allem Reis (Fn 28) *passim*.

46 Dazu J Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit*, Bd 1 (3. Aufl, CH Beck 2020); D v Stephanitz, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß* (de Gruyter 1970), insbesondere 3. Kapitel (*Mechanisches und biologisches Rechtsdenken*).

47 Zum „Blick über den Gartenzaun“, vgl P Caroni, *Blicke über den Gartenzaun*, in ders (Hrsg), *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach* (Helbing & Lichtenhahn 2005) 73.

3.2. Vom Denken und vom Urin: mechanische Erklärungen menschlicher Phänomene

Im Mai 1842 schrieb der Physiologe Emil Du Bois-Reymond (1818–1896) seinem Freund Eduard Hallmann (1813–1855) einen Brief, der später zum Symbol einer neuen wissenschaftlichen Herangehensweise wurde. Du Bois-Reymond berichtet, dass er und Ernst Wilhelm von Brücke (1819–1892) sich entschlossen haben, „die Wahrheit geltend zu machen, daß im Organismus keine anderen Kräfte wirksam sind, als die gemeinen physikalisch-chemischen; [...]“. Von diesem Standpunkt her soll das Leben durch Elemente, die der „Materie inhärent“ sind, mittels der „physikalisch-mathematischen Methode“ aufgeklärt werden.⁴⁸

Vier Jahrzehnte früher liest man schon bei Pierre-Jean-Georges Cabanis (1757–1808), dass das Gehirn die externen Eindrücke verdaue (*digère*) und damit die Sekretion des Gedankens organisch ausscheide (*[le cerveau] fait organiquement la sécrétion de la pensée*).⁴⁹

Du Bois-Reymonds und Cabanis' Aussagen deuten auf die allmähliche Ablehnung des Vitalismus hin, der durch die Annahme ersetzt werden sollte, dass man jedes lebendige Wesen ausschließlich auf einer physikalisch-chemischen Grundlage erklären könne. Das bedeutet, immaterielle Elemente, wie die Seele, seien für die Erklärung des Lebens entbehrlich.⁵⁰ In diesem Zusammenhang kam Rudolf Virchow (1821–1902) 1849 zu der Behauptung, dass das Leben nur eine besondere Art der Mechanik sei.⁵¹

In philosophischer Hinsicht lag dieser Erklärungsversuch des Lebens der Entkräftung des Idealismus nahe. Kritik an der Philosophie Hegels

48 E Du Bois-Reymond (Hrsg), Jugendbriefe von Emil Du Bois-Reymond an Eduard Hallmann (Dietrich Reimer 1918) 108.

49 P-J-G Cabanis, *Rapports du physique et du moral de l'homme*, Bd 1 (2. Aufl, Crapelet 1805) 154. Die erste Auflage dieses Werks erschien bereits 1802. Die Stelle im Original lautet: „Nous voyons également les impressions arriver au cerveau, par l'entremise des nerfs: elles sont alors isolées et sans cohérence. Le viscère entre en action il agit sur elles et bientôt il les renvoie métamorphosées en idées, que le langage de la physiologie et du geste, ou les signes de la parole et de l'écriture, manifestent au-dehors. Nous concluons, avec la même certitude que le cerveau digère en quelque sorte les impressions; qu'il fait organiquement la sécrétion de la pensée“.

50 Dazu A Nieto-Galan und PJ Ramberg, *Culture and science: chemistry spread its influence*, in PJ Ramberg (Hrsg), *A cultural history of chemistry in the Nineteenth Century* (Bloomsbury 2022) 117, 123–125.

51 Nach Stephanitz (Fn 46) 150. Vgl HJ Rheinberger, *Historische Epistemologie. Zur Einführung* (Junius 2007) 15–17.

tauchte im Kreise der Naturwissenschaften auf und ihre Befähigung, zur wachsenden Erkenntnis der Natur beizutragen, wurde bestritten.

Hermann Helmholtz (1821–1894) hielt die Hypothese, nach der die wirkliche Welt, also die Natur und das Menschenleben, das Resultat des Denkens eines schöpferischen Geistes sei, für fruchtbar in Bezug auf Staat, Sprache, Kunst, Geschichte, somit in Bezug auf die Wissenschaften, „deren Gegenstand sich wesentlich aus psychologischer Grundlage entwickelt“. Nach Helmholtz' Erachten verdankt sich der Erfolg des Hegel'schen Systems der Unterstützung durch das empirische Material, das er „hauptsächlich nur zusammenzuordnen und zu verbinden brauchte“.⁵²

In der zeitgenössischen Literatur lassen sich Versuche beobachten, den Anwendungsbereich der Induktion auszudehnen bzw. ihn von der spekulativen Methode zurückzugewinnen. Friedrich Gottlob Schulze (1795–1860) verfasste 1846 eine Überprüfung der Theorie von Liebig's zum Ackerbau. Dem Autor ist ein methodisch richtiges Studium der Naturwissenschaften ein „höchst wichtiges Mittel“ gegen die Ausbreitung der Spekulation.⁵³

Demzufolge müsse die Landwirtschaftswissenschaft gegen „die falsche Methode der Speculation“ verteidigt werden. Spekulative Verfahren bezeichnet Schulze als „neumodischen Weg“, der zu Irrtümern führe. Unter Berufung auf Isaac Newton (1642/43(?)–1727) und John F. W. Herschel (1792–1871) führt er aus, dass die Vollkommenheit des Wissens, auch hinsichtlich dessen, was die „moralischen und politischen Wissenschaften“ betrifft, nur durch die Methode der Erfahrung, d.h. die Induktion, erreicht werden könnte.⁵⁴

Eine Ackerbautheorie voller „unpraktischer Speculationen“ gefährde den Landwirt, der damit seine „theure Zeit“ vergeude, statt sich der „landwirthschaftlichen Naturbeobachtung“, durch die man „mühsam und langsam, aber mit Sicherheit“ die nötigen Erfahrungen sammle, zuzuwenden.⁵⁵

In Brasilien wird im 19. Jahrhundert wiederum der Einfluss der positivistischen Philosophie hervorgehoben, der sich sogar in der Nationalflagge

52 H Helmholtz, Über das Verhältnis der Naturwissenschaften zur Gesamtheit der Wissenschaften (Georg Mohr 1862) 6–8.

53 FG Schulze, Thaer oder Liebig? Versuch einer wissenschaftlichen Prüfung der Ackerbautheorie des Herrn Freiherrn von Liebig, besonders dessen Mineraldünger betreffend: nebst Erörterungen über Erfahrungswissenschaft und bloß speculative Theorie, insbesondere über falsche Anwendung der Chemie in der Land- und Forstwirthschaft (Frommann 1846) XIV.

54 *ibid* XI–XIII.

55 *ibid* 7.

widerspiegelt. Darauf steht „Ordnung und Fortschritt“ (*ordem e progresso*).⁵⁶ Nichtsdestoweniger war eine überwiegend mechanische Epistemologie bei den Naturwissenschaften auch dort nicht ganz ungewöhnlich. Im Jahr 1844 legte Justiniano da Silva Gomes an der medizinischen Fakultät in Bahia die Dissertation „Plan und Methode eines Kurses zu Physiologie“ in Zusammenhang mit einem Auswahlverfahren für einen Lehrstuhl vor. Dabei schließt sich Gomes Henri Marie Ducrotay de Blainville (1777–1850; bei Gomes einfach Prof. Mr. Blainville) an, um die Erklärbarkeit aller Phänomene durch mechanische Prinzipien zu behaupten. Seiner Auffassung nach handelte es sich um einen der größten und kühnsten (*atrevidos*) Schritte, den die Philosophie seit Descartes gemacht hat.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund ging John Stuart Mill (1806–1873) von einem Rückstand der Moralwissenschaften aus. Da im Gegensatz zu anderen Wissensbereichen die „Gesetze des Verstandes und, auf einem höheren Grad, die der Gesellschaft“ einen sicheren und festen Kenntnisstand nicht aufweisen könnten, sei die Wissenschaftlichkeit der Moralwissenschaften fragwürdig. Dies könne erst behoben werden, indem man „die Methoden der Physik“, d.h. die Induktion, auf sie anwende.⁵⁸

Einige Jahre später kam auch Emil Du Bois-Reymond, mit dem dieser Abschnitt begann, zu der Schlussfolgerung, dass die Naturwissenschaften eine epistemische Oberhand den Geisteswissenschaften gegenüber hätten.⁵⁹ Er hielt 1872 eine Rede mit dem Titel „Über die Grenzen des Naturerkenntnis“, in welcher die Naturwissenschaft mit einem Welteroberer des Altertums verglichen und als „Weltbesiegerin unserer Tage“ bezeichnet wurde.⁶⁰

56 Darüber knapp zusammenfassend Paul (Fn 27) 5–6.

57 J d S Gomes, *Plano e methodo de hum curso de physiologia* (Epifanio Joze Pedroza 1844) 7–8.

58 JS Mill, *Zur Logik der Moralwissenschaften* (Vittorio Klostermann 1997) 37. In der ersten Auflage: JS Mill, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*, Bd 2 (Cambridge University Press 1843) 476–477.

59 Ein Überblick darüber, wie die Naturwissenschaften sich von den Geisteswissenschaften historisch unterscheiden und als nützlicher eingeschätzt wurden, vgl L Daston, *Die Kultur der wissenschaftlichen Objektivität*, in OG Oexle (Hrsg), *Naturwissenschaft, Geisteswissenschaft, Kulturwissenschaft: Einheit – Gegensatz – Komplementarität?* (Wallstein 1998) 9, 15–39.

60 Das ganze Zitat lautet: „Wie es einen Welteroberer der alten Zeiten an einem Rasttag inmitten seiner Siegeszüge verlangen konnte, die Grenzen seiner Herrschaft genauer festgestellt zu sehen, um hier ein noch zinsfreies Volk zum Tribut heranzuziehen, dort in der Wasserwüste ein seinen Reiterscharen unüberwindliches Hindernis und eine Schranke seiner Macht zu erkennen: so wird es für die Weltbesiegerin unserer Tage,

Bei diesem Vortrag griff Du Bois-Reymond wieder die Frage des Vitalismus auf. Er behauptete, es sei ein Missverständnis, in den lebenden Wesen „etwas Supernaturalistisches, etwas anderes zu sehen, als ein überaus schwieriges mechanisches Problem“.⁶¹ Seine Rede abschließend sagte der Physiologe, es gebe keinen Unterschied zwischen dem echten Caesar im Augenblick des Überschreitens des Rubikons und einem künstlichen Caesar, denn die Seele sei nichts anderes als sich bewegende Materie. Dazu verwendet Du Bois-Reymond ein Zitat von Karl Vogt (1817–1895), welches die Aussage Cabanis' von 1802 zuspitzt: „die Gedanken [stehen] etwa in demselben Verhältnisse zum Gehirn, wie die Galle zu der Leber oder der Urin zu den Nieren“.⁶²

Die „Eroberin“ verpflichtete nun die unterworfenen Geisteswissenschaften, mit der neuen Herrin und ihren Methoden umzugehen, um sich weiterhin als Wissenschaften zu verstehen. So weist Hans-Georg Gadamer in der Einleitung seines Werks *Wahrheit und Methode* darauf hin, dass das deutsche Wort *Geisteswissenschaft* aus der Übersetzung des sechsten Buchs des *Systems der deduktiven und induktiven Logik* von John Stuart Mill stammt. Mangels eines Begriffs für „moral sciences“ wurde das Kompositum "Geisteswissenschaft" gebildet, um es den „natural sciences“, also den Naturwissenschaften, gegenüberzustellen.⁶³

4. Auswirkung des sich wandelnden Wissenschaftsbegriffs auf die Vorstellung der Jurisprudenz als Wissenschaft

Sternberg weist darauf hin, dass die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft angesichts der oben dargelegten Entwicklung des Wissenschaftsbegriffs in Zweifel gezogen wurde.⁶⁴ Der Zunft der Juristen bot sich deshalb

die Naturwissenschaft, kein unangemessenes Beginnen sein, wenn sie bei festlicher Gelegenheit von der Arbeit ruhend die wahren Grenzen ihres Reiches einmal klar sich vorzeichnen versucht“. Siehe E Du Bois-Reymond, Über die Grenzen des Naturerkennens. Die sieben Welträtsel. Zwei Vorträge (Veit & Comp 1916) 15.

61 ibid 31–32.

62 ibid 48–49. Zu Cabanis' Aussage, vgl oben Fn 49.

63 H-G Gadamer, *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Bd 1 (Mohr Siebeck 2010) 9–10. In der 1997 von Arno Mohr herausgegebenen Auflage wurde „moral sciences“ mit „Moralwissenschaften“ übersetzt. Vgl Mill, *Zur Logik* (Fn 58).

64 Sternberg (Fn 7) 31.

die Gelegenheit, darüber zu diskutieren, ob und inwiefern ihr Gebiet den Wissenschaften zuzurechnen sei.

Institutionell betrachtet fehlten wissenschaftliche Organisation und Einrichtungen der Jurisprudenz an den deutschen Universitäten Mitte des 19. Jahrhunderts keineswegs. Man beteuerte die Existenz der „Universität in deutschem Sinn“,⁶⁵ bei der die Wissenschaftlichkeit fungierte wie eine Art Reisepass, der es Professoren wie Rudolf von Jhering ermöglichte, ohne Berücksichtigung von Abstammung und politischer Überzeugung hier und da innerhalb des deutschsprachigen Raums zu wirken.⁶⁶

Zudem lässt sich die Entstehung von Schulen beobachten, die intellektuell konsequent und gut mit Publikationsorganen ausgestattet waren. Dies war etwa der Fall bei der historischen Rechtsschule und der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, um bei nur einem Beispiel zu bleiben.

In Brasilien wiederum sind, wie oben erwähnt (Abschnitt 2.2), 1827 die ersten zwei juristischen Fakultäten gegründet worden, allerdings ohne Verbindung zu einer brasilianischen Universität, die erst im 20. Jahrhundert ins Leben gerufen wurde.

Dies führte zu einer im Vergleich zu Deutschland unterschiedlichen institutionellen Lage für die Jurisprudenz. Die gewöhnliche Bühne für juristische Auseinandersetzungen in jenem Kontext bildeten nicht die rechtswissenschaftlichen Lehrstühle oder Zeitschriften, sondern Institutionen wie das Anwaltsinstitut oder der Staatsrat (*Conselho de Estado*), was für einen Praxisbezug in den Debatten sorgte.⁶⁷

Auch die damaligen Zeitschriften orientierten sich daran und dienten der Praxis. Genauer gesagt beschränkten sich die ersten juristischen Veröffentlichungen Brasiliens, die ab 1843 existierten, darauf, über Gerichtsverfahren und -ereignisse zu berichten.⁶⁸

Kirchmann und Freitas haben vor diesem Hintergrund die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz diskutiert. Diesbezüglich reagierte der eine ab-

65 Vgl. FDE Schleiermacher, *Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschem Sinn* (Humboldt-Universität zu Berlin 2010); FC v. Savigny, *Wesen und Werth der deutschen Universitäten*, in ders. (Hrsg.), *Vermischte Schriften*, Bd. 4 (Veit und Comp. 1850) 270; ders., *Recension von: F. Schleiermacher, Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschem Sinn*. Berlin 1808, in ders. (Hrsg.), *Vermischte Schriften*, Bd. 4 (Veit und Comp. 1850) 255.

66 So Jhering 1868 in seiner Wiener Antrittsvorlesung. Vgl. R. v. Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* (Wallstein 2009) 37–39, 45.

67 Dazu Reis (Fn 28) 394.

68 Vgl. AS d. C. Formiga, *Periodismo jurídico no Brasil do século XIX* (Juruá 2010) 45–47; Sedano Onofri (Fn 4) 63–64.

lehnend, der andere zustimmend auf die Frage der Anwendbarkeit der Induktion und des naturwissenschaftlichen epistemischen Paradigmas auf die Rechtswissenschaft.

4.1. Kirchmanns Position, insbesondere bei dem Vortrag „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ (1847)

Anlässlich seines berühmten Vortrags *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* wies Kirchmann 1847 die These zurück, dass die Rechtswissenschaft wissenschaftlich betrieben werden könne. Seine Ablehnung ergibt sich aus dem Vergleich der Jurisprudenz mit dem naturwissenschaftlichen Modell.⁶⁹ Theodor Sternberg behauptet sogar, dass sich in Kirchmann der Geist der Naturwissenschaften und der Jurisprudenz vereint hätten, er sei nämlich „der geborene exakt-wissenschaftliche Forscher und darum auch der geborene Jurist“.⁷⁰

Das Thema der Wissensgewinnung bildet Kirchmanns Ansicht nach eine zentrale Frage der Philosophie, die er mehrmals in seinen Schriften behandelt hat. Dies darf auch als Hauptthema seines Vortrags *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* betrachtet werden. Im Vorfeld ist jedoch anzuerkennen, dass die Rede von 1847 nicht den endgültigen Stand der Philosophie Kirchmanns wiedergibt. Als die juristische Gesellschaft zu Berlin sich versammelte, um dem Staatsanwalt Kirchmann zuzuhören, hatte er lediglich eine wissenschaftliche Abhandlung, die im Jahr 1847 erschienen war, veröffentlicht.

Angesichts seiner Positionierungen im Laufe seiner Publikationen darf man ihn mit dem philosophischen Realismus identifizieren.⁷¹ Dies deutete sich schon 1847, insbesondere bezüglich der juristischen Epistemologie, an. Kirchmann äußerte sich darüber hinaus 1875 explizit zu dem, was seines Erachtens den Realismus vom Idealismus differenziert. Der Unterschied liege darin, dass die idealistische Epistemologie das Denken als ausschließliche und unmittelbare Quelle des Wissens über das Seiende ansieht, während Erkenntnis für den Realismus nur mittels der konkreten Wahrnehmung gewonnen werden könne.⁷²

69 Explizit hierzu Kirchmann, *Die Werthlosigkeit* (Fn 8) 9, 13–16.

70 Sternberg (Fn 7) 25.

71 Siehe dazu Berger (Fn 7) 51.

72 Kirchmann, *Über das Prinzip des Realismus* (Erich Koschny 1875) 5.

Es ist daher kein Zufall, dass Kirchmanns *Lehre vom Wissen* (1868) mit dem Wahrnehmen anfängt. Dabei stellt er das zu erkennende Seiende in deutlichem Gegensatz zum Subjekt, das es wahrnimmt, ohne darauf zu wirken, dar. Die Sinneswahrnehmungen erfolgen, so Kirchmann, „außerhalb der wahrnehmenden Seele“ und ihr Inhalt trete „als gegeben“, d.h. „nicht von der wahrnehmenden Seele erzeugt“, hervor.⁷³ Auch wenn das Wissen durch die Selbstwahrnehmung der eigenen Seele erzeugt wird, bleibt es „der höchste und stärkste Gegensatz gegen das Sein“. Das Wissen sei nämlich bloß „der Spiegel des Seienden“.⁷⁴

Eine solche epistemische Grundlage gelte nicht nur für die Erkenntnisgewinnung der natürlichen, sondern auch für die der sittlichen Welt. Ebenso wie bei den Naturwissenschaften hätten Juristen und Forscher des Sittlichen „ihren Gegenstand nicht zu erzeugen“, sondern ihn mithilfe derselben Mittel und Gesetze, wie für die Erkenntnis der natürlichen Welt, zu beobachten.⁷⁵

Von diesem erkenntnistheoretischen Punkt her wird eine oppositionelle Grundhaltung gegen die deutsche zeitgenössische Rechtswissenschaft deutlich. Der von der historischen Rechtsschule konzipierte Begriff des wissenschaftlichen Rechts deutete darauf hin, dass die Rechtswissenschaft eine Rolle bei der Fortbildung des Rechts spielen müsse, weshalb sie nicht bloß „der Spiegel des Seienden“ sein könne.⁷⁶

Für Kirchmann hingegen war die Aufgabe der Jurisprudenz dieselbe wie der anderen Wissenschaften, jedoch von ihr unerfüllbar, weil die Rechtswissenschaft die Wahrheit nicht aussprechen könne. Kirchmanns Auffassung nach befand sie sich im Vergleich zu den Naturwissenschaften aufgrund der Beweglichkeit ihres Gegenstands im Rückstand. Was in seiner Kritik die wissenschaftliche Wertlosigkeit der Jurisprudenz ausmacht, ist

73 Kirchmann, *Die Lehre vom Wissen* (Fn 25) 2.

74 *ibid.* 6.

75 JH v Kirchmann, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke* (2. Aufl, Dürr 1873) 173–174.

76 Vgl die folgende Passage, in der Rudolf Wiethölter Kirchmanns Argument rekonstruiert: „mangels ‚wissenschaftlich‘ zu nennender Legitimationen (im Klartext: mangels Philosophie als wahrer Rechtslehre) ist die Jurisprudenz (korrekter: die zeitgenössische ‚Rechtswissenschaft‘; also die ‚historische Rechtsschule‘) keine Wissenschaft, sie gibt sich nur fälschlich dafür aus; [...]“, Wiethölter (Fn 5) 52. In Bezug auf den Begriff von wissenschaftlichem Recht vgl HH Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (Schöningh 1983); ders, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft* (Schöningh 1992) 31–51.

die Annahme, dass die Rechtswissenschaft sich weniger mit ihrem wahren Gegenstand, den er „natürliches Recht“ nennt, als mit gesetzgeberischer Willkür und Leidenschaft beschäftigt, welche die positiven Gesetze bildeten.⁷⁷

Allein der Zuwachs an empirisch gewonnenen Wahrnehmungen im Laufe der Zeit ermögliche die Beseitigung von Irrtümern und die Aufdeckung wissenschaftlicher Wahrheit, die nur langsam reifen könne. Diese Möglichkeit fehle aber den Juristen aufgrund der Natur ihres Gegenstands, zumal dessen schon angesprochene Beweglichkeit die Vergangenheit von dem Blick ausschließe. Juristische Institutionen wie Ehe, Familie, Staat und Eigentum hätten „die mannigfachsten Bildungen durchlaufen“, für die Rechtswissenschaft seien jedoch allein ihre gegenwärtigen Gestaltungen geltend und relevant. Dagegen aber scheinen „Sonne, Mond und Sterne heute wie vor Jahrtausenden; die Rose blüht heute noch so wie im Paradiese; die Erde dreht sich [...]“ unabhängig davon, dass die Gesetze, die diese Tatsachen erklären, unbekannt geblieben sind oder falsch verstanden wurden. Deswegen habe die Kenntnis bezüglich dieser Erscheinungen durch Beseitigung von vergangenen Irrtümern zunehmen können.⁷⁸

Da sich das Recht seinem Wesen nach stetig verändere, seien alle Bemühungen zur Erweiterung des Wissens erfolglos. Nach Kirchmanns Auffassung widme sich keine juristische Arbeit dem Ewigen und Absoluten, weil das positive Gesetz kein Produkt der Wahrheit, sondern „des Zufalls, des Irrthums, der Leidenschaft, des Unverstands“ ist.⁷⁹ Deshalb sei die Jurisprudenz nie in der Lage, die Aufgabe, die der „Natur jeder Wissenschaft“ entspricht, zu erfüllen, indem die Wahrheit ausgesprochen werde.

Abschließend lässt sich zusammenfassen, wie sehr Kirchmann das epistemische Paradigma der Naturwissenschaft angenommen hat. Aus diesem Grund lehnte er den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz ab. Der Hauptgrund dafür liegt in der Beweglichkeit des Gegenstands, d.h. in der Veränderlichkeit des Rechts, in seinem Gegensatz zum immer gleichen Licht von Sonne, Mond und Sternen.

77 Kirchmann, Die Werthlosigkeit (Fn 8) 10.

78 *ibid* 10.

79 *ibid* 16.

4.2. Freitas' Position bei der Erstellung der *Consolidação das leis civis* und bei der Kritik an dem portugiesischen Entwurf des *Código Civil*

Diesen Abschnitt beginne ich mit einem Zitat, das sich ebenfalls auf das Sonnenlicht bezieht. Die Stelle findet sich in dem Brief vom 22. Oktober 1857, den Freitas an das Anwaltsinstitut (IAB) gerichtet hat, um seinen Verzicht auf das Präsidentenamts anzukündigen.⁸⁰

Der Brief und der Verzicht wurden durch eine juristische Debatte am IAB veranlasst. Die an das Institut gerichtete Frage betraf die Rechtslage der Nachkommen einer Sklavin, die durch Testament freigelassen wurde, allerdings unter der Bedingung, dem Erben oder Legatar während seiner Lebenszeit zu dienen. Freitas setzte sich gegen die von Caetano Alberto Soares (1790–1867) vertretene Position ein, der zufolge der Sklavin ein „Recht auf Freiheit“ bereits vor dem Eintritt der Bedingung zugestanden habe. Ein solches Recht wirke sofort unabhängig von der Pflicht, dem Erben zu dienen. Deshalb sollte es auch sofort auf die Kinder übergehen.⁸¹

Freitas hielt an der römischrechtlichen Lösung fest und dementsprechend lehnte er die sofortige Freilassung der Sklavin und ihrer Kinder ab.⁸² Er fügte am Ende seines Briefs die Empfehlung hinzu, dass das Institut sich ein Exemplar des *Corpus Iuris Civilis* zu Bildungszwecken besorgen sollte – dafür bot Freitas sogar Geld im Wert von 1:000\$ an, d.h. eintausend *Réis*, wie sich die damalige brasilianische Währung nannte.⁸³

Die Erklärung des Falls war für Freitas so sonnenklar, dass er Folgendes schrieb: „Wenn Sie mir sagen, dass es keinen Sonnenschein gibt, antworte ich Ihnen nicht, dass Sie Ihre Meinung äußern, sondern, dass Sie blind sind“.⁸⁴ Das heißt, was für Freitas wie der Sonnenschein strahlt, ist die Lösung eines juristischen Falls. Es ist, als habe Freitas geschrieben: Wenn Sie

80 Siehe oben Fn 28. Der Inhalt des Briefs wurde durch Meira (Fn 27) 151–161 transkribiert.

81 Detaillierte Darlegung des Falls bei Reis (Fn 28) 394–400.

82 Über die allgemeine Haltung Freitas' gegenüber der Sklaverei vgl. Reis (Fn 28) 396–400; RM Fonseca, Teixeira de Freitas: um juriconsulto "traidor" na modernização jurídica brasileira (2011) 172 *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro* 341, 345; G Cerqueira Filho, G. Neder, Sinfonia inacabada: Augusto Teixeira de Freitas, a 'Consolidação da Legislação e o 'Esboço de Código Civil' para o Brasil, in G Neder (Hrsg), *História & Direito. Jogos de encontros e transdisciplinaridade* (Revan 2007) 95, 96–97.

83 Meira (Fn 27) 161.

84 *ibid.* Im Original lautet das Zitat: „Se me negardes o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sóis cegos“.

mir sagen, dass die Freilassung der Sklavin vor dem Eintritt des bestimmten Anfangstermins wirksam ist, dann sage ich, dass Ihnen die Rechtskenntnis fehlt, um die wahre und richtige Lösung in den Quellen zu finden.

Die wahre Lösung strahlt aus den Quellen hervor und wird dadurch wie das Licht wahrnehmbar. Im Gegensatz zu Kirchmann betrachtet Freitas also das Recht nicht als einen beweglichen Gegenstand. Freitas erkennt also keinen Unterschied zwischen dem Recht und dem Licht der Sonne, der Sterne oder des Mondes als Gegenstand der Wissenschaft an.

Dazu schrieb er zwei Jahre später (1859) in seiner Kritik an dem portugiesischen Entwurf des *Código civil*: Die Gesetzgebung spiegelt die Rechtsverhältnisse wider, die von ihr – also von der Gesetzgebung – geregelt werden. Alle unterschiedlichen Rechtsverhältnisse sind in ihrer Verschiedenheit mittels des Gesetzes wahrzunehmen. Denn Freitas ist der Ansicht, dass sie – d.h. die Rechtsverhältnisse in ihrer Verschiedenheit – sich aus einem einzigen Prinzip ergeben, aus dem die unveränderliche Grundlage des Rechts besteht.⁸⁵

Freitas bestreitet, dass es einen methodischen Unterschied zwischen den verschiedenen Wissenszweigen gibt. Die Grundlage aller Wissenschaften seien nämlich die Einteilung und die Klassifizierung, die den einzigen Weg bildeten, ein System des Wissens zu schaffen. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft, so Freitas, würde die Anwendbarkeit dieses Verfahrens in keiner Weise beeinträchtigen, denn „positive Gesetze sind Tatsachen des intelligenten Lebens, sie sind soziale Tatsachen, die, wie alle Tatsachen, beobachtet werden können“.⁸⁶

Das Einteilungsverfahren, so Freitas weiter, ermöglicht es, Seiende (*ent-es*) zu analysieren und sie dann synthetisch durch Analogie zu klassifizieren. Auf diese Weise können sie in höhere und niedrigere Klassen eingeteilt werden und bilden ein „wahres System, das nicht eine Anordnung und Überlagerung ist, sondern ein Gewebe, ein Aggregat von wechselseitig vereinigten Teilen“.⁸⁷

Dieses Gewebe könne durch einen Prozess der „geistigen Chemie“ analysiert und klassifiziert werden. Man würde dasselbe in der Naturgeschichte

85 AT d Freitas, Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez (Laemmert 1859) 55.

86 *ibid* 51–52.

87 *ibid* 52.

wie in der Rechtswissenschaft beobachten: die positiven Gesetze stehen nicht außerhalb der allgemeinen Harmonie der Natur.⁸⁸

Da sich die positiven Gesetze aus demselben Prinzip, aus dem sich auch alle anderen Seienden ableiten, seien ihre „natürlichen Unterteilungen“ unter einer strengen Klassifizierung darzustellen. Die sich daraus ergebende Klassifikation sei mit einer „objektiven Realität ausgestattet, die ebenso unbestreitbar ist wie die Vielfalt des Seienden“. Jede Systematisierung, die auf künstlichen Klassifizierungen und Unterteilungen beruht, habe den Wert eines Katalogs ohne wissenschaftlichen Charakter, denn „die Wissenschaft weicht nicht von den Angaben der Natur ab“.⁸⁹

Freitas' Auffassung nach besteht jedoch die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht darin, das Prinzip, aus dem sich das Recht ableitet, zu untersuchen, sondern die Jurisprudenz solle sich mit der Gesamtheit der rechtlichen Verhältnisse, welche die positiven Gesetze regeln, auseinandersetzen. Die wissenschaftliche Methode sollte also auf den Korpus der Gesetzgebung angewendet werden, da sie auf diese Weise die „spürbaren, konstanten und effektiven Unterschiede“ zwischen den Rechtsverhältnissen herausarbeiten könne.⁹⁰

Auch bei der Konsolidierung und Klassifizierung des brasilianischen Zivilrechts setzte sich Freitas mit der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft auseinander.⁹¹ Für diese Aufgabe galt in Hinsicht auf den normativen Stoff die klare Anweisung, dass Freitas sich ausschließlich mit dem geltenden Recht beschäftigen musste, ohne dessen normativen Inhalt zu modifizieren. Die Art und Weise, wie der normative Stoff klassifiziert und angeordnet werden sollte, lag wiederum in Freitas' eigener Verantwortung und musste von ihm erdacht und umgesetzt werden.

Er tauchte deswegen in den Stoff ein, nicht um das beste System zur Darstellung des Rechts zu finden, sondern um dessen „wahre Gliederung“ hervorzubringen. Freitas kündigte sein Bestreben an, „die Gesetze in ihren eigenen Texten, ohne den Einfluss fremder Meinungen zu untersuchen, die neuen Gesetze mit den alten aufmerksam zu vergleichen, den Umfang und die Folgen des einen und des anderen genau zu messen; [...]“. Mit anderen Worten, der Autor versuchte, sich in unmittelbaren Kontakt mit seinem Untersuchungsgegenstand zu setzen, indem er als Beobachter der

88 *ibid* 54 und 60.

89 *ibid* 53 und 55.

90 *ibid* 55.

91 Siehe oben ab Fn 31 und entsprechendem Textkörper.

Gesetze auftritt, um deren "Maße" empirisch zu ermitteln. Auf diese Weise betrachtet der Jurist die Rechte in ihrer „Ausdehnung“ und „Verdichtung“, „schneidet“ sie in „aliquote Teile“ und „teilt“ sie in „aliquante Teile“.⁹²

In seinen Schriften verweist Freitas regelmäßig auf Savigny und teilt mit ihm einige seiner Prämissen. So stellen beide das Rechtsinstitut bzw. das Rechtsverhältnis in den Mittelpunkt des Systems: „Die unveränderlichen Unterschiede der Rechtsverhältnisse“, so Freitas, „bestimmen die natürlichen Gliederungen der Gesetzgebung“. Das entspricht genau dem ersten Grundgedanken, den Freitas in der *Introdução* zur *Consolidação das leis civis* erklärt.⁹³ Dieses Vorgehen soll bei ihm dazu führen, dass das Rechtssystem die organische Natur des Lebens selbst widerspiegelt: „Das Gesetz will das wirkliche Leben“.⁹⁴

Mit einer Mischung von Begriffen aus der Chemie, Biologie und Arithmetik will Freitas die juristische Realität bzw. Wahrheit beschreiben. Daraus sollte sich eine Anordnung ergeben, die keine Abänderung zulässt: Sie sei die wahre und daher die einzig mögliche. Gesetzgebung und juristische Literatur sollten keine unterschiedliche Gliederung aufweisen, weil alle Paragraphen, Absätze und Abschnitte eines Rechtstextes einem Glied des Körpers des Rechts entsprechen würden. Hieraus lässt sich ableiten, dass bei abweichenden Gliederungen zweier juristischer Werke zumindest eine falsch sein muss.

In diesem Punkt stimmen Kirchmanns und Freitas' Ansichten überein: angesichts einer zu enthüllenden Wahrheit wird jede schöpferische Tätigkeit, sei es von Juristen, Wissenschaftlern des Sittlichen oder Philosophen, ausgeschlossen. Das Erkennen, auch des Rechts, erfolgt durch Wahrnehmung.

4.3. Wozu Wissenschaftlichkeit?

Dass Kirchmann das Paradigma der Naturwissenschaften für seine kritische Betrachtung der Jurisprudenz angenommen hat, lässt sich feststellen, denn er äußert sich eindeutig darüber. Freitas wiederum verwendet den naturwissenschaftlichen Wortschatz auf subtilere Weise, so dass man aufmerksam lauschen muss, um zu verstehen, wovon er spricht.

92 AT d Freitas, *Introdução*, in ders (Hrsg), *Consolidação das leis civis*, Bd 1 (3. Aufl, Garnier 1876) XXXVI, LXIII und LXIV.

93 *ibid* LXII.

94 *ibid* XLIII.

Kirchmann war ein vielseitiger Mensch, der nicht so viel zur Rechtswissenschaft schrieb, wie der Ruhm und die Nachwirkung seines Vortrags von 1847 vermuten lassen würden. Seine Energie floss in die Politik, seine Laufbahn als Staatsanwalt und Richter und in die Philosophie. Sternberg behauptet sogar, Kirchmann habe sich nicht für juristische Literatur interessiert, und dass Georg Beselers *Volksrecht und Juristenrecht* (1843) das letzte juristische Werk gewesen sei, das Kirchmann gelesen habe.⁹⁵

Freitas' Schrifttum überschritt dagegen kaum die thematischen Grenzen der Jurisprudenz. Die Analyse seiner bibliographischen Angaben ergibt einerseits, dass er sich die zeitgenössische juristische Literatur, die ihm in Brasilien zur Verfügung stand, durchaus zu eigen gemacht hatte. Dagegen ist die Lektüre zu anderen Gebieten, etwa Philosophie und Geschichte, schwieriger nachzuweisen.⁹⁶

Die beiden Autoren beschränkten sich trotzdem denselben Weg, indem sie das Verhältnis der Jurisprudenz zum Ideal der wissenschaftlichen Objektivität darlegten. Die Tatsache, dass sie widersprüchliche Schlussfolgerungen zogen, bildet meines Erachtens Stoff zum Weiterdenken: Wozu Wissenschaftlichkeit?

Der ständige Streit zwischen Kirchmann und der preußischen Regierung lässt, wie bei Wiethölter zu finden,⁹⁷ vermuten, dass Kirchmanns Verneinung des wissenschaftlichen Charakters der Jurisprudenz politisch begründet gewesen sein könnte. In diesem Kontext war es kein bloßer Zufall, dass Friedrich Julius Stahl (1802–1861) eine starke Erwiderung der Hauptthese Kirchmanns verfasst hat.⁹⁸

Was Freitas betrifft, weist Alfredo Flores darauf hin, dass seine Positionen aus dem philosophischen Realismus stammen, der aber durch eine christliche Weltanschauung bedingt wurde.⁹⁹ Eine radikale Religiosität fällt bei der Lektüre von Freitas' Werk ab der Auflösung seines Vertrags mit der brasilianischen

95 Sternberg (Fn 7) 20.

96 Dazu N Saldanha, *História e sistema em Teixeira de Freitas* (1985) 22 *Revista de Informação legislativa* 237, 245–247; Reis (Fn 28) 382–383; Sedano Onofri (Fn 4) *passim*.

97 Vgl oben Fn 76.

98 Siehe FJ Stahl, *Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Förstner 1848). Vgl Wiethölter (Fn 5) 51–52, insbesondere Anm 9. Dazu auch Sternberg (Fn 7) 13.

99 A d J Flores, *Direito natural e codificação: atualidade do método realista clássico de Teixeira de Freitas* (2012) 30 *Revista da Faculdade de Direito* 7, 14.

nischen Regierung auf. Beim Aufsatz *Pedro quer ser Augusto* beispielsweise kritisierte Freitas den portugiesischen Entwurf des Zivilgesetzbuchs wegen seines Antikatholizismus, der die Rechtsfähigkeit Gottes ausschließe.¹⁰⁰

So betrachtet beweisen die Schriften von Kirchmann und Freitas die Notwendigkeit multidisziplinärer Forschung, um die intellektuelle Geschichte der Rechtswissenschaft zu erörtern.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend war das Ziel dieser Abhandlung zu zeigen, dass Kirchmann und Freitas ein ähnliches, sich veränderndes Wissenschaftsmodell zur Auseinandersetzung mit der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz im Blick hatten. Obgleich dies zu einer ähnlichen Vorstellung davon führte, was Wissenschaft ist, bewerteten beide Autoren die Fähigkeit des Rechts, als Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung zu fungieren, sehr unterschiedlich.

Dieses wissenschaftliche Paradigma aber entsprach nicht ausschließlich dem der Jurisprudenz. Es darf nicht als bloßer Zufall angesehen werden, dass Freitas und Kirchmann sich einen ähnlichen Weg zur Wahrheit vorgestellt haben, obwohl ihre Werke einander nicht bekannt waren.

Nicht selten wird untersucht, wie deutsche juristische Theorien im 19. Jahrhundert nach Brasilien gelangten und dort behandelt wurden. Maßgebend im Zusammenhang des Zivilrechts ist das Verhältnis von Freitas zu Savigny, das man zu erklären versucht, indem man auf die zahlreichen Anführungen des Werks Savignys verweist, die bei Freitas gefunden werden.¹⁰¹

100 Der Titel *Pedro quer ser Augusto*, wörtlich *Peter will August sein*, ist ein Wortspiel mit Freitas' Vornamen Augusto und dem des Kaisers Brasiliens, Pedro II, zusätzlich mit der historischen Rolle des Heiligen Petrus und dem Ruhm derjenigen, denen der Titel „August“ verliehen wurde. Beim Schreiben dieses Texts vermutete Freitas, dass der wahre Grund für die Auflösung seines Vertrags der Wunsch des Kaisers den Portugiesen António Luís Seabra (1798–1895) mit dem brasilianischen Kodifikationsentwurf zu beauftragen, war. Siehe AT d Freitas, *Pedro quer ser Augusto* (1872) in *A Reforma IV* 2, 2–3. Der Aufsatz erschien im selben Jahr auch als Sonderdruck. Vgl oben Fn 42.

101 Hierfür scheint Meiras Buch grundlegend zu sein. Beispielsweise verweist er in der Darstellung der philosophischen Wurzeln des Gedankens Freitas' auf eine Stelle der *Introdução* zur *Consolidação das leis civis*, in der Freitas behauptet, Savigny sei „die erste Autorität in solchen Themen“ („*a primeira autoridade nestas matérias*“). Im Anschluss daran schreibt Meira: „Er zitiert ihn“; also, Savigny, „zweiundzwanzig

Eine solche Verfolgung der Kette von Zitationen innerhalb der juristischen Literatur beantwortet nicht die Frage nach der Verwandtschaft der epistemischen Grundlage, von der Freitas und Kirchmann ausgehen. Ich habe die Hoffnung, dass die vorliegende Abhandlung Perspektiven zur Erforschung der Rezeption deutschen Rechtsdenkens in Brasilien eröffnet, indem sie zeigt, dass es auch in der unleugbaren Besonderheit der juristischen Sprache Platz für Begriffe gibt, die nicht der Welt der Jurisprudenz entstammen.

Mal in der Einleitung zur *Consolidação das leis civis* („*cita-o vinte e duas vezes na Introdução à Consolidação das leis civis*“). Dass Freitas manche dieser Zitationen verwendet, um Abweichungen von Savignys Theorien aufzuweisen, bleibt jedoch außer Acht. Vgl Meira (Fn 27) 257.

Expertise als Machtressource.

Die Epistemisierung von Rechtskonflikten zwischen Kalibergbau und Gewässerschutz

Sascha Ohlenforst

Seitdem der Chemiker Adolph Frank um 1860 den Wert der Kalisalze für die Düngung in der modernen Landwirtschaft entdeckte, entwickelte sich der im Volksmund als „weißes Gold“ bezeichnete Rohstoff zu einem bis heute wichtigen Devisenbringer.¹ Mittlerweile hat auch die Geschichtswissenschaft die Rolle des Wissenswandels und den damit verbundenen Aufstieg der naturwissenschaftlichen Expertise während der Industrialisierung auf dem Gebiet der Kalisalzgewinnung untersucht.² Dabei wurde insbesondere nach dem Einfluss der modernen Wissenschaften auf das Mensch-Umwelt-Verhältnis gefragt.³ Schließlich erzeugten die zur Produktion von Düngemittel erforderlichen Salzwassereinleitungen der Kali-Industrie in die umliegenden Fließgewässer zahlreiche Konflikte um die Gewässerreinigung. Gegenstand der Konflikte waren unter anderem die Immissionsgrenzwerte, die zwar Rechts- und Anwendungssicherheit für die an den Konzessionsverfahren beteiligten Behörden schufen. Indes bot die einseitige Fixierung der Rechtsprechung auf die Einhaltung von Grenzwerten aber auch ein Einfallstor für die Kali-Industrie, um durch die wissenschaftliche Expertise ihrer Sachverständigen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Grenzwerte zu nehmen. Dasselbe gilt für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, die sowohl vom Gesetzgeber als auch von den Gerichten zur Konfliktregulierung bei kollidierenden Wassernutzungsrechten herangezogen wurden. Die Ex-

-
- 1 Angesichts des Russland-Ukraine-Krieges seit 2022 und erhöhter Rohstoffpreise auf dem Weltmarkt gewinnt die Rohstoffsicherung als Zielgröße in der Energiepolitik wieder an Gewicht. Unter anderem erkundet das australische Bergbauentwicklungsunternehmen South Harz Potash Ltd mit seiner deutschen Tochtergesellschaft Südharz Kali GmbH im Südharz mögliche „neue“ Standorte für die Errichtung von Kalibergwerken, nachdem die DDR-Kalibergwerke dort nach der Wiedervereinigung geschlossen wurden.
 - 2 Siehe J Vogel, Ein schillerndes Kristall. Eine Wissensgeschichte des Salzes zwischen Früher Neuzeit und Moderne (Böhlau 2008).
 - 3 Vgl die Studie von J Büschenfeld, Flüsse und Kloaken. Umweltfragen im Zeitalter der Industrialisierung (1870–1918) (Klett-Cotta 1997).

pertise von Sachverständigen entwickelte sich dementsprechend schon vor der Entstehung der modernen Wissensgesellschaft zu einer wesentlichen Machtressource der Kali-Industrie. Inwiefern lässt sich vor dem Hintergrund solcher Ereignisse von einer Epistemisierung des Rechtlichen sprechen? Diese Frage soll zunächst unter Berücksichtigung verschiedener Wahrheitskonzeptionen im Recht und im Weiteren vor dem Hintergrund aktueller Debatten in den Rechts-, Geschichts- und Sozialwissenschaften über die Funktion von Expertenwissen in der Rechtsprechung⁴ und in der Politik beantwortet werden.

1. Wahrheiten im Recht: erkenntnistheoretische Annäherungen an ein rechtsgeschichtliches Spannungsfeld

Die Suche nach Wahrheit(en) bestimmt nicht nur die Erkenntnis- und Ideenlehre der Philosophie seit Menschengedenken, sondern auch die Rechtswissenschaft – als anwendungsbezogene Geisteswissenschaft – muss sich seit jeher mit dem eigenen Verhältnis zu vermeintlichen Wahrheiten innerhalb und außerhalb von Rechtsordnungen beschäftigen. Insbesondere die Naturrechtslehre bezog sich auf der Suche nach allgemeingültigen Wahrheiten im Recht auf die Idee einer objektiven und absoluten Wahrheit. Die Annahme eines unveränderlichen, ewigen und allgemeinen Naturrechts konnte nur Bestand haben, wenn auch die Existenz von allgemeingültigen und apriorisch zu gewinnenden Wahrheiten angenommen wurde.⁵ Nach der „Ära des Naturrechts“ war es im 19. Jahrhundert die Historische Rechtsschule um Friedrich Carl von Savigny und Georg Friedrich Puchta, die das vernunftbezogene Naturrecht ablehnte und in der Rechtsgeschichte sowie den Rechtsquellen mittels Rechtsauslegung nach allgemeingültigen Wahrheiten suchte.⁶ Die Historische Rechtsschule machte es der Naturrechtslehre zum

4 Aufschlussreich über die Etablierung von Experten in der Rechtsprechung der Frühen Neuzeit: C Hirschi, Skandalexperthen, Expertenskandale. Zur Geschichte eines Gegenwartsproblems (Matthes & Seitz 2018) 59–86. Den „frühmodernen Expertenstrukturen [...] [lag] ein Motivkomplex zugrunde, der an innerer Widersprüchlichkeit ebenso reich war wie jener der spätmodernen Nachfolgestrukturen“, *ibid* 69.

5 Kritisch dazu F Wieacker, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit (1964) 19 JZ 634.

6 Umfassend zur Historischen Rechtsschule HP Haferkamp, Die Historische Rechtsschule (Klostermann 2018). Zu Savigny auch J Rückert, Friedrich Carl von Savigny. Leben und Wirken (1779–1861) (Böhlau 2015) oder ders, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (2. Aufl, Klostermann 2022).

Vorwurf, dass sie das Recht lediglich als „philosophischen Selbstzweck“ behandle, ohne die historischen Rechtsgrundlagen, vor allem den sogenannten „Volksgeist“ als schöpferische Entstehungsgrundlage⁷ verschiedener Rechtskulturen zu berücksichtigen.⁸ Beide Rechtsschulen waren jedoch dahingehend geeint, dass „Wahrheit“ und „Wissen“ in der jeweiligen Methodenlehre als Korrelativbegriffe verwendet wurden, um mit intellektuell-hermeneutischen Verfahren zu neuen Erkenntnissen zu gelangen.⁹

Einen Wendepunkt in der Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit ihren eigenen epistemologischen Grundlagen markierte das Werk Rudolf von Jherings am Ausgang des 19. Jahrhunderts. Dieser richtete die Jurisprudenz stärker an den in der Gesellschaft vorhandenen Realfaktoren der Rechtsbildung aus und ebnete damit der Interessen- und Wertungsjurisprudenz sowie langfristig der Rechtssoziologie den Weg.¹⁰ Zwischen den in der Gesellschaft vorhandenen Interessen sollte das Recht vermitteln; die Rechtswissenschaft also nicht mehr bloß – wie es Jhering der Historischen Rechtsschule unterstellte – im „juristischen Begriffshimmel“ nach dem „Schein der absoluten Wahrheit“ suchen.¹¹ Jhering wandte sich in seinem Spätwerk entschieden von der Historischen Rechtsschule und der „Volksgeistlehre“ ab und erblickte nunmehr im „Zweck“ den eigentlichen Geltungsgrund des Rechts. Für Jhering war der „Maßstab des Rechts [...] nicht [mehr] der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zwecks.“¹²

7 Hierzu B Lahusen, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft* (Nicolai 2012).

8 Näher K-L Kunz und M Mona, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft* (2. Aufl, utb 2015) 73.

9 Die Gemeinsamkeiten beider Rechtsschulen – die in heutigen Lehrbüchern als weitestgehend verschiedene Strömungen dargestellt werden – wurden vor allem vom Wiener Rechtspositivisten Hans Kelsen betont. Vgl H Kelsen, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses* (1927/28), in HR Klecatsky (Hrsg), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, Bd 1 (Steiner 2010) 198.

10 S Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung* (3. Aufl, Nomos 2017) § 2 Rn 51. Wegweisend für die Rechtssoziologie H Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Fischer 1972) sowie ders, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (Alber 1982). Ebenso M Rehbinder, *Abhandlungen zur Rechtssoziologie* (Duncker & Humblot 1995) sowie ders, *Rechtssoziologie* (8. Aufl, CH Beck 2014).

11 R v Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, in F Buchwald (Hrsg), *Rudolf von Jhering, Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seinen Schriften* (Carl Schünemann 1965) 134.

12 R v Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd 1 (3. Aufl, Breitkopf & Härtel 1893) 439.

Die Methodik der späteren und auf Jherings Werk aufbauenden Interessen- und Wertungsjurisprudenz beruhte eher auf „analysierender Erfahrungspsychologie statt auf einseitig logischer Deduktion aus axiomatischen Gemeinplätzen.“¹³ Oder in Jherings Worten: „Der Bildungsprozeß des Rechts ist keine Sache der bloßen Erkenntnis wie bei der Wahrheit, sondern Sache des Kampfes der Interessen [...]“¹⁴ Anders als andere Rechtswissenschaftler seiner Zeit glaubte Jhering nicht, dass sich absolute Wahrheiten apriorisch oder hermeneutisch durch die Jurisprudenz gewinnen ließen. „Die Wahrheit“, so schrieb Jhering in der für ihn charakteristischen bildhaften Sprache, „würde dem Recht stets um einige Schritte voraus sein, ohne je eingeholt zu werden, ein Schmetterling, den ein Knabe zu haschen sucht – kaum schleicht er heran, so entfliegt er ihm wieder.“¹⁵ Akzentuierter als in anderen Rechtsschulen wurde durch Jhering und seine Mitstreiter die Wandelbarkeit der Rechts- und Sozialnormen – mithin die Veränderung von Wertebeziehungen innerhalb der Gesellschaft¹⁶ – in das Blickfeld der Rechtswissenschaft gerückt.¹⁷

Zwar verlor die Vorstellung von einer hinter dem Recht stehenden Wahrheit durch Jhering zunehmend an Bedeutung. Auf der Gegenseite formierte sich mit der Verwissenschaftlichung der Lebenswelt aber eine ebenso starke Orientierung der Jurisprudenz an den Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften. Auch Jhering pflegte nach seiner Berufung nach Gießen freundschaftliche Beziehungen zu führenden Naturwissenschaftlern seiner Zeit und konnte sich ihren Einflüssen auf seine Terminologie und Methode nicht

13 D v Stephanwitz, *Exakte Rechtswissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß* (De Gruyter 1970) 181.

14 Jhering, *Der Zweck* (Fn 12) 199.

15 *ibid* 436.

16 Ein Ansatz, Jhering für die Geschichtswissenschaft fruchtbar zu machen, bei S Ohlenforst, *Vom Sinn und Nutzen der Umweltrechtsgeschichte. Methodische Überlegungen auf Grundlage der Interessen- und Wertungsjurisprudenz* (2022) 44 ZNR 68.

17 Insbesondere auf die Beschäftigung des Soziologen Helmut Schelsky mit den sozialen Funktionen des Rechts übte Jhering einen großen Einfluss aus. Siehe dazu H Schelsky, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema* (1949), in ders (Hrsg), *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze* (Diederichs 1965) 49 oder ders, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag*, in ders (Hrsg), *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung* (Springer 1980) 147–186.

entziehen.¹⁸ Im 19. Jahrhundert bestand eine tief verankerte Wissens- und Fortschrittsgläubigkeit in der Gesellschaft, infolgedessen sich der Wille zur Veränderung des Verhältnisses von Natur und Gesellschaft artikuliert. Verwissenschaftlichung lässt sich dabei verstehen als ein „Prozeß und ein Ergebnis der funktionalen Ausdifferenzierung von Wissenschaften und ihrer zunehmenden praktischen Anwendung in allen gesellschaftlichen Lebensbereichen.“¹⁹ Etwas einprägsamer ließe sich mit dem Ökonomen und Soziologen Max Weber auch von der „Entzauberung der Welt“ durch die Naturwissenschaften sprechen.²⁰ Die Naturwissenschaften produzierten auf Grundlage komplexer Induktionsschlüsse laufend neue Erkenntnisse, die den Zeitgenossen als unerschütterliche Wahrheiten galten. Es spricht Bände, dass gerade einige Vertreter der klassischen Wissenschaftssoziologie (z.B. Emile Durkheim, Karl Marx oder Karl Mannheim) die Naturwissenschaften explizit aus ihrem Untersuchungsbereich ausschlossen.²¹ Die Wissenschaft entwickelte sich unter diesen Umständen sukzessive zu einer neuen Lebensmacht, so dass der Historiker Thomas Nipperdey den Naturwissenschaftlern des 19. Jahrhunderts ein „enthusiastisches Bewußtsein von der unerhörten und neuen Macht der Wissenschaft“ attestierte.²² Insbesondere Umweltkonflikte wurden seit der sich rasch ausbreitenden Industrialisierung²³ zunehmend als Konflikte um die besseren Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften ausgetragen. Gewiss spielte der Umweltschutz im 19. und frühen 20. Jahrhundert noch keine tragende Rolle als eigene Zielgröße in der Rechtspolitik – vor allem nicht bei der Aushandlung von Rechtskonflikten –, sondern im Mittelpunkt der

18 D Klippel, Juristischer Begriffshimmel und funktionale Rechtswelt. Rudolf von Jhering als Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft, in ders et al (Hrsg), Colloquia für Dieter Schwab (Giesecking 2000) 125.

19 RPohlmann, Art. „Verwissenschaftlichung“, in Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd II, U–V (Schwabe 2001) 1011.

20 M Weber, Wissenschaft als Beruf (1919), in D Kaeseler (Hrsg), Max Weber, Schriften 1894–1922 (Kröner 2002) 488.

21 G Freudenthal, Wissenssoziologie der Naturwissenschaften: Bedingungen und Grenzen ihrer Möglichkeiten, in N Stehr und V Meja (Hrsg), Wissenssoziologie (Westdeutscher Verlag 1981) 153.

22 T Nipperdey, Deutsche Geschichte 1800–1866, Bd 1, Bürgerwelt und starker Staat (CH Beck 1983) 469.

23 Ein historischer Abriss bei P Thomes, Industrie zwischen Evolution und Revolution – eine historische Perspektive, in W Frenz (Hrsg), Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft (Springer 2020) 1333. Zum Einfluss der Industriellen Revolution auf das öffentliche Bewusstsein und den Aufstieg der Naturwissenschaften als Lebensmacht in den Rechtswissenschaften hingegen F Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl, V&R 1967) 564.

Rechtsanwendung stand der billige Ausgleich gegenläufiger Nutzungsinteressen an Umweltressourcen (z.B. Wasser, Boden und Luft).²⁴ Indes erzeugten die durch die Industrialisierung hervorgerufenen Beeinträchtigungen der Umweltressourcen einen ökologischen und juristischen Regulierungsdruck,²⁵ dem vor allem die Gerichte als Rechtsanwender mit wissenschaftlich fundierten und objektiv messbaren Immissionsgrenzwerten begegnen wollten.²⁶ Hauptsächlich waren es Chemiker, die seit dem 19. Jahrhundert regelmäßig als Sachverständige bei Rechtsstreitigkeiten um Umweltressourcen in Erscheinung traten. Das Fachwissen der Chemiker war in vielen Fällen entscheidend für die Beurteilung naturwissenschaftlicher Sachverhalte. Expertenwissen spielte aber auch eine entscheidende Rolle bei der Entwicklung von Gesetzen und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Interessenkonflikte um Umweltressourcen stellten deshalb immer öfter ein Ringen um die „bessere“ wissenschaftliche Expertise dar. Die Wissenschaftsfixierung der Rechtsprechung enthielt allerdings den inneren Widerspruch, dass das für Entscheidungen herangezogene Expertenwissen oftmals selbst in Abhängigkeit von bestimmten Interessen und Wertzuschreibungen stand. Dabei sollte das für Entscheidungen herangezogene Expertenwissen eigentlich ein hohes Maß an Objektivität und gesellschaftliche Konsensbildung suggerieren. In modernen Demokratien existiert heute zudem das Problem, dass das zur Legitimation von Entscheidungen herangezogene Expertenwissen vor allem bei kontroversen Zielgrößenkonflikten, die eigentlich in der Sphäre der Politik ausgetragen werden sollten, mithilfe von Relationsbegriffen oder Leitbildern

24 Kritisch zum „Diktat anthropozentrisch-egoistischer Bewertung“ K Bosselmann, *Wendzeiten im Umweltrecht. Von der Verrechtlichung der Ökologie zur Ökologisierung des Rechts* (Teil I) (1985) 18 KJ 360. Einen ausgewogenen Überblick über die Geschichte des Umweltrechts in der Periode der Frühindustrialisierung bei M Kloepfer, *Zur Geschichte des Umweltrechts* (Duncker & Humblot 1994) 30–48.

25 Den werdenden Industriestaat als Laboratorium für neue Regelungsmodelle in den Blick nehmend M Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung* (Klostermann 2006), der entgegen dem einseitigen Narrativ der Technikbewältigung auch von einem „Technikermöglichkeitsrecht“ spricht.

26 Seit den 1970er Jahren – also parallel zum Aufstieg der Umweltpolitik als ein „Politikum ersten Ranges“ – lässt sich beobachten, dass, aufgrund eines besseren Zugangs zu Informationen, auch die Argumente von Umweltprotestbewegungen ein hohes Niveau an Verwissenschaftlichung im Kampf gegen Grenzwerte und Risikolasten aufweisen und damit zur Stärkung demokratischer Aushandlungsprozesse beitragen. Diese Perspektive streift am Rande F Uekötter, *Atomare Demokratie. Eine Geschichte der Kernenergie in Deutschland* (Steiner 2022).

die gesellschaftlichen Interessenkonflikte in einigen Fällen eher verschleiert, als zu ihrer demokratisch-partizipativen Aushandlung beizutragen.²⁷

2. „Umstrittene Expertise“ im Gegenwartsrecht

Insbesondere der richtungsweisende Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. März 2021 löste in jüngster Zeit eine Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit der Funktion von Expertenwissen in der Rechtsprechung aus.²⁸ Obwohl der Klimabeschluss von großen Teilen der Fachöffentlichkeit positiv aufgenommen wurde,²⁹ wurde von einigen Stellen auch eine sich in dem Urteil ausdrückende, immer enger werdende Verknüpfung zwischen Politik, Expertenwissen und Verfassungsrecht kritisiert. So schreiben die Umweltrechtler Katharina und Michael Kotulla, dass sich das Gericht „nicht zuletzt bei der Würdigung des aktuellen Standes der ‚Klima‘-Wissenschaft [...] des Öfteren in seitenlangen Ausführungen [verliert], die eigentlich mit den das Ergebnis des Beschlusses tragenden Gründen nur bedingt etwas zu tun haben.“³⁰ Der Vorwurf der beiden Rechtswissenschaftler lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass das BVerfG dem Grundgesetz (GG) mittels wissenschaftlicher Expertise als Legitimationsgrundlage politisch motivierte Ziele abringen möchte, obwohl „politisch Notwendiges und Wünschbares“ aufgrund der demokratischen Legitimation eigentlich von der Politik umgesetzt werden müsste. Die „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“³¹ – so schließen sich die

27 Kritisch zum Leitbild der Nachhaltigkeit auch E Seefried, Die Erfolgsgeschichte der Nachhaltigkeit (FAZ, 6.9.2021).

28 BVerfG (Beschluss v 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20) NJW 2021, 1723. Eine einordnende Zusammenfassung des Urteils in das Klimaschutzrecht bei W Frenz, Grundzüge des Klimaschutzrechts (2. Aufl, Erich Schmidt 2022) Rn 325–397.

29 Siehe zB G Wagner, Klimaschutz durch Gerichte (2021) NJW 2256; S Schlacke, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung (2021) NVwZ 912; M Wickel, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen (2021) 32 ZUR 332; W Frenz, Klimaschutz nach BVerfG-Beschluss und EU-Klimagesetz (2021) 10 EnWZ 201; M Beckmann, Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der „intertemporale Freiheitsschutz“ (2021) UPR 241.

30 K Kotulla und M Kotulla, Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz – wenn die Zukunft über die Gegenwart mitentscheiden darf (2022) 44 NuR 1, 10 auch für das Folgende.

31 K Fassbender, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen (2021) NJW 2085, 2088.

beiden Autoren einer These des Staats- und Verwaltungsrechtlers Kurt Fassbender an – sei jedoch ein Irrweg.³² In eine ähnliche Kerbe schlägt das jüngst veröffentlichte Buch „Heile Welt in der Zeitenwende“ (2023) von Matthias Herdegen. Der Bonner Rechtswissenschaftler Herdegen geht in seiner Gegenwartsanalyse von einem neuen deutschen Idealismus aus, der von „der Wunschvorstellung einer friedlichen, ökologisch wirtschaftenden und pluralistischen Welt“ beseelt sei, weil die Wohlstandsgesellschaft „in einem Höchstmaß finanzielle Lasten für Umwelt- und Klimaschutz tragen kann.“³³ An dieser Gegenwartsdiagnose anschließend beklagt Herdegen eine sich verstetigende „Verkürzung demokratischer Entscheidungsoptionen“ durch die Rechtsprechung. Unter anderem am Beispiel des Klimabeschlusses des BVerfG legt Herdegen dar, dass Entscheidungen, die eigentlich am Ende eines demokratischen Aushandlungsprozesses von gesellschaftlichen Interessen stehen sollten – wie die CO₂-Reduktionsziele inklusive der Belastungswirkungen –, kraft „Politik durch Richterspruch“ weitgehend dem demokratischen Entscheidungsprozess entrückt seien.³⁴ Herdegens abschließendes Plädoyer für einen Einschätzungsvorrang der Politik liest sich dabei wie eine Rückbesinnung auf Jhering und die Grundsätze der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, wonach das Recht wieder als eine Zweckordnung zum Ausgleich verschiedener Interessen (die wiederum Ausdruck soziokultureller Realitäten sind) aufgefasst werden sollte:

„Die stete Ausweitung des verfassungs- und vertragsrechtlichen Korsetts für die Politik begründet bei Bürgern und der Politik den Eindruck, dass immer mehr Grundsatzfragen schon vorentschieden sind und gar nicht mehr Thema eines demokratischen Prozesses werden. Ein wichtiges Gegenmittel zu dieser Entwicklung ist die Rückbesinnung darauf, dass der Gesetzgeber *das* Staatsorgan schlechthin für das Austragen gesellschaftlicher Konflikte und die Abwägung von Interessen, Freiheitsrechten und dem Gemeinwohl ist.“³⁵

32 Kotulla und Kotulla, Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz (Fn 30) 10.

33 M Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik (CH Beck 2023) 29. Eine Übertragung heutiger Gemeinwohlideale auf die Jheringsche Rechtslehre bei Ohlenforst, Vom Sinn und Nutzen (Fn 16) 87. Grundsätzlich zur Gemeinwohlorientierung im Recht auch der Sammelband H Münkler und K Fischer (Hrsg), Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen (Akademie 2002).

34 Herdegen, Heile Welt (Fn 33) 31, 79.

35 *ibid* 266 (Hervorhebung im Original).

In dieser Perspektive erscheint auch das von Gerichten zur Legitimation von Entscheidungen herangezogene Expertenwissen in einem problematischen Licht, wenn sich in bestimmten Milieus der Eindruck verfestigt, dass sich die Wissenschaft zu „einer demokratisch nicht legitimierten Kerninstitution der modernen Gesellschaft entwickelt habe, die autoritativ darüber entscheidet, was handlungspraktisch rational und technisch machbar, was wirtschaftlich richtig und politisch geboten ist.“³⁶ Hinsichtlich jüngster Studien von Meinungsforschungsinstituten,³⁷ die ein gestiegenes Gefühl politischer Machtlosigkeit unter den Bürgern feststellen, sollten Untersuchungen, die die Prozesse der Verwissenschaftlichung auch unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten untersuchen, eigentlich unerlässlich sein.

Schließlich wird – gerade nach der Corona-Pandemie mit ihrer medial breiten Inszenierung von Experten als Politikberater, Krisenmanager und Multiplikatoren öffentlicher Meinung³⁸ – nunmehr verstärkt das Verhältnis von Politik und Expertise in den Blick genommen. Weber plädierte in seinem wegweisenden Essay „Wissenschaft als Beruf“ (1919) einst für eine strikte Trennung zwischen Wissenschaft und Politik, weil die Frage nach dem kulturellen Wert von wissenschaftlichen Erkenntnissen dem Primat der Politik vorbehalten sein müsse.³⁹ In der Corona-Krise⁴⁰ drängte sich der Eindruck auf, als würden selbst die größten Konturen dieser Grenzziehung allmählich verschwimmen. Folgt man dem Soziologen Alexander Bogner, dann wurden die Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik in den letzten Jahren dahingehend aufgeweicht, als dass sich eine zunehmende „Epistemisierung des Politischen“, also eine politische Fixierung auf Wissensfragen, beobachten lasse.⁴¹ Indem gesellschaftliche Interessen- und Wertekonflikte in demokratischen Staaten oft nicht mehr als divergierende Interessenkonflikte in einer breiten Öffentlichkeit ausgetragen, sondern als Wissensfragen umdeklariert werden, wird nach Bogner abseits der Kon-

36 A Bogner, Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet (Reclam 2021) 123.

37 T Petersen, Am Bürger vorbei (FAZ, 29.6.2023).

38 Kritisch zur Expertenrolle in der Corona-Krise C Hirschi, Wenn Wissenschaft zu Ideologie wird (FAZ, 8.3.2021).

39 Weber, Wissenschaft als Beruf (Fn 20).

40 Zur soziokulturellen Bedingtheit des Krisenbegriffs aus einer geschichtswissenschaftlichen Perspektive R Graf, Zwischen Handlungsmotivation und Ohnmachtserfahrung – Der Wandel des Krisenbegriffs im 20. Jahrhundert, in F Bösch et al (Hrsg), Handbuch Krisenforschung (Springer 2020) 17.

41 Bogner, Die Epistemisierung des Politischen (Fn 36) 17.

sensgemeinschaft eine breite Wissenschaftsskepsis erzeugt, die in der Gestalt von „Fake News“ oder Verschwörungserzählungen ihren Niederschlag findet.⁴² Der Jurist Klaus Ferdinand Gärditz spricht diesbezüglich auch von „einem Aufstand der Gegenauflärung“ gegen „einen wissenschaftszentrierten Rationalismus als gesellschaftliche Ordnungs idee“.⁴³ Diese Tendenz verstärkt sich je nach dem Ausmaß, in dem Wissenschaftler oder Wissenschaftsgremien und nicht mehr Politiker von den Massenmedien als die eigentlichen Entscheidungsträger in Krisenzeiten inszeniert werden. Der Schweizer Historiker Caspar Hirschi bezeichnet dieses Phänomen kongruent zu Bogners Essay als eine „Polarisierung im Modus des Wissenskonflikts“.⁴⁴ Insbesondere die Corona-Pandemie habe nach Hirschi eine „epistemische Entgrenzung der Expertenrolle“⁴⁵ gezeigt, bei der sich Expertise allzu oft mit Engagement und Aktivismus vermischt. Andererseits habe in Berufung auf jene „entgrenzte Experten“ eine „legitimatorische Instrumentalisierung von Expertise“⁴⁶ seitens der Politik stattgefunden, um politische Wertentscheidungen über Rechtsgüter von Verfassungsrang in der Öffentlichkeit als wissenschaftlich begründbare und demnach äußere Sachzwänge darzustellen.⁴⁷ Eine Politik, die sich ausschließlich auf Evidenzen der Wissenschaft(en) beruft, bleibt jedoch nicht ohne Probleme. Sobald sich Politiker unter Berufung auf das Expertenwissen als Legitimitätsgrundlage aus der Verantwortung nehmen und mit einer Rhetorik der Alternativlosigkeit den „Schleier des vermeintlichen Expertenwissens“⁴⁸ über politische Wertentscheidungen legen, steigt das Risiko, dass die gesellschaftliche Akzeptanz und Autorität von Wissenschaftlern und Experten irreversiblen Schaden

42 *ibid* 39.

43 KF Gärditz, Hoflieferanten. Wie sich Politik der Wissenschaft bedient und selbst daran zerbricht (Hirzel 2023) 89.

44 C Hirschi, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, in S Büttner und T Laux (Hrsg), Umstrittene Expertise. Zur Wissensproblematik der Politik (Nomos 2021) 161, 168.

45 *ibid* 181.

46 *ibid* 178.

47 *ibid* 182: „Wer Expertise mit der Behauptung von Sachzwängen verknüpft, setzt die Werteprioritäten bestimmter Forschender absolut und verschleiert sie zugleich.“ Ähnlich argumentiert auch KF Gärditz, Wissenschaftliche Rationalität, politische Willensbildung und rechtlich-institutionelle Wissensverantwortung, in S Büttner und T Laux (Hrsg), Umstrittene Expertise. Zur Wissensproblematik der Politik (Nomos 2021) 449, 462: „Das Politische an Entscheidungen, das man verantworten müsste, wird durch einen Taschenspielertrick invisibilisiert.“

48 A Séville, „There is no alternative“. Politik zwischen Demokratie und Sachzwang (Campus 2018) 271.

nimmt. Sowohl die Corona-Pandemie als auch die Klimapolitik zeigen deshalb, dass sich gute Politik „nicht (oder nur selten) auf die richtige Lösung von Wissensfragen [beschränken lässt], und politische Konflikte [...] auch nicht mit Verweis auf wissenschaftliche Wahrheiten befrieden [lassen].“⁴⁹

3. Kalibergbau und Gewässerschutz – Rechtskonflikte um die „besseren“ Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften

Mit Rechtskonflikten verhält es sich ähnlich; auch diese lassen sich nicht in reine Wissensfragen übersetzen und durch vermeintliche „Wahrheiten“ befrieden.⁵⁰ Zwar lässt sich aus der Geschichte keine Handlungsanweisung für die Bewältigung von Gegenwartsproblemen ableiten.⁵¹ Indes erschließt jedoch gerade die Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte dem Betrachter ein reichhaltiges Reservoir an alternativen Lösungs- und Denkmodellen, das auf ganz unterschiedlichen Wegen einen Einfluss auf die Rechtsdogmatik⁵² nehmen oder der Selbstvergewisserung in der modernen Welt dienen

49 Bogner, Die Epistemisierung des Politischen (Fn 36) 52.

50 Ein positives Beispiel, wie der Gesetzgeber auf das Spannungsfeld zwischen Expertise und demokratischer Entscheidungsfindung reagierte, stellt hingegen das Standortauswahlgesetz (StandAG) dar, das auf der Suche nach einem Endlager für radioaktive Abfälle mit bestmöglicher Sicherheit neue Formate der Bürgerbeteiligung installierte. Mit weiteren Nachweisen U Wollenteit, Das neue Standortauswahlgesetz: Ziele, Prinzipien, Akteure und neue Beteiligungsformate (2018) 40 NuR 668.

51 Die in den Geschichtswissenschaften seit jeher geführte Debatte nach dem praktischen Nutzen der eigenen Erkenntnisse erfährt im Zuge der Gegenwarts Krisen neue Konjunktur. Hierzu jüngst M Pernau, Aus der Geschichte lernen? Die Rolle der Historiker:innen in der Krise (2020) 46 Geschichte und Gesellschaft 563; E Frie und M Meier (Hrsg), Krisen anders denken. Wie Menschen mit Bedrohungen umgegangen sind und was wir daraus lernen können (Propyläen 2023); J Renn, Die Evolution des Wissens. Eine Neubestimmung der Wissenschaft für das Anthropozän (Suhrkamp 2022). Im Diskussionsforum der Zeitschrift „Technikgeschichte“ wurde im Weiteren das Potential der Umwelt- und Technikgeschichte als „usable past“ diskutiert. Hierzu der einleitende Beitrag T Moss und H Weber, Technik- und Umweltgeschichte als ‚Usable Past‘. Potentiale und Risiken einer angewandten Geschichtswissenschaft (2021) 88 Technikgeschichte 367. Den praktischen Nutzen der Geschichtswissenschaft in Zweifel ziehend hingegen S Speicher, Schützt die historische Erfahrung vor politischer Verirrung? (FAZ, 9.10.2020) gegen M Brechtken, Der Wert der Geschichte. Zehn Lektionen für die Gegenwart (Siedler 2020).

52 Mit weiteren Nachweisen J Eckert, Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts, in ders (Hrsg), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte (Festschrift für Hans Hattenhauer, CF Müller 2003) 121.

kann. Insofern darf sich die Geschichtswissenschaft durchaus von Gegenwartsproblemen inspirieren lassen, solange politische Interessen nicht die Methode und das Ziel der Untersuchung prägen. Ausgehend von dieser Prämisse soll untersucht werden, unter welchen Umständen die Kali-Industrie im 19. und frühen 20. Jahrhundert die Erkenntnisse von Experten gezielt als Legitimations- und Machtressource⁵³ nutzen konnte.

Zunächst wurde die Vorrangstellung der Kali-Industrie gegenüber den Nutzungsinteressen anderer Industriezweige (z.B. die durch die Salzeinleitungen beeinträchtigte Papierindustrie) und den Gewässerschutzbelangen von Städten, Gemeinden sowie Privaten durch ein Primat der Ökonomie begünstigt. Im Kaiserreich erfuhr der Abbau von Rohstoffen und damit auch die Gründung eines Kalisyndikats durch die Liberalisierung im Bergrecht weitreichende Erleichterungen.⁵⁴ Als Devisenbringer genoss die Kali-Industrie einen großen Rückhalt in der Politik, denn die Erlöse für Kali-Produkte wurden nicht durch Import-Vorleistungen gemindert. Bis zum Ersten Weltkrieg besaß Deutschland sogar ein Welthandelsmonopol für Kalisalze, das erst durch den Verlust von Elsass-Lothringen an Frankreich aufgebrochen wurde. In der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg nutzte die Kali-Industrie geschickt ihre vorhandenen Verbindungen in die Politik und Ministerialbürokratie, um die eigenen Wirtschaftsinteressen durchzusetzen. Schon im Kaiserreich bildeten sich ganze Netzwerke von Lobbyisten, die an der Schnittstelle zwischen Politik und Wirtschaft maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung und die Wirtschaftspolitik nahmen.⁵⁵ In der Weimarer Republik galt die Kali-Industrie ungeachtet zwischenzeitlicher Absatzschwierigkeiten nach den Inflationsjahren als Schlüsselindustrie, um

53 N Stehr, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften* (Suhrkamp 1994) 364: „[...] Macht wird nicht, wie zum Beispiel bestimmte Wertvorstellungen, als ein dauerhaftes Element sozialen Handelns verstanden, sondern als eine Ressource, die unter eigentümlichen Umständen, die ihre Anwendung notwendig erscheinen lassen, verwendet wird.“

54 Hierzu H Westermann, *Rechtssprinzipien des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes* (1965) 106 ZfB 122.

55 Siehe auch M Schmoeckel und M Maetschke, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft* (2. Aufl, Mohr Siebeck 2016) Rn 744, die von einer „spezifisch deutsche[n] Gemengelage von Staat und Markt“ sprechen. Jüngst E-M Roelevink und D Ziegler, *Wie organisiert war der Kapitalismus im Kaiserreich?*, in U Pfister et al (Hrsg), *Deutschland 1871. Die Nationalstaatsbildung und der Weg in die moderne Wirtschaft* (Mohr Siebeck 2021) 245.

Deutschland wieder „Wohlstand und Weltgeltung“⁵⁶ zu verschaffen. Rechtskonflikte zwischen Gewässerschutzbelangen und der Kali-Industrie wurden also in einem gesellschaftspolitischen Klima ausgetragen, das durch den damaligen Geist des „Wirtschaftsstaates“⁵⁷ bestimmt wurde. Reichsaußenminister Walther Rathenau (DDP) prägte die Worte, dass die Wirtschaft, und nicht die Politik, das Schicksal der Nation sei.⁵⁸ Die Umwelt – ganz zu schweigen von heutigen Modellen des „Umweltstaates“⁵⁹ oder Diskussionen um die Rechtssubjektivität der Natur⁶⁰ – spielte als eigene Zielgröße noch keine Rolle bei der Rechtsanwendung. Diese Erkenntnis ist nicht bloß allgemeiner Natur, denn die Rechtsanwendung als Zweig öffentlichen Handelns bleibt unauflösbar „an den Wertungsplan einer gegebenen politischen Gesellschaft gebunden [...]“⁶¹ Und ein solcher „Wertungsplan“ findet, ob bewusst oder unbewusst, notwendigerweise Eingang in die Rechtsprechung, die je nach Anwendungsbereich durch unbestimmte Rechtsbegriffe einen weiten Handlungsspielraum besitzt.

Insbesondere durch die Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe droht die Entscheidungskompetenz in strittigen Sachverhalten *de facto* vom Richter auf Sachverständige übertragen zu werden.⁶² Beispiele für solche unbestimmten Rechtsbegriffe im Umweltrecht der Gegenwart sind z.B. der „Stand der Technik“ oder die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“, um ein gegenüber den Fortschritten in der Technikentwicklung dynamisches und zukunftsoffenes Recht zu schaffen.⁶³ Im Fall des Magdeburger Rechtsstreits gegen die Elbeversalzung mussten

56 So die Formulierung bei V Selle, Die Frage der Verstaatlichung der Kaliindustrie (1919) 13 Kali 51, 57.

57 Mit weiteren Nachweisen ER Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd 4, Struktur und Krisen des Kaiserreichs (Kohlhammer 1969) 973.

58 Zitiert nach L Gall, Walther Rathenau. Portrait einer Epoche (CH Beck 2009) 232.

59 Zum Begriff der Sammelband M Kloepfer (Hrsg), Umweltstaat als Zukunft. Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte (Economica 1994).

60 Einen Überblick über die Diskussionen in den Rechtswissenschaften gibt ders, in W Kahl et al (Hrsg), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (218. Lfg, CF Müller 2022) Art 20a Rn 102. Aus philosophischer Perspektive bejahte die Eigenrechte der Natur jüngst T Wesche, Die Rechte der Natur. Vom nachhaltigen Eigentum (Suhrkamp 2023).

61 F Wieacker, Vom Nutzen und Nachteil des Szientismus in der Rechtswissenschaft, in F Kaulbach und W Krawietz (Hrsg), Recht und Gesellschaft (Festschrift für Helmut Schelsky, Duncker & Humblot 1978) 752.

62 Ausführlich L Münkler, Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus (Mohr Siebeck 2020) 256.

63 Mit weiteren Nachweisen M Seibel, Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“ (2013) NJW 3000.

solche flexiblen Klauseln allerdings erst durch die Gerichte selbst geschaffen werden. Die Stadt Magdeburg führte seit dem 19. Jahrhundert eine Schadensersatzklage gegen die Mansfelder Kupferschmiede und insgesamt 20 Kaliwerke an der Saale. Die Versalzung der Saale (ein Zubringer der Elbe) durch die Beklagten beeinträchtigte die Nutzungsrechte der Stadt Magdeburg zur Trinkwassergewinnung. Die Behandlung des Rechtsstreits stellte für das Landgericht Magdeburg (1909) ein großes Rechtsproblem dar, weil es bis zum Jahr 1913 noch kein Wassergesetz in Preußen gab. Die Klage der Stadt Magdeburg konnte deshalb nur als Eigentumsfreiheits- oder Abwehrklage nach dem BGB geführt werden. Gemeinwohlaspekte spielten vorerst keine Rolle; im Zuge der Klage ging es allein um den Eigentumsschaden als solchen. Das Klageobjekt wurde vom Landgericht Magdeburg auf 7 Millionen Reichsmark festgesetzt. Das Landgericht Magdeburg lehnte eine Entschädigung der Stadt Magdeburg durch die Kaliwerke nach § 906 BGB allerdings mit der Begründung ab, dass die Salzeinleitungen das „gewöhnliche“ Maß der Verunreinigung nicht überschreite.⁶⁴ Lediglich die Mansfelder Kupferschmiede musste nach den Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes (ABG) einen verringerten Schadensersatz leisten. Der aus § 906 BGB hergeleitete Maßstab der „gewöhnlichen Benutzung“ wurde wohl auch durch die Jhering'sche Rechtslehre geprägt, um – zum Zweck eines privatrechtlichen Interessenausgleichs bei nachbarrechtlichen Immissionen – sozial wirksame Realitäten in die Rechtsanwendung miteinfließen zu lassen.⁶⁵ So beschäftigte sich Jhering in seinem Aufsatz „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn“ (1863) eingehend mit der Frage nach den Schranken des Grundeigentums, um – als Reaktion auf die sich verschärfenden Immissionsprobleme im Zuge der Industrialisierung – das uneingeschränkte Eigentumsrecht in Zweifel zu ziehen.⁶⁶ Hiernach waren für Jhering Eingriffe in die Eigentumssphäre des Nachbarn nur in Ausnahmefällen zu dulden, wenn etwa das „gewöhn-

64 Landgericht Magdeburg (Urteil v 2.4.1909 betr Chemische Verunreinigung des Wassers der Stromelbe bei Magdeburg, unveröffentlicht).

65 Hierzu M Rainer, Die Immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB, in G Klingenberg et al (Hrsg), *Vestigia iuris romani* (Festschrift für Wesener, Leykam 1992) 351. Zum eher begrenzten Einfluss Jherings auf das BGB, das einen „Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertsystemen“ darstellte, hingegen Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (Fn 23) 473.

66 Siehe R v Jhering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn* (1863) 6 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 81.

liche Maß des Erträglichen“ nicht überschritten wurde.⁶⁷ Das Landgericht Magdeburg erkannte im Rechtsstreit um die Elbeversalzung einen solchen Ausnahmefall auf der Linie Jherings und folgte mit seinem Urteil – entgegen den Erkenntnissen aus der Hygienewissenschaft – gänzlich den Gutachtern der Kali-Industrie, die eine wesentliche Verunreinigung des Elbewassers nach dem Wortlaut des § 906 BGB abstritten. Allerdings erteilte das Oberlandesgericht Naumburg 1918 der Anwendung eines gewohnheitsrechtlichen Maßstabs zur Beurteilung der Gemeinüblichkeit – mitunter der Übertragung der Rechtsverhältnisse von kleinen Privatflüssen auf große, öffentliche und schiffbare Flüsse⁶⁸ – im Revisionsverfahren eine Absage. In der Urteilsbegründung heißt es:

„Der Maßstab des „Regelmäßigen, Gemeinüblichen“ ist, wie schon die Wortbedeutung ergibt, ein abstrakter, allgemeiner, der auf der Grundlage des Vergleichs von (möglichst vielen) Einzelercheinungen ähnlicher Art gewonnen wird. Die Vergleichbarkeit ist aber an räumliche und zeitliche Schranken gebunden. Regelmäßig, gemeinüblich ist, was der Übung entspricht, die zu einer bestimmten Zeit innerhalb einer bestimmten, mehr oder weniger eng begrenzten Gemeinschaft besteht. Schon innerhalb des nachbarlichen Bereichs oder des Kreises der Anlieger kleinerer Flüsse und für kleinere Zeiträume bietet die Beurteilung der Regelmäßigkeit und Gemeinüblichkeit große Schwierigkeiten [...].“⁶⁹

„Die Beurteilung des Regelmäßigen und Gemeinüblichen“, so begründete das Oberlandesgericht Naumburg weiter, verweise „den Richter in unerwünschtem Maß an das freie Gutachten von Sachverständigen.“⁷⁰

Obwohl das Oberlandesgericht Naumburg durchaus die Wirkung von unbestimmten Rechtsbegriffen als „Schleusenbegriffe für metajuristische

67 Näher Klippel, Juristischer Begriffshimmel (Fn 18) 126–127.

68 In der Beurteilung von gewässerverunreinigungsbedingten Schadensersatzklagen war die Vergleichbarkeit von Privatflüssen und öffentlichen Flüssen lange gängige Praxis. Hiernach kam es lediglich auf den Gemeingebrauch, nicht aber auf die Art des Gewässers an. Siehe auch Oberlandesgericht Celle (Urteil v 12.6.1913 betr Klage des Plantagenbesitzers Carl Hartmann in Lehrte gegen die Gewerkschaft Bergmannsseen in Lehrte, unveröffentlicht).

69 Oberlandesgericht Naumburg (Urteil v 20.9.1918 betr Klage der Stadt Magdeburg gegen die Mansfeldsche Kupferschmiede bauende Gesellschaft und Genossen) 28–29.

70 *ibid.*

Standards“⁷¹ anerkannte, schuf es mit der „Erträglichkeitsgrenze“ einen ähnlich dehnbaren Begriff. In Abkehr vom „abstraktwissenschaftlichen“ Begriff des „Regelmäßigen“ forderte das Oberlandesgericht Naumburg eine konkrete Erträglichkeitsgrenze, um sämtliche Gesichtspunkte und Nutzungsinteressen an der Elbe zu einem billigen Ausgleich zu bringen.⁷² Gegenüber dem gewohnheitsrechtlichen Maßstab des „Regelmäßigen“ besaß die „Erträglichkeitsgrenze“ den Vorzug, einer Interessenabwägung im Einzelfall mehr Raum zu geben. Das Oberlandesgericht Naumburg wurde damit rechtsschöpferisch tätig und entwickelte erst aus dem Prozess heraus die Bewertungsregel, um den Gewässerreinigungskonflikt zwischen der Stadt Magdeburg und der Kali-Industrie zu lösen. Die Rechtmäßigkeit der „Erträglichkeitsgrenze“ als Bewertungsmaßstab wurde in einem späteren Revisionsverfahren durch das Reichsgericht (1920) bestätigt.⁷³ Obwohl die Richter erkennbar um eine Auflösung der Verquickung von Expertise und Recht bemüht waren, waren sie bei der Beurteilung der Erträglichkeit jedoch erneut auf Wirklichkeitskonstruktionen aus „extradisziplinären Wissensbeständen“ und damit einhergehend die Expertise von Sachverständigen angewiesen.⁷⁴ Jene Wirklichkeitskonstruktionen, die in diesem Fall von Bedeutung waren – nämlich die Auswirkungen des Salzgehalts auf die Nutzungsmöglichkeit des Wassers als Trinkwasser – ließen sich nach heutigen Kategorisierungsansätzen als „transwissenschaftliches Wissen“ bezeichnen, da es aufgrund größerer Unsicherheiten und Risikoabwägungen in hohem Maße dem Einfluss von Werturteilen unterlag.⁷⁵ Die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften dienten auf diese Weise nicht nur als Anwendungswissen zur materiellen Weltbewältigung, sondern sie erhielten gleichsam Bedeutung für die Lösung von Rechtskonflikten. Diese „Schwachstelle“ der „Erträglichkeitsgrenze“ als Bewertungsmaßstab erkannte auch die Kali-Industrie, die von renommierten Chemikern immer wieder, und zwar möglichst öffentlichkeitswirksam, die Unbedenklichkeit der Salzabwässer beteuern ließ.⁷⁶ Dass die Kali-Industrie mit dieser Strategie erfolgreich agierte, zeigt im Ergebnis auch die vom

71 M Fehling, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in H-H Trute et al (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts (Mohr Siebeck 2008) 473.

72 Oberlandesgericht Naumburg (Urteil v 20.9.1918 betr Klage der Stadt Magdeburg gegen die Mansfeldsche Kupferschmiede bauende Gesellschaft und Genossen) 45.

73 Reichsgericht (Urteil v 19.5.1920 – V 129/19) RGZ 99, 172.

74 Zur Verquickung von Recht und Expertise Münkler, Expertokratie (Fn 62) 209.

75 *ibid* 246–147.

76 Siehe zB JH Vogel, Die Abwässer aus der Kaliindustrie, ihre Beseitigung sowie ihre Einwirkung in und an den Wasserläufen (Borntraeger 1913).

Oberlandesgericht Naumburg vorgenommene Festsetzung der Erträglichkeitsgrenze für das Elbewasser bei 1,4 g Kochsalz und 0,2 g Chlorkalzium und Chlormagnesium pro Liter Wasser.⁷⁷ Obwohl das Oberlandesgericht mit der Erträglichkeitsgrenze um einen Interessenausgleich zwischen den Konfliktparteien bemüht war, bewährte sich diese Formel nicht als Instrument, um Gewässernutzungskonflikte langfristig zu befrieden. Ungeachtet der bis heute ungebrochenen Kritik am Grenzwertkonzept scheint der Gesetzgeber aber aus den Erfahrungen der Vergangenheit gelernt zu haben und setzt zumindest in einigen Verordnungen aus dem heutigen Umweltrecht auf eine verbesserte Legitimation und Akzeptanz der Grenzwerte durch neue Formate der Bürgerbeteiligung.⁷⁸ Hierdurch erhalten neben naturwissenschaftlichen Erkenntnissen die Interessen der Betroffenen (bzw. die sozialen Realitäten) gleichermaßen Eingang in die Entscheidungsfindung. Neue Formate der Bürgerbeteiligung wurden inzwischen auch für die Klimaschutzpolitik („sozialökologische Transformation“) gefordert.⁷⁹

Mit dem Magdeburger Rechtsstreit über die Versalzung des Elbewassers wurden für alle beteiligten Parteien die Chancen deutlich, die sich aus der Verwissenschaftlichung von Interessenkonflikten ergaben. Angesichts dessen überrascht es kaum, dass die Kali-Industrie auch in anderen rechtlichen Auseinandersetzungen auf die Expertise von Sachverständigen zurückgriff. Ein weiteres Beispiel dafür ist die seit 1924 vor dem Staatsgerichtshof geführte Klage der Stadt Bremen gegen Preußen, Thüringen und Braunschweig.⁸⁰ Aufgrund der Salzeinleitungen der Kaliwerke in den Territorien der beklagten Gliedstaaten sah die Stadt Bremen – die zu dieser Zeit ihr gesamtes Trink- und Brauchwasser aus der Weser schöpfte – die Wasserversorgung der eigenen Bürger und (Export-)Unternehmen (z.B. Brauereien) als gefährdet an. Zuständig für die Klage war der Staatsgerichtshof, weil es sich um eine Streitsache „nichtprivatrechtlicher Art“ zwischen souveränen Gliedstaaten handelte (Art. 108 der Weimarer Reichsverfassung). Zunächst versuchten die Beklag-

77 Aus der Literatur A Arndt, Der Ausgang des Prozesses der Stadt Magdeburg wegen Versalzung des Elbewassers gegen die Mansfelder Kupferschmiede bauende Gewerkschaft und 20 Kaliwerke (1921) 15 Kali 181.

78 Mit weiteren Nachweisen R Hender, Grenzwerte in der Praxis von Verwaltung und Gerichten, in P Janich et al (Hrsg), Chemische Grenzwerte. Eine Standortbestimmung von Chemikern, Juristen, Soziologen und Philosophen (Viley-VCH 1999) 104.

79 Vgl J Radtke und O Renn, Mehr Demokratie wagen: Kein Klimaschutz ohne Bürgerräte (2023) 68 Blätter für deutsche und internationale Politik 117–123.

80 Ausführlicher zur Vorgeschichte des Konflikts S Ohlenforst, Bremen und die Kali-Industrie im Konflikt (1918–1933). Politische, wirtschaftliche und rechtliche Aspekte einer Auseinandersetzung (2024) 76 Der Anschnitt (im Erscheinen).

ten, mit juristischen Begründungen den Rechtsstreit als eine reine Verwaltungsstreitsache darzustellen, für die der Staatsgerichtshof keine Zuständigkeit besaß. Jedoch blieb diese Strategie erfolglos. Hiernach versuchte die Kali-Industrie erneut mittels naturwissenschaftlicher Expertise die eigenen Wirtschaftsinteressen zu wahren. In diesem Fall erklärten sich vor allem dem Bergbau nahestehende Geologen wie Franz Beyschlag dazu bereit, aktiv in den Rechtsstreit einzugreifen. Mit wissenschaftlichen Gutachten sollte nachgewiesen werden, dass die Stadt Bremen auch aus Grundwasser versorgt werden könne, um die Klage allein von wirtschaftlichen Interessen (und nicht von Gemeinwohlbelangen) motiviert darzustellen.⁸¹ Hierbei lässt sich durchaus – analog zu den Konflikten der Gegenwart – von einer „Polarisierung im Modus des Wissenskonflikts“ sprechen; nicht zuletzt aufgrund der rhetorischen Schärfe, mit der die Geologen als „entgrenzte Experten“ und Interessenvertreter der Kali-Industrie zu Werke gingen. So heißt es in einer bremischen Entgegnung auf die Klagebeantwortungen von Preußen, Thüringen und Braunschweig vom 27. November 1925:

„Die verklagten Regierungen suchen aus der Schwierigkeit dadurch herauszukommen, daß der Versuch gemacht wird, Bremen mit seiner Wasserversorgung von der Weser abzudrängen. Es wird behauptet, Bremen könne sich auch ohne die Weser mit Wasser versorgen, und es wird die stillschweigende Folgerung daran geknüpft, daß es dazu auch die Pflicht habe, um das, was man als ‚freie Entwicklung‘ oder ‚Lebensnotwendigkeiten‘ der Kaliindustrie bezeichnet, zu ermöglichen.“⁸²

Die Stadt Bremen reagierte auf die Epistemisierung des Konflikts, indem sie eigene Gutachten über die Grundwasseraufschließung nicht mehr der Öffentlichkeit zugänglich machte.⁸³ Im Grunde wurden Umwelteinformativen (bzw. deren Zurückhaltung) damit schon weit vor dem Entstehen der

81 Siehe F Beyschlag, Kann Bremen sich aus Grundwasser versorgen? (Teil 1) (1924) 18 Kali 329 sowie ders, Kann Bremen sich aus Grundwasser versorgen? (Teil 2) (1924) 18 Kali 348.

82 Entgegnung der bremischen Regierung auf die Klagebeantwortungen der Regierungen von Preußen, Thüringen und Braunschweig, sowie Antwort auf Fragen des Berichterstatters beim Staatsgerichtshof v 27.II.1925, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1449, o pag.

83 Hierzu die Erwiderung auf Beyschlag bei H Tjaden, Die Wasserversorgung Bremens und Herr Beyschlag (1925) 19 Kali 101.

heutigen Industrie- und Wissensgesellschaft als Machtressource genutzt.⁸⁴ Selbst als bei den Verhandlungen zwischen Bremen und der Kali-Industrie im Jahr 1927 eine außergerichtliche Einigung erzielt wurde, drängten sich einige Personen – allen voran der Chemiker Johann Heinrich Vogel – der Kali-Industrie regelrecht als „entgrenzte Experten“ auf, um den Konflikt noch vor Gericht zu gewinnen.⁸⁵ Je näher eine außergerichtliche Einigung zwischen den Parteien rückte, desto eher wurden die „entgrenzten Experten“ jedoch zu „erledigten Experten“,⁸⁶ deren dogmatisch versteifte Positionen den Einigungsprozess störten. Dies gilt auch für den Obermedizinalrat der Stadt Bremen, Hermann Tjaden, der als Gegenspieler von Vogel und Beyschlag auftrat. Der Bremer Senat beobachtete die Aktivitäten von Tjaden zunehmend kritisch, denn sein vehementes Eintreten gegen die Kali-Industrie an der Werra beeinträchtigte den Aufbau beiderseits nützlicher Handelsbeziehungen.⁸⁷ Für Bremen diente der Prozess vor dem Staatsgerichtshof primär als Druckmittel,⁸⁸ um die Kali-Industrie zu einem Entgegenkommen zu bewegen – eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung hätte für beide Seiten ungewisse Risiken geborgen.

Für den Staatsgerichtshof spielten die Versuche der Epistemisierung ohnehin keine tragende Rolle: In einer Zwischenentscheidung vom 9. Juni 1928 erklärte der Staatsgerichtshof seine eigene Zuständigkeit und erklärte, dass der Fall wie ein quasi-völkerrechtlicher Konflikt zu behandeln sei.⁸⁹ Hiernach kam es nicht (mehr) auf eine technisch-wissenschaftliche Lösung des Problems an, sondern maßgebend waren allein die Grundsätze des Völkerrechts zur Einschränkung der Gebietshoheit,⁹⁰ wonach dem Ober- und Unterlieger das Recht auf eine gleichberechtigte Nutzung der Wasserläufe zustand. Durch

84 Zur Zurückhaltung von Umweltinformationen als Machtmittel W Hoffmann-Riem, Wissen als Risiko – Unwissen als Chance. Herausforderungen auch an die Rechtswissenschaft, in I Augsberg (Hrsg), Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem (Mohr Siebeck 2009) 18.

85 Schreiben von Vogel an Heberle betr Klage beim Staatsgerichtshof v 24.11.1927, montan.dok/BBA 103/83, o pag.

86 So der Titel einer Kurzgeschichte, die den allmählichen Bedeutungsverlust eines Corona-Experten aus der Innenperspektive des Protagonisten schildert. K-H Strunk, Der erledigte Experte, in ders (Hrsg), Der gelbe Elefant (Rowohlt 2023).

87 Schreiben von Apelt an Donandt, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1458, o pag.

88 Vgl Schreiben von Apelt an Donandt v 2.3.1927, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1458, Bl 1–4.

89 RStGH (Entscheidung v 9.6.1928, Az: StGH 5/25) 121 RGZ 1.

90 Der Staatsgerichtshof ging bei bundestaatlichen Konflikten sogar noch von einer strengeren Einschränkung der Gebietshoheit aus, als wenn sich zwei „fremde“ Staaten gegenüberstehen würden.

diese Feststellung verlor auch das sogenannte Wesergutachten an Bedeutung, das in Kriegszeiten vom Reichsgesundheitsrat erstellt worden war und für die Stadt Bremen zu einem wichtigen Referenzpunkt im Kampf um den „richtigen“ Grenzwert wurde.⁹¹ Indem der Staatsgerichtshof die Anwendbarkeit des Völkerrechts bejahte, gab er den Konfliktparteien eine Argumentationsgrundlage für eine zügige außergerichtliche Einigung an die Hand. Eine solche Einigung wurde schließlich in langwierigen Verhandlungen dadurch erreicht, dass die Kali-Industrie die Stadt Bremen mit einem Kaliumschlagschiff an den Exportgeschäften beteiligte.⁹² Im Ergebnis gab die Stadt Bremen ihre Haltung im Konflikt um den „richtigen“ Grenzwert zugunsten einer wirtschaftlichen Beteiligung auf. Das Primat der Ökonomie als Wertungsplan der Gesellschaft kam damit zwar nicht unmittelbar in der Rechtsprechung zum Ausdruck, bestimmte aber die vom Staatsgerichtshof forcierte außergerichtliche Einigung der Konfliktparteien.⁹³

4. Ergebnis und Ausblick

Obwohl in der Forschung immer wieder von einer Ablösung der Industriegesellschaft durch die Wissens- und Informationsgesellschaft die Rede ist, zeigt der Blick auf den Umgang mit (naturwissenschaftlicher) Expertise im Recht durchaus, dass es einige Kontinuitäten in der Aushandlung

91 Kritisch zum Zustandekommen des Gutachtens Büschenfeld, Flüsse und Kloaken (Fn 3) 390: „Das ‚Abstimmungsverhalten‘ in bezug auf originär wissenschaftliche Fragestellungen verweist stattdessen auf die außerhalb der naturwissenschaftlichen Disziplinen liegenden ökonomischen und politischen Interessen, welche die Wissenschaftler im institutionellen Unterschied zur Gegenwart hier noch, sozusagen in Personalunion, mitvertreten. Dabei darf unterstellt werden, daß sich die Wissenschaftler selbst der Unwissenschaftlichkeit der von ihnen fixierten Normen kaum bewusst waren bzw. den Verfahrensverlauf kaum hinterfragten.“

92 Ausführlich Ohlenforst, Bremen und die Kali-Industrie (Fn 80).

93 Im Urteil des Staatsgerichtshofs heißt es: „Der Staatsgerichtshof ist in der Lage, auch wenn kein entsprechender Antrag gestellt wird, von sich aus über eine präjudizielle Frage, die zwischen zwei Parteien streitig und spruchreif ist, vorab zu entscheiden [...]. Während der Staatsgerichtshof eine solche Vorabentscheidung abgelehnt hat, so lange durch den Schriftwechsel der Parteien noch nicht volle Klarheit über die Tragweite des sachlichen Streitiges geschaffen war, hat er nunmehr für angezeigt erachtet, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Der Streitpunkt ist vor ihm in voller Ausführlichkeit verhandelt worden, und es ist anzunehmen, daß eine Entscheidung über die staatsrechtliche Grundlage des Anspruchs die Einigungsverhandlungen nicht nur nicht stören, sondern in erheblichem Grade fördern wird.“

von Umweltkonflikten seit dem 19. Jahrhundert gibt: Umweltinformationen wurden schon früh als ein Mittel der Konfliktaustragung eingesetzt und die Expertise von Sachverständigen diente schon vor der Entstehung der modernen Wissens- und Informationsgesellschaft als ein häufig genutztes, aber nicht gänzlich unproblematisches Mittel zur Konfliktbewältigung. Die Abhängigkeit der Gerichte von interessengeleiteten Gutachtern wurde gelegentlich auch von den Zeitgenossen bemängelt. Im Nachgang zu den Rechtskonflikten um das Magdeburger Elbe- und Bremer Weserwasser, am 10. Januar 1929, konstatierte etwa eine große Anfrage der SPD-Fraktion im Preußischen Landtag, dass es an einer „unabhängigen“ und „verantwortungsbewußten“ Stelle mangle, die den Gerichten und Verwaltungen mit unabhängigen Gutachten zur Hand gehe.⁹⁴ Ausgehend von den Rechtsproblemen der Vergangenheit und im Hinblick auf Problemkonstellationen der Gegenwart soll deshalb daran erinnert werden, dass die Rechtswissenschaft die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften stets gegen die Wertzuschreibungen und Zwecke der Gesellschaft abwägen muss, die schon die Interessen- und Wertungsjurisprudenz als das Kernelement des Rechts erachtete. Insbesondere im Magdeburger Rechtsstreit waren es nämlich eher die wertbeladenen Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften, die – um eine Formulierung von Jhering zu gebrauchen – den „Schlüssel zur Dogmatik“ abgaben. Solche Fälle können für die Lösung von heutigen Rechtskonflikten eine Mahnung sein. Denn gerade in einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft mit alternativen Medienangeboten und Fakten lassen sich gesellschaftliche Konflikte nicht (mehr) allein durch den Verweis auf außerrechtliche Expertise und Sachzwänge regeln. Hierüber dürfen auch Blütezeiten der Wissenschaftsemphase nicht hinwegtäuschen. Die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften müssen Eingang in das Recht finden – ansonsten würde sich die Rechtswissenschaft selbst dem Vorwurf der „Postfaktizität“ aussetzen –, aber sie „erübrigen dem Recht weder die Fragen noch den Umgang mit den Antworten.“⁹⁵

94 Zitiert nach dem Bericht des Deutschen Kalivereins über das Geschäftsjahr 1929, 35.

95 HF Zacher, Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter – eine elementare Aufgabe des Rechts, in P Badura und R Scholz (Hrsg), Weg und Verfahren des Verfassungslebens (Festschrift für Lerche, CH Beck 1993) 118.

Alternative Fakten in der Spätantike

Raphael Dummermuth¹

1. Einleitung

Marie Theres Fögen versuchte im Jahr 2002 in ihren „Römischen Rechtsgeschichten“² Grundannahmen der Romanistik unter Zuhilfenahme der luhmannschen Systemtheorie³ neu zu deuten.⁴ Fögen begreift hierbei das römische Recht mit Hilfe des systemtheoretischen Kommunikationsbegriffs⁵ als System der individuellen Interaktionen und Eigenbeschreibungen, „die sich zu einem sozialen System verdichten“;⁶ Die Gründungs- und Entstehungsgeschichten, die dem römischen Recht zugrunde liegen, sieht sie als eine Form der Selbstbeschreibung, aus der sich in einem zweiten Schritt die

-
- 1 Der Autor des vorliegenden Beitrags ist den folgenden Personen zu aufrichtigem Dank für die Lektüre dieses Beitrags verpflichtet: MLaw Christapor Yacoubian, MLaw Laura Wigger, MLaw Johannes Rohrmann; MLaw Anna Elisa Stauffer, LL.M.
 - 2 MT Fögen, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems* (Vandenhoeck & Ruprecht 2002).
 - 3 Über die Fruchtbarmachung der Systemtheorie für die Rechtsgeschichte äussert sich Fögen verschiedentlich; vgl etwa die Darstellung der Konfrontation der Disziplinen (sowie die humoristische Darstellung der Konfrontationen Fögens mit dem Finanzamt): MT Fögen, *Mit den Vokabeln der Systemtheorie* (2005) 3 *Rechtsgeschichte* 209–211.
 - 4 Nach Jansen gehört das Werk Fögens damit zu einer Reihe „höchst anregende[r] und weiterführende[r] neuere[r] Literatur“; vgl N Jansen, *Rezension des Handbuchs des Römischen Privatrechts. Band I–III*. Hrsg. von Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rübner. – Mohr Siebeck 2023 (2023) 87 *RebelsZ*, online first 11/2023. Zu Fögens Ansatz weitergehend M Amstutz, *Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie. Anmerkungen zum Theorierahmen von Marie Theres Fögens Forschungsprogramm* (2002) 1 *Rechtsgeschichte* 26, 26–31. Amstutz selbst hat die Systemtheorie für die Durchdringung des Wirtschaftsrechts herangezogen; vgl M Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht, Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* (Nomos 2001) *passim*.
 - 5 Vgl insbesondere N Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie* (Suhrkamp 1992); Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993) 445.
 - 6 Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn 2) 17; vergleichbar auch MT Fögen, *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems* (2002) 1 *Rechtsgeschichte* 14, 14–20.

innere Logik des römischen Rechtssystems ergibt. Besonders die Anwendung dieser Konzeption auf die Zwölftafelgesetze hat zu neuen Erkenntnissen geführt. Fögen löst hier die Frage nach der Faktizität der Zwölftafelgesetze mit der Feststellung auf, dass es gar nicht darauf ankomme, ob die zwölf Tafeln jemals wirklich existiert hätten: „Was kommt es darauf an, ob der Gesetzestext jemals auf Zwölf Tafeln eingraviert war, wenn doch die Römer selbst sagen, sie hätten – mangels physischer Existenz der Tafeln – den Text imaginiert und memoriert?“⁷ Eine relevante Unterscheidung zwischen Fakt und Fiktion verneint sie deshalb. Anderswo formuliert Fögen: „Eine Blockade des Lesens sollte man aufheben, nämlich die vielen Historikern liebgewordene Gewohnheit, Texte nach „Tatsachen“ einerseits und Geschichten, Legenden, Mythen andererseits zu diskriminieren.“⁸

Dieser Deutungsversuch ist verschiedentlich auf Widerspruch gestossen⁹ und stellt auch heute nicht die herrschende Sicht dar.¹⁰ Gleichwohl ist dem konstruktivistisch inspirierten Wahrheitsbegriff Fögens viel abzugewinnen – insbesondere, so die hier vertretene und im Folgenden zu entwickelnde Ansicht, vermag ihre in den „Rechtsgeschichten“ ausdifferenzierte Definition der Wahrheit auch zur Schärfung einer These beizutragen, die Fögen in einem anderen Werk formuliert: Die Analyse des entstehenden kaiserlichen Wissensmonopols in der Spätantike.¹¹

In einem kurz zuvor entstandenen Werk – ihrer Habilitationsschrift aus dem Jahr 1997 – befasst sich Fögen mit einem anderen Untersuchungsgegenstand, der ebenso Bezüge zu einem Bild von „Wahrheit“ aufweist, wobei sie uns hier keine ausformulierte Wahrheitstheorie offenbart. „Die Enteignung der Wahrsager“ widmet sich einer zunehmenden legislativen Tätigkeit der Kaiserkanzlei im vierten Jahrhundert, die sich insbesondere gegen sogenannte Eingeweideleser richtete: Ihnen wird Stück für Stück die Operationsbasis entzogen, bis sie zunächst als Wahnsinnige und dann als Feinde Roms gebrandmarkt werden.¹² Fögen deutet die Repression gegen die Eingeweideleser als Ausdruck eines zunehmenden kaiserlichen

7 Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn 2) 73.

8 Fögen, *Rechtsgeschichte 1* (Fn 6) 19; ähnlich auch Fögen, *Rechtsgeschichte 3* (Fn 3) 209.

9 HH Jakobs, *Besprechung von Marie Theres Fögen, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems* (2003) 120 ZRG RA 200–209.

10 M Humbert, *La loi des XII Tables* (Ecole Française de Rome 2018) 2.

11 MT Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager. Studien zum kaiserlichen Wissensmonopol in der Spätantike* (2. Aufl., Suhrkamp 2016).

12 *ibid.* 35.

Allmachtsanspruchs; die Kaiser des vierten Jahrhunderts beanspruchten, sämtliche zirkulierenden Wahrheitsdeutungen kontrollieren und lenken zu können – es entsteht durch die gezielte Ausschaltung anderer interpretierender Kräfte, was Fögen als „kaiserliches Monopol auf die Deutung der Welt“¹³ bezeichnet. Insgesamt taxiert Fögen die Kaiser des vierten Jahrhunderts n. Chr. hier als Akteure, die einen umfassenden Kontrollanspruch gegenüber der römischen Öffentlichkeit haben. Sie schalten Stimmen im Diskurs aus, die an der Bildung einer konstruktivistischen Version von Wahrheit in der antiken Welt beteiligt sind. In diesem Diskurseingriff erblickt Fögen einen umfassenden Machtanspruch der römischen Kaiser der Spätantike, der auch die Beantwortung der Frage einschliesst, was als „wahr“ und was als „unwahr“ zu gelten hat.

Einen explizit verbalisierten, dieser These zugrundeliegenden Wahrheitsbegriff stellt uns Fögen bei der Entwicklung dieser These nicht zur Verfügung. Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich der Wahrheitsbegriff aus Fögens „Römischen Rechtsgeschichten“ hier jedoch zur Verdeutlichung von Fögens Thesen über die Regulierung der Haruspizin heranziehen:

Der vorliegende Beitrag versucht, den Wahrheitsbegriff, der Fögens Thesen zum „kaiserlichen Wissensmonopol“ im vierten Jahrhundert zugrunde liegt, zu umreißen. Er tut dies einerseits, indem er die Effekte und das Umfeld des kaiserlichen Diskurseingriffs definiert: Hierbei gilt es, die Natur der Eingeweideleserei (2.) und die Entwicklung ihrer Regulierung (3.) zu bedenken. Sodann versucht er, die Haruspizin im Prozess der Signifikation zu verorten. Dies wird an einem Beispiel aus der Klassik gezeigt (4.). Danach wird die These Fögens anhand der gewonnenen Erkenntnisse konkretisiert und mit den Wahrheitsdefinitionen im restlichen Werk Fögens in Bezug gesetzt (5.). Dies ermöglicht schliesslich die Beantwortung der Frage, welche Konzeption von Wahrheit der Untersuchung Fögens zugrunde liegt (6.).

2. Die Haruspizin

An jedem gesellschaftlichen Diskurs nehmen verschiedene Akteure für sich in Anspruch, über Gegenwart und Zukunft die Wahrheit zu verkünden. In der Antike sind unter anderen Gruppen auch Eingeweideleser Teil eben-

13 *ibid* 9.

dieses Diskurses über die Wirklichkeit. Diese *Haruspices* sind herkömmlicherweise etruskischer Abstammung¹⁴ und werden von gewöhnlichen römischen Bürger in privaten Angelegenheiten, aber auch von Akteuren der höchsten Stratosphären des politischen Systems Roms, in politischen Angelegenheiten befragt, sei dies nun im letzten Jahrhundert vor Christus oder im vierten Jahrhundert danach. Gewöhnlicherweise werden sie auf die Erscheinung eines Ereignisses herbeigerufen, das die Römer (und wohl sogar in einem stärkeren Ausmass auch die Etrusker selbst) als Indikator für einen Kontaktversuch der Götter mit den Menschen interpretieren.

Um ihren Auftrag zu erfüllen – die Gegenwart oder die Zukunft zu deuten – bedienen sich die *Haruspices* regelmässig der Leber eines geopferten Tieres, für gewöhnlich einer Schafleber. Hierauf untersuchen sie die Leber auf sichtbare stoffliche Irregularitäten und leiten daraus ab, welcher Gott oder welche Göttin für das aufgetretene Zeichen verantwortlich ist und was getan werden muss, um ein eventuell drohendes Schicksal abzuwenden. Die Haruspizin ist damit ein theurgischer Akt, er zwingt die Götter dazu, sich zu äussern.

Haruspices lesen aus den Eingeweiden eines rituell geopferten Tieres die Antwort auf die Frage, wie ein aufgetretenes Zeichen in der menschlichen Umwelt – etwa ein Donnern, ein im Mutterleib schreiendes Kind oder ein sich auf dem römischen Rindermarkt manifestierender Regen aus Blut – zu deuten sei. Die Römer erachten die etruskischen *Haruspices* als kompetent, die genuin römische Konzeption der Vorsehung zu deuten. Sie erfüllen das Bedürfnis zur Indikatorendeutung über die Qualität der Umwelt, das zu den Kerncharakteristika der menschlichen Natur zählt, wie es etwa Karl Jaspers allgemein für den Menschen bescheinigt: Es sieht den Menschen einer „unerschöpflichen Physiognomik allen Daseins“¹⁵ gegenüberstehen. In die gleiche Richtung geht die Bestandesaufnahme von Aleida Assmann, die der Menschheit eine permanente „Deutungsbereitschaft“¹⁶ unterstellt; danach sieht sich der Mensch als *homo interpretes* mit der permanenten Aufgabe konfrontiert, Zeichen in seiner Umwelt (seiner „Semiosphäre“¹⁷) zu entschlüsseln. Es ist also wohl die permanente Deutungsbereitschaft des

14 CO Thulin, *Haruspices*. Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Band VII (JB Metzlerscher Verlag 1912) 2431, 2433.

15 K Jaspers, *Philosophie* (Springer 1973) 798.

16 A Assmann, *Im Dickicht der Zeichen* (Suhrkamp 2023) 33.

17 Hier bezieht sich Assmann (Fn 16) auf JM Lotman, *Die Innenwelt des Denkens. Eine semiotische Theorie der Kultur* (Suhrkamp 2010) 163–292, der den Begriff der Semiosphäre ergänzend zu den Konzepten der Biosphäre und zur Noosphäre verwendet.

Menschen als „vielleicht älteste[m] Gestus des menschlichen Intellekts“¹⁸, die im Rahmen der Eingeweideleserei in ritualisierter Form bedient wird. So können sich die *Haruspices* im zivilen und politischen öffentlichen Leben Roms eine relevante soziale Stellung erarbeiten: ihre Interpretationen – teilweise belächelt, doch stets aufmerksam studiert – haben Gewicht.¹⁹

3. Die Regulierung der Haruspizin

Rund vierzehn Jahre nachdem Konstantin I. Kaiser geworden war, geschah im Jahr 320 oder 319 n. Chr. etwas, was die Bürger der Stadt Rom offensichtlich beschäftigte: Ein Blitz hatte das Amphitheater Roms getroffen – oder, wenn nicht getroffen, doch zumindest gestreift oder „berührt“.²⁰ Der Stadtpräfekt von Rom, ein Mann namens Maximus, hatte darauf die Eingeweideleser beauftragt, den Vorfall zu untersuchen und eine Deutung dieses himmlischen Zeichens abzugeben. Jene Eingeweideleser hatten einen Bericht erstellt, der im Jahr 320 n. Chr. zunächst den Tribun und *magister officiorum* Heraclius erreichte. Dieser hatte den Bericht wohl an die Kaiserkanzlei weitergeleitet, denn im Jahr 320 n. Chr. erliess Konstantin I. zumindest teilweise als Reaktion auf diesen Bericht eine Konstitution, die sich an den Stadtpräfekten Maximus richtet. Er bestätigt dem *praefectus urbi* darin nicht nur, dass ihm die Anzeige über den Blitzeinschlag und die in der Folge angeordnete Deutung zur Kenntnis gebracht worden war,²¹ sondern lässt auch die generellere Anweisung verlautbaren:

„Wenn unser Palast oder ein anderes öffentliches Gebäude von einem Blitz berührt wird, soll dies, indem der Brauch der alten Beobachtung

18 C Ginzburg, Spurensicherung. Die Wissenschaft aus der Suche nach sich selbst (Wagenbach 1983) 72.

19 Über die weite Verbreitung der Divination in der römischen Zivilbevölkerung vgl. Cato, *De Agri cultura*, 5,4; Plautus, *Asinaria* 259, Plinius d.Ä., *naturalis historia* 2.5.21; Cicero, *De Divinatione* 1.3; J North, *Diviners and Divination in Rome*, in M Beard und J North (Hrsg.), *Pagan Priests. Religion and Power in the Ancient World* (Duckworth 1990) 58, 59; P Ripat, *Roman Omens, Roman Audiences and Roman History* (2006) 53 *Greece and Rome* 155, 156.

20 CTh 16.10.1 spricht von einem *tactu amphitheatri*.

21 CTh 16.10.1 Übersetzung durch Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager* (Fn II) 37: „*Eam autem denuntiationem adque interpretationem, quae de tactu amphitheatri scripta est, de qua ad Heraclianum tribunum et magistrum officiorum scripseras, ad nos scias esse perlatam*“.

beibehalten wird, von den Haruspices untersucht werden, was dieser Vorfall prophezeit. Das Ergebnis soll uns auf das Genaueste durch einen schriftlichen Bericht zur Kenntnis gebracht werden. Auch anderen Leuten soll es gestattet sein, von diesem Verfahren Gebrauch zu machen, solange sie von häuslichen Opfern, welche eigens verboten wurden, Abstand nehmen.“²²

Wie ist dies nun zu verstehen? Konstantin I., dessen persönliche religiöse Überzeugungen selbst Gegenstand von Diskussionen ist,²³ hat sich entschieden, zumindest für öffentliche Angelegenheiten auf den Dienst von Eingeweidelesern zu vertrauen. Sie sollen sich manifestierende Zeichen deuten und daraus Rückschlüsse auf die Beschaffenheit der Gegenwart und der Zukunft ableiten, womit er den *Haruspices* also eine konkrete Rolle im öffentlichen Diskurs zuspricht.

Dies war nicht der erste legislative Akt Konstantins, der sich mit den Eingeweidelesern befasste. Im Vorjahr hatte Konstantin in CTh 9.16.1 und 9.16.2, welche die „Premiere“ der *Haruspices* „auf der Bühne des Rechts“ darstellten,²⁴ ganz anderen Ton gegen die Eingeweideleser angeschlagen:

CTh 9.16.1: „Diejenigen nämlich, die an ihrem Aberglauben festhalten möchten, können, den entsprechenden Ritus öffentlich ausüben.“²⁵

CTh 9.16.2: „Wir verbieten, dass Opferschauer, Priester und jene, die gewöhnlich diesem Ritus dienen, ein Privathaus betreten, oder unter dem Vorwand der Freundschaft die Schwelle eines Anderen überschreiten. Eine Strafe ist gegen diejenigen festgesetzt, die dieses Gesetz missachten. Wer tatsächlich das, woran ihr glaubt, ausüben will, möge zu öffentlichen Altären gehen und dort die Feierlichkeiten eures Brauchs zelebrieren.“

22 „*Si quid de palatio nostro aut ceteris operibus publicis degustatum fulgore esse constiterit, retento more veteris observantiae quid portendat, ab haruspibus requiratur et diligentissime scriptura collecta ad nostram scientiam referatur, ceteris etiam usurpandae huius consuetudinis licentia tribuenda, dummodo sacrificiis domesticis abstineant, quae specialiter prohibita sunt*“.

23 Vgl J Curran, *Constantine and the Ancient Cults of Rome: The Legal Evidence* (1996) 43 *Greece & Rome* 68, 69–71.

24 Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager* (Fn 11) 34.

25 Übersetzung durch Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager* (Fn 11) 34; „*supersitioni enim suae servire cupientes poterunt publice ritum proprium exercere*.“

Wir verbieten nämlich nicht, die Liturgien eines vergangenen Brauchs im Licht der Öffentlichkeit auszuüben.“²⁶

Das spricht nun eine gänzlich andere Sprache als die eingangs zitierte Klassifizierung der *Haruspices* als öffentliche Gutachter und Zeichendeuter: Zunächst gibt Konstantin I. unmissverständlich zu erkennen, dass er selbst von den Praktiken der *Haruspices* nichts hält: So spricht er von jenen, die „das, woran ihr glaubt“ ausüben möchten (*qui vero id vobis existimatis conducere*), und verdeutlicht damit, dass er selbst nicht daran glauben will. Ausserdem nennt Konstantin I. die Eingeweideleserei einen „Aberglauben“ (*superstitio*) und einen verkehrten, falschen Brauch.

Das augenscheinlichste Zeichen des Misstrauens äussert sich jedoch in der Anweisung, die Praktiken der Eingeweideleserei in der Öffentlichkeit auszuüben. Die Auflage, welche die Eingeweideleserei „bei verschlossenen Türen“;²⁷ also unter Ausschluss der öffentlichen Kontrolle, verbieten will, stellt ein Zeichen des Misstrauens gegenüber den *Haruspices* dar. Eine öffentliche Nutzung der „Dienstleistung“ der Eingeweideleserei ermöglicht laut Konstantin die Kontrolle über diese Nutzung – im Notfall kann somit auch in den Ritus eingegriffen werden, falls die im Rahmen der Haruspizin vorgenommene Signifikation nicht wie geplant verläuft oder nicht jenen Ausgang nimmt, den sich die Staatsmacht erwünscht.

Fögen hat diesen oft beobachteten Widerspruch zwischen CTh 9.16.1/9.16.2 und CTh 16.10.1 in zweierlei Art gedeutet: Erstens sticht die Regulierung der Nutzung der Haruspizin als öffentliche Dienstleistung ins Auge – der Kaiser ist der Ansicht, dass öffentliche Belange auch durch *Haruspices* gedeutet werden müssen; genau dort aber – also im öffentlichen Forum – sollen sie bleiben: Ein privates Praktizieren der Eingeweideleserei wird ausgeschlossen. Ein Vertrauensbeweis ist das nicht: Es drängt sich vielmehr der Verdacht auf, in der privaten Anwendung der *disciplina etrusca* liege eine offenkundige Gefahr für den Kaiser.

26 Übersetzung durch Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 34; „*Haruspices et sacerdotes et eos, qui huic ritui adsolent ministrare, ad privatam domum prohibemus accedente vel sub praetextu amicitiae limen alterius ingredi, poena contra eos proposita, si contempserint legem. Qui vero id vobis existimatis conducere, adite aras publicas adque delubra et consuetudinis verstrae celebrate sollempnis : nec enim prohibemus praeteritae ursupationis officia libera tuce tractari.*“

27 J Burckardt, Die Zeit Constantins des Grossen (unveränderter Nachdruck der 1. Auflage aus dem Jahr 1880, Hansebooks 2017) 276.

Damit ist die zweite, nach Fögen zentralere Deutung der Regulierung der Haruspizin durch Konstantin I. bereits angerissen: die Frage nach der Einschätzung der Sinnhaftigkeit oder Seriosität der Haruspizin als solcher. Offensichtlich hält Konstantin die Eingeweideleser für Scharlatane; auch hält er den alten Brauch der Eingeweideleserei für eine *superstitio* – einen Aberglauben, für Mumpitz. Gleichzeitig scheut er davon zurück, offen gegen die Eingeweideleser vorzugehen und betont stattdessen explizit, dass Zeichen durch *Haruspices* zu deuten seien, wo sie sich offenbaren, nämlich in der Öffentlichkeit. Gewohnt wortgewaltig wählt Fögen hierfür die Umschreibung der „Paradoxie von eindeutiger Herabsetzung [...] und ungeschminktem Bekenntnis zu einer dergestalt verworfenen Deutungsmethode“²⁸. Gleich, wie man diese Politik zu nennen geruht: mit ihr reiht sich Konstantin, der in vielerlei Hinsicht nicht ins Muster des bis dahin hergebrachten Kaisers passen will, in eine lange Tradition der Skepsis ein. Einen ähnlichen Spagat zwischen Skepsis und Duldung können wir auch bei Cicero beobachten: Jener widmet sich im zweiten Buch des Dialogs *De Divinatione* intensiv der Eingeweideschau: So hält er etwa fest, dass die Ergebnisse der Eingeweideschau widersprüchlich und arbiträr scheinen²⁹ und durch keine vernünftige Lehre vorausgesehen werden könnten.³⁰ Cicero unterstellt den *Haruspices* weiter, um ihre eigene Scharlatanerie zu wissen: So legt er (genauso wie Tacitus³¹) Cato die Verwunderung darüber in den Mund, „dass die *Haruspices* nicht lachen müssen, wenn einer dem anderen begegnet“.³² Seiner ganzen – durch eine naturwissenschaftliche Gründlichkeit und eine betont abgeklärte akademische Skepsis geprägten – Tirade gegen die Eingeweideschau und jene, die sie praktizieren, stellt Cicero jedoch einen eigentümlichen Satz voran: Er plädiert dafür, die Haruspizin

28 Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 254.

29 „*Quid? cum pluribus deis immolatur, qui tandem evenit, ut litetur aliis, aliis non litetur? quae autem inconstantia deorum est, ut primis minentur extis, bene promittant secundis? aut tanta inter eos dissensio, saepe etiam inter proximos, ut Apollinis exta bona sint, Dianae non bona? quid est tam perspicuum quam, cum fortuito hostiae adducantur, talia cuique exta esse, qualis cuique obtigerit hostia?*“ (Cic, iv. 2.38); Im Folgenden wiedergegeben in der Edition von R Klotz und CFW Müller, M. Tullii Ciceronis scripta quae manserunt omnia (Teubner 1872).

30 „*Quid enim proficit, cum in medium mare fulmen iecit? quid, cum in altissimos montis, quod plerumque fit? quid, cum in desertas solitudines? quid, cum in earum gentium oras, in quibus haec ne observantur quidem?*“ (Cic, div 2.45).

31 Tacitus, annales 11.15.

32 „*Vetus autem illud Catonis admodum scitum est, qui mirari se aiebat quod non rideret haruspex haruspitem cum vidisset.*“ (Cic, div 2.51.).

um der „allgemeinen Religiosität Willen“ weiter zu pflegen (*Ut ordiare ab haruspicina, quam ego rei publicae causa communisque religionis colendam censeo.*).³³

Die römische Gesellschaft – sei es nun jene der späten Republik oder jene des frühen vierten Jahrhunderts nach Christus – scheint demnach ein ambivalentes Verhältnis zur Haruspizin gepflegt zu haben: Einerseits verlacht man die Praxis als Scharlatanerie, als billigen Trick; andererseits zieht man die Eingeweideleser stets dann zu Rat, wenn man selbst mit der Deutung angeblich himmlischer Zeichen nicht weiterweiss. Dieser Zwiespalt der römischen Gesellschaft gegenüber den Eingeweideschauern spiegelt sich auch in der schwammigen institutionellen Rolle wider, die der Haruspizin eingeräumt (oder eben gerade *nicht* eingeräumt) wird: Die Eingeweideleser werden zwar als Gutachter gerufen, haben allerdings weder institutionelle Macht noch eine klare Funktion innerhalb der institutionellen Logik der römischen Gesellschaft: Wo sie sich aufhalten oder was sie tun, wenn sie nicht gerade im Auftrag der Mächtigen himmlische Zeichen deuten, bleibt unklar. Beard stellt deshalb m.E. berechtigtermassen die Frage: „*How quickly could the haruspices be summoned? And from where exactly?*“³⁴

Dieser Zwiespalt der römischen Staatsmacht gegenüber den *Haruspices* sollte jedoch bald nach den genannten Konstitutionen Konstatins ein Ende haben – und eine innere Kohärenz annehmen: Unverblümt und ohne Widerspruch wird der Eingeweideleserei der Kampf angesagt. Den Anfang macht Constantius, der 20 Jahre nach Konstantin einen massiven Einschnitt in die Praxis der Eingeweideschau vornimmt, indem er Tieropfer verbietet:

CTh 16.10.2: „Der Aberglaube habe ein Ende, der Opferwahnsinn muss aufgegeben werden. Denn wer auch immer gegen das Gesetz des heiligen Princeps, unseres Vaters und gegen den Befehl unserer Gnade Opferhandlungen zu zelebrieren wagt, an dem soll die ihm gebührende Strafe und ein sofortiges Urteil vollstreckt werden.“³⁵

33 Cic, div 28.20.

34 M Beard, Ciceros Response of the Haruspices and the Voice of the Gods (2012) 112 The Journal of Roman Studies 20, 25.

35 Übersetzung durch Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 37; „[...] *cesset superstitio, sacrificiorum aboleatur insania. nam quicumque contra legem divi principis parentis nostri et hanc nostrae mansuetudinis iussionem ausus fuerit sacrificia celebrare, competens in eum vindicta et praesens sententia exeratur.*“ (CTh 16.10.2).

Das scheint zunächst ein Wandel gegenüber Konstantins skeptischer, aber auf einen Religionsfrieden bedachter Haltung zu sein, der zwar nicht mit den *Haruspices* in Verbindung gebracht werden will, die alten Bräuche aber gelten lässt – und damit sicherlich auch einen internen Frieden, eine Konsolidierung innerhalb des Imperiums im Blick hat. Aggressionen gegen Heiden sollen wo immer möglich abgewendet werden – oder sich zumindest nicht zuspitzen. Auch Kaiser Constantius ruft nicht direkt zur Gewalt gegen die Eingeweideleser auf und wählt entsprechend eine weniger konfrontative Strategie: Er entzieht den *Haruspices* die „Operationsbasis“,³⁶ den notwendigen „Rohstoff“ für ihre Arbeit, nämlich die rituell getöteten Tiere, aus deren Eingeweide gelesen werden könnte.

Die ersten Schritte in die Richtung eines eindeutigen Verbots der Eingeweideleserei sind mit Constantius' Verbot der Tieropfer getan: Als einige Jahre später, im Jahr 357 n. Chr. in CTh 9.16.4, die *Haruspices* zusammen mit anderen Wahrsagern wie Hariolen, Auguren und Chaldäern zu Kriminellen erklärt werden und aus den öffentlichen Diensten und damit aus dem öffentlichen Diskurs verbannt werden, kann das niemanden mehr erstaunen. Die Zuspitzung der Rhetorik gegen die *Haruspices* ist nicht zu übersehen: Werden sie zunächst dazu verpflichtet, ihre Dienste nur noch in der Anwesenheit von Zeugen zu verrichten und später als Abergläubige und Wahnsinnige gebrandmarkt, so werden sie wenige Jahrzehnte später gänzlich aus dem öffentlichen Dienst ausgeschlossen: Sie sind Lügner geworden.

Der Ostrazismus gegen die *Haruspices* ist zu diesem Zeitpunkt weit fortgeschritten, aber noch nicht vollständig abgeschlossen. Noch einmal 30 Jahre später erlassen die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius eine finale Konstitution, die den Regulierungsprozess gegen die Eingeweideleser abschliesst:

CTh. 16.10.7: „Wenn ein gleichsam Wahnsinniger und noch dazu Gottloser sich durch verbotene Opferhandlungen bei Tag oder Nacht als Berater über ungewissen Dinge einlässt und glaubt, dass man zur Ausübung eines solchen Frevels ein Heiligtum oder einen Tempel benötigte, oder meint, man müsse einen solchen Betreten, so soll er wissen, dass er der Verbannung unterliegt. Durch unsere gerechte Vorschrift mahnen wir

36 Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn II) 36.

nämlich dann, dass Gott durch fromme Gebete verehrt werden muss und nicht durch unheilvolle Zauberei entweiht werden darf³⁷.

Damit ist der Ausschluss der *Haruspices* komplett. Die Eingeweideleser werden zu *Hostes*; ihnen droht die Verbannung und der Entzug ihrer römischen Bürgerrechte, wenn sie ihre Kunst nicht aufgeben. Dieser Prozess ist vor allem in seiner Dynamik beachtlich: Zunächst gab es von der späten Republik bis ins frühe vierte nachchristliche Jahrhundert keine oder nur wenige legislative Massnahmen die Tätigkeit der Eingeweideschau betreffend: Sie stellt eine – den Intellektuellen wie Cato und Cicero ärgerliche, für die Allgemeinheit aber offensichtlich üblich scheinende – Form der Zeichendeutung dar, die privat wie öffentlich konsultiert wird. Ein (wohl verschwindend kleiner) Bruchteil der im Verlauf des Aufstiegs der römischen Republik marginalisierten Etrusker bewahrt sich durch die Haruspizin einen Rest ihres früheren Einflusses. Die Mächtigen mögen unterschiedliche Meinungen über sie haben – und darüber, inwieweit sie tatsächlich geeignet ist, verallgemeinerungsfähige Deutungen der Realität zu liefern –, doch sie scheinen sich davor zu scheuen, sie zu regulieren, geschweige denn zu verbieten. Mit Konstantin I. und seinen Nachfolgern ändert sich das: Spätestens sechzig Jahre nach dem Tod Konstantins ist auch der Brauch der Haruspizin an seinem Ende. Damit fällt der Feldzug gegen die Haruspizin auch mit dem kometenhaften Aufstieg des Christentums zur Staatsreligion zusammen. Daher liegt der Verdacht nahe, die Haruspizin sei als sich an den Rändern des vorchristlichen römischen Kults bewegende Kulturtechnik zusammen mit römischen Kultpraktiken der Christianisierung zum Opfer gefallen.

4. Fögens Theorie zur Regulierung der Haruspizin

Nach Fögen stellten die Weissagungen der *Haruspices* und der weiteren Wahrsager gültige Interpretationen der Gegenwart und Zukunft dar. Die zunehmende Regulierung der Tätigkeit der *Haruspices* erklärt sie damit, dass die Interpretationen des Götterwillens in einer antiken Konzeption

37 Übersetzung durch Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 39; „*Si qui vetitis sacrificiis diurnis nocturnisque velut vesanus ac sacrilegus, incertorum consultorem se inmererit fanumque sibi aut templum ad huiusmodi sceleris executionem adsumendum crediderit vel putaverit adeundum, proscriptioe se noverit subiugandum, cum nos iusta institutione moneamus castis deum precibus excolendum, non diris carminibus profanandum*“.

zwangsläufig auch Rückschlüsse auf das Schicksal des Kaisers zulassen musste. Aufgrund der untrennbaren Verbindung zwischen kaiserlicher Macht und göttlicher Vorsehung konnte nach Fögen nur ein Weg eingeschlagen werden, nämlich der der Zugänglichkeit, der Deutbarkeit des göttlichen Plans durch den Menschen. Sie bezeichnet diesen Paradigmenwechsel in der Spätantike als „neue Wissensordnung“ und hält fest:

„Statt des Kaisers Willen von Gottes – erkennbarem! – Willen zu befreien, wurde durch die neue Wissensordnung – funktional nahezu äquivalent – Gott von den Zugriffen der Menschen befreit. In dem Moment, in dem Gottes *consilia* und *dispositiones* der menschlichen Erkenntnis entzogen sind, unterliegen auch die Beschlüsse und Entscheidungen des Kaisers nicht mehr der *cogitatio humana*. Denn der Kaiser ist der Stellvertreter jenes undurchschaubaren Gottes, nicht der Vertreter der Menschen. Zu diesem Zeitpunkt ist die Differenz nicht nur zwischen Gott und den Menschen, sondern auch die zwischen dem Kaiser und den Menschen endgültig etabliert.“³⁸

Dies ist nun eine Konzeption, die sowohl zu spätheidnischen als auch frühchristlichen Konzeptionen von kaiserlicher Macht passt: Wo Kaiser gottgleich oder höchste Vertreter Gottes auf Erden werden, sind sie gut beraten, keine anderweitigen Deutungen vom Willen Gottes zu dulden – und in diesem Sinn gewisse Formen der Wahrheitsfindung oder Erkenntnisgewinnung mit einem Verbot zu belegen. Als Beleg hierfür führt Fögen den bereits zitierten Theodosius an:

CTh 16.10.12.1: „Wenn irgend jemand es wagen sollte, Opfertiere zu schlachten oder die noch lebenden Eingeweide zu deuten, so wird er – nach dem Beispiel eines Hochverräters, der von jedermann vor Gericht gebracht werden darf – der entsprechenden Strafe unterliegen, auch wenn er nichts gegen oder über das Heil der Kaiser erfragt hat. Es genügt nämlich für die Schwere des Verbrechens, dass jemand die Gesetze der Natur selbst aufheben, Unerlaubtes erforschen, Verborgenes entschlüsseln, Verbotenes versuchen, das Lebensziel eines Menschen erfragen, die Aussicht auf seinen Tod verheissen will.“³⁹

38 Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 319.

39 Übersetzung durch Fögen, Die Enteignung der Wahrsager (Fn 11) 318; „*Quod sie quispiam immolare hostiam sacrificaturus audebit aut spirntia extra consulere, ad exemplum maiestatis reus licita cunctis accusatione delatus ecipiat sententiam competentem, etiamsi nihil contra salutem principum aut de salute quaesierit. Sufficit enim*

5. Verortung der Haruspizin im Vorgang der Signifikation anhand eines Beispiels

Zur Würdigung dieses Arguments kann auf ein Ereignis zurückgegriffen werden, das Fögen selbst in dieser Form nicht bespricht: Ciceros *De Haruspicum Responso*⁴⁰ und seine Vorgeschichte. *De Haruspicum Responso* ist eine von Cicero irgendwann⁴¹ im Verlauf des Jahres 56 v. Chr. im römischen Senat gehaltene Rede. Sie erfreut sich deutlich weniger Beliebtheit als der erwähnte *De Divinatione*-Diskurs Ciceros, welcher ebenfalls die Thematik der Eingeweideschau anspricht. Es ist hierbei festzuhalten, dass Ciceros Antwortrede auf eine Deutung der Wahrheit durch die *Haruspices* nicht aus der Spätantike, sondern aus spätrepublikanischer Zeit stammt. Die Ausgestaltung der politischen Institutionen Roms und damit auch der politischen Diskurse ist zu dieser Zeit also anders als in dem von Fögen untersuchten Zeitraum. Gleichwohl vermittelt uns Ciceros Rede einen verallgemeinerbaren Eindruck des Stellenwerts, den ein Diskurseingriff durch *Haruspices* in Rom hatte.

5.1. Ciceros *De Haruspicum Responso* als Beispiel für den Diskurseingriff durch *Haruspices*

Der Hintergrund der Rede Ciceros stellt sich wie folgt dar: Im Nachgang der Catilinarischen Verschwörung,⁴² im Rahmen derer Cicero⁴³ die Hin-

*ad criminis molem naturae ipsius leges velle rescindere, illicita perscrutari, occulta recludere, interdicta temptare, finem quarere salutis alienae, spem alieni interitus polliceri.*⁴⁴

40 Im Folgenden wiedergegeben in der Edition von R Klotz und CFW Müller, M. Tullii Ciceronis scripta quae manserunt omnia (Teubner 1872).

41 Zur Suche nach dem ungefähren Datum dieser Rede während des erwähnten Jahres vgl Beard (Fn 34) 23 mwH.

42 Die Opferschau spielt bereits in jenem frühen Stadium dieser Geschichte eine Rolle: In einer der catilinarischen Reden Ciceros beruft sich der Redner darauf, dass die Verschwörer just an jenem Tag festgenommen worden seien, an dem eine Jupiterstatue aufgerichtet wurde, die wiederum von Opferschauern in Auftrag gegeben worden war. Bereits dies ist für Cicero ein Zeichen der göttlichen Unterstützung für die Sache der Republik (vgl Cic, Catil 3.19–20).

43 Dieser wurde 63 v Chr zum Konsul gewählt, vgl Sall, Cat 23.5 (Sallust wird hier und im Folgenden wiedergegeben nach LD Reynolds, C. Sallustius Crispus: Catilina, Iugurtha, Historiarum Fragmenta Selecta; Appendix Sallustiana (Oxford University Press 1991)).

richtung der Catilinarier ohne vorangehendes Gerichtsverfahren erlaubt hatte,⁴⁴ wählte Cicero selbst die Verbannung nach Thessaloniki. Damit wollte er einer Verurteilung aufgrund eines rückwirkend geltenden Gesetzes zuvorkommen, nach welchem mit Verbannung belegt wurde, wer einen römischen Bürger ohne ein Verfahren tötete. An der Stelle von Ciceros Stadthaus liess Publius Clodius Pulcher – mit dem Cicero spätestens seit dem Skandal um *Bona Dea* vier Jahre zuvor in inniger Feindschaft verbunden war⁴⁵ – einen Tempel errichten.⁴⁶ Im Jahr 57 v. Chr. durfte Cicero nach Rom zurückzukehren. In einer Verhandlung vor einem Priesterkollegium erstritt er sich in der Folge – gegen die Einwände des Clodius – zudem die Erlaubnis, sein abgerissenes Haus wiederaufzurichten.⁴⁷ Cicero hat zu diesem Zeitpunkt den Höhepunkt seiner politischen Karriere hinter sich, ist aber noch nicht an deren Ende gelangt – noch durchbohrt keine Haarnadel seine Zunge.⁴⁸ Gleichwohl jedoch steht er unter Beschuss. Zumindest lässt der Senat seine Rolle in einer ungewöhnlichen Sache untersuchen: Um das Datum seiner Rückkehr herum wurde auf den Äckern vor den Toren Roms ein Rumoren gehört (*strepitus cum fremitu*). Worum es sich bei diesem Krach (Cicero selbst spricht später in seiner Rede von *horribilis fremitus armorum*, also dem schrecklichen Klappern von Rüstung⁴⁹) genau handelte, blieb unklar. Einig war man sich aber offenbar darin, dass es sich bei diesem *fremitus* um ein himmlisches Zeichen (vielleicht auch unmittelbarer: um die Stimme der Götter) handelte, das es zu deuten galt.⁵⁰ Der Senat beauftragte daher eine Gruppe von *Haruspices*, ein Gutachten zu erstellen.⁵¹ Die aus diesem Auftrag hervorgehende Antwort der *Haruspices* ist eines der wenigen praktischen Anwendungsbeispiele für eine Deutung himmlischer Zeichen durch Eingeweideleser. Cicero gibt sie

44 Sall, Cat 55.1.

45 Plutarch, Cicero, 29.2 – 3; G De Benedetti, L'Esilio di Cicerone e la sua importanza storico-politica (Historia 1929) 549–550.

46 Beard (Fn 34) 21.

47 Cic, dom vgl insb 32–33.

48 Nach den Schilderungen Plutarchs wird Cicero am 7. Dezember des Jahres 43 v. Chr. getötet (Plut, Cic 48–49); Cassius Dio überliefert uns weiter die Schilderung, Fulvia (Publius Clodius Pulchers Witwe) habe die Zunge des Leichnams Ciceros mit einer Haarnadel durchbohrt (Dio, 47.8.4).

49 Cicero, de haruspicum responso, 20.

50 G Manuwald, Die religiöse Stimme Ciceros, in AM Becker und J Rüpke (Hrsg), Autoren in religiösen literarischen Texten der späthellenistischen und der frühkaiserlichen Welt. Zwölf Fallstudien (Mohr Siebeck 2018) 39, 47.

51 Cic, har resp 9, 20, 62.

in seiner Rede nicht am Stück wieder, sondern nimmt stets zu kürzeren Passagen Stellung. Gleichwohl ermöglicht uns Ciceros Rede im Senat, das Gutachten der Eingeweideleser zusammenzuzufügen;⁵² Cicero selbst gibt in Har. 40 an, ausschliesslich die Worte der *Haruspices* wiederzugeben und selbst nichts hinzuzufügen (*haruspicum verba sunt haec omnia, nihil addo de meo*). Einmal sagt er (als würde er auf den notierten Text in seiner Hand schauen⁵³); *Sed recitemus quid sequantur* („Doch lesen wir, was folgt“).⁵⁴ Das zusammengetragene Ergebnis ist als Fliesstext in den Worten von Beard „*frustratingly unspecific*“⁵⁵ und dennoch die einzige ausführliche Niederschrift eines auf Haruspizin basierenden Gutachtens:

„quod in agro Latinensi auditus est stepitus cum fremitu, positiones esse Iovi Saturno Neptuno Telluri dis caelestibus: Iudos minus diligenter factos pollutosque, loca sacra et religiosa profana haberi, oratores contra ius fascisque interfectos, fidem iusque iurandum neglectum, sacrificia vetusta occultaque minus diligenter facta pollutaque; (videndum esse) ne per epotimatium discordian dissensionemque patribus principibusque caedes periculaque creentur auxilioque divini numinis deficientur, quare ad unius imperium res redeat exercitusque apulsus deminutioque accedat, ne occultis consiliis res publica laedatur, ne deterioribus repuslisque honos augeatur, ne reipublicae status commutetur.“

„Aufgrund des Rumorens und Klapperns, das auf dem *ager Latinensis* gehört wurde, sind Wiedergutmachungen an Jupiter, Saturn, Neptun, Tellus, die Götter des Himmels angebracht: Spiele wurden unsorgfältig gefeiert und entweiht, heilige Orte wurden entweiht, Gesandte wurden gegen Recht und Sitte getötet, Glaube und Schwüre wurden gebrochen und vernachlässigt, alte und geheime Opfer wurden unsorgfältig gefeiert und entweiht (Vorkehren sollten getroffen werden), ansonsten wird durch die Uneinigkeit unter den Patriziern Uneinigkeit und Gefahr für die Senatoren und Führer entstehen, ansonsten werden sie die Unterstützung der göttlichen Majestät verlieren, wenn sie die Rückkehr der Macht in die Hand eines einzigen Mannes verhindern wollen sowie die Schwächung und den Kräfteverlust der Armee; ansonsten wird der Staat durch geheime Pläne geschwächt werden; ansonsten wird der Ruhm

52 North (Fn 19) 51.

53 Beard (Fn 34) 27.

54 Cic, har resp 63, 62.

55 Beard (Fn 34) 25.

niederer Männer und der Zurückgewiesenen zunehmen; ansonsten wird die Staatsform verändert werden“.⁵⁶

Das scheint nun auch an sich eine düstere, besorgniserregende Nachricht zu sein. Sie ist jedoch sicherlich auch selbst auslegungsbedürftig: Welche Spiele sind gemeint? Welche Gesandten? Welche alten, heiligen Schwüre wurden gebrochen, und wessen Aufstieg zum Alleinherrscher gilt es durch die zu treffenden Vorkehrungen zu verhindern? Diese Antworten bleiben die *Haruspices* zumindest nach Ciceros Darstellung schuldig. Neben der inhaltlichen Unschärfe sticht zumindest im lateinischen Original, das aus der Rede Ciceros zusammengestellt wurde, auch eine archaische, reduzierte Sprache ins Auge, welche die Ambivalenz des Gutachtens noch einmal verstärkt. Dies mag verschiedene Gründe haben. Der erste Grund mag bei Cicero selbst sein – er gibt zwar, wie erwähnt, an, den Text des Gutachtens ungekürzt und ohne eigene Zusätze wiederzugeben; ob er dies tatsächlich tut, sei dahingestellt. Die zweite in der Lehre aufgeworfene Frage betrifft die Authentizität des Gutachtens aus einer anderen Perspektive: Die *Haruspices* selbst waren, wie bereits verschiedentlich erwähnt, keine Römer, sondern Etrusker. Haben sie ihre Antwort auf Etruskisch verfasst? Musste der Senat die Weissagung zunächst übersetzen lassen, bevor man sie diskutieren konnte?

Ohne den Sinn der Weissagung wirklich verstehen zu können – sofern sie jemals für irgendjemanden, die Eingeweideleser selbst eingeschlossen, abschliessenden Sinn ergeben hat – können wir aus diesem Text bzw. diesen Textfragmenten und der darauffolgenden Diskussion einige wichtige Aspekte über das Wirken und die Funktion der Eingeweideschau in der römischen Gesellschaft ableiten.

5.2. Der eingeweideleserische Deutungsvorgang als dreiteiliges Verfahren

Zunächst soll anhand dieses Gutachtens und seiner Interpretation durch die römischen Senatoren deutlich werden, dass die Eingeweideleserei zwar aktiv in den öffentlichen Diskurs in Rom eingreift und auch konsensfähige Informationen hervorbringt. Sie bedarf dazu jedoch eines weiteren Übersetzungsschritts: Der Interpretation des Gutachtens durch die Senatoren.

56 Die lateinische Version des aus Cic, har resp zusammengetragenen Gutachtens entspricht den Versionen die Beard (Fn 34) verwendet. Die deutsche Übersetzung stammt vom Verfasser des vorliegenden Beitrags.

Die Deutung von Gegenwart und Zukunft durch *Haruspices* ist demnach ein dreistufiges Verfahren, das erst mit der politischen Würdigung der Deutungen der Eingeweideleser abgeschlossen ist. Diese letzte Feststellung macht auch klar, weshalb sich ein Beispiel aus der späten Republik zur Überprüfung einer These über politische Vorgänge im 4. Jahrhundert eignet: An der Notwendigkeit einer politischen Rezeption des „Gutachtens“ der *Haruspices* ändert die Ausgestaltung der politischen Machtkonstellationen nichts.

Erstens ist ein Phänomen der menschlichen Semiosphäre als „Zeichen“ im hier verwendeten Sinn zu identifizieren. Wie ungewöhnlich ein Naturvorgang sein muss, um als Zeichen zu gelten, und wie direkt er sich auf den vermeintlichen Adressaten beziehen muss, ist unklar. So deutet der römische Senat nach der Darstellung von Livius etwa auch die Geburt eines Mädchens mit bereits voll entwickelten Zähnen in Auximum, die Geburt eines Jungen mit nur einer Hand in Sinuessa oder die Geburt eines zweiköpfigen Kindes in Veii als Zeichen über das Schicksal der römischen Republik.⁵⁷ Darauf folgen sogleich der zweite und der dritte Schritt dieses Deutungsvorgangs: Als zweiter Schritt kann die rituelle Opferung eines Tiers und dessen Deutung durch die *Haruspices* identifiziert werden. Dies erfordert drittens die Analyse dieser Deutung durch die politischen Akteure.

Am Beispiel des hier als Kronzeugen angeführten Ciceros wird dies besonders deutlich. Ciceros Rede ist im eigentlichen Sinn nämlich nicht bloss eine Analyse des etruskischen Gutachtens, sondern auch eine Antwortrede: Kurz zuvor hatte der bereits erwähnte Clodius eine Deutung des Gutachtens offeriert, in der er Cicero für den Lärm auf dem *ager latinensis* und die darin verkörperlichte *vox dei* verantwortlich macht: Cicero hatte schliesslich den Kultbau, den Clodius an der Stelle von Ciceros altem Wohnhaus errichtet hatte, niedergerissen, um darauf wiederum ein Haus zu errichten (was für Clodius die Entweihung einer religiösen Stätte darstellte).⁵⁸

Cicero wehrt sich in *De Haruspicum Responso* gegen diesen Vorwurf des Clodius und dreht den Spieß um:⁵⁹ Er bezichtigt Clodius selbst, der Grund für den Krach zu sein, und bezieht in seine Anklage insbesondere und interessanterweise einen weiteren römischen Politiker mit ein: Lucius Calpurnius Piso, der zwei Jahre zuvor (im Jahr 58 v. Chr.) Konsul gewesen war

57 Titus Livius, *ab urbe condita* 41.21.12.

58 Cic, *har resp* 8–17.

59 Cic, *har resp* 4.

und sich – ein Schelm, wer Böses dabei denkt – für Ciceros Verbannung eingesetzt hatte. Ciceros Argument lautet also etwa so: Nicht er selbst habe mit dem Wiederaufbau seines Wohnhauses eine heilige Stätte entweiht, vielmehr beziehe sich die Passage im etruskischen Gutachten auf Clodius, der in seinem eigenen Wohnhaus einen Götterschrein zerstört habe. Piso, so Cicero weiter, habe einen Tempel der Diana zerstört.⁶⁰ Die gestörten Spiele wiederum beziehe sich auf die Megalesien (die *ludi Megalenses*), die Clodius durch Sklavenbanden hatte stören lassen.⁶¹ Und auch am widerrechtlichen Mord an Gesandten war Piso schuld, der in Makedonien Gesandte habe ermorden lassen.⁶² Dieser Vorwurf kommt also nicht von ungefähr.⁶³ Wir können – auch ohne eine ins Letzte erfolgende Analyse von Ciceros Rede – ein Grundcharakteristikum des öffentlichen Umgangs mit den Weissagungen von Eingeweideschauern erkennen: Die römische Öffentlichkeit mag den *Haruspices* misstrauen und sie belächeln, aber ihre Deutungen werden ernstgenommen und rezipiert. Die Rezeption der Weissagungen durch die Politik wiederum, also der zweite Schritt der Deutung von Zeichen,⁶⁴ aus der regelmässig wohl auch normative Aussagen hervorgehen, basiert zwar auf den mehrdeutigen Aussprüchen der *Haruspices*, entwickelt jedoch rasch eine Eigendynamik, die, um das Mindeste zu sagen, nicht gerade gegen politischen Missbrauch gefeit ist und letztlich das Potenzial hat, zu Streit, Wirren und Unsicherheit zu führen.

Betrachten wir diesen mehrstufigen Interpretationsvorgang, so muss uns sogleich auffallen, dass ein System mit absolutem Machtanspruch, wie es Fögen dem imperialen Rom des vierten Jahrhunderts unterstellt, zunächst die Mechanismen der politischen Entscheidungsfindung „gleichschaltet“: Die Rezeption von Weissagungen im politischen Forum lässt sich durch eine Zentralisierung der Macht und die Ausschaltung der politischen Entscheidungsträger effektiv und unkompliziert steuern; nicht allein die Deutungen werden reguliert, sondern auch deren Interpretation – und zwar dadurch, dass die politischen Kräfte daran gehindert werden, sich mit unklaren Deutungen zu befassen, die für den Kaiser in irgendeiner Form ungut enden könnten. Um den gesamten Vorgang der Zeichendeutung, wie er in Rom

60 Cic, har resp 30–3.

61 Cic, har resp 21–9.

62 Cic, har resp 34–5.

63 Beard (Fn 34) 23.

64 Für Beard ist Ciceros Rede deshalb gleichermassen „divinatory“ wie „political“, vgl Beard (Fn 34) 35.

offensichtlich an der Tagesordnung war, zu unterbinden, bedarf es also einer Regulierung der beiden beschriebenen hermeneutischen Stufen.

5.3. Die methodische Diffusität der Eingeweideleserei als Faktor ihrer Unvorhersehbarkeit

Das zweite hier interessierende Grundcharakteristikum der Haruspizin ist ein technisches: Wie sich die Eingeweideleserei in einen üblichen Prozess der Signifikation einordnen lässt, ist unklar.⁶⁵ Das macht die Eingeweideleserei politisch gefährlich. Zur Erklärung gilt es einige bekannte Allgemeinplätze in Erinnerung zu rufen: Eingeweideleser deuten – zumindest auf den ersten Blick – Zeichen. Wenn wir es wagen, die Schablonen der modernen Semiotik auf den im Rahmen der Haruspizin stattfindenden Deutungsvorgang anzuwenden, muss uns das zwangsläufig etwas ratlos stimmen: Der Zeichencode, so Umberto Eco, stellt ein Signifikationssystem dar, das „eine Korrelation zwischen anwesenden und abwesenden Entitäten herstellt“.⁶⁶ Die Funktion des Zeichens ist es deshalb, so Assmann, ein gegenseitiges Ausschlussverhältnis von Anwesendem und Abwesendem herzustellen; das Zeichen repräsentiert etwas, das abwesend ist. Mit anderen Worten, es ersetzt die Präsenz des abgebildeten Konzepts oder Objekts. Assmann leitet hieraus zwei semiotische Grundgesetze ab: Ein Zeichen kann die beschriebene semiotische Funktion einnehmen, sofern zwischen dem repräsentierenden Anwesenden und dem repräsentierten Abwesenden ein Konnex hergestellt werden kann. Zweitens muss das Anwesende verschwinden, um das Abwesende erscheinen zu lassen.⁶⁷

Betrachten wir jedoch die Zeichen, welche die *Haruspices* im Fall des Krachs auf dem *ager latinensis* deuten, so fällt uns auf, dass sie sich nicht in dieses semiotische Schema einordnen lassen wollen: Beard hat darauf hingewiesen, dass gerade in Bezug auf den auf den Äckern vor den Toren Roms vernommenen *streptius cum fremitu* unklar zu sein scheint, ob es sich hier um ein eigentliches Zeichen handelt (d.h. um die Repräsentation eines per se abwesenden Konzepts) oder ob dieses Grollen an sich die Stimme der Götter darstellt; Cicero selbst spricht in Bezug auf die mit Sinn zu füllenden

65 Beard (Fn 34) 27, 31.

66 U Eco, Semiotik. Entwurf einer Theorie der Zeichen (Fink 1987) 20.

67 Assmann (Fn 16) 20.

Vorgänge bisweilen einfach von der Stimme der Götter.⁶⁸ Diese Frage stellt sich nicht nur im Zusammenhang mit dem Lärm auf den Äckern. Etwas deutlicher wird das Dilemma in Bezug auf den bei Livius auftretenden Ochsen, der die Worte *Roma, cave tibi* („Rom, nimm dich in Acht“) von sich gibt.⁶⁹ Hier ist mit Beard zu fragen:⁷⁰ Spricht hier der Ochse? Oder die Götter? Diese Frage mag wie Haarspalterei anmuten, scheint aber für die Beurteilung der Autorität der *Haruspices* zentral zu sein: Wenn die Götter durch diese auftretenden Geräusche selbst und ohne den Filter eines zunächst semiotisch einzuordnenden Zeichens zu den Menschen zu sprechen geruhen, dann obliegt die Interpretation dieser Konversation doch direkt den Angesprochenen – eine Übersetzung benötigen sie nur dort, wo sie selbst keine Antwort geben können.

Diese methodische Unschärfe setzt sich bei anderen Aspekten der Haruspizin fort: Was genau ist ihre Aufgabe? Stellt sie die Zeichen (oder Nicht-Zeichen) fest, deutet die Gründe für das Auftreten der Zeichen und gibt sodann an, auf welche Weise und mit welchen Mitteln der Zorn der Götter besänftigt werden soll?

Das Beispiel des Gutachtens in dem von Cicero angesprochenen Sachverhalt mag diesen Eindruck nicht gänzlich erwecken: Hier schildern die *Haruspices* die Gründe für den Krach vor den Toren, bleiben aber im Unklaren über die Lösung des Problems. Ganz anders scheinen die Gutachter bei einer Reihe von Zeichen verfahren zu sein, die Livius beschreibt: Im fünften Jahr des Zweiten Punischen Kriegs wurden Quintus Fabius Maximus und Marcus Claudius Marcellus zu Konsuln gewählt. Für beide Männer war es nicht das erste Mal, dass sie das Amt des Konsuls ausübten. Quintus Fabius Maximus war bereits dreimal Konsul gewesen, Marcus Claudius Marcellus zweimal. Doch dann, so Livius, häuften sich die himmlischen Zeichen, die Schlimmes ahnen liessen: Im Innersten des Junotempels beginnen die Raben zu nisten; in Apulien brennt ein grüner Palmbaum; in Mantua färbt sich der Mincio blutrot; auf dem Rindermarkt in Rom regnet es Blut; in Praeneste, einer Stadt im Latium, hat sich der Speer einer Marsstatue von selbst vorwärtsverschoben, auf dem Kapitol, auf dem Marsfeld und anderswo hat der Blitz eingeschlagen, in Sizilien schreit ein Kind im Mutterleib „Triumph!“, in Spoleum ist eine Frau zum Mann geworden und auf dem Markt in Rom erscheint ein Bienenschwarm,

68 Cic, har resp 62, 63.

69 Liv, ab urbe condita 35.21.

70 Beard (Fn 34) 28.

der vor fremden Truppen auf dem Janiculum warnt.⁷¹ Dies alles schien der römischen „Öffentlichkeit“ zumindest erklärungsbedürftig, nach Livius ist der Bescheid der *Haruspices* in der Sache jedoch denkbar mager: Die Opferung einiger „grosser Tiere“ sollte die Sache erledigen.⁷² Es ist gut möglich, dass Livius uns hier nicht das ganze Gutachten der *Haruspices* offenbart – genauso möglich allerdings ist es, dass die Eingeweideleser von Fall zu Fall ohne vorhersehbaren Grund entweder ausführliche Vorhersagen über das Schicksal prominenter politischer Akteure machen – oder aber bloss knappe, kryptische Anweisungen zur Beseitigung eines Problems ohne Identifikation des eigentlichen Auslösers eines himmlischen Zeichens von sich geben. Das macht ihre Beratungstätigkeit unvorhersehbar; die Aussenwelt sieht sich mit einem Entscheidungsprozess konfrontiert, der mit den Instrumenten der Logik nicht zu durchdringen ist. Wenden sich die Eingeweideleser das nächste Mal gegen den Kaiser, wenn wieder ein Busch brennt und sie zur Begutachtung herbeigerufen werden?

Diese undurchsichtige Methodik der Haruspizin ist per se nicht zu beanstanden. Das würde uns ins Fahrwasser der etwas eitlen Kritik Ciceros bringen, wie jener sie in *De Divinatione* ausführt.⁷³ Im Gegenteil: Von kultischen Handlungen ist keine naturwissenschaftliche Logik zu erwarten; ebenso kann sich die Methodik einer Kulthandlung selbstredend im Laufe der Zeit ändern und neuen sozialen Bedürfnissen anpassen. Dass sich irgendeine Kulthandlung in der Zeit zwischen dem Zweiten Punischen Krieg und dem Zeitpunkt von Ciceros Rede im Senat *nicht* verändert haben soll, ist schwer vorstellbar, auch wenn wir die Konservativität der römischen Kultpraxis berücksichtigen. Festzuhalten bleibt allerdings, dass es sich bei der Haruspizin um eine Form der Weltdeutung, der Interpretation des Gegebenen handelt, die allenfalls auch die Formulierung normativer Aussagen zu beinhalten scheint – sich selbst aber der Grundmechanik der Signifikation, das heisst dem Gang vom Signifikanten zum Signifikat⁷⁴, entzieht: Sie ist hinsichtlich ihrer Methodik und Zielsetzung kaum seriös fassbar. Das macht den – sich als Regelungsgegenstand legislativer Bemühungen weitestgehend entziehenden – Vorgang der Zeicheninterpretation noch sehr viel regelungsfeindlicher. Es entsteht der Eindruck, eine staatliche Kraft

71 Vgl zum Ganzen Liv, ab urbe condita 24.10.

72 *ibid.*

73 Cic, div 2.59; M Schofield, Cicero for and against Divination (1989) 76 *Journal for Roman Studies* 47, 49.

74 C Peirce, Phänomen und Logik der Zeichen (2. Aufl, Suhrkamp 1993) 47, 64; S Kjørup, Semiotik (UTB 2009) 17.

könne, gleich mit welchen Mitteln sie ausgestattet ist, gar nicht hinreichend in den Vorgang der Interpretation, wie ihn die Eingeweideleser praktizieren, eingreifen, weil Logik auf diese Prozesse keine Anwendung finden kann. Die These vom Anspruch auf ein kaiserliches Monopol der Weltdeutung kann deshalb um die Bemerkung ergänzt werden, dass eine *partielle* Regulierung der Haruspizinpraxis unmöglich scheint: Zu vieldeutig, zu unklar ist die Methodik der Eingeweideleserei. Man muss sie entweder als *black box* dulden, die von den Rändern der politischen Entscheidungsfindung aus immer wieder Eingriffe in den Diskurs startet – oder sie aber samt und sonders verbieten.

6. Fögens Wahrheitsbegriff

Nach Fögen entspricht⁷⁵ die gegen die Eingeweideleserei angeführte Regulierungsstrategie einem aktiven Eingreifen in den sozialen Diskurs mit dem Ziel, diesen zu steuern und zugunsten der regulierenden Akteure zu verändern. Ansatzpunkt ist hierbei das Berufsverbot für *Haruspices* auf einer von mehreren hermeneutischen Stufen – eine Gleichschaltung der politischen Stufe der Deutung von Ereignissen wird bereits als erfolgt vorausgesetzt.

Dieser Analyse gedanklich vorangestellt ist die Frage nach dem Wahrheitsbild, das Fögen mit dieser These der spätantiken Welt unterstellt. Auch jene Konzeption wird in Fögens Untersuchung nicht explizit angesprochen. Hier kann, wie erwähnt, auf eine weitergehende Konzeption zurückgegriffen werden, die sie zuvörderst in ihren „Römischen Rechtsgeschichten“ referenziert.⁷⁶ Danach ist die naturwissenschaftliche Falsifizierbarkeit einer Tatsache für die Würdigung eines Narrativs als wahr oder unwahr grundsätzlich irrelevant; ausschlaggebend ist die Rezeption einer Tatsache als konsensfähig und damit als „zutreffend“ oder „wahr“. Ob die Eingeweideleser damit tatsächlich die Gegenwart oder die Zukunft deuten können, ist im Prinzip nebensächlich – die Verifikationstechniken der Antike sind andere. Entscheidend ist nach den Argumentationsmustern Fögens, ob sich die Deutungspraktiken der *Haruspices* in die Geschichten einfügen lassen, die sich die römische Öffentlichkeit selbst erzählt. Da sie sich nach Fögens Quellenanalyse durchaus als einflussreiche Stichwortgeber im öffentlichen Diskurs positioniert haben, scheint es naheliegend, ja geradezu folgerichtig,

75 Vgl oben 3.

76 Fögen, Römische Rechtsgeschichten (Fn 2) 17, 73.

die Impulse, die sie in den Diskurs einspeisen, zu würdigen und dann zu unterbinden, wenn sie den Machthabern gefährlich werden. Die Ergebnisse der Gutachter von Eingeweidelesern weisen diese Qualitäten prinzipiell auf und sind, da sie in ihrem Resultat und in ihrem Zustandekommen als unberechenbar erweisen, nicht in voraussehbare Muster der Signifikation einzuordnen. Ihre Resultate sind schlecht zu antizipieren und deshalb schwierig zu steuern. Damit können sie den Kaisern gefährlich werden. Eine solche Situation ist für eine Kaisermacht, die sich eine absolute Diskurskontrolle zur Aufgabe gemacht hat, nicht tolerierbar:⁷⁷ „Eine einzige Realität der Gegenwart und der Zukunft, ein einziges gesellschaftliches Wissen, versprach eine einfache, zuverlässige Wirklichkeit“.⁷⁸ Das bringt Fögen denn auch zur Theorie der „kaiserlichen Wissensverwaltung“. Die Ausschaltung unkontrollierbarer Deutungsweisen aus dem Diskurs über die Beschaffenheit der Welt bedeutet „die Freisetzung der Kaisermacht, die Erlösung aus der offenbar als quälend und bedrohlich wahrgenommenen permanenten Kontrolle“.⁷⁹

In der These einer kaiserlichen Diskurskontrolle als Form der „Wissensverwaltung“ oder Wahrheitssteuerung zeigt sich, dass Fögens Wahrheitsbegriff in der „Enteignung der Wahrsager“ signifikante Ähnlichkeiten mit jenem Begriff von Wahrheit trägt, den sie in den „Römischen Rechtsgeschichten“ ausformuliert hat. Das Problem an der Eingeweideleserei ist namentlich nicht, dass sie durch absurde Methoden zu absurden Resultaten kommt, sondern dass sie den Diskurs, aus welchem wiederum auf konstruktivistische Weise eine gesamtgesellschaftliche *Wahrheit* entsteht, in unvorhersehbarer Weise prägt.

7. Schluss

Der absolute (und sich noch verabsolutierende) Machtanspruch der römischen Kaiser im Verlauf des vierten Jahrhunderts n. Chr. zeigt sich demnach zusammenfassend darin, dass sie in diesen wahrheitsgenerierenden, gesamtgesellschaftlichen Prozess zunächst formativ eingreifen und dies mit

77 Denn: „Solange die Überzeugung unangefochten war, daß der Götter oder des Gottes Wille nach den Regeln der zuständigen Künste erkennbar sei, blieb auch der Kaiser erkennbar“, Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager* (Fn 11) 319.

78 *ibid* 320.

79 *ibid* 319.

rechtlichen Instrumenten tun. Dass sich im Eingriff in den Entstehungsprozess gesellschaftlicher Wahrheit eine gefährliche Form von Machtanspruch manifestiert, scheint ein überrechtlich und überhistorisch gültiges Faktum zu sein,⁸⁰ über das es sich auch und besonders im 21. Jahrhundert Gedanken zu machen gilt. Im Konflikt um die Wahrheit genügt es nicht, „*Vestigia terrent!*“⁸¹ zu rufen; vielmehr muss bei der Frage nach der Wahrheitskonzeption einer einzelnen Epoche oder sozialen Gruppe angesetzt werden.

80 Vgl etwa anstelle Vieler H Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (Europäische Verlagsanstalt 1955) 745.

81 Horaz, *Episteln* I.1.74.

Unsittlich gekleidete Römerinnen und andere historische „Wahrheiten“ – ein kritischer Blick auf Interpretationsansätze zum Ehrenschatz der Frau im römischen Recht

Caterina M. Mitwalsky

1. Einleitung

D. 47.10.15.15 (Ulp. [77] <57> ed.)

Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.

Wenn jemand Jungfrauen, welche in Sklavenkleider gekleidet sind, unsittlich anspricht, so scheint er mir ein geringeres Vergehen zu begehen; noch geringer, wenn er Frauen anspricht, welche in der Kleidung einer Prostituierten anstatt jener einer ehrbaren Frau auftreten. Wenn also eine Frau nicht in der Art einer ehrbaren Frau gekleidet ist und sie jemand anspricht oder ihren Begleiter wegführt, so haftet er aus der *actio iniuriarum*.¹

Dieses Ulpianfragment gilt als eine der Schlüsselstellen in der Auseinandersetzung mit dem Ehrenschatz der römischen Frau – und als eine Stelle, welche der Forschung schon seit Jahrhunderten in nicht unbedeutendem Maß Rätsel aufgibt. Um das evidente Unbehagen mit dem zitierten Fragment zu begreifen, lohnt es, einen ganz kurzen Blick auf den rechtlichen Kontext zu werfen, in welchen es eingebettet ist. So hatte das römische Recht der klassischen Zeit mit der *actio iniuriarum* einen recht weit entwickelten Ehrenschatz, der neben Verbalinjurien und Tötlichkeiten auch eine Reihe von Spezialtatbeständen unter Sanktion stellte, sofern diese gegen die *boni mores* (die guten Sitten) verstießen und objektiv geeignet waren, das gesellschaftliche Ansehen des Betroffenen zu mindern. Den Ursprung der *actio iniuriarum* liegt bereits in den Zwölf-Tafel-Gesetzen, welche für Tötlichkeiten, die in ihrer Intensität nicht an tatsächliche Kör-

1 Sofern nicht anders angegeben, sind sämtliche Übersetzungen jene der Verfasserin.

perverletzungen heranreichten, fixe Bußsummen vorsahen. Als diese im Laufe der Jahrhunderte inflationsbedingt zu gering wurden, trat an ihre Stelle die gerichtliche Schätzung des zuzusprechenden Betrages im Rahmen der *actio iniuriarum aestimatoria*. Ob es jemals ein generelles Edikt gab, welches den Tatbestand der *iniuria* schlechthin sanktionierte, ist bis heute nicht geklärt, kann für die Zwecke der gegenständlichen Fragestellung aber ausgeklammert bleiben.²

Einer der Spezialtatbestände, welche sich im Laufe der Klassik etablierten, war das hier erwähnte Delikt der *adtemptata pudicitia*, das heißt eines Angriffs auf die Keuschheit bzw. sexuelle Ehre Minderjähriger oder verheirateter Frauen durch unsittliche Annäherungsversuche. Das einschlägige Edikt ist uns im Wortlaut nicht überliefert; auf Basis insbesondere von Gai. Inst. 3.220 und Paul. Coll. 2.5.4 lässt er sich allerdings wie folgt rekonstruieren:

Qui matrifamilias aut praetextato praetextatave comitem abduxisse quive eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur, in eum iudicium dabo.³

Gegen denjenigen, der einer *materfamilias* oder einem *praetextatus*/einer *praetextata* den Begleiter weggeführt haben soll oder ihn oder sie entgegen die guten Sitten angesprochen oder verfolgt haben soll, werde ich eine Klage gewähren.

2 Eine eingehende Darstellung des Forschungsstandes würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen; es sei an dieser Stelle ua auf F Raber, Grundlagen klassischer Injuriensprüche (Böhlau 1969), M Hagemann, *Iniuria: Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation* (Forschungen zum Römischen Recht 43, Böhlau 1998) und S Fusco, *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia* (Quaderni dell'Archivio Giuridico Sassarese, Inshibboleth Edizioni 2020) verwiesen.

3 D Liebs, *Römisches Recht. Ein Studienbuch*. (6. Aufl, Vandenhoeck & Ruprecht 2004) 219. Diese Rekonstruktion ist in der Forschung zwar nicht unumstritten; gerade im Hinblick auf die hier diskutierte Fragestellung des explizit geschützten Personenkreises finden sich aber kaum Gegenstimmen, weshalb auf die einschlägige Diskussion hier nicht weiter eingegangen wird. Eine überblicksmäßige Darstellung findet sich ua in M Ehmer, *Textkritische Bemerkungen zu D. 47.10.15.15 (Ulp. [77] <57> ed.)* (2024) 141 ZRG RA nicht paginiert (im Erscheinen). Es sei hier darauf verwiesen, dass der Aufsatz Ehmers, welcher mir wenige Tage vor der Fertigstellung dieses Beitrags zur Kenntnis gebracht wurde, auf Basis der auch hier herangezogenen Quellen an vielen Stellen zu ähnlichen oder gleichen Ergebnissen gelangt. Gezielte Verweise auf Ehmers Text habe ich daher nur dort eingefügt, wo ich Anregungen oder Gedanken übernommen bzw. mich mit seiner Interpretation kritisch auseinandergesetzt habe.

Während die juristische Kontroverse um den geschützten Personenkreis (definiert durch die hier bewusst unübersetzt gelassenen Begriffe *materfamilias*, *praetextatus* und *praetextata*) im Hauptteil dieses Textes eingehend thematisiert werden wird, lohnt es sich eingangs, einen Blick auf die – aufgrund der Quellenlage relativ unstrittig zu definierenden – von diesem Edikt sanktionierten Verhaltensweisen zu werfen: Diese umfassten die Handlung des *appellare* (des unsittlichen Ansprechens in Verführungsabsicht), des *adsectari* (des beharrlichen Verfolgens, welches auf Außenstehende den Eindruck erwecken konnte, dass ein Naheverhältnis zwischen verfolgter Person und Verfolger bestand), und des *comitem abducere* (des Wegführens des Begleiters, ohne welchen römische Jugendliche beiderlei Geschlechts und erwachsene Frauen das Haus nicht zu verlassen pflegten). Auch genauere Erläuterungen zu diesen drei Tatbeständen, von denen lediglich der erste und der dritte im gegebenen Kontext interessieren, finden sich in den Digesten. Bevor wir in Kapitel 2.5 zu einer näheren Erläuterung derselben schreiten, scheint es aber angezeigt, zunächst die kontroversielle Interpretationsgeschichte des gegenständlichen Fragments zu beleuchten.

Was macht nun das eingangs erwähnte Zitat zu einem solchen Stolperstein für die romanistische Forschung, und zu einem Prüfstein dafür, inwieweit juristische Wahrheiten als historisch kontingente Befunde mit dem Erfahrungshorizont der Interpretierenden beachtlichen Schwankungen ausgesetzt sind? Prima facie behandelt Ulpian die Frage, inwieweit eine Frau, welche in ihrer Kleidung offenbar nicht den Erwartungen der römischen Gesellschaft entsprach, dennoch in ihrer Ehre geschützt sei und nach erlittener Belästigung die Beleidigungsklage erheben könne. Und hier zeigt sich Ulpian – wie wir aus heutiger Sicht wohl meinen könnten – großzügig: Auch ein Mädchen, welches unstandesgemäß in Sklavinnenkleidern in die Öffentlichkeit tritt, könne, wenn es unsittlich angesprochen werde, den Schutz der *actio iniuriarum* für sich beanspruchen; ebenso eine ehrbare Frau, die sich wie eine Prostituierte kleide. Ganz allgemein könne eine Frau, welche sich nicht wie eine römische Matrone kleide, nach unsittlichem Ansprechen oder Wegführen ihres Begleiters die *actio iniuriarum* erheben. Eine Einschränkung gibt es allerdings schon – wer eine Jungfrau in Sklavinnenkleidern anspreche, fehle weniger; noch weniger jener, welcher die vermeintliche Prostituierte anspreche.

2. Wissenschaftsgeschichtlicher Abriss

2.1. Die frühe Überlieferung: inhaltliche Aspekte

Auf den Inhalt des zu Beginn angeführten Zitates und seine sozialgeschichtliche Bedeutung werde ich etwas später zurückkommen; sehen wir zuerst, welches Schicksal ihm im Lauf der jahrhundertelangen Überlieferung beschieden ist: In den Basiliken – i.e. den griechischen Überlieferungen der justinianischen Gesetze – finden wir die ersten beiden Sätze ihrem Sinn nach nahezu unverändert, wenngleich in etwas gekürzter Form: in B. 60.21.15.15 wird nur auf die in Sklavinnenkleidern gekleidete Jungfrau Bezug genommen; in B. 60.21.15.15 treffen wir aber auch das Beispiel des zweiten Satzes wieder an: Wer eine in Sklavinnen- oder Dirnenkleider gekleidete Frau belästige, fehle zwar weniger, unterliege aber der Iniurienklage. Der zusammenfassende dritte Satz ist scheinbar entfallen; an der Grundaussage ändert dies allerdings nichts – auch unsittliches Verhalten gegenüber einer (qualifiziert) unangemessen gekleideten freien Frau, sei sie nun unverheiratet oder verheiratet, führt zur Haftung aus der *actio iniuriarum*.⁴

Bereits die Glossatoren des Mittelalters zeigen sich aber skeptisch gegenüber diesem Aussagekern. So findet man in der *Glossa ordinaria* und bei Gothofredus⁵ etwa die Interpretation, dass *minus* und *multo minus* als *nullo modo*, also etwa „keineswegs“, zu lesen seien; darüber hinaus wird in den letzten Satz vor *tenetur* ein *non* eingefügt, sodass die Stelle nun in ihr Gegenteil verkehrt wird: Wenn eine freie Frau die Kleider einer Sklavin oder einer Prostituierten trage und man sie unsittlich anspreche, so hafte man schlechterdings *nicht*.⁶

4 Auf eine eingehende Erörterung der griechischen Überlieferung muss an dieser Stelle verzichtet werden; zu den genannten Stellen siehe ua Raber (Fn 2) 43 Anm 20 mwN und Ehmer (Fn 3) nicht paginiert.

5 Iustinianus, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei* (Band 3): *Digestum Nouum, Sev Pandectarum Iuris Civilis Tomus Tertius: Ex Pandectis Florentinis quoad eius fieri potuit, repraesentatus* (Lyon 1627) 1370.

6 So auch bei G Haloander und H Brenkmann, ebenso in einigen Vulgathandschriften (dazu Raber (Fn 2) 40); in neuerer Zeit GF Falchi, *Diritto penale Romano*, Bd 2 (R Zannoni 1932) 67; JG Fuchs, *Römisches Recht und Moderne Strafrechtswissenschaft* (1959) 75 *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 21, 33; vgl Raber (Fn 2) 40 und M Hagemann, *Iniuria: Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation* (Forschungen zum Römisches Recht 43, Böhlau 1998) 72, beide mwN; für weitere Nachweise s auch Ehmer (Fn 3) nicht paginiert, Anm 12.

Im Lauf der Zeit verlagert sich das Augenmerk auf den letzten Satz des Fragments, dessen generelle Befürwortung einer Iniurienklage im Falle unangemessener Kleidung man offenbar nicht hinnehmen will. Explizit gestützt auf die Anmerkungen des Gothofredus und bereichert um einen Hinweis auf die Mitschuld der Beleidigten (dazu weiter unten), gelangt so etwa Johannes Voet in seiner am Ende des achtzehnten Jahrhunderts erschienenen Kommentierung der Pandekten zu der weitgehend sinn gleichen, lediglich in der sprachlichen Formulierung von den mittelalterlichen Glossatoren abweichenden, Lesart *iniuriarum vix tenetur*.⁷

Mancherorts wird aber auch versucht, der missliebigen Aussage Ulpian auf anderem Wege beizukommen: So zieht Cornelius van Bynkershoek im frühen achtzehnten Jahrhundert offenbar als Erster in Erwägung, *iniuriarum tenetur* beizubehalten, stattdessen aber das *non* vor *matronali habitu* zu streichen, verwirft diese Spekulation dann jedoch selbst wieder – nicht ohne aber, wie wir am Ende des folgenden Kapitels sehen werden, den Anstoß für spätere Überlegungen in diese Richtung gegeben zu haben.

Van Bynkershoek schlägt schlussendlich vor, dass der dritte Satz eigentlich als Frage zu lesen sei. Die – für den verständigen Leser ohnehin implizierte – Negation derselben bei Ulpian hätten die Kompilatoren schlechthin nicht übernommen.⁸ Nun muss man freilich einräumen, dass das Lateinische keine Satzzeichen im heutigen Sinn verwendete, die genannte Möglichkeit also immerhin offenstand. Sinnvoll scheint diese Deutung allerdings aus den bereits genannten Gründen ebenfalls nur begrenzt: Zum Ersten, weshalb hätte Ulpian, wenn er in den vorangehenden Sätzen den Umfang der Haftung kommentierte, eben diese Haftung nun gänzlich verneinen sollen? Zum Zweiten, weshalb hätten die Kompilatoren die Antwort auf die rhetorische Frage Ulpian nicht übernehmen sollen, um Unklarheiten auszuräumen – wie sie dies ja schließlich in unzählbaren vergleichbaren Fragmenten taten? Und zum Dritten, weshalb sollte eine als Frage formulierte Verneinung logisch eher mit der impliziten Bejahung der ersten beiden Sätze vereinbar sein?

Der Duktus der hier präsentierten Interpretationsansätze ist jedenfalls klar: Dass Ulpian tatsächlich vertreten habe, dass einer unangemessen

7 J Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Bd 2 (Fratres de Tournes 1778) 827; siehe dazu auch Raber (Fn 2) 40–41.

8 C van Bynkershoek, *Observationum iuris romani libri quattuor*, Bd 4 (Van der Linden 1710) caput 25; siehe dazu eingehend Raber (Fn 2) 40; vgl auch Hagemann (Fn 2) 73 Anm 109 mwN.

gekleideten Frau im Beleidigungsfall eine *actio iniuriarum* zustünde, konnte man nicht ohne weiteres akzeptieren. Wenig überraschend geht diese Skepsis mit der Verbreitung der christlichen Morallehre und der strengen Kleiderordnung des westlichen Mittelalters und der Neuzeit einher – das heißt mit immer klareren Vorstellungen, dass die Ehre einer Frau im weitesten und eigentlichen Sinn die Sexualehre ist, deren Schutz ihr selbst durch angemessene Kleiderwahl und keusches Verhalten obliegt, sodass die Missachtung gesellschaftlicher Vorschriften auf diesem Gebiet bereits den Verlust der Schutzwürdigkeit (oder, in einer radikaleren und weiter unten nochmals aufgegriffenen Deutung, der Ehre an sich) nach sich zögen.⁹ Im Einklang mit mittelalterlichen Erwartungen an standesgemäße Kleidung finden wir bei Gothofredus den von späteren Kommentatoren übernommenen Randvermerk, dass der Status einer Person auf den ersten Blick durch Kleidung und Schmuck erkennbar sei.¹⁰

Das dieser Lesart zugrundeliegende Postulat eines klaren Zusammenhangs zwischen Kleidung und Schutzwürdigkeit einer Frau ist aber keineswegs eine beiläufige Randbemerkung, sondern grundlegende Voraussetzung dafür, dass man eine Verneinung der Haftung in den beschriebenen Situationen überhaupt andenken konnte – ein gänzlicher Entfall der Haftung konnte ja nur in zwei Konstellationen eintreten: Zum Ersten wäre dies vorstellbar, wenn der Täter durch die irrtümliche, aber am Erwartungshorizont eines redlichen Betrachters gemessen nicht vorwerfbare, Fehlannahme über Status bzw. berufliche Tätigkeit der Frau in seinem Handeln geleitet worden war, es sich also um einen *error in persona* handelte. Zum Zweiten läge Straffreiheit als Konsequenz nahe, wenn eine Frau ihre Schutzwürdigkeit bereits durch das Anlegen unangemessener Kleidung gänzlich verloren hatte, weil ein solches Auftreten in der Öffentlichkeit ihr Ansehen bereits so sehr schmälerte, dass es durch unsittliche Avancen nicht weiter gemindert werden konnte. Beide Argumente sind aber nur dann stichhaltig, wenn wir mit den mittelalterlichen Glossatoren darin übereinstimmen, dass eine einfache Unterscheidung zwischen ehrbaren Matronen und Jungfrauen einerseits und Sklavinnen und Prostituierten andererseits in römischer Zeit

9 Zur Definition und Bedeutung standesgemäßer Kleidung im Mittelalter siehe ua J Keupp, Die Wahl des Gewandes: Mode, Macht und Möglichkeitssinn in Gesellschaft und Politik des Mittelalters (Thorbecke 2014) 25–142 (insb 39–46); zur Konstruktion des weiblichen Ehrbegriffs im Mittelalter siehe ua P Dinzelbacher, „strites ère“ – über die Verflechtung von Ehre, Schande, Scham und Aggressivität in der mittelalterlichen Mentalität (2015) 28 *Mediaevistik* 99, 125–127.

10 Justinianus (Fn 5) 1370.

auf den ersten Blick immer problemlos möglich gewesen sei. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass diese Annahme eher Rückprojektion späterer Konventionen als realistische Auffassung antiker Wirklichkeit war.

2.1.1. Kleider machen Leute I: Aussagekraft der Kleidung

Die Thematik einer für die gesamte römische Gesellschaft über die einzelnen Epochen hinweg verbindlichen Kleiderordnung ist in der Forschung nach wie vor umstritten; die Quellenlage ganz eindeutig uneindeutig.¹¹ Je nach Argumentationsgang wird mitunter auch noch für die römische Kaiserzeit das Bestehen einer strengen Kleiderordnung postuliert, welche sowohl die Tracht der ehrbaren Römerin wie auch jene der Prostituierten – erstere demnach in *stola* und langem Kleid, letztere in kurzer, bunter Tunika und Toga gekleidet – genau definierte;¹² umgekehrt wird aber unter Berufung auf antike Autoren das genaue Gegenteil vertreten.¹³ Tatsächlich ist uns eine Anzahl von römischen Quellen überliefert, in welchen kritisiert wird, dass sich die Frauen der Kaiserzeit nicht (mehr) an die althergebrachte Kleiderordnung der republikanischen Zeit hielten. Dem Kirchenschriftsteller Tertullian mag man ja noch nachsagen, dass er aus moralischer Empörung übertrieben habe, wenn er über die verschwimmenden Grenzen zwischen der Kleidung ehrbarer Frauen und Prostituiertes berichtet.¹⁴ Aber auch bei Juvenal finden sich Hinweise darauf, dass sich die Kleidung vieler Frauen – und ebenso einiger Männer – in klassischer Zeit merkbar vom altrömischen Idealbild entfernt hatte: So verspottet Juvenal unter anderem seinen Zeitgenossen Creticus, der sich im Senat über die durchscheinende

11 Zur Problematik der uneindeutigen Quellenlage und der Aufweichung strenger Bekleidungsordnungen ab der spätrepublikanischen Zeit s insb J Edmondson, *Public Dress and Social Control in Late Republican and Early Imperial Rome*, in J Edmondson und A Keith (Hrsg), *Roman Dress and the Fabric of Roman Culture* (University of Toronto Press 2008) 21, 33–37; vgl auch Fusco (Fn 2) 81 zum *SC de matronarum lenocinio coercendo*.

12 So etwa R Wittmann, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage* (1974) 91 ZRG RA 285, 316–318; Fusco (Fn 2) 85–89, beide mwN.

13 Vgl Raber (Fn 2) 48.

14 Tert Apologeticus 6,3. Auf Tertullians Aussagen stützt sich Raber (Fn 2) 48; dagegen Wittmann (Fn 12) 318 Anm 90.

Kleidung mancher Frauen alteriere, aber selbst noch freizügiger gekleidet sei.¹⁵

Nicht nur die rein anhand der Kleidung getroffene Unterscheidung zwischen ehrbarer Matrone und Prostituierte dürfte im Laufe der Klassik zunehmend schwieriger geworden sein; auch im Hinblick auf die eindeutige Erkennbarkeit der Sklavin müssen wir uns auf ein *non liquet* zurückziehen: als Beleg für die klar definierte Kleidung von Sklavinnen wird nämlich in der Literatur gerade die gegenständliche Stelle herangezogen,¹⁶ was zu einem Zirkelschluss führt. Weiter verwischt wurden die Grenzen dadurch, dass die Sklav:innen reicher Familien mitunter in ihrer Kleidung schwer von Freien zu unterscheiden waren,¹⁷ während freie oder freigelassene Frauen ärmerer sozialer Schichten sich in ihrer alltäglichen Kleidung wohl nicht immer eindeutig von Sklavinnen abgehoben haben werden. Gerade auch im Kontext der *actio iniuriarum* liefern die Digesten selbst Indizien, dass Verwechslungen zwischen Freien und Sklaven mitunter vorkamen: In D. 47.10.3.4 ist etwa die Rede vom freien Römer, der versehentlich für einen Sklaven gehalten und geschlagen wird; in D. 47.10.22 vom Freien, der irrtümlich für einen flüchtigen Sklaven angesehen wird und deshalb aus der *actio iniuriarum* klagen kann.

Wir können im Hinblick auf beide Gruppen – Sklavinnen und Prostituierte – also durchaus davon ausgehen, dass es sehr wohl prototypische Kleidungsformen gab, dass die Grenzen zwischen diesen und dem, was „anständige“ Frauen trugen, aber zu fließend waren, als dass man die Kleidung als zum Entfall der Haftung führendes Tatbestandsmerkmal heranziehen hätte können. Dass Ulpian dennoch von *meretricia veste* spricht, steht dem nicht entgegen; auch heutzutage hat man ein bestimmtes Bild vor Augen, wenn man hört, dass eine Frau sich wie eine Prostituierte kleide – ganz ohne, dass es für diese Berufsklasse oder für jene Frauen, die ihr nicht angehören, eine strikt definierte Kleiderordnung gäbe.

15 Juv 2.65–70; vgl N Benke, Women in the Courts: An Old Thorn in Men’s Sides (1996) 3 University of Michigan Journal of Gender & Law 195, 208 Anm 47.

16 So etwa R Gamauf, Öffentliche Ordnung und Injurienrecht: Sozialgeschichtliche Beobachtungen anhand des Edikts *de iniuriis quae servis fiunt*, in I Piro (Hrsg), *Scritti per Alessandro Corbino* (Libellula 2016) 221, 241; RP Saller, Symbols of Gender and Status Hierarchies in the Roman Household, in SR Joshel und S Murnaghan (Hrsg), *Women & Slaves in Graeco-Roman Culture* (Routledge 1998) 85, 88; TAJ McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (Oxford University Press USA 1998) 332.

17 Siehe dazu etwa D. 18.1.5 (Paul 5 ad Sabinum).

Ein weiteres Indiz dafür, dass nicht jede ehrbare *virgo* oder *materfamilias* sich an vestigiale Bekleidungs Vorschriften gehalten haben dürfte, ist schließlich die Existenz der gegenständlichen Stelle schlechthin: Wäre eine solche Situation realiter nie eingetreten, hätte Ulpian sich dazu nicht äußern müssen, und die Kompilatoren hätten sie wohl auch nicht in die Digesten aufgenommen; wäre ein Abgehen von den in der Forschung postulierten strikten Kleidungs Vorschriften an sich bereits ein so stark statusmindernder Schritt gewesen, dass eine Frau dadurch jeder schützenswerter Ehre verlustig gegangen wäre (dazu sogleich), wäre die Entscheidung des Juristen wohl auch anders ausgefallen oder hätte zumindest nicht jene Akzeptanz gefunden, welche eine Aufnahme in die justinianische Kompilation nahelegt.

2.1.2. Ehrverlust durch unangemessene Kleidung?

In weiterer Folge ist es wichtig, eine Grundannahme der lange herrschenden Lesart „*non tenetur*“ anzusprechen: nämlich jene, dass die Kleidung nicht nur Erkennungsmerkmal ehrbarer Frauen war, sondern dass eine Frau bereits durch sozial inakzeptable Kleiderwahl – ganz ohne weitere Handlungen – ihrer Ehre (und somit ihrer Schutzwürdigkeit im Sinne des Edikts) verlustig gehen konnte. Dies ist eine durchaus verbreitete und selten hinterfragte Annahme auch noch moderner Autoren;¹⁸ ein weitergehender Blick auf römische Gesellschaftsstrukturen lässt daran allerdings Zweifel aufkommen: Die uns überlieferten Rechtsvorschriften betreffend die *actio iniuriarum* zeigen, dass Angriffe auf die Ehre einer freien Frau auf deren Vater oder Ehemann, in manchen Fällen auch bereits ihren Verlobten reflektierte, und dass ein Angriff auf diese Ehre daher auch von den genannten Männern als *iniuria* gerichtlich geltend gemacht werden konnte:

D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 ed.)

Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuptivae: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.

18 So etwa grundlegend Wittmann (Fn 12) 316; aA erst in neuester Zeit Ehmer (Fn 3) nicht paginiert, der hervorhebt, dass erst unkeusches Verhalten, nicht bloße Kleidung, eine Frau aus dem Schutzbereich des Ediktes ausgenommen habe.

Darüber hinaus kann man eine *iniuria* an der eigenen Person erleiden oder durch die Beleidigung anderer. An der eigenen Person, wenn dem *paterfamilias* oder der *materfamilias* selbst eine *iniuria* geschieht: durch die Beleidigung anderer Personen, wenn es als Konsequenz geschieht, wenn meine Kinder oder meine Sklaven oder meine Frau oder Schwiegertochter beleidigt wurden: Denn eine *iniuria* reflektiert auf uns, wenn sie denjenigen widerfährt, welche in unserer Gewalt stehen oder Objekte unserer Zuneigung sind.

D. 47.10.15.24 (Ulp. 77 ed.)

Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.

Ich denke auch, dass der Verlobte zur Erhebung der *actio iniuriarum* zugelassen werden muss: Schlussendlich reflektiert eine Ehrverletzung, welche seiner Verlobten angetan wird, auf sein Ansehen.

Dies legt den weitergehenden Schluss nahe, dass das Ansehen der Frau schlechthin – also auch dort, wo es nicht durch rechtlich relevante Eingriffe, sondern aus anderen Gründen beeinträchtigt wurde – auf jenes des ihr durch familiäre oder andere rechtliche Bande verbundenen Mannes reflektierte. Auch wissen wir, dass den Frauen der Kaiserzeit ein beachtliches Maß an sozialem Handlungsspielraum zukam, und dass sie nicht mehr – wie dies in der Frühzeit der römischen Republik noch der Fall gewesen war – unter der rechtlichen oder auch nur faktischen Kontrolle von Vater oder Ehemann standen.¹⁹ Eine unumstritten patriarchale Gesellschaft, welche ihren weiblichen Mitgliedern dennoch einen breiten praktischen Handlungsspielraum einräumt, muss die herrschenden Männer aber umgekehrt dagegen absichern, durch diese Handlungen allzu sehr beeinflusst zu werden. In anderen Worten: Gerade in einer Zeit, in der Kleidervorschriften offenbar nicht (mehr) eingehalten wurden und dies auch seitens der Männer nicht erzwungen wurde oder werden konnte, kann das Patriarchat nicht zulassen, dass bereits die Kleiderwahl das gesellschaftliche Ansehen einer Frau – und damit jenes ihrer männlichen Angehörigen! – in rechtlich relevanter Weise tangiert.

War das Anlegen unpassender Kleidung an sich aber nicht in rechtlich relevanter Weise ehrenrührig, so lässt sich auch schlecht argumentieren,

19 Vgl E Cantarella, *Pasado próximo: Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia* (spanische Übersetzung Isabel Núñez, Ediciones Cátedra 1997) 107–111.

weshalb dieses eine Frau aus dem Schutzbereich des Edikts ausnehmen hätte sollen (dazu sogleich). Noch weniger plausibel erscheint es, dass sich eine Frau – wie in der Forschung mitunter vertreten²⁰ – durch die bewusste Wahl unstandesgemäßer Kleidung quasi *freiwillig* aus dem Schutzbereich des Edikts begeben habe und dieser Umstand (im technischen Sinne einer Einwilligung der Verletzten) der Klagserhebung – insbesondere auch jener eines mit ihr verwandten oder in anderer Weise verbundenen Mannes – entgegenstehen müsse. Gerade diese Ansicht scheint Ulpian nämlich nicht vertreten zu haben, wie D. 47.10.1.5 (Ulp. 56 ed.) deutlich macht:

Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

So sehr aber berührt eine *iniuria*, welche unseren Kindern geschieht, unsere Ehre, dass ein Vater, dessen Sohn mit Zustimmung des Sohnes verkauft worden ist, dennoch im eigenen Namen die *actio iniuriarum* erheben kann, wenngleich der Sohn sie nicht erheben kann, weil niemandem eine *iniuria* widerfährt, wenn dieser einwilligt.

Der faktische Kontext dieser Stelle ist freilich ein anderer als der hier behandelte; der gezogene Schluss aber jedenfalls verallgemeinerungsfähig: Wenn selbst die ausdrückliche Zustimmung der beleidigten Person die Klagserhebung seitens des Gewalthabers nicht hindert, so ist es kaum denkbar, dass die bloß durch die Kleiderwahl implizierte Willigkeit einer Frau, sich von fremden Männern ansprechen zu lassen, der Erhebung der *actio iniuriarum* seitens ihres Ehemannes oder Vaters entgegengestanden wäre.²¹

Die mit der Emendierung der Stelle von *iniuriarum tenetur* zu *iniuriarum non tenetur* einhergehende Annahme, dass eine unstandesgemäß bekleidete Frau straflos beleidigt werden – und damit die Ehre ihrer männlichen Gewalthaber angegriffen werden – durfte, steht demnach auf äußerst wackeligen Beinen. Nichtsdestotrotz wird sie, wie nun gezeigt werden soll,

20 So grundlegend Wittmann (Fn 12) 318; so auch E Höbenreich und G Rizzelli, Scylla – Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom (Böhlau 2003) 35.

21 Vgl auch Wittmann (Fn 12) 318, der allerdings zu anderen Schlussfolgerungen gelangt (siehe unten).

in der rezenteren Forschung zum Kernstück der Auseinandersetzung mit dem hier vorgestellten Ulpianfragment.²²

2.2. Die spätere Forschung: Interpolationsannahmen und Emendationsvorschläge

Während, wie eingangs skizziert, vom Mittelalter bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts inhaltliche Erwägungen im Vordergrund stehen, gewinnen ab dem neunzehnten Jahrhundert zumindest vordergründig philologische Überlegungen an Gewicht in der Auslegung. Die Skepsis, welche dem Inhalt des Zitats entgegengebracht wird, bleibt weitgehend dieselbe; die Argumentation stützt sich nunmehr aber stärker auf eine sprachliche Besonderheit des Fragments, welche als unannehmbare Ungereimtheit empfunden wird und so den Wandel von *tenetur* zu *non tenetur* gleichsam zwingend erfordert: die Verwendung des Wortes *igitur* im dritten Satz. Ein solches „also“ oder „daher“ müsse eine Steigerung in der Argumentation andeuten;²³ nach dem *minus* und *multo minus* der ersten beiden Sätze sei daher eine gänzliche Verneinung im dritten Satz die einzig logische Folgerung, „zudem die Steigerung und das *igitur* auf eine Zuspitzung in Richtung einer Pointe hin[deuten]“ würden.²⁴ So schreibt etwa Raber: „Jeder unbefangene Leser würde an dieser Stelle eine Verneinung erwarten und folgerichtig *iniuriarum non tenetur* lesen.“²⁵

Wenn man die Stelle unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, so zeigt sich aber recht deutlich, dass ihr dies nun jegliche Logik raubt: Wenn ein Mann unter bestimmten Gesichtspunkten weniger und noch weniger haftet, so kann er nicht in derselben, bestenfalls verallgemeinerten, Fallkonstellation überhaupt nicht haften – die Qualifikation des „weniger“ und „noch weniger“ setzt ja zwingend eine Haftung aus der *actio iniuriarum* voraus, die dann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände gemindert wird. Die Ergänzung des *non* entspringt hier also keineswegs der Unbefangenheit des Lesers, sondern einer zutiefst problematischen Unreflektiertheit: Dass Ulpian nicht auf der Basis zeitgenössischer Moralvorstellungen moderner Interpreten urteilt, wird als logischer Bruch missgedeutet.

22 Einen Überblick über die Forschung bietet Ehmer (Fn 3) nicht paginiert.

23 Grundlegend Fuchs (Fn 5) 33; vgl. ua auch F Raber (Fn 2) 40 und M Hagemann (Fn 2) 73, beide mwN.

24 Hagemann (Fn 2) 73 unter Verweis auf Fuchs (Fn 5) 33.

25 Raber (Fn 2) 40; Kursivdruck und Sperrung im Original.

Einen Lösungsansatz bot die Interpolationenforschung des frühen zwanzigsten Jahrhunderts, die der Problematik Herr zu werden suchte, indem wahlweise der erste, der zweite oder auch beide Sätze als sinnstörende spätere Ergänzungen angesehen wurden.²⁶ Von Beseler wurde etwa ins Treffen geführt, dass Worte wie *peccare* der christlichen Moraltheorie angehörten und daher nicht aus klassischer Zeit stammen könnten.²⁷ Darüber hinaus wurde und wird auch argumentiert, dass zwischen den ersten beiden und dem letzten Satz Text entfallen sei, auf welchen sich *igitur* beziehe, womit – je nachdem, welchen Inhalt man dem entfallenen Text unterstellt – nun der Weg sowohl zu *tenetur* als auch *non tenetur* im letzten Satz offensteht, wobei die Entscheidung zumeist zugunsten des *non tenetur* ausfällt.²⁸ Bemerkenswert ist jedenfalls, dass sich mit Ausnahme von Pernice²⁹ kaum ein Autor des neunzehnten oder frühen zwanzigsten Jahrhunderts für die Authentizität der Stelle und die Beibehaltung des *non tenetur* ausspricht.

Zu diesen Spekulationen ist vor allem Folgendes anzumerken: Beselers Annahme hat bereits Raber unter Verweis auf die Verwendung des Wortes *peccare* in anderen klassischen Juristenstellen überzeugend widerlegt, sodass hier auf seine Ausführungen verwiesen werden kann.³⁰ Das Wort *igitur* findet sich insbesondere bei Ulpian sehr häufig. Es deutet zwar mitunter eine Schlussfolgerung an, an vielen Stellen wurde es von den Kompilatoren aber auch dort einfach stehen gelassen, wo der Text, auf den es sich bezog, nicht übernommen wurde (dh insbesondere am Anfang einer Digestenstelle). Dies scheint zumeist auch in der Forschung als unproblematisch akzeptiert; eine Umdeutung der Stelle allein auf die Präsenz des Wortes *igitur* zu stützen, welches sich auch auf den entfallenen Beginn der zitierten Ausführungen bezogen haben kann, scheint mir daher nicht zulässig.

Ein letztes und wenig überzeugendes, immerhin aber bemerkenswertes, Beispiel der Stelle durch Eingriffe in den überlieferten Wortlaut einen neuen Sinn beizulegen, liefert ein erst im Erscheinen begriffener Artikel von Ehmer, welcher – unter der Annahme einer Dittografie – zu van Byn-

26 F Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford University Press 1951) 597; siehe dazu auch Raber (Fn 2) 42.

27 G von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (1948) 66 ZRG RA 265, 346–347; dagegen Raber (Fn 2) 49.

28 Th Mommsen, *Römisches Strafrecht* (Duncker & Humblot 1899) 692; von Beseler (Fn 27) 346–347; siehe dazu auch (tentativ zustimmend) Raber (Fn 2) 40.

29 A Pernice, *Labeo* Bd 2/1 (2 Aufl, Max Niemeyer 1895) 31.

30 Raber (Fn 2) 49 mwN.

kershoeks Vorschlag der Streichung des *non* vor *matronali habitu* zurückkehrt, *habitus* nun aber in Abkehr von der gesamten bisherigen Forschung nicht als „Kleidung“ sondern als „Verhalten“ übersetzt. Die *materfamilias*, welche sich wie eine Prostituierte kleide, in ihrem übrigen Verhalten aber wie eine ehrbare Frau benehme, sei durch das Edikt *de adtemptata pudicitia* geschützt; der dritte Satz verdeutliche also, dass der im zweiten Satz verheißene Schutz der unpassend gekleideten *materfamilias* nur dann greife, wenn diese sich nicht tatsächlich prostituieren. Dies erkläre auch die Nichterwähnung des Beispiels der *virgo* im Sklavinnengewand, da diese ja – auch wenn sie sich wie eine Sklavin geriere – allenfalls in ihrer *pudicitia* geschützt wäre, weil das römische Iniurienrecht auch sexuelle Übergriffe auf Sklav:innen sanktioniert habe; die Prostituierte musste hingegen aus dem Schutzbereich ausgenommen werden, da ein Verbot des *appellare* in ihrem Fall geradezu geschäftsschädigend gewirkt habe.³¹

Die so gefundene Lösung ist originell, überzeugt aber nicht: Zum einen, weil sie die sprachliche Holprigkeit der Stelle verstärkt, da *igitur* nun nicht mehr als Zusammenfassung des Gesagten gelesen werden kann, sondern als ungewöhnliche Einleitung einer einschränkenden Bedingung verstanden werden müsste. Zum anderen, weil dieser erklärende Zusatz mitnichten notwendig gewesen sein kann: Eine Frau, welche sich prostituiert, ist nach allen gängigen Definitionen der klassischen Zeit – ganz ungeachtet ihrer Herkunft und früheren Stellung – eine *meretrix* und als solche vom ediktalen Schutz ihrer *pudicitia* ohnehin ausgenommen. Dass Ulpian also die Notwendigkeit gesehen hätte, nochmals zu betonen, dass nur eine Frau, welche sich wie eine Prostituierte kleide, nicht aber eine tatsächliche Prostituierte, den Schutz der *actio iniuriarum* für sich beanspruchen könne, scheint allerdings unwahrscheinlich.

Das ausgeprägte Interesse an der Formulierung ist hier im Grunde genommen aber Symptom eines fundamentalen Unbehagens mit der Aussage des Zitats: Sollte etwa tatsächlich ein Mann, welcher meinte, eine Sklavin oder Prostituierte vor sich zu haben, trotzdem zur Verantwortung gezogen werden können, wenn er unsittliche Avancen machte? Für die Sklavin, deren *pudicitia* in gewissem Umfang nachweislich nach klassischem Recht geschützt war³² – da ein Angriff gegen dieselbe ja als Angriff auf die Würde ihres Dominus gedeutet werden konnte – mochte das wohl noch angehen. Wie vereinbarte man dies aber nun mit der Aussage, dass selbst das unsittli-

31 Ehmer (Fn 3) nicht paginiert.

32 Ulp D. 47.10.9.4; s auch Raber (Fn 2) 45; Hagemann (Fn 6) 73.

che Ansprechen einer vermeintlichen Prostituierten eine *actio iniuriarum* nach sich ziehen konnte? Auf dieses Problem wird später nochmals zurückzukommen sein; zunächst möchte ich allerdings den wissenschaftsgeschichtlichen Werdegang des gegenständlichen Ulpian-Fragments zu Ende verfolgen.

2.3. Das Ende der Interpolationenjagd

Eine Wende in der Auseinandersetzung mit D. 47.10.15.15 brachte die bewusste Abkehr von der Interpolationenjagd der vorangehenden Jahrzehnte. Dass die Stelle seit den 1970ern als in ihrer Gesamtheit authentisch akzeptiert wird, hat allerdings nicht dazu geführt, dass das Unbehagen der Wissenschaftler mit ihr schwindet. Vielmehr verlagert sich die Suche nach einer überzeugenden Interpretation nun auf den persönlichen Geltungsbereich des Edikts. Erschwert wird dies dadurch, dass uns, wie eingangs erwähnt, der Wortlaut nicht überliefert ist; einigermaßen gesichert scheint aber neben der Auflistung der sanktionierten Tatbestände auch, dass die Begriffe *praetextatus/praetextata* bzw. *materfamilias* explizit darin enthalten waren. Dies ist umso wahrscheinlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass gerade Gaius diese Termini ansonsten nicht in seinen Institutionen verwendet, die Annahme eines direkten Zitats aus einem anderen Text in Gai. Inst. 3.220 also nahe liegt.

In den letzten Jahrzehnten finden sich, ausgehend von der grundlegenden Neuinterpretation Wittmanns,³³ nun vermehrt Lösungsansätze, denen zufolge Ulpian in den ersten beiden Sätzen mit *minus* und *multo minus* eine Haftung *aus dem Spezialedikt* in diesen Fallkonstellationen verneine. Der dritte Satz wird nunmehr dahingehend gedeutet, dass sich die Haftung im Falle der unschicklich gekleideten Frau lediglich auf ein (in der Forschung nach wie vor umstrittenes) generelles Edikt oder auf die *actio de iniuriis aestimandis* stütze.

2.3.1. Kleider machen Leute II: Definitionen der Begriffe *materfamilias* und *praetextatus/praetextata*

Zum bereits bekannten Argument, dass man ehrbare, freie Römerinnen auf den ersten Blick von Sklavinnen und Prostituierten unterscheiden habe

33 Wittmann (Fn 12) 315–318.

können, kommt nun die Annahme, dass die Kleidung auch entscheidendes Merkmal für Differenzierungen innerhalb der römischen Gesellschaft war, und dass diese von herausragender Bedeutung für die wahrheitsgetreue Interpretation der Stelle seien. Erstmals finden wir nun den Interpretationsansatz, dass die Kleidung der betroffenen Person im Tatzeitpunkt nicht nur Auswirkungen auf die Handlungsmotivation des Täters oder die Wahrnehmung der Allgemeinheit, und somit auf dessen Haftung, sondern auf die Zugehörigkeit des Opfers zum ediktal geschützten Personenkreis schlechthin gehabt habe.

Kernstück dieser Argumentation ist eine weitaus restriktivere Auslegung des Schutzbereichs des Edikts *de adtemptata pudicitia*: dieses habe niemals den Schutz aller freien, ehrbaren Römerinnen bezweckt, sondern lediglich den einer sozialen Elite, und selbst dieser nur unter besonders qualifizierten Voraussetzungen. So beziehe sich *praetextatus* und *praetextata* im engeren Sinne nur auf junge Adelige, die zum Tragen der *toga praetexta* berechtigt gewesen seien *und* eine solche im Tatzeitpunkt auch tatsächlich getragen hätten.³⁴ Dieser Interpretationsansatz verschränkt in auffallend unreflektierter Weise Wortsinn und moralische Wertung: Die adelige *virgo*, welche in Sklavenkleidern auftritt, fällt demnach ungeachtet ihrer noblen Abstammung nicht mehr unter das Spezialedikt, weil sie eben im Tatzeitpunkt keine *praetextata* gewesen sei und daher – nach der den Römern unterstellten Auffassung moderner Interpreten – keinen Schutz mehr verdiene; das öffentliche Auftreten in unstandesgemäßer Kleidung bedinge an sich bereits einen Verlust an Ehre, welcher die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Edikt *de adtemptata pudicitia* ausschließe.³⁵

Dasselbe Argument wird auch auf die *materfamilias* angewandt: Unter diesem Terminus will man nun einen Ehrentitel verstehen, welcher adeligen Frauen vorbehalten war und welchen darüber hinaus selbst diese lediglich für sich beanspruchen durften, wenn ihre Lebensführung dem Idealbild weiblicher Tugend entsprach; durch das Anlegen unpassender Kleidung begaben somit auch sie sich quasi zwangsläufig aus dem Schutzbereich des Spezialedikts, da sie schon durch die unstandesgemäße Kleiderwahl des Titels *materfamilias* verlustig gegangen waren. Eine Haftung kam

34 Grundlegend Wittmann (Fn 12) 316; vgl. ua auch M Guerrero Lebrón, La idea de «materfamilias» en el «edictum de adtemptata pudicitia», in R López-Rosa und F del Pino-Toscano (Hrsg.), *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual* (Huelva 2003) 297, 303; weitere Nachweise bei Ehmer (Fn 3) nicht paginiert, Anm 37.

35 So grundlegend Wittmann (Fn 12) 316; aA Hagemann (Fn 2) 73–74.

demnach auch hier lediglich auf der Grundlage einer allfälligen generellen Bestimmung in Frage.³⁶

Dass derartige Vorstellungen wenig mit der historischen Wirklichkeit des klassischen Rom zu tun haben, wurde bereits weiter oben erläutert und wird im folgenden Unterkapitel vertieft werden. Aber auch auf sprachlicher Ebene ist eine solche Lesart mE schwer aufrecht zu erhalten. Bereits die Formulierung von D. 47.10.15.15 selbst spricht gegen diese Annahme, da die Begriffe *femina* und *matrona* ja offensichtlich als Synonyme verwendet werden und mit dem *materfamilias* des Ediktswortlauts in Beziehung gebracht werden, ohne dass der Jurist die Notwendigkeit begrifflicher Einschränkungen oder Anmerkungen sieht. Auch scheint Ulpian nicht davon auszugehen, dass es gleichsam eine „Uniform“ der *materfamilias* gab, die sie von anderen freien Römerinnen abhob; ihre Kleidung ist D. 34.2.23.2 zufolge schlichtweg definiert als jene Kleidungsstücke, welche ein Mann nicht tragen kann, ohne negatives Aufsehen zu erregen: *muliebria sunt, quae matris familiae causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest sine vituperatione* („Frauenkleider sind jene, welche zum Gebrauch der *materfamilias* dienen und welche ein Mann nicht leicht ohne Spott anziehen kann“). Signifikant ist auch hier die ganz offensichtliche Gleichsetzung von *muliebria* und *matris familiae causa [...] comparata*, die ebenfalls gegen eine klare Differenzierung zwischen der *materfamilias* zukommenden Kleidungsstücken und jenen, welche andere Frauen trugen, spricht. Dasselbe trifft auf das oben zitierte Ulpianfragment D. 47.10.1.3 zu, in dem uns die *materfamilias* ganz selbstverständlich als weibliches Gegenstück zum *paterfamilias*, dessen rechtliche und faktische Stellung ja unumstritten von seinen persönlichen Qualitäten unabhängig war, begegnet.

Aber auch andere Digestenstellen legen nahe, dass der Begriff im rechtlichen Kontext kein eng beschränkter war. Eine Definition der *materfamilias* findet sich insbesondere in D. 50.16.46.1 (Ulp. 59 ed.):

"Matrem familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.

Unter *materfamilias* haben wir eine Frau zu verstehen, welche nicht unehrenhaft lebt: denn die [Lebensführung im Einklang mit den] guten Sitten unterscheidet die *materfamilias* von den übrigen Frauen. Deswegen

36 Grundlegend Wittmann (Fn 12) 316.

ist es auch nicht ausschlaggebend, ob sie verheiratet ist oder verwitwet, ob sie frei geboren ist oder freigelassen: denn weder Abstammung noch Heirat machen eine Frau zur *materfamilias*, sondern ihre guten Sitten.

Auf den ersten Blick scheint diese Stelle die oben referierte Deutung durchaus zu stützen. Bei genauerer Betrachtung zeigen sich aber signifikante Unterschiede zwischen dem Verständnis Ulpian und jenem der oben erwähnten Autor:innen: Zum ersten betont Ulpian, dass die Klassifikation als *materfamilias* von der sozialen Herkunft und Stellung völlig unabhängig war; zum zweiten ist der an ihre Lebensführung angelegte Maßstab keineswegs ein außergewöhnlicher, waren doch die *boni mores* im rechtlichen Kontext üblicherweise jener durchaus erreichbare Standard, an dem sich Römer:innen ganz allgemein in ihrem rechtlichen Handeln zu orientieren hatten. Auch sonst lässt die Stelle sprachlich mitnichten darauf schließen, dass die an die Lebensführung der *materfamilias* gerichteten Anforderungen ungewöhnlich hoch gewesen wären – so umfasst die zurückhaltend formulierte doppelte Negation des *non inhoneste vivere* wohl alles, was nicht einem eindeutig unehrenhaften Lebenswandel zuzurechnen war.³⁷

Gestützt wird diese breite Deutung des Begriffs im hier behandelten Kontext auch durch den wiederkehrenden Verweis auf die *boni mores* als Beurteilungsstandard im Rahmen der *actio iniuriarum* selbst: Gerade hier machte es wohl kaum Sinn, jede kleine Abweichung von einem strengen sittlichen Ideal seitens des Täters bereits klagbar zu machen und damit eine unüberschaubare Flut von Gerichtsverfahren loszutreten – vielmehr sollten der *actio iniuriarum* wohl nur Verhaltensweisen unterliegen, welche sich mit einiger Schärfe von dem unterscheiden, was im Rahmen der römischen Gesellschaft als einigermaßen anständiges Verhalten toleriert werden konnte. Die Annahme, dass derselbe Begriff nun im selben rechtlichen Kontext eine weitaus einschränkendere Interpretation erfahren haben sollte, wenn man den Fokus von Beleidiger auf beleidigte Person verlagert, scheint wenig plausibel, zumal diesbezügliche Nachweise in den Quellen völlig fehlen.

Auch die in D. 43.30.3.6 – im Kontext der Obsorge für *uxores in manu* und unmündige Gewaltunterworfenen nach dem Tod des Ehemannes und Vaters – angebotene Begriffsdefinition lässt nicht zwingend darauf schließen, dass die Bezeichnung *materfamilias* gleichsam als Ehrentitel nur moralisch exemplarischen Frauen zukam:

37 AA Ehmer (Fn 3) nicht paginiert, der die Litotes *non inhoneste* als Verstärkung liest.

In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.

Unter diesem Interdikt befiehlt der Praetor, bis die Sache gerichtlich entschieden ist, eine Frau, einen *praetextatus* und einen, der dem *praetextatus* im Alter nahe ist, der Obhut der *materfamilias* zu übergeben. Nahe am Alter eines *praetextatus* nennen wir einen, der gerade das Alter der Pubertät erreicht hat. Wenn du *materfamilias* hörst, denke an eine Frau von anerkannter Autorität.

Die *materfamilias* ist hier – wie auch in D. 47.10.1.3 (siehe oben) – augenscheinlich das weibliche Pendant zum *paterfamilias*, welcher bis zur Bestellung eines Tutors die faktische Obsorge über die Kernfamilie des offenbar kürzlich verstorbenen Haussohnes übertragen wird. Dezidiert wird hier lediglich hervorgehoben, dass man unter *materfamilias* eine Frau von anerkannter Autorität zu verstehen habe. Darüberhinausgehende moralische Ansprüche werden nicht gestellt.³⁸ Nun mag man zwar einräumen, dass es sich hier unter Umständen um eine bloße Zusatzvoraussetzung handelte, wie sie insbesondere im Umgang mit den hier erwähnten halbwüchsigen Söhnen wohl vonnöten war, während die Definition der *materfamilias* als ungewöhnlich tugendsame Frau bereits allgemein anerkannt war und damit nicht weiter erwähnt werden musste. Diesfalls gelängen wir aber zwangsläufig zu dem Schluss, dass diese Digestenstelle nur auf wenige Sonderfälle anzuwenden gewesen sein musste – man würde also eine weitere Bestimmung erwarten, was in Familien zu geschehen habe, in welchen es zwar verwitwete Haustöchter und minderjährige Söhne, aber kein weibliches Familienoberhaupt von unangefochtener moralischer Exzellenz gab. Eine solche Bestimmung findet sich aber weder hier noch anderswo in den Digesten. Wenn wir also nicht annehmen wollen, dass das römische Recht den weitaus häufigeren Fall unregelt gelassen hatte und nur für den Fall, dass die Frau des *paterfamilias* eine *materfamilias* im Sinne einer Frau von ungewöhnlich herausragender Tugend war, eine Bestimmung getroffen habe, müssen wir diese Hypothese verwerfen.

Über die Anmerkung zur *materfamilias* hinaus interessiert an der gegenständlichen Stelle auch die Verwendung des Begriffes *praetextatus*. Eindeu-

38 AA Guerrero Lebrón (Fn 35) 301, welche den Begriff *auctoritas* an dieser Stelle als Ehrenhaftigkeit versteht.

tig ist unter diesem Terminus hier eine reine Altersangabe zu verstehen, wie sich neben dem Kontext auch insbesondere aus der Wendung *proxime praetextati aetatem* herauslesen lässt. Dass hier eine Einschränkung auf adelige oder sozial höherstehende Jugendliche intendiert ist, scheint unwahrscheinlich: Vom frühen Tod des Vaters waren Familien aller Gesellschaftsschichten gleichermaßen betroffen; wenn es gesonderte Regelungen für unterschiedliche soziale Schichten gegeben hätte, müsste man annehmen, dass Spuren davon im einschlägigen Digestentitel zu finden wären – was aber nicht der Fall ist. Eine noch engere Einschränkung des Begriffs auf die Kleidung der so bezeichneten Person im fraglichen Zeitpunkt, wie sie vielerorts für das Edikt *de adtemptata pudicitia* postuliert wird, kommt an dieser Stelle von vornherein nicht in Frage. Wäre der Begriff mehrdeutig bzw. hier in einer anderen als der in juristischen Kreisen gebräuchlichen Weise verwendet, so dürfte man zumindest eine diesbezügliche Anmerkung erwarten, wie wir sie auch zu den besonderen Anforderungen an die *materfamilias* und zur Wendung *proxime praetextati aetatem* finden.

2.3.2. Zwischenfazit zum persönlichen Geltungsbereich

Es scheint daher durchaus wahrscheinlich, dass die Quellen zum Edikt *de adtemptata pudicitia* die Begriffe *materfamilias* und *praetextatus/praetextata* in genau jenem Sinne verwenden, in dem sie auch an anderen Stellen der Digesten vorkommen, und das Edikt somit den lückenlosem Schutz Minderjähriger beiderlei Geschlechts (im Falle von Frauen bis zu deren Heirat, anlässlich der sie symbolisch die *toga praetexta* ablegten) und verheirateter oder verwitweter Frauen intendierte. Eine andere, enge Auslegung der genannten Begriffe käme sonst zwangsläufig zu dem Schluss, dass der persönliche Geltungsbereich einerseits an der Kleidung – d.h. im Tatzeitpunkt mit der *toga praetextata* gekleidete Personen – andererseits aber, sobald eine Frau dieser entwachsen war, an ihrem anerkannt untadeligen Lebenswandel orientierte. Das scheint wenig plausibel, zumal sich auch in keiner Quelle ein eindeutiger Hinweis auf diese ungewöhnliche Definition finden lässt, obwohl man im Hinblick auf die daraus resultierenden formellen und praktischen Probleme solche durchaus erwarten dürfte. Um die Diskrepanz zwischen den beiden Tatbestandsvoraussetzungen – Kleidung einerseits, sittenstrenger Lebenswandel andererseits – ein wenig abzuschwächen, wird in diesem Kontext darauf verwiesen, dass die Kleidung der *materfamilias* zumindest in der Klassik eindeutig definiert gewesen sei, auch hier also im Grunde genommen lediglich auf die Kleidung der Betroffenen abzu-

stellen gewesen wäre, was bereits weiter oben widerlegt wurde. Darüber hinaus wäre dies das einzige klassische Edikt, dessen Geltungsbereich ausschließlich an der Kleidung festmachen ließe, und dessen Geltungsbereich man durch ein bloßes Ablegen derselben verlassen könnte. Wäre dies so gewesen, hätte man doch immerhin irgendwo eine Bezugnahme auf diese Besonderheit erwartet.

Im Übrigen wäre ein solcher Ansatz auch mehr als sonderbar: Wenn die Kleidung der *materfamilias* nur von einer solchen getragen werden durfte, müsste man hinterfragen, wer einer Frau die Berechtigung zum Anlegen eben dieser Kleidung zugestehen konnte, und auf welche Kriterien sich diese stützte. Mit anderen Worten: Wenn es die Kleidung war, welche eine Frau in den Augen der Rechtsgemeinschaft zur *materfamilias* machte, so fällt damit zwangsläufig die Interpretation des Begriffs als Ehrentitel, da sich diesen ja nun jede Frau selbst verleihen konnte. War umgekehrt der Titel der *materfamilias* Voraussetzung dafür, dass bestimmte Kleidungsstücke überhaupt getragen werden durften, so vermisst man in den Quellen jeden Hinweis darauf, von wem diese Voraussetzungen formuliert oder überwacht wurden, oder welche Kleidungsstücke insbesondere dieser Regelung unterlagen. Gerade in jenen Quellen, in welchen *stola* etc. als typische Kleidungsstücke der verheirateten Römerin erwähnt werden, würde man in diesem Kontext den Hinweis erwarten, dass diese aber nicht schlechthin jeder verheirateten Frau, sondern lediglich besonders qualifizierten Ehefrauen zustünden.

Auch steht der Annahme, dass das Spezialedikt nur besonders ehrbare Ehefrauen schützte, während der Schutz der übrigen auf das generelle Edikt begrenzt war, die rein praktische Überlegung der Gewährung oder Verweigerung der Klage seitens des Praetors entgegen: Wenn man davon ausgeht, dass im Falle einer sittlich herausragenden Betroffenen (also einer *materfamilias* im Sinne dieser Definition) aus dem Edikt *de adtemptata pudicitia* geklagt werden konnte, in anderen Fällen aber die Klage aus dem generellen Edikt zu erheben war, hätte dies zwangsläufig bedeutet, dass der Prätor vor Klagsgewährung die Ehrenhaftigkeit der Betroffenen erheben und einer Beurteilung unterziehen hätte müssen; hier hätte man also zumindest erwartet, dass sich Hinweise auf den anzulegenden Beurteilungsmaßstab und aus dieser Beurteilung resultierende Meinungsverschiedenheiten zwischen Kläger:innen und Prätor überliefert hätten. Schlussendlich hätte diese Annahme ja zur Folge, dass der Prätor immer wieder in die Verlegenheit gekommen sein musste, einer Klägerin oder einem Mann, welcher die Klage im Namen seiner Ehefrau erheben wollte, mitteilen zu müssen, dass

die Beleidigte nicht anständig genug sei, um in den Schutzbereich des Spezialedikts zu fallen. Wenn dies jemals gängige Praxis gewesen wäre, so hätte man doch in einschlägigen Texten einen Hinweis darauf erwartet – wenn schon nicht in juristischen, so zumindest in Komödien und Satiren.

Wittmann selbst entgeht dieser durch seinen Interpretationsansatz geschaffenen Problematik durch die bemerkenswerte Annahme, dass eine *matrona* der Kaiserzeit nicht „aus bloßer Gefallsucht“ wie eine Prostituierte an die Öffentlichkeit getreten sei, sondern nur dann, wenn sie dadurch tatsächlich „ihre Bereitschaft zur körperlichen Hingabe gegen Entgelt signalisieren wolle“.³⁹ Eine Klage im eigenen Namen war damit von vornherein nicht mehr möglich; für den Ehemann verblieb – da die mangelnde Ehrenhaftigkeit der Frau nun überhaupt nicht mehr zur Diskussion stehen konnte – nur die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Generaledikt. Hierzu sei auf das verwiesen, was bereits weiter oben gegen die Ansicht Wittmanns und Ehmers gesagt wurde: Eine Frau, die sich prostituiert, ist eine Prostituierte – hätte Ulpian eine solche gemeint, hätte er wohl von einer *meretrix* anstatt von einer *femina meretricia veste* gesprochen.

Zuletzt müsste auch noch geklärt werden, weshalb Ulpian den Schutz aus dem *edictum generale* als ein „minus“ gegenüber jenem aus dem Spezialedikt auffassen hätte sollen, zumal ja nirgends überliefert ist, dass die zugesprochenen Bußsummen notwendigerweise divergierten: als *actio aestimatoria* überließ die *actio iniuriarum* die finanzielle Beurteilung der erlittenen Beleidigung ja in jedem Fall dem Gericht.⁴⁰ Aus dem Wortlaut der Stelle lässt sich für diese Argumentation jedenfalls nichts gewinnen; insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Klagen aus den Spezialedikten insgesamt keine eigene Bezeichnung hatten, sondern generell unter dem Oberbegriff *actio iniuriarum* zusammengefasst wurden,⁴¹ die Wendung *iniuriarum tenetur* in dieser Hinsicht also völlig undeterminiert ist. Dies ergibt sich auch aus D. 47.10.7.5, wo explizit erörtert wird, dass die dort aufgezählten Tatbestände, welche unter unterschiedliche Spezialedikte zu subsumieren seien, nicht jeweils separat, sondern mit einer gemeinsamen *actio iniuriarum* geltend gemacht werden müssten – was unter der Annahme, dass jedes Spezialedikt seine eigene, von einer allfälligen „generellen“ Klage verschie-

39 Wittmann (Fn 12) 318.

40 Zur *actio aestimatoria* siehe im Detail AM Mandas, 'Minus peccare videtur' Sul perimetro applicativo dell'edictum de adtemptata pudicitia (2023) 16 Teoria e Storia del Diritto Privato 1, 37–39 mwN.

41 Siehe dazu insbesondere Mandas (Fn 40) 32 Anm 87 mwN; grundlegend bereits Pernice (Fn 29) 31; vgl dazu Mandas (Fn 40) 35 Anm 94.

dene, Klagsformel gehabt hätte, prozessual nicht umsetzbar gewesen wäre. Dazu kommt, dass Ulpian die durch das Edikt *de adtemptata pudicitia* sanktionierten Tatbestände explizit dem Wortlaut nach erwähnt; es ist also nicht anzunehmen, dass der Jurist es hier völlig unerwähnt gelassen hätte, wenn der Leser dessen ungeachtet an die Haftung aus einem *anderen* Edikt denken hätte sollen.

Auch im Hinblick auf die zweite explizit in den Schutzbereich einbezogene Personengruppe tun sich Fragen auf. So können wir doch mit einiger Sicherheit davon ausgehen, dass die *toga praetexta* keinesfalls rund um die Uhr, sondern vorwiegend zu formellen Anlässen getragen wurde.⁴² Welchen Sinn hätte es nun aber anzunehmen, dass Jugendliche lediglich bei solchen geschützt gewesen wären, wenn doch ein Schutz gerade in anderen Situationen – beim Besuch der öffentlichen Bäder, beim Sport, oder bei zwanglosen Zusammenkünften im Freundeskreis – aufgrund der Natur des Ortes und der dort ausgeübten Tätigkeit viel dringender erforderlich schiene?

Auch die oben erörterte Vermutung, das Edikt habe lediglich für Personen hoher sozialer Stellung gegolten, scheint bei Berücksichtigung der gesellschaftlichen Realität der spätklassischen Zeit nicht unbedingt plausibel. So waren es ja wohl sicherlich gerade Adelige, welche sich aufgrund der großen Anzahl an ihnen zur Verfügung stehenden Sklaven am einfachsten lästiger Verehrer erwehren konnten. Umgekehrt aber wird wohl die Hemmschwelle eines Senators, vor dem Praetor vorzubringen, man habe seine Tochter für eine Sklavin oder seine Ehefrau für eine Prostituierte gehalten und deshalb belästigt, weitaus größer sein als jene eines sozial niedriger stehenden Mannes, dem andere Mittel zum Schutz ihrer – und seiner – Ehre nicht zu Gebote stehen. Im Lichte dieser Überlegungen scheint es wahrscheinlich, dass das Edikt gerade jene Bevölkerungsschichten im Blick hatte, welche außer ihrer Ehre nicht viel zu verlieren hatten, und welche schon aufgrund ihrer vergleichsweise ärmlichen Bekleidung mit Sklavinnen oder Prostituierten verwechselt werden konnten – oder unter diesem Vorwand Belästigungen ausgesetzt waren. Widerlegt wird dieses Postulat auch durch den expliziten Wortlaut der oben zitierten D. 50.16.46.1, der zufolge die soziale Herkunft (*natales*) für die Stellung als *materfamilias* unerheblich war.

42 Vgl Edmondson (Fn 11) 23–24.

Meiner Ansicht gibt D. 47.10.15.15 damit sehr wohl Aufschluss über den persönlichen Geltungsbereich des Edikts, wenngleich eher im Sinne eines Umkehrschlusses: Sklavinnen und Prostituierte waren demnach ausgenommen – aus diesem Grund war es wohl nötig, ehrbare Frauen, welche aufgrund ihrer Kleidung für solche gehalten werden konnten, wiederum explizit in den persönlichen Geltungsbereich einzubeziehen, um Schutzlücken zu vermeiden. Dass die *pudicitia* einer Prostituierten – da sie nach römischem Verständnis überhaupt nicht existierte – nicht geschützt werden musste, liegt auf der Hand.⁴³ Dass die *pudicitia* der Sklavin hingegen sehr wohl explizit geschützt wurde, steht dieser Annahme nicht entgegen, konnten doch gegen Sklavinnen verübte Iniurien auf der Basis des Edikts *de iniuriis, qui servis fiunt* geltend gemacht werden.⁴⁴

Auch sozialgeschichtlich macht diese Annahme durchaus Sinn: mit Blick auf den relativ weiten Handlungsspielraum, den die Römer insbesondere jungen Adeligen im Umgang mit fremden Sklavinnen einräumten,⁴⁵ ist ein so umfassender Schutz, wie ihn das Edikt *de ademptata pudicitia* bietet, für Sklavinnen kaum denkbar. Viel wahrscheinlicher ist es hier anzunehmen, dass die *pudicitia* einer Sklavin nur vor besonders groben, eindeutig auf die Ehre ihres *dominus* reflektierenden Eingriffen bewahrt werden sollte, sodass der Prätor (wie im Ediktswortlaut verankert) lediglich *causa cognita* – nach Abwägung der Details des jeweiligen Einzelfalles – eine Klage gewährt haben wird. Gerade weil wir aus der Überlieferung wissen, dass sexuelle Übergriffe auf fremde Sklavinnen für junge Männer der römischen Oberschicht bestenfalls als Kavaliersdelikte galten,⁴⁶ war es aber wohl nötig, ein Übergreifen dieser Tendenz auf freie Frauen aus ökonomisch schlechter gestellten Klassen zu verhindern und somit die freie Römerin – und deren Ehemann oder Vater – vor Ehrverletzungen zu schützen. Die bloße Behauptung des Täters, durch die Kleidung einer Frau zu unsittlichem Verhalten verleitet worden zu sein, führte also nicht zu Straffreiheit. Gleichzeitig wird den Interessen des Beklagten aber Rechnung

43 Vgl. ua Raber (Fn 2) 45–46; Hagemann (Fn 6) 73 mwN; aA Wittmann (Fn 12) 318 (dagegen explizit Hagemann (Fn 6) 73 Anm 108).

44 So auch A Guarino, *Le Matrone e i pappagalli* (1978) Inezie di giureconsulti 165, 165; vgl. auch Fusco (Fn 2) 80; vgl. auch Hagemann (Fn 6) 73 unter Verweis auf D. 47.10.9.4, allerdings ohne Bezugnahme auf die ediktale Grundlage).

45 Siehe dazu ausführlich R Gamauf, *Sex and Crime im römischen Recht: Zu einem Fall nicht sanktionierter sexueller Gewalt* (D 47.2.39 Ulp. 41 Sab.), in MF Polaschek und A Ziegerhofer (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen, Grenzen des Rechts* (Peter Lang 1998) 21–41.

46 Siehe dazu ausführlich Gamauf, *Sex and Crime im römischen Recht* (Fn 45) 31–35.

getragen, indem er diese als haftungsmindernden Umstand ins Treffen führen kann. In diesem Lichte besehen drängt sich die zynische Bemerkung auf, dass die Höhe der Bußzahlung indirekt an die Einkommenshöhe der Betroffenen angepasst wurde: Eine Frau, welche es sich nicht leisten konnte, im vollen Ornat einer *matrona* der Oberschicht aufzutreten, erhielt im Belästigungsfall auch weniger Geld.

2.4. Beleidigungsabsicht und Irrtum des Täters

In diesem Kontext stellt sich die Frage, welche Bedeutung der subjektiven Wahrnehmung des Täters in der hier beschriebenen Fallkonstellation zukam. Zumindest erwähnenswert ist im Rahmen der Auseinandersetzung mit dieser Stelle Pernices Deutung des *appellare* als Erfolgsdelikt.⁴⁷ Bereits die objektive Verwirklichung des Tatbestandes führte demnach – auch ohne Vorliegen jedweder subjektiver Intention – zur Haftung des Täters; der offenbar haftungsmindernde Umstand der unpassenden und potentiell irreführenden Bekleidung konnte somit nur in der *aestimatio* der fälligen Bußzahlung berücksichtigt werden.⁴⁸

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob der sogenannte *animus iniuriandi* tatsächlich wesentliches Tatbestandselement des klassischen *iniuria*-Delikts war, ist in der romanistischen Forschung allerdings heftig umstritten und soll hier aus Platzgründen ausgeklammert bleiben, zumal sie, wie hier gezeigt werden soll, für die Auslegung des gegenständlichen Fragments keineswegs von so fundamentaler Bedeutung ist, wie in der Literatur oft angenommen. Implizit bereits seit Gothofredus, offen ausgedrückt aber zumindest seit Voets Kommentierung der Pandekten im ausgehenden achtzehnten Jahrhundert,⁴⁹ geht ein großer Teil der Forschung davon aus, dass sich der Täter durch die Kleidung der Beleidigten getäuscht zu unzüchtigen Handlungen verleiten habe lassen, die Frau also eine gewisse Mitschuld an der Belästigung trifft. Auf Basis dieser Annahme gelangen insbesondere ältere Autoren fast zwangsläufig zu einem Entfall der Haftung. So argumentiert etwa Voet seine Emendierung zu *iniuriarum vix tenetur*, dass eine unangemessen gekleidete Matrone oder Jungfrau, insbesondere wenn das Verhalten des Täters nicht über unzüchtiges Ansprechen hinaus-

47 Pernice (Fn 29) 31.

48 Dieser Ansicht insbesondere Raber (Fn 2) 51; vgl auch Hagemann (Fn 2) 72.

49 Voet (Fn 6) 827; siehe auch (weitgehend zustimmend!) Raber (Fn 2) 40–41.

gegangen sei, wohl kaum eine Iniurienklage erheben könne, weil sie ihn ja selbst durch ihr Handeln und ihre Schuld zu einem Irrtum hinsichtlich ihrer Person verleitet habe.⁵⁰ Inhaltlich zum selben Schluss kommen ua Schulz, der die Haftung des Täters verneint (und die Stelle deswegen für interpoliert hält), weil im Ansprechen der vermeindlichen Prostituierten kein objektiver Verstoß gegen die *boni mores* zu erblicken sei,⁵¹ sowie Falchi, welcher im subjektiven Irrtum des Täters die Begründung für die von Ulpian vertretene Haftungsminderung sieht.⁵²

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Ulpian an keiner Stelle erwähnt, dass der Täter einem Irrtum über Status oder Person der Belästigten unterlegen sei.⁵³ Wäre dies aber der Fall gewesen, so hätte man einen solchen Hinweis, wie ich meine, jedenfalls erwarten dürfen. Hier fällt aber unmittelbar auf, das Fragment einen zugrundeliegenden *error in persona* überhaupt nicht thematisiert, das Vorliegen eines solchen also durchaus unwahrscheinlich ist: Vielmehr muss man davon ausgehen, dass der wahre Status der Belästigten objektiv erkennbar war bzw. der Täter durchaus im Bewusstsein handelte, eine ehrbare Frau zu belästigen.⁵⁴ Die Anmerkung Wittmans, dass die Stelle die subjektive Tatseite nicht erwähne und eine Beurteilung deswegen entfallen müsse,⁵⁵ überzeugt hier nicht. Vergleichen wir die Stelle nämlich mit ähnlich gelagerten Stellen, in denen ein Irrtum darüber vorliegt, ob die beleidigte Person überhaupt in den ediktal geschützten Personenkreis fällt, so fällt auf, dass sie ansonsten die einzige wäre, in der ein expliziter Hinweis auf den Irrtum fehlt. Ein solcher wäre aber gerade dort unumgänglich, wenn er entscheidungserheblich für die Minderung der Haftung gewesen wäre. Es ist also weitaus plausibler, dass Ulpian einen solchen hier nicht im Blick hatte. Dies steht auch im Einklang mit den vom Juristen befürworteten Rechtsfolgen, da ein *error in persona* – sei es nun aufgrund des Wegfalls der subjektiven Intention oder

50 Voet (Fn 6) 827: Similique modo vix est, ut, per impudicos sermones injuria fiat matronæ vel virgini, honestæ quidem, non tamen virginea vel matronali, sed ancillari vel meretricia veste indutæ, si non ultra blandæ orationis appellationem ad pudicitiam attentandam processum fuerit; cum suo facto suaque culpa tales videantur injuriantem in errorem induxisse.

51 Schulz (Fn 26) 597; siehe dazu auch Raber (Fn 2) 42.

52 GF Falchi, *Diritto penale romano*, Bd 2 (R Zannoni 1932) 67; gleicher Ansicht Fusco (Fn 2) 93–96; siehe dazu auch Raber (Fn 2) 42.

53 Wittmann (Fn 12) 317; Mandas (Fn 40) 31.

54 Mandas (Fn 40) 31–32.

55 Wittmann (Fn 12) 317.

eines objektiven Verstoßes gegen die *boni mores* – zum Entfall der Haftung führen müsste:

D. 47.10.3.4 (Ulp. 56 ed.)

Si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur.

Wenn jemand einen freien Mann schlägt, den er für seinen Sklaven hält, so ist zu vertreten, dass er nicht aus der *actio iniuriarum* haftet.

Wer einen Freien in der irrigen Annahme schlägt, dieser sei sein Sklave, haftet also nicht; im Einklang mit dieser Argumentation dürfte auch jener nicht haften, der irrtümlich eine vermeintliche Sklavin oder Prostituierte anspricht.⁵⁶ Weshalb hier in der Forschung mitunter eine Haftung aus dem Spezialedikt verneint, aus einem allfälligen Generaledikt aber bejaht wird, erhellt keineswegs. Der Umstand, dass derselbe Jurist in der Konstellation der D. 47.10.15.15 die Haftung des Täters bejaht, in D. 47.10.3.4 aber verneint, sollte bereits verdeutlichen, dass die Minderung der Haftung im ersteren Fall nicht einem Irrtum des Täters entspringen kann.

Der Vollständigkeit halber ist hier abschließend auch anzumerken, dass die Haftungsminderung nicht einem berücksichtigungswerten *Mitverschulden* der Geschädigten entsprang, sondern lediglich der durch das Gericht erfolgenden Wertung aller Umstände des Geschehenen. Die Minderung der Haftungssumme war also nicht der „freiwilligen Selbstgefährdung“⁵⁷ des Opfers geschuldet, sondern dem Verständnis, das der Jurist für das Handeln des Täters aufbrachte und auch den *aestimatores*, welche im Rahmen des Gerichtsverfahrens die zu leistende Bußsumme festlegten, ans Herz legte. Mitverschulden im dogmatischen Sinne führt im römischen Recht hingegen gemeinhin zum gänzlichen Entfall der Haftung des Schädigers.

2.5. Definitionen der Begriffe *appellare* und *comitem abducere*

Sehen wir uns nunmehr die Definition des Delikts der *adtemptata pudicitia* genauer an:

D. 47.10.10 (Paul. 55 ed.)

Adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.

56 Vgl. Fuchs (Fn 5) 33; dagegen Ehmer (Fn 3) nicht paginiert.

57 Ehmer (Fn 3) nicht paginiert.

Das Delikt *adtemptari pudicitia* zu begehen scheint jener, der so handelt, dass aus einer keuschen Person eine unkeusche werde.

Erwähnenswert ist auch die Definition des *appellare*:

D. 47.10.15.20 (Ulp. 77 ed.)

Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare.

appellare bedeutet, die Keuschheit eines anderen durch schmeichlerische Rede ins Wanken bringen zu wollen: denn dies fällt nicht unter *convicium*, sondern unter Umwerben entgegen die guten Sitten.

D. 47.10.15.21 (Ulp. 77 ed.)

Qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur.

Wer schändliche Worte verwendet, begeht nicht *pudicitia adtemptari*, haftet aber aus der *actio iniuriarum*.

Hier ist davon die Rede, dass durch schmeichlerische Rede versucht wird, eine keusche Person dazu zu bringen, dass sie unkeusch werde. Es ist also nicht das Ansprechen als solches – und das macht auch Ulpian ganz deutlich – das unter Sanktion steht, sondern das schmeichlerische Umwerben in Verführungsabsicht. Wenn sich ein Mann aber auf dieser Weise einer – wenngleich aufreizend gekleideten – Dame nähert, so ist ihm durchaus bewusst, dass es sich nicht um eine Prostituierte handelt; bei einer solchen wäre schmeichlerisches Umwerben nämlich gänzlich fehl am Platze. Wer bereits weiß, dass das Objekt seiner Begierde käuflich ist, muss sich nicht erst durch schmeichlerische Rede bemühen, dessen Moral zum Wanken zu bringen.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, wird merkbar, dass Ulpian wohl eher Konstellationen im Blick hatte, in denen dem Täter sehr wohl erkennbar war – oder bei genauer Betrachtung erkennbar hätte sein müssen –, dass die fragliche Person eine ehrbare Römerin war, der Verweis auf die Kleidung der Belästigten also ein nachträglich ins Treffen geführter Rechtfertigungsversuch war. Besonders offensichtlich wird dies im dritten Satz der Stelle, wo neben dem *appellare* auch das *comitem abducere* erwähnt wird – wenn sich eine Frau in Gesellschaft eines Begleiters in die Öffentlichkeit begibt, welcher erst weggelockt werden muss, um den Weg für Avancen zu bahnen, so handelt es sich – ganz egal, worin sie sich kleidet – für den Täter und die Allgemeinheit ganz klar erkennbar nicht um eine

Prostituierte, sodass ein gänzlicher Entfall der Haftung nicht zu rechtfertigen war.⁵⁸

3. *Conclusio*

Es wäre nun naheliegend zu behaupten, dass auch meine Deutung eine historisch kontingente ist, welche unter dem Einfluss von Feminismus und #metoo-Bewegung den Römern eine Sensibilität für die Handlungsfreiheit der Frau unterstellt, die sie weder hatten noch haben konnten. Ich darf solche Sorgen ein wenig zu zerstreuen versuchen: Ulpian war sicherlich kein Frauenrechtler, wenn er auf den Ehrenschatz der unangemessen gekleideten Römerin pocht. Vielmehr trug er damit weitestgehend den Bedürfnissen seines männlichen Umfeldes Rechnung: In einer patriarchalischen Gesellschaft, in denen Frauen ein gewisses Maß an Freiheit in der Kleiderwahl zugestanden wird, ist es geradezu ein Imperativ, dies nicht ohne Weiteres zum Kriterium für die Angreifbarkeit der weiblichen – und der damit verknüpften männlichen! – Ehre zu machen. Nur wenn weibliche Angehörige das tragen durften, was sie offenbar sowieso trugen, ohne dass dies andere Männer uneingeschränkt zur Entschuldigung für Übergriffe machen konnten, war die Ehre der männlichen herrschenden Schicht auch wirklich geschützt.

Gleichzeitig führt die Stelle auch eine gewissen Doppelmoral vor Augen – war man als Mann doch auch nicht geneigt, sich so weit zurückzuhalten, dass man aufreizend gekleidete Frauen einfach ignorierte. Die Samen des noch heute erschreckend wohlbekanntes Arguments, dass manche Kleidungsstücke oder -stile quasi als Rechtfertigung, wenn nicht sogar als Einladung, für unsittliche Avancen zu deuten seien, waren bereits gesät. Die von Ulpian referierte Bestimmung ist daher ein Paradebeispiel eines Versuches, alle widerstreitenden Bedürfnisse der herrschenden Herren zu berücksichtigen – einerseits die Aufrechterhaltung des Ehrenschatzes der Frau, da dieser ja auch die männliche Ehre tangierte, andererseits aber auch eine Haftungsminderung für jene Fälle, wo Mann sich unter dem Eindruck suggestiver Kleidung doch zu Unsittlichkeiten hatte verleiten lassen. Gerade diese im römischen Schadenersatzrecht durchaus unübliche Haftungsminderung unter Berücksichtigung der Handlungen der Betroffenen ist, wie

58 In diesem Sinn nur zu *comitem abducere* s Hagemann (Fn 2) 74 Anm 110.

oben gezeigt, eher Ausfluss männlicher Solidarität als konsequenter Dogmatik.

Eine solche Deutung verlangt aber die Anerkennung gerade dieser Machtstrukturen; und diese fehlt den romanistischen Autoren – und ich verwende hier bewusst die männliche Form – bis in die Gegenwart weitestgehend. Wenngleich die Stelle aufgrund ihrer sprachlichen Ungereimtheiten sicherlich zu Interpretationen und Emendierungen einlädt, sind jene, welche zu einem gänzlichen Haftungsentfall oder der Unanwendbarkeit des Edikts führen, sprachlich eindeutig nicht zwingend; die Originalfassung, der zufolge das umstrittene *igitur* eine zusammenfassende Verallgemeinerung der beispielhaften Aussagen der ersten beiden Sätze einleitet, nicht unbefriedigender als manch andere unelegante Formulierung in den Digesten. Vielmehr spiegeln die unterschiedlichen Wahrheiten, die im Lauf der Jahrhunderte aus dieser Stelle hinaus- und in sie hineingelesen wurden, das wider, was den zeitgenössischen Rückprojektionen römischer Moralvorstellungen am nächsten kam. Als solche ist das Schicksal von D. 47.10.15.15 wahrlich kein Sonderfall – man denke etwa an den Bedeutungswandel, welchen der Lucretia-Mythos unter dem Einfluss christlicher Moralvorstellungen und patriarchal-feudaler Gesellschaftsstrukturen erfuhr.⁵⁹ Verstärkt und gefördert wurde diese Entwicklung freilich auch durch die lange Geltungsdauer des römischen Rechts, die es ja geradezu erforderlich machte, zeitgenössische Wertungen – und damit rechtliche Bedürfnisse – in die Digesten hineinzulesen. Die Wahrheit über den Ehrenschatz der unsittlich gekleideten Römerin mag nun in einer der referierten Deutungen oder ganz woanders liegen – die Stelle illustriert aber anschaulich, in welchem Ausmaß die Wahrheit der Quellen eine historisch kontingente und somit nahezu unbegrenzt wandelbare ist.

59 Für eine detaillierte Rezeptionsgeschichte des Lucretia-Mythos siehe zB R Schrodi-Grimm, Die Selbstmörderin als Tugendheldin (Diss Universität Göttingen, 2009) 119–123 und Höbenreich und Rizzelli (Fn 20) 286–316.

„Ob diese oder jene umstände waar sind, kommen auf deß
ordentl[ichen] richters untersuchung an“ –
Mögliche Erkenntnisse über Wahrheit in den handelsrechtlichen
Streitigkeiten der Nürnberger *Pareres*

Rhonda-Marie Lechner

In gerichtlichen Prozessen steht die Wahrheitsfindung als Grundlage der Entscheidungsfindung in der Regel im Mittelpunkt. Im Zivilprozess sind die Parteien gem. § 138 I ZPO dazu verpflichtet ihre Erklärungen wahrheitsgemäß abzugeben und das Gericht entscheidet dann mittels der Erklärungen beider Parteien, inwieweit der vorgebrachte Sachverhalt mit der Realität übereinstimmt. Gebunden ist das Gericht heute hierbei jedoch durch den Verhandlungsgrundsatz, welcher eine eigenmächtige Tatsachenerforschung verhindert und es hinsichtlich der Beweisaufnahme an die durch die Parteien vorgebrachten Tatsachen bindet. Diese Wahrheitsfindung auf Grundlage des Parteinovortrags war auch in der Vergangenheit für die Entscheidung eines Streits vor Gericht von besonderer Bedeutung. Zu Streitigkeiten und der Notwendigkeit ihrer Schlichtung kam es in allen Bevölkerungsschichten. Ein besonderes Streitpotential ergab sich aber bei Kaufleuten und deren Warentransporten durch ganz Europa. Denn die geschriebenen Gesetze der frühen Neuzeit reichten in der Regel nicht aus, die speziellen Konflikte dieser Schicht sinnvoll zu befrieden. Stattdessen waren es handelsrechtliche Gewohnheiten, welche herangezogen werden mussten, um diese Streitigkeiten zu entscheiden. Die existierenden Gerichte waren hierfür ebenfalls nicht die geeigneten Ansprechpartner, da sie weniger in handelsrechtlichen Gewohnheiten als im gelehrten Recht geschult waren.¹ Die Kaufleute zogen es daher vor, ihre Streitigkeiten unter ihresgleichen beizulegen und man unterwarf sich beispielsweise freiwillig einem Schiedsgericht oder anderen erfahreneren Kauf-

1 A Wijffles, *Gemeines Prozessrecht*, in W Decock (Hrsg), *Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit*, Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 3 (Springer 2021) 221, 221–223.

leuten.² Eine solche Streitbeilegung unter ihresgleichen findet sich in besonders eindrucksvoller Überlieferung für die Freie Reichsstadt Nürnberg, wo sich Kaufleute in Streitfällen die Expertise der ältesten Kaufleute am Marktplatz, den sogenannten *Marktvorstehern*, zunutze machten. Die *Marktvorsteher* erstellten Gutachten, die sogenannten *Pareres*, welche sich in Manualbänden im Stadtarchiv Nürnberg überliefert finden.³ Fraglich erscheint jedoch, inwiefern die *Marktvorsteher* hier eine Aussage über die vorgebrachten Sachverhalte und deren Richtigkeit treffen konnten, inwieweit die Wahrheit durch die *Marktvorsteher* erforscht wurde und welche Wahrheit überhaupt mit diesen Gutachten vermittelt werden konnte. War die Wahrheit als solche überhaupt für die *Marktvorsteher* in den handelsrechtlichen Fallgestaltungen erfassbar?

Aufgrund der vorhandenen Überlieferung liegt die These nahe, dass mangels einer Tatsachenerforschung hinsichtlich des vorgebrachten Sachverhalts durch die *Marktvorsteher* nur wenig Aussagen über die tatsächlichen Begebenheiten hinter einer Streitigkeit getroffen werden können. Durch die Tatsache, dass es sich um Einzelfallentscheidungen handelte, lassen sich aber wohl dennoch Erkenntnisse über die angewandten Rechtsgewohnheiten und deren Existenz gewinnen. Diese Rechtsgewohnheiten bedurften aber für die weitere Anwendung in anderen Fällen einer Abstraktion. Im Folgenden soll zunächst auf den Quellenbestand an Gutachten sowie die Tätigkeit der Nürnberger *Marktvorsteher* im Allgemeinen eingegangen werden, im Anschluss daran ein Blick in die Gutachten und auf die Form der Konfliktlösung erfolgen, um schließlich zu erläutern, inwiefern die Wahrheit für die Tätigkeit der *Marktvorsteher* eine Rolle spielte und welche Wahrheiten mit diesen Gutachten überhaupt gefunden werden konnten.

1. Die Tätigkeit der Nürnberger Kaufleute

Die Freie Reichsstadt Nürnberg war spätestens zu Beginn des 16. Jahrhunderts eine der bedeutendsten Fernhandelsstädte des Heiligen Römischen Reichs und hierdurch auch ein wichtiger Umschlagplatz italienischer Handelswaren

2 M Stolleis, Professionalisierung der Akteure, in W Decock (Hrsg), Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit, Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 3 (Springer 2021) 65, 68.

3 Stadtarchiv Nürnberg (StadtAN) E 8 Nr 577–587.

auf dem Weg nach Norden.⁴ Dieser Aufschwung gelang trotz des Fehlens eines schiffbaren Gewässers durch den Erhalt diverser Zollprivilegien und der Lage an sich kreuzenden Fernhandelsstraßen.⁵ Der zwangsläufig rege Austausch von Kaufleuten aus Kontinentaleuropa auf den Nürnberger Marktplätzen stellte diese aber auch vor besondere Herausforderungen bei Konflikten aufgrund der Fragmentierung der Rechtsordnung, da Ansprüche häufig an fremden Orten mit anderen Rechtsgewohnheiten durchgesetzt werden mussten.⁶ Zur Konfliktlösung innerhalb der Kaufmannschaft waren in Nürnberg die Mitglieder des *Bancoamts* berufen, welche seit 1628 gutachterlich in Form der *Pareres* tätig wurden.⁷ Das *Bancoamt* entstand als eine Folgeeinrichtung des sogenannten *Banco Publico*, welcher als Giro- und

-
- 4 V Schardt, Kontinuität und Wandel in der Wirtschaft, Ökonomische Leistung als Spiegel des tätigen Menschen in seiner Zeit, in IHK Nürnberg und G Pfeiffer (Hrsg), Im Zeichen der Waage, 425 Jahre Nürnberger Handelsvorstand 1560–1985 (Edelmann Verlag 1985) 16, 17; H Lindstadt, Mit Nürnberger Tand durch alle Land, von Handelsstraßen, Kaufmannszügen und moderner Verkehrs-Infrastruktur, in IHK Nürnberg und G Pfeiffer (Hrsg), Im Zeichen der Waage, 425 Jahre Nürnberger Handelsvorstand 1560–1985 (Edelmann Verlag 1985) 72; H Rehm, Die Nürnberger Handelsgerichtsbarkeit, Verfassung und Prozeß insbesondere im 19. Jahrhundert (Schriftenreihe des Stadtarchivs Nürnberg 1974) 1.
 - 5 W von Stromer, Handel und Gewerbe der Frühzeit, in G Pfeiffer (Hrsg), Nürnberg, Geschichte einer europäischen Stadt (CH Beck 1971) 46, 46–48; P Dirr, Der Handelsvorstand Nürnberg 1560–1910 (Niester 1910) 29; P Pommer, Die Rechtsgutachten der Nürnberger Marktvorsteher (Dissertation, 1948) 10; M Denzel, Der Nürnberger Banco Publico, seine Kaufleute und ihr Zahlungsverkehr (1621–1827) (Steiner 2012) 77–80, 113; M Diefenbacher, Handel und Kaufmannschaft, in M Diefenbacher (Hrsg), Stadtlexikon Nürnberg (2. Aufl, Tümmels 2000), StadtAN Stadtlexikon, https://online-service2.nuernberg.de/stadtarchiv/objekt_start.fau?prj=verzeichnungen&dm=Stadtlexikon&ref=2573 (abgerufen am 8.2.2024); C von Imhoff, Aus Ministerialen wurden Handelsherren, Von der Gründung des Stadt bis zur Gründung des Handelsvorstandes, in IHK Nürnberg und G Pfeiffer (Hrsg), Im Zeichen der Waage, 425 Jahre Nürnberger Handelsvorstand 1560–1985 (Edelmann Verlag 1985) 23, 29; H Kellenbenz, Wirtschaftsleben zwischen dem Augsburger Religionsfrieden und dem Westfälischen Frieden, in G Pfeiffer (Hrsg), Nürnberg, Geschichte einer europäischen Stadt (CH Beck 1971) 295, 296; Lindstadt (Fn 4) 72; H Kellenbenz, Wirtschaftsleben im Zeitalter der Reformation, in G Pfeiffer (Hrsg), Nürnberg, Geschichte einer europäischen Stadt (CH Beck 1971) 186, 187.
 - 6 A Cordes und P Höhn, Fernkaufleute, in W Decock (Hrsg), Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit, Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 3 (Springer 2021) 295.
 - 7 G Seiderer, Vom Handelsvorstand zum Handelsappellationsgericht, Die Nürnberger Handelsgerichtsbarkeit vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in A Amend-Traut, HJ Hecker und HG Hermann (Hrsg), Handel, Recht und Gericht in Mittelalter und Neuzeit, Die Reichsstadt Nürnberg im regionalen und europäischen Kontext (Verein für Geschichte der Stadt Nürnberg 2021) 1, 5; Lindstadt (Fn 4) 72; Dirr (Fn 5) 27, 49; Pommer (Fn 5) 10, 12, 14, 106.

Wechselbank nach Amsterdamer und Hamburger Vorbild einerseits der Verschlechterung des Geldes in der „Kipper- und Wipperzeit“⁸ entgegenwirken und andererseits Nürnberg, trotz der Verlagerung des Handels hin zum Seehandel, als Handelszentrum erhalten sollte.⁹ Bei den *Pareres* handelte es sich um „schriftlich [abgefaßte] Gutachten unparteiischer und sachverständiger Kaufleute über in Handelsgeschäften entstandene Streitigkeiten“,¹⁰ welche jedoch keine Verbindlichkeit besaßen, was hinsichtlich der Nürnberger *Pareres* auch dadurch zum Ausdruck kam, dass diese mit dem Begriff „Unvorgreifliches Sentiment“, also unverbindliche Meinung, überschrieben waren.¹¹ Die Bezeichnung *Parere* selbst stammt wohl vom italienischen *mi pare*, was übersetzt so viel bedeutet wie „es erscheint mir“, auch wenn Liebstädter den Begriff auf das lateinische *parere*, also „einwilligen, erscheinen“ zurückführt.¹² Die Praxis, *Pareres* zu erteilen, verbreitete sich von Italien aus in Europa und in ihnen wurde regelmäßig auf die örtlichen Handelsgewohnheiten, *Usancen*, Bezug genommen, weshalb sie noch heute zum Nachweis damals existierender Rechtsgewohnheiten herangezogen werden können.¹³

-
- 8 M North, Kipper- und Wipperzeit, in A Cordes (Hrsg), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Geistliche Gerichtsbarkeit–Konfiskation, Band 2 (Schmidt 2012) 1770–1771.
 - 9 R Fuchs, Der Bancho Publico zu Nürnberg (Duncker & Humblot 1955) 11; Pommer (Fn 5) 10–14; Denzel, (Fn 5) 16–17, 77, 80; R Endres, Die selbständig handelnde Kaufmannschaft – Nürnberger Handelsvorstand zwischen Renaissance und Biedermeier, in IHK Nürnberg und G Pfeiffer (Hrsg), Im Zeichen der Waage, 425 Jahre Nürnberger Handelsvorstand 1560–1985 (Edelmann Verlag 1985) 35, 37–38; Lindstadt, (Fn 4) 72; Dirr (Fn 5) 24; Rehm (Fn 4) 5; Seiderer (Fn 7) 4.
 - 10 Bilder-Conversations-Lexikon für das deutsche Volk, Ein Handbuch zur Verbreitung gemeinnütziger Kenntnisse und zur Unterhaltung in vier Bänden, Band 3 (Brockhaus 1839) 411, <http://www.zeno.org/nid/20000851620> (abgerufen am 24.8.2023).
 - 11 Rehm (Fn 4) 8; Dirr (Fn 5) 24.
 - 12 A Amend-Traut, Kaufmännische Gutachten Nürnberger Provenienz, Weg zur Normativität?, in A Amend-Traut, HJ Hecker und HG Hermann (Hrsg), Handel, Recht und Gericht in Mittelalter und Neuzeit, Die Reichsstadt Nürnberg im regionalen und europäischen Kontext (Verein für Geschichte der Stadt Nürnberg 2021) 17, 18; C Jeggle, How to Deal with Obligations? Contentious Debts and the Parere of the Handelsvorstand in Early Modern Nürnberg, in L Kolb und G Oppitz-Trotman (Hrsg), Early Modern Debts, 1550–1700 (Springer International Publishing 2020) 181, 186; R Liebstädter, Die Gerichtsbarkeit der Marktvorsteher der Stadt Nürnberg, Ein Beitrag zur Frage des Laienrichtertums auf dem Gebiete der Handelsgerichtsbarkeit (Dissertation, Würzburg 1923) 18; S Breustedt, Kaufmännische Rechtsgutachten des 18. Jahrhunderts, Die Pareres der Frankfurter Börsenvorsteher in vergleichender Perspektive (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 34, Böhlau 2020) 20.
 - 13 J Savary, Parères, ou Avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce (J Guignard 1688) Vorwort S 2; Jeggle (Fn 12) 186; CG Ludovici, Allgemeine Schatz-

In Nürnberg bestand für den Zug vor das Stadtgericht und ab 1697 für den Zug vor das eigens eingerichtete *Mercantil- und Bancogericht* sogar die Notwendigkeit, ein *Parere* erstellen zu lassen und auch auf höchstgerichtlicher Ebene des Heiligen Römischen Reichs war der Entscheidung in handelsrechtlichen Streitigkeiten die Einholung kaufmännischer Gutachten vorgeschaltet, wie sich unter anderem aus dem Reichsschluss von 1670 ergibt.¹⁴ Schon in einem Privileg Maximilians I. vom 14. März 1508 war zudem bei Prozessen unter Beteiligung von Kaufleuten ein summarisches Verfahren mit Einschränkung der Appellation vorgesehen.¹⁵ Gleichzeitig zeigt sich in dem Privileg aber auch die Annahme einer besonderen Expertise von Kaufleuten in handelsrechtlichen Streitigkeiten, was durch die Aussage deutlich wird, dass „niemand geschickter [sei] zu entscheiden, die abgemeldeten Gebrechen der Kaufleute und Kaufmannshändler als die verständigen Kaufleute [selbste]“.¹⁶ Die Gutachtenpraxis trug einerseits zur Erleichterung der Arbeit der Gerichte bei, denen häufig speziell handelsrechtliche Kenntnisse fehlten, konnte andererseits aber auch eine gütliche Einigung der Parteien fördern und beschleunigte und vereinfachte letztlich die schwerfälligen gerichtlichen Prozesse insgesamt.¹⁷ Innerhalb des *Bancoamts* übernahmen die ältesten Kaufleute am Marktplatz, die *Marktvorsteher* oder auch *Marktvorgeher*, die Tätigkeit der Gutachtenerstellung. Sie waren im Rahmen der Neuorganisation der örtlichen Kaufleute 1566 zur Aufsicht und Verwaltung der Marktordnung, aber

kammer der Kauffmannschafft oder vollständiges Lexicon Aller Handlungen und Gewerbe so wohl in Deutschland als auswärtige Königreichen und Ländern, Band 3 (Johann Samuel Heinsius 1742) Sp 686; Breustedt (Fn 12) 22–23; C Jeggle, Nürnberger Parere im Tractatus Novus vom Wechsel-Recht von Johann Adam Beck, in A Amend-Traut, HJ Hecker und HG Hermann (Hrsg), Handel, Recht und Gericht in Mittelalter und Neuzeit, Die Reichsstadt Nürnberg im regionalen und europäischen Kontext (Verein für Geschichte der Stadt Nürnberg 2021) 41, 42; GF von Martens, Grundriß des Handelsrechts insbesondere des Wechsel- und Seerechts (2. Aufl, Dieterich 1805) 52–53; Amend-Traut (Fn 12) 22.

- 14 Des zu Nürnberg angerichteten Mercantil- und Banco-Gerichts Ordnung (Balthasar Joachim Endter, Nürnberg 1697) V; Amend-Traut (Fn 12) 23; Dirr (Fn 5) 27, 47; Denzel (Fn 5) 90; Fuchs (Fn 9) 16; Breustedt (Fn 12) 28.
- 15 S Jacob, Handelsgerichtsbarkeit, Zur Entstehung des Fachrichtertums zwischen Laienexpertise, Verfahrensförmlichkeit und staatlichem Verfahrensmonopol und ihr Einfluss auf die moderne KfH (Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht 7, Nomos 2021) 110; Rehm (Fn 4) 1–2; Staatsarchiv Nürnberg (StAN) Reichsstadt Nürnberg, Kaiserliche Privilegien, Urkunden, 584, Urkunde v 14.3.1508, FF/B Nr 1.
- 16 StAN Reichsstadt Nürnberg, Kaiserliche Privilegien, Urkunden, 584, Urkunde v 14.03.1508, FF/B Nr 1, zitiert nach: Jacob (Fn 15) 109–110; Rehm (Fn 4) 1–5.
- 17 Fuchs (Fn 9) 16–17; Breustedt (Fn 12) 103, 200, 252; Amend-Traut (Fn 12) 24; vgl StadtAN E8 Nr 585, Parere Nr 97; Cordes und Höhn (Fn 6) 295; Jacob (Fn 15) 109.

auch zur Schlichtung kleinerer Streitigkeiten eingesetzt worden.¹⁸ Die Berufung von *Marktvorstehern* in Nürnberg lässt sich in einen Zusammenhang mit der Antwerpener Kaufmannsverfassung stellen, wo sich bereits Ende des 15. Jahrhunderts eine Vereinigung von Kaufleuten mit vier gewählten Vorstehern an der Spitze etablierte, deren Aufgabe in der außergerichtlichen Schlichtung von Streitigkeiten bestand.¹⁹ Bei den Nürnberger *Marktvorstehern* handelte es sich um ein Ehrenamt auf Lebenszeit, welches seit 1603 durch den Nürnberger Rat auf Vorschlag der anderen *Marktvorsteher* verliehen wurde.²⁰ Bis zu diesem Zeitpunkt kooptierten die übrigen *Marktvorsteher* ein neues Mitglied nach dem Tod des Vorherigen.²¹ Die Autorität und das Vertrauen in deren Entscheidung beruhte also im Wesentlichen auf dem Alter und der daraus resultierenden und vermuteten Erfahrung in Handelssachen. Seit 1635 kamen zwölf *Marktadjunkten*, welche vom Rat aus einem von den Nürnberger Kaufleuten bestimmten Ausschuss ausgewählt wurden, zur Aufsicht der *Marktvorsteher* hinzu; und aus dieser Gruppe sollten ab diesem Zeitpunkt auch die zukünftigen *Marktvorsteher* berufen werden.²²

Bei den Nürnberger *Pareres* fällt besonders ins Auge, dass die Gutachten nicht lediglich in deutscher Sprache abgefasst wurden, sondern unter anderem auch in italienischer oder flämischer Sprache.²³ Dies macht besonders deutlich, dass nicht nur örtliche Kaufleute auf die Expertise der *Marktvorsteher* vertrauten, sondern sich die Kenntnis über deren Tätigkeit bis ins Ausland verbreitet hatte, sodass auch ausländische Kaufleute die Erstellung von Gutachten in handelsrechtlichen Streitigkeiten in Anspruch nahmen.²⁴

18 Seiderer (Fn 7) 3–5; Rehm (Fn 4) 5.

19 Jacob (Fn 15) III.

20 M Diefenbacher, *Marktvorsteher*, in M Diefenbacher (Hrsg), *Stadtlexikon Nürnberg* (2. Aufl, Tümmels 2000), *StadtAN Stadtlexikon*, https://online-service2.nuernberg.de/stadtarchiv/objekt_start.fau?prj=verzeichnungen&dm=Stadtlexikon&ref=3697 (abgerufen am 8.2.2024).

21 Diefenbacher, *Marktvorsteher* (Fn 20).

22 M Diefenbacher, *Marktadjunkten*, in M Diefenbacher (Hrsg), *Stadtlexikon Nürnberg* (2. Auflage, Tümmels 2000), *StadtAN Stadtlexikon*, https://online-service2.nuernberg.de/stadtarchiv/objekt_start.fau?prj=verzeichnungen&dm=Stadtlexikon&ref=3692 (abgerufen am 8.2.2024).

23 *StadtAN E 8 Nr 582 fol 1r–9r*; Rehm (Fn 4) 9; Liebstädter (Fn 12) 25.

24 Bereits in einem Gutachten aus dem Jahre 1628 erbatene auswärtige Kaufleute eine *Parere* von den Nürnberger *Marktvorstehern*. Es waren Waren in Leipzig verloren gegangen und lediglich die Fuhrleute stammten aus der Nürnberger Umgebung. Die *Marktvorsteher* gaben zwar Ihre Rechtsauffassung zu dem Streitfall ab, verwiesen die Beteiligten dann aber für eine konkrete Entscheidung an das in der Streitsache zuständige Gericht; *StadtAN E 8 Nr 577 fol 3r–4r*; Liebstädter (Fn 12) 18.

Hierdurch wurde ein Rechtstransfer der in den *Pareres* verschriftlichen Gewohnheiten ermöglicht und es lässt sich vermuten, dass auch durch die Anwesenheit fremder Kaufleute in Nürnberg fremde Gewohnheiten in die Entscheidungspraxis der *Marktvorsteher* einfließen.²⁵ In späteren *Pareres* vom Ende des 17. Jahrhunderts wird die Bekanntheit der Nürnberger *Marktvorsteher* besonders deutlich. Die den Streitfall vorbringenden Personen sprechen von Nürnberg als „weitberühmten Handels- und Wexelplaz“²⁶ und bezeichnen die *Marktvorsteher* als „berühmte Handelsverständtge“²⁷ oder „hochansehnlichen Handelsstand“.²⁸ An anderer Stelle erbaten auch administrative Einrichtungen und Regierungen, wie zum Beispiel die Bamberger Regierung 1740, ein solches *Parere*, was ebenfalls einen Beweis für die Bekanntheit und das Vertrauen in die *Marktvorsteher* darstellt.²⁹ Anders als die *Pareres* anderer Städte wie Leipzig und Frankfurt wurden die Nürnberger Gutachten nicht als Sammlung gedruckt veröffentlicht und gerade einmal neun Stück sind in einer Abhandlung Johann Adam Becks enthalten.³⁰ Erhalten geblieben sind von den Nürnberger *Pareres* aus dem Zeitraum zwischen 1628 und 1805 rund 1300 Gutachten in kopierten Manualen, wobei die Aufzeichnungen für die Jahre 1660–1677 fehlen.³¹ Das Ausbleiben einer Veröffentlichung in gedruckter Form führte bis heute trotz des Umfangs zu einer lediglich geringfügigen Bearbeitung. Es existieren zwar eine

25 Vgl Breustedt (Fn 12) 227–228.

26 StadtAN E8 Nr 585 fol 160v–163v.

27 StadtAN E8 Nr 581 fol 1r–2r.

28 StadtAN E8 Nr 586 fol 76r–77v.

29 StadtAN E8 Nr 585 fol 159r–160v; StadtAN E8 Nr 586 fol 73v–77r; Liebstädter (Fn 12) 19.

30 Für Frankfurt zB: E. B. A., Des in allen Vorfällen vorsichtigen Banquiers, Zweyter Teil, Darinnen Die mehreste Europäische Wechsel=Ordnungen / Wie auch verschiedenen Banco- und Handels=Gerichts=Ordnungen nebst einem Anhang zufinden seyn (Johann Friedrich Rüdiger, Nürnberg/Frankfurt am Main 1733); Für Leipzig zB: JC König, Der berühmten Kauff- und Handels-Stadt Leipzig Wechsel-Ordnung (Leipzig 1717); JG Siegel, Corpus Juris Cambialis, Zweyter Teil (Leipzig 1742); Jeggel, Parere (Fn 13) 42; JA Beck, Tractatus Novus Johannis Adami Beckii, Vom Wechsel-Recht: In sich begreifend, so wohl die Persohnen, welche diesem Recht unterworfen sind, als auch die verschiedene Arten und Gattungen derer Wechsel und Wechsel-Brieffen [...] (Johann Georg Lochner, Nürnberg 1729).

31 StadtAN E8 Nr 577–587. Die Nürnberger *Pareres* werden im Rahmen des DFG Projekts „Nürnberger Handelsgerichtsbarkeit. Handelgerichtliche Gutachten in der Frühen Neuzeit“ unter Leitung von Prof. Dr. Anja Amend-Traut an der Universität Würzburg in einer Online-Datenbank des Stadtarchivs Nürnberg erschlossen und sollen so nach Abschluss des Projekts einem breiten Publikum an Forschungsinteressierten zugänglich gemacht werden.

systematische Zusammenfassung der Rechtsmaterien³² sowie ein Überblick über Aufbau und Anzahl der überlieferten Gutachten,³³ eine Auswertung in Hinblick auf den rechtlichen Inhalt erfolgte bisher aber noch nicht.

2. Konfliktlösung durch *Pareres* und die Frage nach der Wahrheit

Für Streitigkeiten unter Kaufleuten erschien die Praxis der Erstellung von Gutachten zur möglicherweise gütlichen Einigung vor allem sinnvoll, da in diesem Bereich aufgrund der Abwesenheit von geschriebenem Recht und der teilweise geringen Expertise der Richter in Handelssachen eine Konfliktlösung vor Gericht nicht zwingend sinnvoll erschien.³⁴ Die Beilegung der Streitigkeiten in einem geschützten Raum unter Beteiligung erfahrener Kaufleute bot zudem den Vorteil, dass sie ressourcenschonender, schneller und häufig auch interessengerechter erfolgte als die Konfliktaustragung vor Gericht.³⁵ In den *Pareres* findet sich zunächst eine Sachverhaltsdarstellung durch die Parteien, genannt *Species Facti*, mit konkret aufgeworfenen Rechtsfragen. Daran anschließend erfolgte ein Gutachten durch die vier *Marktvorsteher* und die sie unterstützenden zwölf *Marktadjunkten*, sowie deren Unterschriften.³⁶ Die Entscheidung beruhte in der Regel auf dem Konsens des Entscheidungsgremiums, es war aber durchaus möglich, dass einzelne *Marktvorsteher* mit der Entscheidung nicht einverstanden waren und daher das *Parere* nicht mitunterschieden.³⁷ Eine solche Verweigerung der Zustimmung zu einer Entscheidung deutet darauf hin, dass entweder die zugrundeliegende Gewohnheit nicht anerkannt wurde oder auch die Anwendung selbst strittig war. Aus den Gutachten ergibt sich aber nicht, welche Gründe einen *Marktvorsteher* oder *Marktadjunkten* dazu bewogen, eine Unterschrift zu verweigern. Zumindest lässt sich mittels der überlie-

32 Pommer (Fn 5).

33 Liebstädter (Fn 12).

34 D von Mayenburg et al, Einleitung, in W Decock (Hrsg), Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit, Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 3 (Springer 2021) XXIII, XXV.

35 *ibid.*

36 Diefenbacher, Marktadjunkten (Fn 22); M Diefenbacher, Bancoamt, in M Diefenbacher (Hrsg), Stadtlexikon Nürnberg (2. Aufl, Tümmels 2000), StadtAN Stadtlexikon, https://online-service2.nuernberg.de/stadtarchiv/objekt_start.fau?prj=verzeichnis&dm=Stadtlexikon&ref=1208 (abgerufen am 8.2.2024); Denzel (Fn 5) 90; Fuchs (Fn 9) 18.

37 Vgl zB StadtAN E8 Nr 580 fol 66r–67r.

ferten *Pareres* zeigen, über was innerhalb der Kaufmannschaft gestritten wurde. Insgesamt überwiegen die wechselrechtlichen Streitigkeiten bei weitem, was auch mit der Integration der Erstellung der *Pareres* innerhalb der Tätigkeit des *Banco Publico* zusammenhängt. Gestritten wurde aber auch über Handelsgesellschaften und Warentransporte. Insoweit zeigt sich auch bei den Nürnbergern die große Diversität an neuen handelsrechtlichen Konflikten, welche nicht auf Grundlage von geschriebenem Recht, wie dem Stadtrecht oder dem gemeinen Recht, beigelegt werden konnten. Aus den *Pareres* wird aber noch mehr ersichtlich, bzw. gerade nicht ersichtlich. Den Gutachten allein lässt sich nicht entnehmen, ob die Streitigkeit allein mittels des *Parere* gütlich beigelegt werden konnte. Auch ob die Streitbeteiligten im Anschluss vor das Stadtgericht oder später das *Mercantil- und Bancogericht* in Nürnberg oder ein Gericht in ihrer Heimat, sollte es sich um auswärtige Kaufleute handeln, zogen, um eine endgültige Entscheidung zu erwirken, wird aus den Gutachten allein nicht sichtbar und zusätzlich dadurch erschwert, dass die Gutachten anonymisiert erbeten und überliefert wurden. Die *Marktvorsteher* selbst gaben für die Anonymisierung in einem Gutachten aus dem Jahre 1708 eine Begründung. „Die erklärte nahmen [hätten] außen und bey vorigen gestellten literis verbleiben mögen, dann wir auf keine persohnen, sondern auf die sachen sehen“.³⁸ Eine Bevorzugung von Personen sollte also vermieden und stattdessen eine reine Sachentscheidung gefördert werden. Diese Anonymisierung erschwert aber auch die weitere Nachforschung zu einzelnen Konflikten, da das Auffinden der korrespondierenden Gerichtsakten, sollten diese überhaupt noch existieren, beinahe unmöglich erscheint. Die *Pareres* ermöglichen daher lediglich einen allgemeineren Blick auf Konflikte innerhalb der Kaufmannschaft und möglicherweise bestehende Rechtsgewohnheiten, die zu einer Beilegung dieser Konflikte beitragen.

Fraglich erscheint weiterhin, welche „Wahrheiten“ über die Konflikte selbst sich aus den *Pareres* entnehmen lassen. Hier kann einerseits zwischen der Wahrheit des vorgebrachten Sachverhalts bzw. Streitgegenstands iSv Übereinstimmung mit den tatsächlich geschehenen Ereignissen und andererseits hinsichtlich einer „Wahrheit“ iSv Richtigkeit der Entscheidung der Kaufleute und Anwendung von Rechtsgewohnheiten unterschieden werden.

38 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r–23v.

2.1. Der Wahrheitsanspruch der *Species Facti*

Für die vorgebrachten Sachverhaltsschilderungen geht die Frage nach deren Wahrheit also dahin, inwiefern die vorgebrachten Darstellungen auch der tatsächlichen Realität entsprachen. Zunächst ist hier zu bemerken, dass die betroffenen Kaufleute in der Regel selbst oder durch einen Mittelsmann als Auftraggeber einen Sachverhalt vor das Gremium der *Marktvorsteher* brachten. Dies legt zunächst die Vermutung nahe, dass der konkrete Sachverhalt stark subjektiv durch die Ansichten des vorbringenden Kaufmanns geprägt wurde. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass Tatsachen auf eine Weise vorgebracht wurden, die eine Entscheidung im eigenen Interesse zu erwirken vermochten, was bedeuten konnte, dass einzelne Tatsachen unerwähnt gelassen oder falsch dargestellt wurden. Derartiges lässt sich in den Gutachten jedoch lediglich dann nachweisen, wenn der Streit von beiden Streitbeteiligten vorgebracht wurde. Ein Vorbringen von beiden Parteien kam aber nur selten vor, da die Streitenden angehalten waren, den Sachverhalt nur einmal und gemeinsam, vorzubringen. Die *Marktvorsteher* selbst gaben zu verstehen, „wer ein *parere* einholet, die Wahrheit aber in seiner *Specie Facti* verschweiget, betrüget sich nur selber, darumb sollten beede partheyen billig zuvor darinn einstimmig seyn.“³⁹ Deutlich wird also, dass grundsätzlich darauf abgezielt wurde einen Sachverhalt, also eine *Species Facti*, vorliegen zu haben, welcher möglichst nah an der Realität und aus diesem Grund auch im Einverständnis der beiden streitenden Kaufleute liegen sollte. Das gutachtende Gremium unterstellte somit den Sachverhalt idealerweise als wahr und gab nur für diesen Geschehensablauf sein Gutachten ab. Allein der Glauben an die Wahrheit der vorgebrachten Tatsachen reicht aber bei einer Nachforschung nicht aus, weshalb eine weitere Verifikation erfolgen müsste, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so zugetragen hat. Probleme bei der Feststellung der Wahrheit einer Sachverhaltsdarstellung lassen sich auch anhand dreier *Pareres* aus dem Jahre 1708 zeigen, welche unter der Signatur StadtAN E 8 Nr 583 fol 9v–10v, StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r–14v und StadtAN E8 Nr 583 fol 20r–23v verzeichnet wurden. Die *Pareres* geben Aufschluss darüber, inwiefern in den *Species Facti* bezüglich desselben Rechtsstreits unterschiedliche Wahrheiten betreffend den Sachverhalt vorgebracht wurden, wenn die Sachverhalte von unterschiedlichen Parteien vorgebracht wurden und wie die *Marktvorsteher* mit diesen

39 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14v.

Fällen umgehen. Betrachtet man die drei *Pareres* im Zusammenhang lässt sich zunächst deutlich erkennen, dass die Gutachten von drei verschiedenen Personen in Auftrag gegeben wurden. Ersteres Gutachten wurde von Wolff Christof Winckler⁴⁰ in Auftrag gegeben, wohingegen der zweite Sachverhalt von Johann Caspar Beyer⁴¹ stammt und der dritte Sachverhalt von Alexander Büttner.⁴² Zeitlich hängen die Gutachten eng zusammen. Das *Parere* zu ersterer Sachverhaltsdarstellung ist auf den 5. Juni 1708⁴³ datiert, das zweite auf den 4. September desselben Jahres⁴⁴ und das letzte Gutachten auf den 28. Dezember 1708,⁴⁵ wobei hier zumindest auch das Datum des Einreichens, der 21. September 1708,⁴⁶ ersichtlich wird. Die dritte *Species Facti* wird somit nur kurze Zeit nach dem zweiten Gutachten vorgebracht. Inhaltlich ähneln sich die vorgebrachten Ereignisse stark. In der *Species Facti* von Wolff Christof Winckler hätte eine Person unter dem Synonym AB von einer anderen Person, im Sachverhalt IP, Geld fordern können, sich aber auch mit der Lieferung von Waren an Zahlungen statt begnügen können, sollte eine Bezahlung in Geld nicht möglich sein.⁴⁷ Zum betreffenden Zahlungszeitpunkt, der Frankfurter Herbstmesse des Jahres 1707, wurde AB dann tatsächlich weder Geld noch Ware geliefert, weshalb dieser Klage einreichte.⁴⁸ Hiergegen wandte IP ein, er werde die Lieferung von Waren noch vornehmen, was tatsächlich auch geschah, wobei jedoch AB die Annahme verweigerte, mit der Begründung, dass die Waren auf Grundlage des geschlossenen Vertrages, welcher auch als Beilage angefügt wurde, ihm „recht“⁴⁹ sein müssen und zudem ursprünglich „nicht zu rechter zeit“⁵⁰ geliefert worden seien. Für die Parteien war in diesem Fall strittig, ob AB die gelieferten Waren zu behalten verpflichtet war, beziehungsweise ob er anzunehmen verpflichtet gewesen war, obwohl sie verspätet von IP geliefert wurden.⁵¹ Die zweite *Species Facti* führt einen ganz ähnlichen Fall an. Zum Anfang wird sogar ausdrücklich betont, dass die ursprüngli-

40 StadtAN E 8 Nr 583 fol 9v.

41 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r.

42 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r.

43 StadtAN E 8 Nr 583 fol 10v.

44 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14v.

45 StadtAN E 8 Nr 583 fol 23v.

46 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r.

47 StadtAN E 8 Nr 583 fol 9v.

48 *ibid.*

49 StadtAN E 8 Nr 583 fol 9v, 10v.

50 StadtAN E 8 Nr 583 fol 9v.

51 StadtAN E 8 Nr 583 fol 10r.

che *Species Facti*, welche am 05. Juni entschieden worden war, „wider die wahrheit“⁵² sei und somit einer Berichtigung bedürfe. Berichtigt wurde der erste Sachverhalt insoweit, dass AB die Waren angenommen und für gut befunden habe und im Anschluss daran sogar von seinen Fuhrleuten abholen lassen habe.⁵³ Klage erhoben habe er nach Angabe Johann Caspar Beyers lediglich aus dem Grund, dass er sie entgegen der eigenen Erwartung nicht zu dem angenommenen Preis habe weiterverkaufen können.⁵⁴ Der Unterschied, dass der Handelspartner von AB in dieser *Species Facti* als IGEB⁵⁵ bezeichnet wird, kann hingenommen werden, da sich die Sachverhalte stark ähneln, direkt auf den ersten Fall Bezug genommen wird und es sich bei „B“ und „P“ um sehr ähnlich klingende Laute handelt, welche häufig austauschbar verwendet wurden. Der Einschub „GE“ könnte dann lediglich auf weitere Vornamen hindeuten. Weiterhin wird die Fragestellung der ersten *Species Facti* aufgegriffen, jedoch in die entgegengesetzte Richtung gewandt. Es wird gefragt, ob IGEB verpflichtet gewesen war, die Waren zurückzunehmen und zusätzlich einen Nachlass ermöglichen musste, da die Waren nicht zum angenommenen Wert hätten weiterverkauft werden können.⁵⁶ Es geht also immer noch darum, ob AB die Waren behalten musste, oder diese an seinen Handelspartner zurückgeben konnte. Nur wenig nach der zweiten Entscheidung wird schließlich eine weitere *Species Facti* vorgebracht, in welcher die Angaben noch einmal berichtigt werden. Auch hier sollte im Wesentlichen festgestellt werden, ob die Person unter dem Synonym AB die Waren behalten musste oder die Möglichkeit bestand, sie aus verschiedenen Gründen an B zurückzugeben.⁵⁷ Die vorgebrachte Darstellung verweist insoweit auf die erste Entscheidung in dem Streitfall. Die *Marktvorsteher* kamen in dieser zu dem Schluss, dass hier „kein finaler schlußkauf geschlossen“⁵⁸ worden sei, weshalb auch kein „richtige[r] contract“⁵⁹ bestanden habe und somit AB nicht dazu verpflichtet sei, die Waren anzunehmen, solange sie nicht seinen Ansprüchen entsprächen. Auf diesen „finale[n] Kauff“⁶⁰ verwies Alexander Büttner und wollte erneut festgestellt

52 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r.

53 *ibid.*

54 *ibid.*

55 *ibid.*

56 *ibid.*

57 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r–20v.

58 StadtAN E 8 Nr 583 fol 10v.

59 *ibid.*

60 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r–20v.

wissen, dass ein solcher hier nicht bestehe. Er machte außerdem deutlich, dass die vorangegangene *Species Facti* „mit falschen Umständen außgeschmücket“⁶¹ worden sei. Zusätzlich machte er die Klarnamen der betroffenen Kaufleute kenntlich, indem er seinen Prozessgegner als Johann Georg Ernst Bertschen⁶² benannte und zum Ausdruck brachte, diese *Species Facti* im eigenen Namen vorzubringen. Alexander Büttner begründete die in der vorangegangenen Sachverhaltsdarstellung vorgebrachte Wegschaffung der Waren durch Fuhrleute mit der Belegung eines Arrests, was er mittels eines Amtmannes zu beweisen vermöchte.⁶³ Eine Beilage hierzu findet sich in diesem Fall aber nicht angehängt, was möglicherweise mit dem Ausbleiben einer Abschrift zusammenhängt.

Hinsichtlich der Gutachten der *Marktvorsteher* fällt vor allem auf, dass diese sich der wiederholten Vorbringung des Sachverhalts bewusst waren. Die vorbringenden Parteien hatten jeweils selbst auf die vormals ergangenen *Pareres* hingewiesen. In der zweiten *Species Facti* wird sogar erklärt, dass der Auftraggeber die erstere „copialiter wider beysenden wollen“.⁶⁴ Diese Kopie ist in den Manualbänden aber nicht überliefert worden. Die *Marktvorsteher* wiesen beim zweiten Vorbringen des Streitfalls mit einem Sprichwort auf die Problematiken hin, welche mit Falschangaben in den *Species Facti* einhergehen. Denn „wie einer beicht, so wird absolvirt und wer ein *parere* einholet, die Wahrheit aber in seiner *Specie Facti* verschweiget, betrüget sich nur selber“,⁶⁵ was bedeutet, dass das Vorbringen falscher Tatsachen sich letztlich auf den Vorbringenden negativ auswirken könnte, indem auch durch die *Marktvorsteher* dann keine rechtlich auf den wahren Sachverhalt abgestimmte „richtige“ Entscheidung erfolgen konnte. Wie bereits oben angeführt, verwiesen die *Marktvorsteher* hier darauf, dass sie grundsätzlich davon ausgingen, dass die Streitfälle von beiden Parteien gemeinsam vorgebracht wurden, da der Sachverhalt so am ehesten der Realität entspreche und auch eine Einigung durch die rechtliche Einschätzung sinnvoller erscheine, wenn beide Parteien mit dem vorgebrachten Streitfall einverstanden seien. Gleichzeitig wird ersichtlich, dass mangels Hinweise in dem *Parere* auch keine eigene Tatsachenerforschung durch

61 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20v.

62 *ibid.* Hierzu passen sowohl die Abkürzung IGEB, als auch die Abkürzung IP. Bei letzterer werden lediglich die weiteren Vornamen weggelassen.

63 StadtAN E 8 Nr 583 fol 20r–20v.

64 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r.

65 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r–14v.

die *Marktvorsteher* stattzufinden schien. Zeugenvernehmungen und die Eidabnahme waren, wie sich in einem Ratserlass vom 31. März 1624 zeigt, bis zur Einrichtung des *Mercantil- und Bancogerichts* im Jahre 1697 allein dem Stadtgericht vorbehalten.⁶⁶ Daraus ergibt sich ab 1697 auch nicht die Möglichkeit der Zeugenvernehmung durch die *Marktvorsteher* im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit, da diese gerade nicht in die Tätigkeit des *Mercantil- und Bancogerichts* fiel, auch wenn hinsichtlich der entscheidenden Personen Personenidentität bestanden hatte.⁶⁷ Durch gemeinsames Vorbringen konnte die Arbeit der *Marktvorsteher* effizienter erfolgen, da dann ein Streitfall nur ein *Parere* erhielt anstatt mehrerer. Auch die Tatsachenerforschung durch ein Gericht, sollte ein solches noch durch die Streitparteien angerufen worden sein, könnte durch die Einigung der Parteien auf einen Sachverhalt wesentlich erleichtert worden sein, da das Gericht sich dann auch auf die rechtlichen Aussagen der *Marktvorsteher* stützen konnte und erst bei Veränderung dieser Tatsachen eine neue Bewertung vornehmen musste. Gerade durch die Überschrift „unvorgreifliches Sentiment“⁶⁸ wird, neben des Ausdrucks der rechtlichen Unverbindlichkeit, das Bewusstsein der *Marktvorsteher* offenkundig, dass auch eine Veränderung der Entscheidung bei veränderter Sachverhaltsschilderung oder Fragestellung in Betracht kam.⁶⁹ Die Antwort erfolgte im Ergebnis im zweiten Fall auch gegenteilig zu ersterer Entscheidung. Mit den im Sachverhalt dargestellten veränderten Umständen, sollte der Gegner hier nicht mehr verpflichtet sein, die Waren zurückzunehmen. Der Verweis auf die weiteren *Pareres* am Ende („hierher gehöret das Parere No 5 und N 12“⁷⁰) mag eher der abschreibenden Person zuzuordnen sein als den *Marktvorstehern*, und sollte einem zukünftigen Leser vermutlich eine Nachverfolgung der Entscheidung erleichtern. Hinsichtlich der dritten Entscheidung änderte sich die Meinung der *Marktvorsteher* schließlich noch ein weiteres Mal und

66 Jacob (Fn 13) 113–116.

67 Diefenbacher, Bancoamt (Fn 36); Dirr (Fn 5) 38; Denzel (Fn 5) 90; Fuchs (Fn 9) 16.

68 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14r.

69 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14v „Was nun obige, der vorigen Speciei Facti von dem gegentheil beygefügte umbstände anbelanget, so ändern sie freylich unser auf daßelbe ertheiltes parere, indeme die frage nun nicht mehr ist, ob A B umb 3 à 4 rd conditionaté und auf die besichtigung contractirte umbra zu behalten schuldig seye? Sondern nachdem er solche bereits selbst empfangen, gut befunden und durch seine fuhrleuthe hat abholen lassen, ob er den I G E B aufbürden könne, dieselbe wider anzunehmen?“

70 StadtAN E 8 Nr 583 fol 14v.

kehrte zurück zum Ergebnis der in diesem Streitfall als erstes vorgebrachten *Species Facti*.⁷¹ Es wird noch einmal darauf hingewiesen, dass von Seiten der *Marktvorsteher* keine weitere Tatsachenerforschung vorgenommen werde. Sie könnten die „sache nicht anders [be]urtheilen [...], als wie sie ihnen beschrieben vor Augen lieget“.⁷² Dies zeigt die subjektive Abstimmung der Entscheidung auf den konkreten Sachverhalt. Die weitere Tatsachenaufklärung überließen die *Marktvorsteher* stattdessen einem Gericht, beziehungsweise einem Richter, welcher sich möglicherweise in Zukunft noch mit diesem Fall auseinandersetzen müsse, denn „ob diese oder jene Umstände waar sind, kommen auf des ordentln richters untersuchung an“.⁷³

Das Vorbringen eines Streitfalls lag schließlich im Ermessen der streitenden Personen selbst. So konnte auch die Sachverhaltsdarstellung eher im eigenen Interesse erfolgen, auch wenn dies, aufgrund des Interesses der Gegenpartei an einer richtigen Darstellung, wohl letztlich nicht erfolgversprechend im Prozess war.

Die *Marktvorsteher* trafen, selbst wenn ein Streitfall mehrmals vorgebracht wurde, immer eine Einzelfallentscheidung und betrieben keine weitere Tatsachenerforschung. Dies entspricht ganz den noch heute geltenden Grundsätzen im Zivilprozess. Eine eigene Tatsachenerforschung hätte zudem wohl auch zu einer Überlastung des Gremiums führen können, da es sich um ein Ehrenamt handelte. Bei der Erforschung der konkreten Streitfälle bleiben so Lücken, wie die Unmöglichkeit der Nachforschung der tatsächlichen Ereignisse, was auch durch die Anonymisierung verstärkt wird. Bei der Wahrheitsabbildung innerhalb der *Species Facti* handelt es sich also um eine durch subjektive Ansichten der Parteien geprägte Wahrheitskonstruktion, die auch durch eine spätere Tatsachenfeststellung, etwa in einem möglichen Gerichtsverfahren, nicht objektiver würde.⁷⁴ Ein solches mehrmaliges Vorbringen einer Streitigkeit kann aber auch hinsichtlich

71 StadtAN E 8 Nr 583 fol 22v.

72 *ibid.*

73 *ibid.*

74 Vgl T Fischer, Denkanstoß. Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am Bundesgerichtshof. Normative, strukturelle und organisatorische Bedingungen höchstrichterlicher Steuerung, in A Amend-Traut et al (Hrsg), Urteiler, Richter, Spruchkörper. Entscheidungsfindung und Entscheidungsmechanismen in der Europäischen Rechtskultur (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 75, Böhlau 2021) 7, 25; T Schenk, Actum et iudicium als analytisches Problem der Justizforschung. Interdisziplinäre Perspektiven auf kollegiale Entscheidungskulturen am Beispiel des kaiserlichen Reichshofrates (Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung Heft 51, 2022) 28.

der Erforschung der tatsächlichen Ereignisse völlig unfruchtbar sein. Die *Pareres* unter der Signatur StadtAN E 8 Nr. 581 fol 34r-34v und StadtAN E8 Nr. 581 fol 35r-35v können hier als Beispiel dienen. Beide Gutachten folgen direkt aufeinander und unterscheiden sich auch inhaltlich nur unwesentlich. Es handelt sich grundsätzlich um eine Wechselstreitigkeit, in welcher die Rückerstattung einer Wechselsumme strittig war.⁷⁵ Zunächst fällt die unterschiedliche Auftraggeberschaft auf. Ersteres *Parere* wird von „Wolfgang Schliehten“⁷⁶ erbeten, wohingegen das zweite Vorbringen von „Herrn Fleischbein und Herrn Rothenhöfer“⁷⁷ stammt. Aus der Überschrift des zweiten Gutachtens ergibt sich direkt, dass die Gutachten zusammengehören, da es mit „fast obigen Inhalts“⁷⁸ überschrieben ist. Da es sich bei den Überlieferungen in den Manualbänden lediglich um Abschriften handelt, ist diese Notiz möglicherweise auf die abschreibende Person zurückzuführen. Die Frage muss hier, mangels weiterer Hinweise offenbleiben. Hierdurch wird aber dennoch ersichtlich, dass es sich bei der weitestgehend wortlautgetreuen wiederholenden Abschrift⁷⁹ nicht bloß um ein Versehen handelte, sondern dieser Umstand dem Schreiber bereits aufgefallen war. Hinsichtlich der Aussagekraft über den Wahrheitsgehalt der *Species Facti*, also ob sich die wiedergegebenen Ereignisse tatsächlich so ereignet haben, erweisen sich diese beiden Gutachten aber als ungeeignet. Es muss offenbleiben, warum sich zwei gleichlautenden *Pareres* von unterschiedlichen Auftraggebern in den Überlieferungen finden, da auch von Seiten der *Marktvorsteher* keine Aussagen zum wiederholten Vorbringen getroffen wurden. Hier kann man letztlich nur spekulieren.

Im Ergebnis erweist sich die Nachverfolgung der Streitigkeiten als äußerst schwierig und auch über die Wahrheit der Sachverhaltsschilderungen können kaum Aussagen getroffen werden, solange sich hierzu keine Hinweise in der Entscheidung finden, da die *Marktvorsteher* gerade keine eigene Tatsachenerforschung betrieben.

75 Vgl StadtAN E 8 Nr 581 fol 34r–34v und StadtAN E8 Nr 581 fol 35r–35v.

76 StadtAN E8 Nr 581 fol 34r.

77 StadtAN E8 Nr 581 fol 35r.

78 *ibid.*

79 Es finden sich lediglich einige kleinere Unterschiede, so wird im zweiten *Parere* zum Beispiel von einem „reservierten Obligo“ gesprochen, während im ersten nur von einem „Obligo“ die Rede ist. Außerdem wird in der zweiten *Species Facti* noch konkretisiert, dass die Rückzahlung in Frankfurt versprochen worden sei und in der ersten finden sich hinsichtlich des Vorgehens beim Protest noch weitergehende Ausführungen. Vgl StadtAN E 8 Nr 581 fol 34r, 35r.

2.2. Rechtliche Wahrheit in den Entscheidungen der Marktvorsteher

Hinsichtlich der Gutachten der *Marktvorsteher* zielt die Frage nach der Wahrheit darauf ab, inwiefern diese eine rechtliche Wirklichkeit in Form von geschriebenem Recht oder handelsrechtlichen Gewohnheiten abbildeten, es sich insoweit um eine richtige Entscheidung handelte und ob diese von den Parteien auch als verbindlich aufgefasst wurden. Wie im vorhergehenden Abschnitt bereits dargestellt wurde, war es durchaus möglich, dass in den Sachverhalten nicht die tatsächliche Wirklichkeit abgebildet und somit auch nicht die Wahrheit vorgebracht wurde. Die *Marktvorsteher* beantworteten die Streitfälle aber trotzdem als entsprächen sie tatsächlich der Wahrheit. Die rechtlichen Gewohnheiten, in seltenen Fällen auch geschriebenes Recht,⁸⁰ die sie insoweit anwandten, können grundsätzlich als tatsächlich existierend angenommen werden. Das Problem des Wahrheitsgehalts der *Species Facti* lösen die *Marktvorsteher*, indem sie ihre Entscheidung insoweit einschränken, als eine Veränderung der Entscheidung bei einer Veränderung des Sachverhalts in Betracht käme. Es handelt sich also um eine unverbindliche Entscheidung. Aufgrund der Anwendung von Rechtsgewohnheiten lässt sich durch die *Pareres* zumindest eine rechtliche Wahrheit des damaligen Rechtslebens des Handels ergründen und aufzeigen, welche handelsrechtlichen Gewohnheiten galten. Wenige Veränderungen im Sachverhalt konnten schon völlig andere Rechtsgewohnheiten zur Anwendung bringen oder die *Marktvorsteher* von einer Entscheidung abhalten.⁸¹ Zudem muss bedacht werden, dass nur solche Gewohnheiten aufgezeigt und verschriftlicht wurden, welche für die konkreten Fälle relevant waren. Für den Nachweis von Rechtsgewohnheiten erweist sich somit der Umfang und auch das breite inhaltliche Spektrum der *Pareres* von besonderem Vorteil, auch wenn dennoch keine Aussage über die Gesamtheit der zu diesem Zeitpunkt existierenden Rechtsgewohnheiten getroffen werden kann. Die Uneinigkeit innerhalb der Kaufmannschaft, welche bei einer

80 StadtAN E 8 Nr 583 fol 195v–197r, speziell hier fol 196v.

81 In dem Sachverhalt StadtAN E 8 Nr 579 fol 108r–112v fühlen sich die *Marktvorsteher* nicht zu einer Entscheidung berufen, weil es nicht auf Rechtsgewohnheiten ankäme, sondern auf konkrete Beweise für Tatsachen, welche in der *Species Facti* aber nicht angeführt werden. Auch in dem Parere unter der Signatur StadtAN E 8 Nr 582 fol 106r–107v wird keine Entscheidung von den *Marktvorstehern* getroffen, da die Streitigkeit einen „hiesigen kaufmann“ beträfe und somit wohl von einem Interessenkonflikt ausgegangen wurde.

Entscheidungsfindung entstehen konnte,⁸² widerspricht gerade nicht der Möglichkeit, Aussagen über existierende Gewohnheiten zu treffen. Ziel war es grundsätzlich, hinsichtlich einer Entscheidung eine Einigkeit innerhalb des Entscheidungsgremiums zu erwirken. Wie die Entscheidung konkret ablief, lässt sich aus den Gutachten zwar nicht entnehmen. Es liegt aber nahe, dass auch hier die Entscheidung so gefällt wurde, wie sie der Mehrheit der Mitglieder der *Marktvorsteher* und *Marktadjunkten* entsprach. Als Rechtsgewohnheit wurde somit das angewandt, was wohl für die meisten der Beteiligten als Gewohnheit anerkannt war. Dies entspräche insgesamt auch der Konsentstheorie, wonach ein Wahrheitskriterium für Recht gerade die Tatsache sei, dass die Wahrheit in einem Diskurs als Konsens zustande gekommen ist,⁸³ also sich die Beteiligten gerade auf dieses Recht einigen konnten. Trotz des engen Bezugs der Entscheidung der *Marktvorsteher* auf den vorgebrachten Sachverhalt boten die niedergeschriebenen Gutachten auch einen Mehrwert für spätere Entscheidungen, da die rechtlichen Aussagen einer Abstraktion offenstanden und somit grundsätzlich auch für ähnliche Streitfälle anwendbar gemacht werden konnten. Sachverhalte, wie die oben gezeigten, in welchen immer nur kleine Details verändert wurden, können so hinsichtlich der angewandten Rechtsgewohnheiten eine differenziertere Betrachtung ermöglichen und geben außerdem einen Einblick in die konkrete Anwendung von Gewohnheiten. Diese so durch die *Marktvorsteher* vermittelten rechtlichen Wahrheiten standen durch die Verschriftlichung der Gutachten auch einer Überprüfung offen, auch wenn in Nürnberg keine Veröffentlichung der *Pareres* stattfand. Zumindest die *Marktvorsteher* und *Marktadjunkten* konnten sich aber über Gewohnheiten und mögliche Veränderungen dieser informieren. In Nürnberg lag der Fokus vor allem auf anwendbaren handelsrechtlichen Gewohnheiten, da zur betreffenden Zeit kaum handelsrechtliche Rechtsetzung existierte. Zwar gab es in der „verneuten Reformation der Stat Nürnberg“⁸⁴ Normen zum Handelsrecht und speziell den Handelsgesellschaften. Diese genügten aber keinesfalls, um die vielfältig auftretenden Streitigkeiten adäquat zu schlichten. Die *Marktvorsteher* konnten sich daher bei Abgabe ihrer Meinungen lediglich auf die existierenden örtlichen oder ihnen anderweitig bekann-

82 Vgl Fn 37.

83 R Poscher, Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie (2003) 89/2 ARSP 200, 201, 204; J Habermas, Wahrheitstheorien, in J Habermas (Hrsg), Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns (Suhrkamp 1984) 127, 133.

84 Der Stat Nürnberg verneute Reformation 1564 (Nachdruck, Altdorf 1755).

ten Rechtsgewohnheiten und die im Verkehr gängige Praxis beschränken und diese für die vorgebrachten Streitfälle im Rahmen der Erstellung der *Pareres* verschriftlichen. Allgemeingültige handelsrechtliche Gewohnheiten lassen sich hierdurch allein aber nicht ausmachen. Zwar bestanden von Nürnberg diverse Handelsbeziehungen zu anderen Städten und Regionen, was in Nürnberg Gewohnheit war, musste es aber nicht an diesen Orten sein, auch wenn es für den internationalen Handelsverkehr sinnvoll und wahrscheinlich erschien, dass sich die Gewohnheiten angleichen.

Ob die Entscheidungen als verbindlich aufgefasst wurden, erweist sich in der Überprüfung ebenfalls als höchst problematisch. Die Vermutung liegt zwar nahe, dass die Gutachten auch zu einer gütlichen Einigung beitragen, dennoch reichen die *Pareres* allein nicht aus, um hier eine verbindliche Aussage zu treffen. Da sich auch die weitere Nachverfolgung der Streitfälle als schwierig erweist, können zudem bisher weder quantitative noch qualitative Aussagen über gütliche Einigungen getroffen werden. Die *Marktvorsteher* waren zwar, wie sich auch in einigen *Pareres* zeigte,⁸⁵ hoch angesehen. Auch dies musste aber noch nicht bedeuten, dass die Entscheidung von Seiten der Parteien als verbindlich betrachtet wurde.

Abschließend lässt sich für die Entscheidungen der *Pareres* feststellen, dass die *Marktvorsteher* ein schriftliches Abbild der rechtlichen Realität der Zeit geschaffen hatten, und hiermit auch imstande waren gerichtliche Entscheidungen zu beeinflussen. Es wurde eine Grundlage für eine einheitliche Behandlung ähnlicher Streitigkeiten und eine Möglichkeit zur späteren Abstraktion geschaffen. Zudem konnten sich durch die Niederschrift und Verbreitung die Gewohnheiten in der Praxis verfestigen und boten möglicherweise auch einen Anhaltspunkt für spätere handelsrechtliche Rechtsetzungen. Es bleiben aber dennoch Fragen vor allem in Bezug auf die Verbindlichkeit der Entscheidungen offen.

3. Schlussbetrachtung

Die *Pareres* der Nürnberger *Marktvorsteher* erweisen sich als einzigartiger Quellenbestand, welcher noch heute Auskunft zu geben vermag, worüber innerhalb der Kaufmannschaft gestritten wurde, wie vonseiten der *Marktvorsteher* auf die Streitfälle reagiert wurde und welche handelsrechtlichen

85 StadtAN E8 Nr 585 fol 160v–163v; StadtAN E8 Nr 581 fol 1r–2r; StadtAN E8 Nr 586 fol 76r–77v.

Gewohnheiten zur Anwendung kamen. Aufgrund der stark subjektiven Prägung lässt sich aus den erhaltenen Sachverhalten und Entscheidungen aber nicht entnehmen, ob die vorgebrachten Tatsachen als Entscheidungsgrundlage wirklich der Wahrheit entsprachen und wer die handelnden Akteure der einzelnen Konflikte waren. Den *Marktvorstehern* waren hinsichtlich einer Tatsachennachforschung die Hände gebunden und sie mussten sich bei ihrer Entscheidung daher an den vorgebrachten Sachverhalt halten. Durch die Gutachten lassen sich Erkenntnisse über existierende handelsrechtliche Gewohnheiten und deren Anwendung in der Praxis gewinnen. Gleichzeitig lässt sich zeigen, welche Konflikte typisch innerhalb der Kaufmannschaft waren, beziehungsweise welche Art von Konflikten besonders häufig auftrat und einer Streitbeilegung unter Beteiligung einer neutralen Seite bedurfte. Dies konnte auch den Kaufleuten selbst dienen, da sie sich für die Beilegung von Konflikten an den bereits existierenden *Pare-res* orientieren konnten. Die umfassende Überlieferung trägt schließlich im Wesentlichen dazu bei, handelsrechtliche Gewohnheiten ausfindig zu machen und diese konkret angewendet zu sehen. So kann auch ein Bild über die Weiterentwicklung dieser Gewohnheiten und schließlich deren Implementierung in Gesetze gewonnen werden, auch wenn viele Fragen dazu wohl auch noch in Zukunft offen bleiben müssen.

Open Science – Inhaltliche Aspekte und Chancen für die Rechtsgeschichte

Nora Bertram

1. Einleitung

Als sich im Mai 2023 der japanische Wissenschaftsminister mit seinen Amtskolleginnen der G7-Staaten im japanischen Sendai City traf, wurde neben so relevanten und spannenden Themen wie der Erforschung des Klimawandels und der Gewährleistung der nachhaltigen Nutzung des Weltraums ebenso über ein weiteres wichtiges Thema der globalen Wissenschaftssphäre gesprochen: Open Science! Eine große Überraschung war das nicht, denn die G7-Runde der Wissenschaftsministerinnen und -minister hatte sich bereits ein Jahr zuvor mit dem Thema Open Science befasst.¹ In der Abschlusserklärung des G7-Treffens im Juni 2022 in Frankfurt taucht der Begriff jedoch nur hier und da auf.² Kein Vergleich zu der Relevanz, die dem Thema ein Jahr später beigemessen wurde. Das Open-Science-Potential zur Veränderung der Wissenschaftslandschaft und darüber hinaus wurde in der Abschlusserklärung von Mai 2023 bekräftigt. Die G7-Staaten setzen sich demnach gemeinsam für eine gerechte Verbreitung von Wissen und Forschungsergebnissen aus öffentlich geförderter Wissenschaft ein. Gemeint ist damit die frei zugängliche Verfügbarkeit von Forschungsdaten und wissenschaftlichen Publikationen. Das Ziel dahinter wird wie folgt dargestellt: „This is so that researchers and people throughout the world can benefit [...] as well as contribute to the creation of new knowledge,

-
- 1 Vgl die Pressemitteilung des deutschen Bundesministeriums für Forschung und Bildung: <https://www.bmbf.de/bmbf/shareddocs/kurzmeldungen/de/2023/05/230510-g7-japan.html> (abgerufen am 15.9.2023).
 - 2 Vgl die „Abschlusserklärung der G7-Wissenschaftsministerinnen und -minister“ (Informelle Übersetzung aus dem Englischen, Frankfurt am Main 12.–14. Juni 2022), abrufbar unter <https://www.bmbf.de/bmbf/de/europa-und-die-welt/deutsche-g7-praesidentschaft/deutsche-g7-praesidentschaft.html#searchFacets> (abgerufen am 15.9.2023).

stimulation of innovation, democratization of access to knowledge by society and the development of solutions for global challenges.“³

Die in der Abschlusserklärung formulierten Gründe für Open Science zeigen eine globale Reichweite auf und kommen verheißungsvoll daher, wenn es darum geht, dass Open Science zur Lösung globaler Herausforderungen beitragen kann. Doch um zu wissen, wie das funktionieren könnte, muss man sich genauer mit dem Open Science Ansatz befassen. Open Science meint allgemein hin eine Öffnung der Wissenschaft und wird vielerorts als ein zentraler Trend in der Wissenschaftslandschaft bezeichnet.⁴ Es ergibt demnach Sinn, dass sich das für Wissenschaftsthemen zuständige Gremium der G7-Staaten mit dem Open-Science-Ansatz eingehender befasst hat. Doch ist in der Tat zu fragen, wie Open Science den Zugang zu Wissen demokratisieren und zu globalen Lösungen beitragen kann. Eine erste Ahnung davon erhält man, wenn man sich verschiedene Teilaspekte von Open Science ansieht, auf denen die von den G7 Staaten gesteckten Ziele und Vorstellungen basieren.

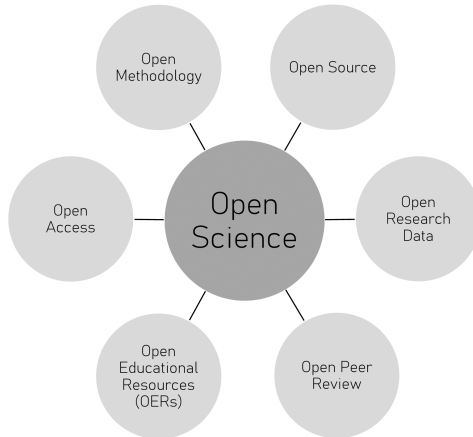
Ein sehr wichtiger Aspekt von Open Science ist der freie Zugang zu Forschungsergebnissen und Publikationen. Aber nicht nur das macht Open Science aus. Man sieht in dieser Bewegung zugleich neue Kollaborationsmöglichkeiten der Wissenschaft erwachen. Zudem wird Open Science ein gesellschaftliches Potential zugeschrieben. Im Folgenden werden diese Teilaspekte näher erläutert (2. Abschnitt). Es werden außerdem mögliche Chancen der Open Science Bewegung für die rechtsgeschichtliche Nachwuchsforschung aufgezeigt (3. Abschnitt). Auf der 1. Tagung des Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte wurde zudem ein Erfahrungsaustausch zu Open Science durchgeführt. Dieser wird in Abschnitt 4 erläutert und reflektiert. Abschließend folgt ein kurzes Resümee, welches die Erkenntnisse aus diesem Beitrag bündelt.

3 „G7 Science and Technology Ministers’ Communiqué“ (Sendai 12.–14. Mai 2023) 2, https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2023/230514-abschlusserklaerung-g7-wissenschaftsminister.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 13.9.2023). Die in der Erklärung beschriebene Verfügbarkeit von Forschungsdaten und wissenschaftlichen Veröffentlichungen sollte mit den sogenannten FAIR-Prinzipien konform sein, vgl zur Beschreibung dieser Prinzipien Fn 30.

4 Vgl bspw die Angaben auf der Webseite des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation SBFI (Schweiz) zu Open Science: <https://www.sbf.admin.ch/sbfi/de/home/hs/hochschulen/hochschulpolitische-themen/open-science.html> (abgerufen am 23.9.2023).

2. Teilaspekte von Open Science

Recherchiert man zu Open Science, fällt auf, dass viele verschiedene Bereiche dazu gezählt werden. Die gängigsten sind im Schema abgebildet.



Open-Science-Bereiche nach den sechs Prinzipien von Open Science.⁵

Die UNESCO bietet zudem eine umfassende Definition zu Open Science an.⁶ Wenn man bekannte Open Science Initiativen in den Ländern Deutschland, Österreich und der Schweiz ansieht, fällt jedoch auf, dass jede Institution eine eigene Beschreibung von Open Science wählt. So versteht die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) unter Open Science zum Beispiel: „dass wissenschaftliche Praktiken und Prozesse etabliert oder gestaltet werden, um Forschungsergebnisse langfristig offen zugänglich zu machen und damit die bessere Nutzbarkeit durch die Wissenschaft selbst und andere Akteure zu gewährleisten.“⁷ Der Fokus liegt hier also wesentlich auf einem langlebigen, offenen Zugang zu Forschungsergebnissen und der Möglichkeit der Nachnutzung – wissenschaftsintern, aber auch für externe Partner. Der Schweizerische Nationalfonds (SNF) bringt diese mögliche Offenheit nicht nur für

5 Vgl <http://openscienceasap.org/open-science/> (abgerufen am 23.9.2023).

6 UNESCO Recommendation on Open Science (2021) 7, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949> (abgerufen am 25.9.2023).

7 DFG, Open Science als Teil der Wissenschaftskultur. Positionierung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (2022), DOI: 10.5281/zenodo.7193838, 4.

einzelne Forschungsdaten, sondern bezogen auf die Wissenschaftssphäre in ihrer Gesamtheit zum Ausdruck. Open Science wird hier als „Überbegriff für alle Aktivitäten, die auf eine Öffnung der Wissenschaft hinarbeiten und einen Paradigmenwechsel beinhalten“ erklärt.⁸ Die Aktivitäten bezeichnen hier in erster Linie den offenen Zugang zu Forschungsdaten und wissenschaftlichen Publikationen.⁹ Daneben wird noch eine Entwicklung hin zu einer im Einklang mit den DORA-Prinzipien¹⁰ stehenden Forschungsförderung genannt.¹¹ Der österreichische Wissenschaftsfonds (FWF)¹² machte bis vor kurzem auf seiner Webseite keine offiziellen Angaben zu Open Science.¹³ Auf der Webseite von Open Science Austria¹⁴ (OSA) gibt es hingegen schon länger eine direkte Antwort auf die Frage „Was ist Open Science?“. Eingeleitet wird sie mit: „Open Science bedeutet, dass Forschung mit einem stark kooperativen Ansatz betrieben wird: [...]“¹⁵ Die OSA benennt sodann zwei verschiedene Phasen, in denen der kollaborative Ansatz zum Tragen kommt. Da ist zunächst die Phase des Entwicklungsprozesses von Forschungsvorhaben. In dieser werden Daten generiert, bewertet und interpretiert.¹⁶ Nach dem eigentlichen Forschungszeitraum geht es dann darum, dass die Methoden und produzierten Daten von anderen Akteuren wiederverwendet und genutzt werden können.¹⁷ Es verwundert nicht, dass die österreichische Universitätenkonferenz den Fokus auf die kollaborative Stoßrichtung von Open Science legt, schließlich ist sie ein Verband von unterschiedlichen Universitäten, deren Kooperation in der Forschung einen nicht ganz uneigennütigen Mehrwert darstellen mag. Interessant ist aber, dass der kooperative Ansatz

8 <https://www.snf.ch/de/dah3uC2QX95tfPNd/thema/offene-wissenschaft> (abgerufen am 25.8.2023).

9 *ibid.*

10 DORA steht für Declaration on Research Assessment. Näheres hierzu unter <https://sfid.ora.org/about-dora/> (abgerufen am 23.9.2023).

11 Siehe Fn 8.

12 Offizielle Bezeichnung: „Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung“.

13 Im Herbst 2023 wurden die Webseiten des FWF aktualisiert und nun auch um eine Open Science Seite erweitert. Das kurze Statement zu Open Science kann nun hier abgerufen werden: <https://www.fwf.ac.at/ueber-uns/aufgaben-und-aktivitaeten/open-science> (abgerufen am 22.11.2023).

14 „Open Science Austria“, ist eine digitale, interdisziplinär angelegte Plattform für österreichische Universitäten und deren Mitglieder zum Thema Open Science. Sie wird von der Österreichischen Universitätenkonferenz (uniko) getragen, vgl <https://www.os-a-openscienceaustria.at/> (abgerufen am 4.9.2023).

15 <https://www.osa-openscienceaustria.at/ueber-open-science/> (abgerufen am 17.9.2023).

16 *ibid.*

17 *ibid.*

über die wissenschaftliche Sphäre hinaus gedacht wird: „[Die] kooperative Entstehung und Verwendung von Forschungsergebnissen beschränkt sich [...] nicht nur auf Wissenschaftler:innen diverser Disziplinen untereinander, sondern umfasst auch Unternehmen, Behörden, Betroffene und Bürger:innen.“¹⁸ Das, was in der Beschreibung der DFG als „andere Akteure“ bezeichnet wird,¹⁹ führt die OSA weiter aus. Der privatwirtschaftliche Sektor wird genauso adressiert wie staatliche Akteure und Privatpersonen. Nimmt man den Aspekt der Kollaboration demnach ernst, bedeutet Open Science nicht nur eine einseitige Öffnung der Wissenschaft hin zu multiplen Akteuren, sondern möglicherweise auch die Hinwendung zu einem transdisziplinären Austausch, näheres hierzu unter 2.2.

2.1. Offener Zugang zu Forschungsergebnissen und die Möglichkeit der Nachnutzung

Ein grundlegendes Merkmal der Open Science Bewegung, welches auch aus den Beschreibungen der DFG und des SNF herausgelesen werden kann, ist die Förderung der Transparenz von Forschungsergebnissen, wodurch diese durch andere Personen leichter nutzbar, überprüfbar und reproduzierbar werden. Eine erhöhte Transparenz und Reproduzierbarkeit kann jedoch nur erreicht werden, indem die Forschungsergebnisse selbst oder die Publikationen, in denen diese veröffentlicht werden, frei zugänglich sind. Ein freier Zugang meint insbesondere, dass die Inhalte kostenlos im Internet zur Verfügung stehen.²⁰ Dies ist unweigerlich mit der digitalen Transformation der Wissenschaft möglich geworden.²¹ Neben der kostenlosen Nutzung meint ein freier Zugang nach der Berliner Erklärung²² zu Open Access auch, dass die im Internet verfügbaren Publikationen keine rechtlichen oder technischen Einschränkungen aufweisen sollten.²³ Eine

18 *ibid.*

19 Vgl. Positionspapier der DFG (Fn 7).

20 Vgl. die Definition auf der Seite des Open Access Networks: <https://open-access.network/informieren/open-access-grundlagen/was-bedeutet-open-access> (abgerufen am 7.9.2023).

21 Die DFG bezeichnet „Open Science als eine Konsequenz der digitalen Transformation von Forschungsprozessen, [...]“; vgl. Positionspapier der DFG (Fn 7).

22 „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ (2003), https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf (abgerufen am 17.9.2023).

23 *ibid.* 2.

lizenzfreie Verwendung von Publikationen ist an vielen Stellen schon möglich, zudem werden diese auf frei zugänglichen Plattformen zur Verfügung gestellt. Insgesamt gibt es einen Trend hin zu mehr Open-Access-Veröffentlichungen.²⁴ Im Open-Access-Bereich haben sich in den letzten Jahrzehnten auch für die rechtsgeschichtliche Disziplin Zeitschriften etabliert, welche den Leserinnen und Lesern Beiträge ohne sogenannte Paywalls zur Verfügung stellen.²⁵ Aber nicht nur einzelne Beiträge, sondern auch Bücher (wie dieser Sammelband zeigt) werden immer öfter „open access“ veröffentlicht.²⁶

Für Forschungsdaten gelten etwas andere Voraussetzungen. Sie können von vornherein in Datenarchiven, sogenannten Repositorien, zur Verfügung gestellt werden, ohne den Umweg über eine Publikation in Form eines wissenschaftlichen Artikels oder einer Monografie zu nehmen, auch wenn am Ende der Forschungsphase meistens eine solche Publikation steht, in der die Ergebnisse analysiert und Auskunft über die methodische Vorgehensweise erfolgt. Die Repositorien sind oft Datenspeicherungs- und Archivierungsorte institutioneller Art.²⁷ Es gibt aber auch einige nationale Bestrebungen und sogar solche auf EU-Ebene, welche Forschungsdaten vereinen und sammeln möchten. In Deutschland wird dies durch die Nationale Forschungsdateninfrastruktur (NFD)²⁸ vorangetrieben, welche an die European Open Science Cloud²⁹ anschlussfähig ist. Inwieweit solche über disziplinäre und nationale Grenzen hinausgehende Projekte zukunfts-

24 Vgl bspw die Auswertung des SNF für das Jahr 2021 gegenüber 2020: <https://snf.ch/de/1MSl7dnPrmX8X7S/news/open-access-im-jahr-2021-bisher-groesste-steigerung> (abgerufen am 17.9.2023).

25 Für die rechtsgeschichtliche Fachdisziplin sind im deutschsprachigen Raum das Online-Journal „forum historiae iuris“ (<https://forhistiur.net/>) und die Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie „Rechtsgeschichte – Legal History (Rg)“ (<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/de/info>) zu nennen.

26 Weiterführende Informationen hierzu unter: <https://open-access.network/informieren/publizieren/open-access-buecher> (abgerufen am 8.9.2023).

27 ZORA (Zurich Open Repository and Archive) bietet bspw einen offenen und weltweiten Zugang zu Forschungsergebnissen der Universität Zürich an: <https://www.zora.uzh.ch/> (abgerufen am 8.9.2023). Ein anderes Beispiel ist die Plattform <intR>²Dok. Sie basiert auf einem an der Staatsbibliothek zu Berlin von der DFG eingerichteten Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung: <https://intr2dok.vifa-recht.de/content/index.xml> (abgerufen am 19.11.2023).

28 <https://www.nfdi.de/> (abgerufen am 9.9.2023).

29 https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science/european-open-science-cloud-eosc_en (abgerufen am 8.9.2023).

weisend sind, wird sich in den nächsten Jahren zeigen. Damit Forschende „fremde“ Daten tatsächlich nutzen können, ist neben dem freien Zugang auch essenziell, dass diese bestimmten Qualitätsmerkmalen genügen. Nach den sogenannten FAIR-Prinzipien müssen Daten „findable“, „accessible“, „interoperable“ und „reusable“ sein.³⁰ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es wahrscheinlicher, dass auch andere Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler die Daten für ihre eigene Forschung nutzen, reproduzieren und letztendlich validieren können. Dies ist für die Gestaltung nachhaltiger Forschungsprozesse von Vorteil, es fördert aber auch das Vertrauen in die Wissenschaft, wenn Forschungsergebnisse überprüfbar sind.

2.2. Kollaborativer Aspekt

Wie geschildert, macht die OSA in ihrer Erklärung den kooperativen Aspekt von Open Science stark. Das überrascht vielleicht insoweit, da Kooperationen in der Wissenschaft auch ohne den offenen Zugang zu Forschungsergebnissen denkbar sind und vor dem Zeitalter der Digitalisierung auch schon bestanden. Doch durch die digitale Transformation und den im vorherigen Kapitel beschriebenen offenen Zugang von Publikationen und Daten ist es durchaus einfacher geworden, dass sich Forschungsgruppen überall auf der Welt finden, kollaborieren und letztendlich gemeinsam Forschungsergebnisse produzieren können. Der Open-Science-Ansatz mag mit hin insbesondere Kooperationen im internationalen Kontext stimulieren.

Wie bereits angesprochen, sind aber nicht nur Kollaborationen innerhalb der Wissenschaftssphäre gemeint, sondern auch solche zwischen Wissenschaft und Wirtschaft sowie zwischen Wissenschaft und Gesellschaft.³¹ In Bezug auf Wirtschaftsunternehmen mag bei der Zielsetzung von Kollaborationen der Innovationsaspekt im Vordergrund stehen.³² Insbesondere im Technologiebereich kann Grundlagenforschung, welche ihren Weg oh-

30 Vgl <https://www.go-fair.org/fair-principles/> (abgerufen am 8.9.2023).

31 Vgl Positionspapier der DFG (Fn 7) 10 und die Erklärung der OSA (Fn 15), die sogar noch eine Kooperation mit staatlichen Akteuren betont.

32 Vgl Positionspapier der DFG (Fn 7) 10. Es wird jedoch kritisch angemerkt, dass der Datentransfer und die Kooperation eher einseitig geschähen, von der Wissenschaft in Richtung Wirtschaft. Die DFG würde Gesetzgebung auf EU-Ebene begrüßen, welche den „Daten- und Wissenstransfer aus der Wirtschaft in die wissenschaftliche Forschung“ fördere. Hier wünscht man sich, dass eine „wissenschaftliche Nachnutzung“ möglich werde.

ne Umwege in die Herstellung von Geräten und Produkten von Unternehmen findet, letztendlich auch einen Mehrwert für die Gesamtgesellschaft darstellen. Solche Beispiele betreffen den naturwissenschaftlichen Bereich mehr als geisteswissenschaftliche Erkenntnisse. Die Zusammenarbeit zwischen Wissenschaft und Gesellschaft meint zum einen, dass sich interessierte Bürgerinnen und Bürger über fachspezifische Themen im Internet informieren können, zum anderen, dass sie auch selbst an Forschungsprojekten teilnehmen können. Die erste Dimension der Kollaboration stellt im Grunde eine Zur-Verfügung-Stellung von Wissen dar. Gerade bei der Geschichtswissenschaft besteht hier ein großes Potential. Für Menschen, die Informationen über historische Hintergründe suchen, stellen offen zugängliche Materialien eine gute Möglichkeit dar, sich fachlich fundiert zu informieren. In der Rechtsgeschichte sind hier viele Themen vorstellbar, die über die Wissenschaftssphäre hinaus von Interesse sein könnten.³³ Historische und rechtshistorische Themen sind zudem in den meisten Fällen, im Gegensatz zu vielen naturwissenschaftlichen Forschungsveröffentlichungen, für interessierte Bürgerinnen und Bürger auch ohne disziplinäre Vorkenntnisse gut verständlich. Dass die meisten historischen und rechtshistorischen Texte im deutschsprachigen Raum nicht auf Englisch publiziert werden, stellt lediglich im globalen Kontext noch eine sprachliche Barriere dar.³⁴

Nicht nur bei der Wissensvermittlung, sondern bereits bei der Generierung von Wissen kann der transparente Open-Science-Ansatz wertvolle Dynamiken und Möglichkeiten freisetzen. Insbesondere Forschungsprojekte, welche auf eine große Datenmenge aus unterschiedlichen Regionen angewiesen sind, können davon profitieren, dass interessierte Bürgerinnen und Bürger Daten sammeln und diese dann digital einspeisen. Das ist zum Beispiel in Bereichen der Klimaforschung und des Artenschutzes von hohem Wert. Aber auch viele lokale Projekte sind oftmals erst durch die Beteiligung von freiwilligen Bürgerinnen und Bürgern möglich.³⁵ Auch

33 Hierzu mehr an späterer Stelle.

34 Vgl hierzu H Hamann und D Hürlimann, Open Access bei der Veröffentlichung rechtswissenschaftlicher Fachliteratur – was soll das? (2019) Rechtswissenschaft (RW) Sonderheft, DOI: 10.5771/9783748903659-9, 3, 8–10. Die Autoren weisen auf das internationale Interesse an deutscher Rechtsliteratur hin.

35 Das kann die Kartierung barrierefreier Wege in der städtischen Infrastruktur sein, vgl das Projekt „ZuriACT (Zurich Accessible CiTy)“ der Universität und Stadt Zürich (Schweiz): <https://www.geo.uzh.ch/en/units/gis/research/ZuriACT.html> (abgerufen am 9.9.2023) oder die Erforschung lokaler Migrationsgeschichten, vgl bspw das Pro-

für die Rechtsgeschichte wäre eine solche Zusammenarbeit mit interessierten Personen für Recherchetätigkeiten vorstellbar. Das könnten die digitale Erfassung von Archivbeständen oder Transkriptionsarbeiten sein. Die Einbeziehung interessierter Bürgerinnen und Bürger ist sinnvoll, wenn das Forschungsprojekt ohne die kollektive Datenzusammentragung und möglicherweise das Spezialwissen der Menschen vor Ort (über bestimmte Archive) nicht durchführbar wäre. Dieser als „Citizen Science“³⁶ bezeichnete Ansatz ist ein wichtiger Teil des kollaborativen Aspekts von Open Science. Neben dem Bezug zu Bürgerinnen und Bürgern kann für die Rechtsgeschichte die Kollaboration mit staatlichen Archiven und weiteren behördlichen Stellen, die rechtsgeschichtlich relevantes Material vorhalten, ebenso interessant sein.

2.3. *Öffentliches Gut*

Der Open-Science-Bewegung liegt auch ein demokratischer Gedanke zu Grunde. Staatlich geförderte Forschung wird als öffentliches Gut angesehen und sollte daher am Ende der Forschung als Publikation allen Menschen frei zur Verfügung stehen. Das hier dahinterstehende Argument ist, dass im Grunde jede Bürgerin und jeder Bürger mit der Zahlung von Steuern dazu beiträgt, dass für Universitäten und staatliche Forschungsanstalten genügend Ressourcen zur Verfügung stehen, damit Forschung überhaupt stattfinden kann. Dieser Aspekt von Open Science kommt beim SNF zum Tragen. So heißt es auf der Open-Access-Seite des SNF: „mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschungsergebnisse sind ein öffentliches Gut“³⁷ Dies bedeutet, dass alle Forschungsergebnisse geförderter SNF-Projekte gemäß der Open Access Webseite des SNF „zeitnah, digital, uneingeschränkt und kostenlos für die Wiederverwendung durch Dritte zugänglich“ sein sollten.³⁸ Bislang galt für wissenschaftliche Artikel, welche in einer kos-

jekt „Stadtrandgeschichten“ der Region Süderelbe (Deutschland): <https://stadtrandgeschichten.de/projekt/> (abgerufen am 9.9.2023). Es gibt noch viele weitere Projekte solcher Art, welche auf Citizen Science Plattformen eingesehen werden können: <https://www.buergerschaftenwissen.de/projekte>, <https://www.schweizforscht.ch/projekte> und <https://www.citizen-science.at/projekte> (alle abgerufen am 9.9.2023).

36 Zur Definition von Citizen Science, siehe bspw <https://www.citizen-science.at/eintauschen/was-ist-citizen-science> (abgerufen am 24.9.2023).

37 Vgl <https://oal00.snf.ch/de/home-de/> (abgerufen am 9.9.2023).

38 *ibid* unter der aufklappbaren Kategorie „Öffentliches Gut“.

tenpflichtigen Zeitschrift publiziert werden, eine Frist von 6 Monaten ab Publikationsdatum. Seit Anfang 2023 müssen neu geförderte Projekte ihre Resultate jedoch gleichzeitig mit der kostenpflichtigen Publikation in einer frei zugänglichen Datenbank abspeichern. Für Monografien gilt weiterhin eine Frist von 12 Monaten.³⁹ Die Open-Access-Policy des SNF basiert auf einer nationalen Open-Access-Strategie,⁴⁰ welche auch die schweizerischen Universitäten bewegt hat, in Open-Access-Strukturen zu investieren.⁴¹ In Österreich gilt ebenfalls eine Pflicht zur Open-Access-Publikation bei öffentlich geförderten Projekten durch den FWF.⁴² Bei der DFG gibt es eine solche Verpflichtung nicht, es wurde aber eine Empfehlung hin zu öffentlich zugänglichen Publikationen ausgesprochen.⁴³ Der FWF und die DFG nehmen beide im Übrigen nicht Bezug auf das Argument des öffentlichen Gutes.⁴⁴

3. Anknüpfungspunkte für die rechtsgeschichtliche Nachwuchsforschung

Ausgehend von dem ersten erläuterten Aspekt von Open Science – dem offenen Zugang von Forschungsergebnissen – ergeben sich mehrere Chancen für die rechtsgeschichtliche Nachwuchsforschung. Zuallererst ist der offene Zugang zu Forschungsergebnissen natürlich sehr praktisch für die Entwicklung der eigenen Forschung. Recherchen in entlegenen Bibliotheken, die

39 Vgl <https://www.snf.ch/de/VyUvGzptStOEpUoC/thema/open-access-to-publications> (abgerufen am 19.11.2023).

40 Open-Research-Data-Strategie und Open-Access-Strategie können neben Aktionsplänen auf der Seite des Schweizerischen Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) heruntergeladen werden: <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/hs/hochschulen/hochschulpolitische-themen/open-science.html> (abgerufen am 11.9.2023).

41 Mehr zu Open Science an der Universität Zürich (UZH) unter <https://www.openscience.uzh.ch/de.html> (abgerufen am 11.9.2023).

42 Vgl die Open Access Policy des FWF: <https://www.fwf.ac.at/ueber-uns/aufgaben-und-aktivitaeten/open-science/open-access-policy> (abgerufen am 22.11.2023).

43 https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/open_access/unterstuetzung_forschende/index.html (abgerufen am 9.9.2023).

44 Neben wissenschaftlichen Publikationen gibt es noch ein weiteres Medium, welches insbesondere im Kontext des öffentlichen Nutzens steht, das sind offene digitale Lernressourcen, sogenannte Open Educational Resources (OERs). Deren Mehrwert für die Rechtswissenschaft behandeln S Ebert, N Eisentraut, K Goldberg, R Nachtigall, M Petras, L Ramson und L Wasnick, *Offene Rechtswissenschaft – Chancen einer Open Science Transformation – (2022) Recht und Zugang (RuZ)*, DOI: 10.5771/2699-1284-2022-1-50, 50, 57–62.

Zeit und Ressourcen verschlingen können, und mühsame Fernleihbestellungen sind bei der Recherche von Open-Access-Publikationen nicht nötig.

Es bringt auch Vorteile mit sich, die eigenen Forschungsergebnisse frei zugänglich zu publizieren. Neben ideellen Überlegungen, ist hier die erhöhte Sichtbarkeit von Open-Access-Publikationen ein Argument. Für Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler ist es wichtig, sich in ihrer eigenen Wissenschaftsdisziplin etablieren zu können. Es geht darum, dass Publikationen möglichst von vielen gelesen werden können. Ein Artikel in einer Open-Access-Zeitschrift wird dabei einem größeren Kreis von Leserinnen und Lesern zugänglich sein als einer, der nur hinter einer sog. Paywall verfügbar ist.⁴⁵ Gleiches gilt für Open-Access-Monografien und -Sammelbände im Gegensatz zu Exemplaren, welche nur in Bibliotheken zugänglich sind oder käuflich erworben werden müssen. Das Argument der Sichtbarkeit von Open-Access-Publikationen wird im Übrigen durch die fortschreitende Entwicklung von generativen Sprachmodellen derzeit verstärkt. Diese auf künstlicher Intelligenz (KI) basierenden Systeme können zum Teil bereits Quellenangaben aus dem Internet liefern.⁴⁶ Hier besteht also zukünftig eine Möglichkeit, mit der eigenen Open-Access-Publikation sichtbar zu werden. Es gibt darüber hinaus KI-Programme, welche themenspezifische Forschungspapiere finden und in Beziehung setzen. Aufgelistete Forschungspapiere, welche open access veröffentlicht wurden, können zu meist als Volltext aufgerufen werden.⁴⁷ Solche Programme könnten auch in der rechtsgeschichtlichen Forschung in Zukunft vermehrt Verwendung finden.

Der kollaborative Ansatz in Bezug auf einen Austausch innerhalb der Wissenschaft soll an dieser Stelle verhältnismäßig kurz betrachtet werden. Natürlich kann der Open Science Ansatz auch in der Rechtsgeschichte die Zusammenarbeit stärken und lebendiger gestalten. Ein besonderes Augenmerk mag hier auf dem Austausch von Open-Science-Praktiken in der Rechtsgeschichte liegen. Wenn mehr und mehr darüber berichtet wird,

45 Vgl hierzu und auch insgesamt zum Thema der Wahrnehmung wissenschaftlicher Publikationen: T Grimm und A Holzer, *Wissenschaftliches Publizieren und Wissenschaftsbewertung: Die aktuelle Position der Deutschen Forschungsgemeinschaft (2022)* RuZ, DOI: 10.5771/2699-1284-2022-2-96, 96, 100.

46 Vgl Perplexity (<https://www.perplexity.ai/>).

47 Gute kostenlose Beispiele solcher Programme sind Semantic Scholar (<https://www.semanticscholar.org/>) oder Research Rabbit (<https://www.researchrabbit.ai/>).

kann hier sicherlich eine produktive Zusammenarbeit erwachsen⁴⁸ Zudem macht es Sinn, rechtshistorisches Wissen und Quellen auch anderen Forschenden zur Verfügung zu stellen. Die englischsprachige „SCC Explorer“-Plattform des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (mpilhl) stellt beispielsweise Daten, Forschungsergebnisse, Ressourcen und Erfahrungen aus verschiedenen Forschungsprojekten rund um die Geschichte der Heiligen Konzilskongregation – auf Englisch: „Sacred Congregation of the Council“ (SCC) – der römischen Kurie zur Verfügung.⁴⁹ Ein anderes Beispiel ist die „iurisprudencia“-Plattform der Universität Zürich. Auf dieser Plattform werden Digitalisierungen von historischen Rechtstexten aus Deutschland, Österreich und der Schweiz publiziert.⁵⁰

In der Rechtsgeschichte haben sich Citizen-Science-Praktiken noch nicht nachweislich etabliert. Es gäbe hier allerdings viele Möglichkeiten. Wie bereits an anderer Stelle erläutert wurde, wäre das beispielsweise für breit angelegte Forschungsprojekte, welche in mehreren Archiven oder an vielen, räumlich weit verteilten Standorten Daten und Quellen zutage fördern sollen, attraktiv. Es sollte auch nicht an interessierten Personen für solche Projekte mangeln, denn das gesellschaftliche Interesse für rechtsgeschichtliche Quellen, wie beispielsweise Gerichtsakten, ist nicht zu unterschätzen.⁵¹ Zwar können Transkriptionsarbeiten, wenn sie nicht vor Ort in den Archiven stattfinden müssen, heute bereits mit maschineller Hilfe ausgelagert werden, aber eine Bestandsaufnahme oder Digitalisierung von Quellen ist interessierten Laien durchaus zuzutrauen. Es müsste lediglich darauf geachtet werden, dass die Projekte wissenschaftlich gut eingehengt werden.⁵²

48 Vgl als Beispiel folgende Veröffentlichung B Albani, A Anokhina und Y Park, *From the Secret Archive to open and fair access. Ways of modelling legal ecclesiastical data from the XVI and XVII centuries* (2023) DOI: 10.5281/zenodo.7715255, <https://zenodo.org/record/7715255>.

49 Erklärungen hierzu unter <https://www.lhlt.mpg.de/3474997/rg-albani-SCC-explorer> (abgerufen am 19.II.2023).

50 Das Projekt soll in Zukunft noch wachsen, vgl die Projektbeschreibung auf der Webseite von *iurisprudencia*: <https://rwi.app/iurisprudencia/de/iurisprudencia/about> (abgerufen am 19.II.2023).

51 Möglicherweise bestünde sogar ein Interesse von Medien an rechtsgeschichtlichen Inhalten. Zum Interesse an aktuellen Rechtsthemen und dem Mehrwert von frei zugänglichen rechtswissenschaftlichen Publikationen vgl Hamann und Hürlimann (Fn 34) 6–7.

52 Vgl zu den möglichen Hindernissen und Risiken: M Jaeger-Erben, F Becker, B Pruse, J Nadezhda Mendoza, J Gutberlet und E Rodrigues, *Citizen Science*, in T Philipp und

Das Argument, dass Forschungsergebnisse im Grunde öffentliches Gut darstellen, betrifft auch die rechtsgeschichtliche Forschung. Dementsprechend stehen, wie beschrieben, die meisten Forschungsförderungsinstitutionen Open-Access-Publikationen zumindest positiv gegenüber. In Zukunft werden Open-Access-Publikationen eine immer wichtigere Rolle einnehmen und sehr wahrscheinlich für alle aus solchen öffentlichen Fonds geförderte Forschungsprojekte vorgeschrieben werden. Wichtig ist hier zu sagen, dass es ein Anliegen der Forschungsförderer und auch der Universitäten sein sollte, Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern die nötige Finanzierung für solche Projekte zur Verfügung zu stellen.⁵³

4. Erfahrungsaustausch zu Open Science

In Teilen wird die rechtshistorische Disziplin wie beschrieben schon durch Open Science geprägt. Es besteht aber durchaus noch Bedarf zu mehr Open Science in der Rechtsgeschichte. Aus diesem Grund fiel der Entschluss, diesem Thema bei der 1. Tagung des Jungen Netzwerks Rechtsgeschichte die nötige Aufmerksamkeit zu widmen. Da nicht bekannt war, wie viel Vorwissen die Teilnehmenden der Tagung mitbringen würden, wurde beschlossen, das Thema auf eine spielerische Art und Weise anzugehen. Dabei sollten wichtige Aspekte von Open Science angesprochen werden, in denen die Teilnehmenden schon unbewusst Erfahrung gesammelt haben könnten. Herausgekommen ist ein Erfahrungsaustausch nebst einer anschließenden thematischen Vertiefung in Form eines Vortrages, welche zusammengenommen den Titel „Open Science Talk“ trugen. Der Erfahrungsaustausch basierte auf einem Fragenset, bestehend aus sieben Erfahrungskarten, zwei Wissenskarten und einer Anleitung. Die Fragen waren so konzipiert, dass kein bestimmtes Vorwissen zu Open Science nötig war. Es gab beispielsweise Karten, welche die Zugänglichkeit von Literatur thematisierten, oder solche, die nach Erfahrungen über verschiede-

T Schmohl (Hrsg.), *Handbook Transdisciplinary Learning* (open access, transcript Verlag 2023) DOI: 10.14361/9783839463475-006, 41, 43–46.

53 Dies geschieht an vielen Stellen schon, vgl. stellvertretend die Angaben der DFG zur Finanzierung von Open Access Publikationen: https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/open_access/unterstuetzung_forschende/index.html (abgerufen am 25.9.2023).

ne Peer-Review-Verfahren fragten. Dem Material zum Erfahrungsaustausch wurden zudem zwei Wissenskarten hinzugefügt, um Teilnehmende mit wenig Forschungserfahrung nicht auszuschließen.⁵⁴

Für die Durchführung des Erfahrungsaustausches wurden die Tagungsteilnehmenden in Gruppen zu je 4 Personen eingeteilt und konnten sich nach Belieben einen Platz zum Austausch suchen (Seminarraum, Gartenareal, Kaffeeecke etc.). Der Ablauf des Austauschs gestaltete sich wie folgt: jeder/m Teilnehmenden war eine feste Redezeit zur Beantwortung einer Fragenkarte zugeteilt, in der sie/er nicht unterbrochen werden durfte. Nachdem alle Personen ihre Erfahrungen geteilt hatten, konnten die Teilnehmenden sich in der verbleibenden Zeit untereinander austauschen. Die Zeit, welche insgesamt für den Austausch eingeplant war, betrug 25 Minuten. Für eine erneute Durchführung kann die Gesamtdauer aber individuell angepasst werden. Die Teilnehmenden der Nachwuchstagung hätten zum Beispiel auch länger miteinander sprechen können. Es hat sich außerdem gezeigt, dass eine Austauschphase bereits zwischen den einzelnen Redebeiträgen Sinn machen kann. Insgesamt waren die Reaktionen auf den Erfahrungsaustausch sehr positiv, weswegen eine Weiterverwendung des Fragensets empfohlen werden kann.⁵⁵ Die Materialien stehen dafür als Open Educational Ressource auf der Plattform Zenodo zur Verfügung.⁵⁶

54 Möglicherweise fühlt sich nicht jede/r wohl, eigene Erfahrungen zu teilen. Es wurde daher eine inklusive Gestaltung des Erfahrungsaustauschs konzipiert.

55 Ich möchte mich an dieser Stelle sehr herzlich bei den Teilnehmenden bedanken, die diesen Austausch mit Leben gefüllt haben und von denen mir einige danach gerne Feedback gegeben haben.

56 N Bertram, Open Science – Fragenset (2023) DOI: 10.5281/zenodo.8399207. Für die Publikation als OER wurde das Fragenset leicht überarbeitet. Da die Wissenskarten im Original urheberrechtliches Material Dritter beinhalteten, sind diese entfernt worden. Die Wissenskarten bezogen sich auf die folgenden Themen: FAIR-Prinzipien für Forschungsdaten, Citizen Science und „European Open Science Cloud“. Zukünftigen Benutzerinnen und Benutzern steht es frei, je nach Bedarf neue Wissenskarten zu ergänzen und das Fragenset anzupassen. Link zur Ressource: <https://zenodo.org/record/8399207>.



Teilnehmende des Erfahrungsaustausches im Garten des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie. Copyright: Rosa Schnidrig.

5. Resümee und Ausblick

Dieser Beitrag hat gezeigt, dass die rechtsgeschichtliche Nachwuchsforschung vom Open-Science-Ansatz profitieren kann. Nachwuchsforscher*innen können durch Open-Access-Publikationen ihre eigene Forschung sichtbar machen und durch Open-Science-Praktiken (wie bspw. Citizen Science) die gesellschaftliche Relevanz ihrer Forschungsvorhaben steigern. Als Tagungsthema kann Open Science zudem spannende Diskussionen über die eigene Forschung anregen. Derzeit ist die rechtsgeschichtliche Disziplin auf einem interessanten Weg hin zu mehr offenen Daten und Quellen. Es bleibt aufregend, zu beobachten, wie sich die Interaktion der Rechtsgeschichte mit der Open-Science-Bewegung in den kommenden Jahren entwickeln wird. Dass Publikationen vermehrt „open access“ veröffentlicht werden, wird durch die Vorgaben der verschiedenen nationalen Forschungsförderinstitutionen sicher zunehmen. Inwieweit einzelne Projekte Open-Science-Ansätze integrieren werden, wird sich zeigen. Bei allen positiven Aspekten von Open Science darf nicht vergessen werden, dass auch eine unterstützende wissenschaftliche Infrastruktur wichtig ist. Für junge Wissenschaftler*innen und Wissenschaftler ist eine ausreichende finanzielle Förderung unerlässlich, um Open-Science-Forschungsprojekte verwirklichen zu können. Ist diese Grundvoraussetzung gegeben, kann die

Nora Bertram

Öffnung der eigenen Forschung im Sinne von Open Science eine äußerst bereichernde Erfahrung sein.

The search for truth in the trial against Maximilian of Habsburg (1867)

Tania Ixchel Atilano**

1. Introduction

Political trials have usually been disregarded as “[...] devoid of legal substance”¹ as they lack impartiality and serve political motives and are, therefore, unsuitable for finding the truth.² The present chapter will contest this assumption and will show that political trials help the legal historian in the search for truth in two respects. Firstly, they deliver valuable knowledge on the legal interpretation of concepts, reception of legal traditions, and ways of practicing and enacting the law.³ Secondly, biases and misconceptions

* The author would like to thank Prof. Elisabetta Fiocchi Malaspina and Christoph Resch for their invaluable feedback and comments.

1 J Iverson, *The Trials of Charles I, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases are often forgotten and the meaning of International Criminal Law*, in M Bergsmo, WL Cheah, T Song and P Yi (eds), *Historical Origins of International Criminal Law*, Volume 3 (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2015) 93–95.

2 Judith Shklar defines a political trial as: “[...] a trial in which the prosecuting party, usually the regime in power aided by a cooperative judiciary, tries to eliminate the political enemies. It pursues a very specific policy. The destruction or at least the disgrace and disrepute of a political opponent”, in J Shklar, *Legalism, An essay on law, morals and politics* (Harvard University Press 1964) 149. However, for this chapter, the reader should note that “Political Trials” is used in neutral terms and is delimited to those trials domestic or international in which political or military leaders are charged on grounds of violating international law – or the laws of war.

3 On translation of normative knowledge from one location to the other see T Duve, *Theorie und Methode der Analyse asymmetrischer Formen von Abhängigkeit: Eine (global)rechtshistorische Perspektive* (Working Paper, Bonn Center for Dependency and Slavery Studies, University of Bonn 2022), <https://www.dependency.uni-bonn.de/images/pdf-files/working-papers/wp5-duve.pdf> (accessed 2.9.2023). On the reception of Vattel’s doctrine in the nineteenth century, see E Fiocchi Malaspina, *The legacy of Vattel’s Droit des gens in the long nineteenth century*, in K Stapelbroek and A Trampus (eds), *The legacy of Vattel’s Droit des gens* (Palgrave Macmillan 2019) 267–284. Also by the same author on the reception in Greece and Italy: *Vattel’s Law of Nations in Late Eighteenth- and Early Nineteenth-Century Greece and Italy*, in P Schröder (ed), *Concepts and Contexts of Vattel’s Political and Legal Thought* (Cambridge University Press 2021) 239–257.

in legal historiography will be revealed as a result of considering the latter, especially when taking into account cases from non-European countries. The military trial against Maximilian of Habsburg in Queretaro, México (1867) will be a case in point. The case proves to be very valuable not only for widening the historical record but also because the trial had the mission of revealing the truth of a foreign intervention (the French Intervention 1862–1867). The military trial against Maximilian of Habsburg was a platform where motives and criminal acts were to be exhibited and discussed. The development of the trial also showed simultaneously that a non-European nation was capable of enforcing its rights through the domestic enforcement of the “law of nations”.⁴

A trial is also a space where confronting versions of the factual truth and of the “true” assessment of the law meet. Opposed visions of the same event help legal historians to understand the nuances of the ideological underpinnings that lie behind each assertion of “truth”. In the case of Maximilian, decisively so, as two different visions of the world were put before trial: monarchism vs Republican liberalism. As I will show in the sections below, in the records of the trial proceedings, not only can we read about the set of particular choices and justifications of the parties, but we can also be informed of their standing toward the law. Taking place in a century during which the codification of domestic and international law was underway, the trial shows how the tensions between natural law and positive law were expressed and argued by the different parties. In this vein, the trial is an outspoken expression of the view held by Mexican Republican liberals, for whom international law ought to be enforced through domestic law.

It is fair to note that the legal innovations, deployed within the trial against Maximilian of Habsburg, deserve a separate analysis and it is not possible to do proper justice to them in just one article. As a result, this chapter will draw on the generalities of the trial and the arguments delivered by both, the defense and prosecution. The aim is to stimulate further reflection and inquiry.

The main primary source materials used for this chapter are the trial proceedings, published in 2005 by the Mexican legal historian José Mario

4 Even President Benito Juárez referred to the French intervention as “an act of aggression”, see B Juárez, *Manifiesto del presidente Juárez llamando a la defensa de la independencia nacional frente a la intervención francesa*, Abril 12 de 1862, <https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/4IntFrancesa/1862MDN.html> (accessed 2.9.2023).

Magallón Ibarra and the collection of letters and documents of Benito Juárez, published electronically by the Mexican historian Jorge L. Tamayo in 2006.⁵

2. The historical context of the Trial

Mexico gained independence from Spain in 1821. Inspired by the ideals of the Enlightenment, the “Libertadores” aimed at building a community that would break with colonial hierarchies, but most of all they aimed to achieve agency without the tutelage of the European metropole. The latter is illustrated by Art. 1 of the Mexican Constitution of 1824:

“The Mexican nation is forever free and independent of the Spanish government and any other power.”⁶

Obtaining independence, however, set the stage for the struggle between two different political projects: one monarchist, the other liberal. As historian Hilda Sabato argues, the political project of establishing a Republican government based on popular sovereignty in the newly independent nations of Spanish America was heavily contested – also in the case of Mexico, as it took 55 years to stabilize the Republican constitutional project.⁷ The French Intervention is part of this contestation and, as the scholars Long and Schulz argue, it represents the internationalization of the conflict between liberals and monarchists.⁸

5 The 15-volume collection of documents edited by Jorge L Tamayo and coordinated by Héctor Cuauhtemoc Hernández is available at: <https://mhiel.azc.uam.mx/juarez/> (accessed 2.9.2023). See the trial proceedings in J Magallón Ibarra, *Proceso y ejecución vs. Fernando Maximiliano de Habsburgo* (UNAM, México 2005).

6 “La nación Mexicana es para siempre libre é independiente del gobierno español y de cualquier otra potencia”, in Decreto del 4 de Octubre de 1824. *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, available at https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf (accessed 2.9.2023). All translations, unless otherwise noted, are my own.

7 H Sabato, *Republics of the New World: The Revolutionary Political Experiment in Nineteenth-Century Latin America* (Princeton University Press 2018).

8 T Long and CA Schulz, *Benito Juárez Against the World: France, Mexico, and the Clash of Nineteenth-Century Liberal Internationalisms*, paper presented at Rethinking the Past and Present of Liberal Internationalism conference (City, University of London, 11–13 May 2023).

In 1857, a liberal Constitution was decreed, and several laws followed, known as “Leyes de Reforma”. These laws introduced *inter alia* freedom of education and civil marriage. But what caused much exaltation was the declaring of ecclesiastical property as void.⁹ The conservative party did not recognize the Constitution seizing power, through a military coup, in 1858. This started the so-called “Reform War”, lasting three years (1858–1861), leaving the liberal government without financial resources. In an attempt to save the situation, Benito Juárez ordered the suspension of all foreign debt in July 1861.¹⁰ As a response to this, France, Great Britain and Spain signed the “Convention of London” in October 1861, in which they agreed to send combined military and naval forces to the coast of Mexico and to occupy several fortresses and military positions.¹¹ According to the tripartite treaty, the objective was to “[...] guarantee the security of the persons and properties of their subjects as well as the fulfillment of obligations by the Mexican State”.¹² Relevant was Art. 2, in which the powers agreed that the coercive measures “did not have the purpose of acquiring Mexican territory nor to exert any influence over the internal affairs of the Mexican State that could affect its form of government”.¹³

In late 1861, military and naval forces from Britain, Spain and France arrived at the port of Veracruz. As a result of the negotiations between the three powers and the Mexican Republican government, the “Preliminaries of La Soledad” were signed in February 1862.¹⁴ It was stipulated that there was no intention of occupying Mexican territory and that they would submit their reclamations to the commitment of treaties.¹⁵ The French Army,

9 Ley de desamortización de los bienes de las corporaciones civiles y eclesiásticas (Ley Lerdo), Junio 23 de 1856, <https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/3Reforma/1856LEL.html> (accessed 2.9.2023).

10 See Ley de Suspensión de Pagos de 1861 in Discurso de Juárez en la apertura de sesiones del Congreso de la Unión, Documentos para la historia de México (Colección Lafragua, Vol 1519, 1889) 857.

11 See Tripartite Treaty of London, *Tratado de Londres*, 31 de octubre de 1861, ratificado por SS. MM. la reina Doña Isabel II, el emperador de los franceses y la reina de la Gran Bretaña, canjeándose las ratificaciones en Londres el día 15 de Noviembre, <https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/4IntFrancesa/1861LCL.html> (accessed 2.9.2023).

12 Art 1 of the “Tripartite Treaty of London”, 1861.

13 Art 2 of the “Tripartite Treaty of London”, 1861.

14 Magallón Ibarra (n 5) 560.

15 “Convenio de la Soledad, por el que potencias extranjeras no atentarán contra la soberanía nacional”, in *Derechos del pueblo mexicano*. México a través de sus constituciones (sección segunda, UNAM, 2016) 408–409.

however, remained on Mexican territory with 7,000 soldiers.¹⁶ French representatives justified this move by stating that they aimed to liberate the people from a “system of terror” and to aid their subjects who, they claimed, were endangered by the Mexican Republican government.¹⁷ In addition, as the correspondence of Napoleon III reveals, his plans deviated from what was established in the London Convention of 1861. In reality, Napoleon III planned to expand his empire.¹⁸ “Latin America” constituted the spatial ground where France would exert the leadership of the “Latin race” united by common values such as Catholicism, a linguistic matrix (Latin), and the continuation of the Latin culture.¹⁹ “Latin America” and especially Mexico would be the bulwark against the expansion of the US, which was protestant and Anglo-Saxon.²⁰

On April 7, 1862, French General Lorencez occupied the city of Orizaba. This event marked the beginning of hostilities between the Mexican and the French troops.²¹ A year later, Mexican monarchists and Napoleon III convinced Maximilian of Habsburg that the Mexican people desired to have a monarchy with him as emperor.²² And so, Maximilian and his wife

16 Magallón Ibarra (n 5) 104.

17 *ibid* 107, see also G Niox, *Expédition du Mexique 1861–1867* (Librairie Militaire de J Dumaine 1874) 112–114.

18 See the letter of Napoleon III to the chief of the expedition General Forey in 1862: *Instrucciones impartidas por el emperador Napoleon III al general Forey*, Fointanebleau 3 de Julio, 1862, in *Memoria Política de México*, edición perenne, <https://memoriapoliticademexico.org/Textos/4IntFrancesa/1862-IE-GF.html> (accessed 02.09.2023).

19 The idea of the “latin race” was developed by Michel Chevalier, French Saint-Simoni-an and economist who was also advisor of Napoleon III. See M Chevalier, *Lettres sur l'Amérique du Nord*, Vol I and II (4th edn, Wouters et C Imprimeurs-Libraires 1844) <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb399038154> (accessed 2.9.2023). On the works of Michel Chevalier and his influence over the foreign policy of Napoleon III see L Gavião, *Raízes da américa latina: origens e fundamentos de uma identidade* (2021) 180 *Revista de História* 1, 3–8; J Jurt, *Ein Subtext Frankreichs: Mittelmeeridee, Latinität und Katholizismus*. Zu Wolf Lepenies, *Die Macht am Mittelmeer* (2016) (Nr 4) *Romanische Studien* 33–64, <https://www.romanischestudien.de/index.php/rst/article/view/182/487> (accessed 2.9.2023).

20 As to the term “Latin-America”, and the debate of who coined it first, see M Rojas Mix, *Bilbao y el hallazgo de América latina: Unión continental, socialista y libertaria* (1986) 46 *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien, Contre-cultures, Utopies et Dissidences en Amérique latine* 35, 38–46.

21 Magallón Ibarra (n 5) 560.

22 The agreement was formalized through the treaty of Miramar (1864). See “*Tratado de Miramar*” (10 de abril de 1864) in *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (sección segunda, UNAM 2016), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5625/30.pdf> (accessed 2.9.2023).

Charlotte arrived at the port of Veracruz in May 1864. However, to the disappointment of Napoleon III, Maximilian failed to consolidate his reign, which added to the pressure the US exerted on Mexico; he decided to withdraw the French troops on December 16, 1866.²³

3. The law of January 1862

On January 25, 1862, given the special powers granted by the Mexican Congress,²⁴ Benito Juárez issued by decree the “Ley para castigar los delitos contra la nación” (Law to Punish Crimes Against the Nation, hereinafter Law of 1862).²⁵ The law defined crimes (a) against the independence and security of the nation; (b) against the law of nations; (c) against public peace and order; and (d) against individual rights. This law would become five years later, the legal framework for the trial against Maximilian of Habsburg and his co-conspirators, Tomas Mejía and Miguel Miramón.

The novelty of issuing this law lies in the fact that it merged international law with criminal law, to enforce the right to self-determination, political independence, and territorial integrity. Equally important, it enforces through criminal law *ius ad bellum* and *ius in bellum*.²⁶

According to the doctrine of Emmerich de Vattel, to exercise “legally” the use of force, a state had to declare war and expose its reasons for going

23 See M Charles Calvo, *Le droit international théorique et pratique : précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Tome 1 (Guillaumin 1887) 324–350, <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30188197m> (accessed 2.9.2023).

24 “Decreto del Congreso. Se suspenden algunas garantías constitucionales y se faculta ampliamente al Ejecutivo”, Diciembre 11 de 1861, <https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/4IntFrancesa/1861SGC.html> (accessed 2.9.2023).

25 “Ley para castigar los delitos contra la nación, contra el orden, la paz pública y las garantías individuales, espedida por el Supremo Gobierno de la Nación”, published in edict of 6 February 1862, [https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/4Int Francesa/1862CDN.html](https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/4IntFrancesa/1862CDN.html) (accessed 2.9.2023).

26 On the efforts of criminalizing violations to the laws of war during the nineteenth century, see the important work of DM Segesser, „Moralische Sanktionen reichen nicht aus!“ Die Bemühungen um eine strafrechtliche Ahndung von Kriegsverbrechen auf nationaler und internationaler Ebene, in S Neitzel and D Hohrath (eds), *Kriegs-greuel. Die Entgrenzung der Gewalt in kriegerischen Konflikten vom Mittelalter bis ins 20. Jahrhundert* (Ferdinand Schöningh 2008) 57–74. By the same author, *Recht statt Rache oder Rache durch Recht? Die Ahndung von Kriegsverbrechen in der internationalen wissenschaftlichen Debatte 1872–1945* (Ferdinand Schöningh 2010).

to war.²⁷ Failure to do so would equate to a breach of the law of nations and would make the war “illegal”.²⁸ Following Vattel, Juárez criminalized the failure to formally declare war and defined it as an act against the independence and security of the nation. Juárez’s provision transformed into written law the state practice of declaring war in the tradition of “just war theory”²⁹ and adhered to the European trend of codifying the laws of war.³⁰ Internationally, the state practice of declaring war crystallized in the Hague Convention III of 1907.³¹ In a sense, the intentions of Juárez and the delegates in support of the said Convention were not that far apart.³² Juárez also wanted to avoid war. In this regard, Benito Juárez’s legal thought could be placed within the Kantian tradition of regulating war through law and achieving peace through law.³³

Other acts that fell into the category of crimes against the independence and security of the nation were: (a) the voluntary service by Mexicans to foreign troops; (b) the invitation made by Mexican or foreign citizens residing in Mexico to invade the national territory or subvert the form of government; and (c) contributing in any way to the establishment of a government in the territories occupied by the invader.

Regarding “crimes against the law of nations”, Art. 2 of the said law criminalized piracy, slavery, the slave trade, and most remarkably: “[...] en-

27 See P Kalmanovitz, *The Laws of War in International Thought* (Oxford University Press, Oxford 2021) 86–93. See also, S Zurbuchen, *Vattel’s law of nations and just war theory* (2009) 35 *History of European Ideas* 408–417.

28 *ibid.*

29 On how the tradition and practice of “just war theory” did not completely disappear during the nineteenth century, see H Simon, *Anarchy over Law? Towards a Genealogy of Modern War Justifications (1789–1918)*, in L Brock and H Simon (eds), *The Justification of War and International Order* (Oxford University Press 2021) 147–166.

30 In the case of positivizing the concept of “just war” see R Lessaffer, *Too much history. From war as sanction to the sanctioning of war*, in M Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press 2015) 35–55.

31 *Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. The Hague, 18 October 1907*, in D Schindler and J Toman (eds), *The Laws of Armed Conflicts* (Martinus Nijhoff Publishers 1988) 57–59.

32 For the case of *The Hague Convention III (1907)*, see I Hull, *The Great War and International Law: German Justifications of Prevention and Pre-Emptive Self-Defence*, in L Brock and H Simon (eds), *The Justification of War and International Order* (Oxford University Press 2021) 186–188.

33 H Simon, *The Myth of Liberum Ius ad Bellum: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice* (2018) 29 *European Journal of International Law* 113–136.

gaging nationals to serve foreign powers to invade the nation”. The Mexican provision was ahead of international law, as it was not until 1874 that the Brussels Declaration and the Hague Convention of 1899 prohibited “[...] any compulsion on the population of occupied territory to take part in military operations against its own country”.³⁴

A true innovation of this law was in protecting individual rights in times of war and with it, regulating the conduct of hostilities (*ius in bellum*).³⁵ The said law defined “crimes against individual rights” as (a) taking hostage citizens or inhabitants of the Republic to demand ransom; (b) the sale of hostages or the forced lease of their services or work; and (c) violence against persons with or without the purpose of seizing their property.

Through this law, liberal Republicans departed from the notion that violations of international law or breaches of the laws of war were only attributable to states. In their view, war was ordered and conducted by individuals and, therefore, criminal liability should follow. The law fulfilled the requirement of legality as the punishment followed the definition of the crime and with it, legal certainty and foreseeability were accomplished.³⁶ As we can see, the catalogue of crimes included conduct under the *ius ad* and *in bellum*, as well as others outside the context of war like slavery, the slave trade, and the violation of diplomatic immunity.

Additionally, the law stipulated broadly a differentiated form of participation. Art. 1 (IV) encompassed “any form of complicity to engage, prepare or favor the execution and success of the invasion”. Individuals were then criminally liable as accomplices for any of the above-mentioned acts. Any person facilitating or providing intelligence or news to the enemy, provid-

34 Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874, Art 36; Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899, Art 44. Also see A Bello, *Principios de Derecho Internacional* (tercera edición, Valparaíso, Imprenta de la Patria 1864) 184.

35 On the criminalization of “barbarity warfare” in the doctrine of Vattel, see W Rech, *Enemies of Mankind. Vattel’s Theory of Collective Security* (Martinus Nijhoff Publishers 2013) 112–127.

36 On the principle of legality in international criminal law, see B Van Schaack, *The Principle of Legality in International Criminal Law* (2011) Santa Clara Law Digital Commons, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1621&context=facpubs> (accessed 2.9.2023). On domestic criminal law see A Masferrer, *Principle of Legality and Codification in the Western Criminal Law Reform*, in MG Musson and A Pihlajamäki (eds), *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials* (Duncker & Humblot 2013) 253–294.

ing arms, provisions, money, baggage, or preventing the authorities from arresting the invaders or accomplices and spreading false news that would discourage the public “enthusiasm” would be considered an accomplice of the crime: “against the public peace and order”.

Regarding *ius ad bellum*, through the Law of 1862, Juárez warned the foreign powers that in case they resorted to armed violence and did not comply with the formal requirements for going to war, the omission would be considered a crime. In a visionary manner, Juárez aimed at enforcing the right to self-determination through criminal justice, foreshadowing the hypothesis drawn in Art. 8 bis para. 2 of the Rome Statute, in which an act of aggression is defined as “[...] the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations.”³⁷

The preemptive nature that the law had – by criminalizing an illegal armed invasion – was reinforced by a Manifesto written by President Juárez issued on April 12, 1862 (5 days after the advancements of French forces) where he detailed the breaches of international law committed by France, also denouncing the “aggression” against a “free, sovereign and independent state”.³⁸ He further declared that once hostilities had started, “[...] the rules of the law of nations” were to “be observed by the army and by the authorities of the Republic”.³⁹eng

Juárez ended the Manifesto with a sentence that leaves no doubt as to the significance of the principle of sovereign equality and non-intervention for the Mexican Republic as these principles guaranteed its existence and continuity: “[...] united we will save the independence of Mexico, succeeding not only our fatherland *but the principles of respect and inviolability of the sovereignty of nations*” (emphasis added).⁴⁰ It is then no surprise that the Republican liberals were so determined to bring Maximilian and the main figures of the conservative party to trial five years later.

37 UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998, ISBN No 92-9227-227-6, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html> (accessed 2.9.2023).

38 Juárez (n 4).

39 *ibid.*

40 “Tengamos fe en la justicia de nuestra causa; tengamos fe en nuestros propios esfuerzos y unidos salvaremos la independencia de México, haciendo triunfar no sólo a nuestra patria, sino los principios de respeto y de inviolabilidad de la soberanía de las naciones”, Juárez (n 4).

4. *The instructions to open the trial*

In February 1867, without the support of the French forces, Maximilian of Habsburg fled the capital to the city of Queretáro. After 72 days of siege, he was taken prisoner on May 15 along with 8000 soldiers and 400 chiefs and chief officials of the monarchist army. On May 21, 1867, Ignacio Mejía (head of the Ministry of War), on behalf of President Benito Juárez, issued an “instruction order”, in which he instructed Chief General Mariano Escobedo to arrange a court-martial according to Arts. 6–8 of the Law of 1862 against Maximilian of Habsburg, Miguel Miramón and Tomás Mejía.

Benito Juárez and the leaders of the liberal Republican movement reckoned that the imprisonment of Maximilian had to be treated as transparently as possible because it would be closely scrutinized by the European powers. Therefore, by choosing a trial as the forum to expose the illegality of the intervention and the way the war was conducted, future allegations of savagery or illegality by European powers could be avoided.⁴¹ Furthermore, the accused were given the chance to testify themselves or through their defense lawyers. As an expression of this sensibility, the place to hold the trial hearings would be a theater (Teatro Itúrbide) with a capacity to hold 600 spectators. Here, we can identify a pattern of war trials, in which the aim is to give a “pedagogical lesson of justice” through the performance of legality.⁴²

The instruction orders issued by Ignacio Mejía formulated the reasons as to why the Republican government had decided to install a court-martial. Among them was the need to apply the law and, in doing so, to pave the way for peace and for the enjoyment of the rights of all citizens of the Mexican Republic. Particularly relevant was to punish Maximilian of Habsburg for serving as an instrument to Napoleon III and installing a government that was contrary to popular will and sovereignty. According to the instruction orders, to accomplish the policies of Napoleon III, Maximilian recruited foreign filibusters (Austrian and Belgian) who further endangered

41 See *El Emperador de Austria se interesa por la suerte de Maximiliano* in Tamayo (n 5) Abril 6 de 1867, Doc 1, Vol CCXI, Tomo 11.

42 On the “pedagogical lesson of justice”, see L Douglas, *The Memory of Judgement. Making Law and History in the Trials of the Holocaust* (Yale University Press 2000). For an overall view see B Sanders, *Doing Justice to History* (Oxford University Press 2021).

the installment of peace, as these individuals belonged to nations against which the Republic was engaging in no official war.⁴³

Overall, the charges against Maximilian in the instruction orders issued by the minister of war Ignacio Mejía convey *ius ad bellum* as well as *ius in bellum*. In the case of *ius ad bellum*, Maximilian had no “legitimate title” to use force against Mexican citizens’ lives and property as he had seized power by subverting the legal Republican government. Regarding the conduct of hostilities (*ius in bellum*), Maximilian is charged not only for issuing a decree in 1865 that violated the laws of war but also for ordering executions in compliance with the said decree. According to the instruction orders, he commanded the “soldiers of the foreign invader, to burn and destroy entire cities and villages, especially in the states of Michoacán, Sinaloa, Coahuila, and Nuevo León.⁴⁴ Finally, he was accused of ordering the execution of “thousands of Mexicans” who resisted the empire.⁴⁵ As for Miramón and Mejía, both were chief generals in the monarchical army of Maximilian and as such, according to the instruction orders, were responsible for making possible the invasion, development, and continuation of the war in the years 1862–1867.⁴⁶

5. The military trial

According to the Law of 1862, the trial was subject to Martial Law and had the following stages: pre-trial (where the charges were read and interrogations and depositions of the accused were taken), trial, verdict and execution. The whole criminal procedure lasted 28 days and according to the chronicle it started at 8:00 a.m. and adjourned at 10:00 p.m.⁴⁷ Maximilian of Habsburg was not present in the trial hearings that took place in the theater, as his doctor declared he was ill.⁴⁸ His defense lawyers, however, did attend. The Journal of Queretaro, which was published twice a week, reported thoroughly on the trial and transcribed the most important trial

43 Magallón Ibarra (n 5) 570–571.

44 *ibid* 359.

45 *ibid*.

46 *ibid* 357–362.

47 La Sombra de Arteaga. Periódico Político y Literario, Querétaro, 16 de junio de 1867, AGE, hemeroteca, POSA, 16/06/1867, No 6, T1.

48 See S Basch, Maximilien au Mexique : souvenirs de son médecin particulier (A Savigne 1889) <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30063585x> (accessed 2.9.2023).

proceedings.⁴⁹ The telegraph line between Queretaro, Mexico City, and San Luis Potosí – where Benito Juárez resided at that time – was enabled, allowing for prompt communication.⁵⁰

The court-martial was composed of seven military judges and a legal counsel. The public prosecutor had 60 hours for the arraignment and the defendants 24 hours to present motions and evidence. From the trial proceedings it can be deduced that, after each motion was presented, the counsel would issue a legal opinion addressed to the General in Chief, who either confirmed or denied it with a short argumentation.

Manuel Aspiroz, a young lawyer and lieutenant colonel was appointed as Chief Prosecutor.⁵¹ He was a liberal Republican, who would ask his enemies of battle what their reasons were for usurping a legally constituted government.⁵² The prosecutor was interested in knowing and exhibiting the motives of Napoleon III, Maximilian of Habsburg, and the conservatives for establishing a monarchy in Mexico.

As for the main charge against Maximilian, “being an instrument of Napoleon III”, it is worth pausing to consider the legal arguments resorted by prosecutor Aspiroz. The Law of 1862 in its Art.1 (I) criminalized “an armed invasion on the territory of the Republic executed by foreign citizens and Mexicans, or just by foreigners, without a previous declaration of war by the foreign power”. From reading the written statements of the public prosecutor as well as the instruction orders of Ignacio Mejía, it is clear that the main violation to be punished was waging an illegal war against the Mexican Republic and through it substituting the Mexican Republic for a monarchical regime. As derivatives of the main crime – the intervention – individual lives were lost and villages were destroyed. Finally, peace could not be restored due to the continuous combat – even after the French forces were retired.

The main perpetrator of the invasion was Napoleon III, and as a result, to attribute criminal responsibility to Maximilian for waging an illegal war against Mexico, Chief Prosecutor Aspiroz deployed a differentiated form of

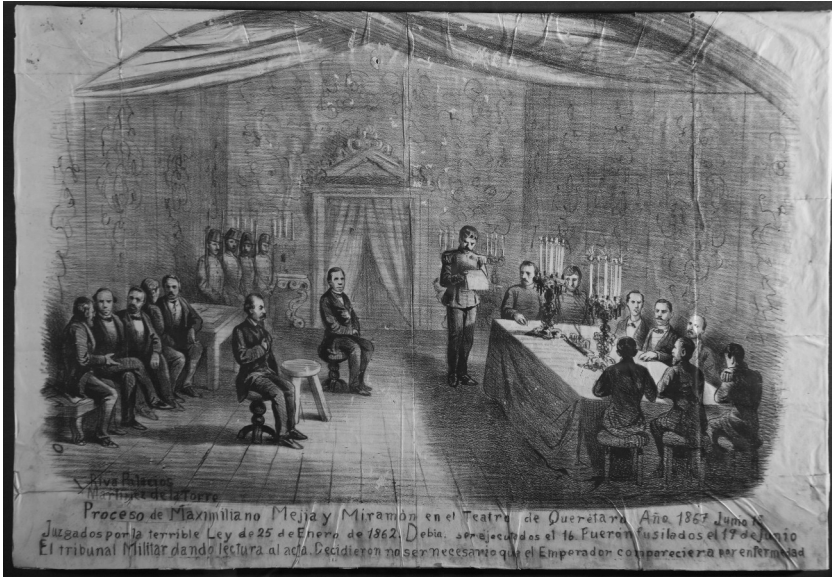
49 See above (n 47).

50 B Hamnett, La ejecución del emperador Maximiliano de Habsburgo y el Republica-nismo Mexicano, in L Jauregui and JA Serrano Ortega (eds), *Historia y Nación. Actas del Congreso en Homenaje a Josefina Zoraida Vázquez* (El Colegio de México, undated) 242–243.

51 See Manuel Aspiroz (1836–1905): un poblano en la encrucijada de la historia patria, in *El Tiempo Universitario* (Año 2 número 18, Puebla, 1999).

52 Magallón Ibarra (n 5) 379–387.

perpetration. Maximilian did not directly execute the armed invasion; he arrived in Mexico and was crowned “emperor of Mexico”. By accepting being emperor of Mexico, Aspiroz argued, he executed the plans of Napoleon III to establish a monarchy in Mexico, and then by waging war against the Republicans he enabled the continuation of Napoleon’s plans.⁵³



Riva Palacios Martínez de la Torre, drawing of the military trial against Maximilian of Habsburg, Queretáro, 1867. Source: Mediateca Instituto Nacional de Antropología e Historia, Lugares INAH – Proceso de Maximiliano

53 *ibid* 373–374.

6. Finding the truth: the versions of the accused

6.1. Maximilian of Habsburg

For four days, the accused were interrogated by the Chief Prosecutor, Aspiroz, where they were held prisoners, not yet in the theater.⁵⁴ The first to be interrogated was Maximilian of Habsburg. He contested the court's jurisdiction and remarked that, as a Habsburg, he had immunity, and as such he could only be handed as a prisoner of war to an Austrian warship. In his view, the charges against him were political, and therefore a court-martial was not the competent forum. As a result, Maximilian refused to answer any of the questions posed by the prosecutor. As for the jurisdiction of a military trial, he claimed the only competent authority would be the Mexican Congress (since the crime was of a political nature), or at least an ordinary high tribunal, comparing his case to that of the ex-President of the Confederacy, Jefferson Davis.⁵⁵ In his opinion, as Mexico lacked competent tribunals (as they were not yet institutionalized due to the war), no authority could judge the cause. He further warned that pursuing such a military trial would harm the perceptions of the "civilized world" towards Mexico.⁵⁶

Maximilian insisted that he was the elected emperor by the will of the Mexican people as he had received numerous "letters of adherence", which had been examined and studied by a group of "English jurists", who had concluded that the election of Maximilian as emperor had been legitimate.⁵⁷ In Maximilian's view, the "letters of adherence" represented the Mexican will to become a monarchy. In his account, he described how he had come with no army (even though the French army constantly held battles against the Republicans to occupy territory) and how the people had cherished him.⁵⁸

54 J Villalpando, Maximiliano frente a sus jueces (Escuela Libre de Derecho, México, 1993) 31–43.

55 Magallón Ibarra (n 5) 404–405.

56 *ibid* 405.

57 *ibid* 398.

58 *ibid* 403.

6.2. *Tomás Mejía*

In contrast to Maximilian of Habsburg, Tomás Mejía was more generous with his answers. The prosecutor intended to find out why Tomás Mejía had continuously fought on the conservative side and why he insisted on not recognizing the Constitution of 1857 and the legitimacy of the Republican government. Mejía declared that he had defended the imperial government as he had thought it would put an end to the anarchy the country had suffered.⁵⁹ Ending anarchy was also his reason for waging war against the Republican government. As to why he continuously held arms against the Republic after the civil war, Mejía argued he was always persecuted by the Republican forces, and so there was no choice left for him, but to withhold armed resistance.

In the case of Mejía, Chief Prosecutor Aspiroz deployed the same mode of participation as with Maximilian, except that he was not considered to be an instrument of Napoleon III but of Maximilian of Habsburg. In this sense, similarities can be reckoned with the notion construed in the Nuremberg Trials, that “wars of aggression” are committed through an organization.⁶⁰ According to the prosecutor, Mejía had served as an instrument of war and thus contributed to the destruction of national institutions and the further persecution of Republicans.⁶¹

6.3. *Miguel Miramón*

In the case of Miguel Miramón, the prosecutor was interested in interrogating him about his participation in the civil war (1857–1861) and his reluctance to recognize the Republican Constitution of 1857. According to the prosecutor Aspiroz, the complicity of Miramón with all those who rebelled during the civil war contributed to the “[...] horrors of the war [...] and the disruption of peace”.⁶² The inquiries made by the prosecutor constitute an attempt to set a narrative about the civil war, in the case of Miramón decisively so, as he was named president by the conservative

59 *ibid* 365.

60 See S Sayapin, *The compatibility of the Rome statute’s draft definition of the crime of aggression with national criminal justice systems* (2010) 81 *Revue internationale de droit pénal* 165–187.

61 Magallón Ibarra (n 5) 379.

62 *ibid* 383.

faction, while the Republican Constitution had never ceased to be in effect. Highly relevant for the Republicans was also clarifying what is referred to as the “massacre of Tacubaya” (1859), where Miramón allegedly ordered the execution not only of Republican prisoners of war but of unarmed civilians and even the doctors who were aiding the injured.⁶³

Regarding his enrollment during the French occupation and the reign of Maximilian, as he was sent to Prussia by Maximilian in 1864, he was charged for his role in the Empire during its last six months.⁶⁴ His enrollment was decisive as he was named chief of the military by Maximilian of Habsburg. Nonetheless, Miramón could not be charged with being an accomplice of the French Intervention as the French forces had already retired when he assumed his position as chief general.⁶⁵

7. The Trial hearings

7.1. Defense arguments

The trial hearings bear witness to the tensions at the time, between the “law of nations” (as a derivative of natural law) and positive law, since the defense lawyers mainly argued for the application of natural law instead of the Law of 1862 (positive law). Natural law was indeed anathema to the Republican liberal project as it sustained the divine right of Spain to have possession of the Americas.⁶⁶ It is then logical that the Law of 1862 was an attempt to codify domestically the law of nations and specifically the laws of war. Therefore, the public prosecutor, as representative of the Republican government, argued for the enforcement and application of positive law.

Equally, the trial hearings brought to the fore considerations that appear regularly in war trials such as sovereign immunity, jurisdiction, validity of domestic law, selectivity, partiality, victor’s justice, revenge, and the nature of an armed conflict. In this regard, it could also be argued that the “search

63 This incident is also popularly known as the “Martyrdom of Tacubaya”, as it happened in a quarter of Mexico City called Tacubaya. See the contemporary account by A Garza Ruiz, *Los Mártires de Tacubaya* (México DF undated) <http://cdigital.dgb.ua.nl.mx/la/1020004825/1020004825.PDF> (accessed 2.9.2023).

64 Magallón Ibarra (n 5) 386–387.

65 *ibid* 387.

66 See B Juárez, *El Presidente Interino Constitucional de la República a los Mexicanos* (Palacio Nacional de Veracruz, 31 de Octubre de 1858) <https://www.memoriapolitica.demexico.org/Textos/3Reforma/1858MBJ-PteInt.html> (accessed 2.9.2023).

for truth” within a trial also involves interpreting legal terms. What proves to be crucial during this historical period, is that as the tensions between natural and positive law were still ongoing, the trial of Maximilian was not only about finding or revealing the truth about certain events but also about reaching a consensus on the applicable law and concepts.

Overall, the defense lawyers argued that the Law of 1862 was not applicable as no direct participation in the intervention could be proven and, therefore, the three defendants were not traitors; if at all, they could be charged for consistently adhering to the conservative party, and this could only qualify as a political crime. As for Maximilian, he could not be considered a traitor, as his fatherland was not Mexico but Austria. Additionally, the court would be incompetent as Maximilian was a monarch of the Habsburg family and therefore not subject to domestic criminal law. But most importantly it was argued as a defense that Maximilian was driven by a mistake of fact as he believed the Mexican people had wanted a European monarch to rule them.⁶⁷ As for Maximilian, the main argument of the defense centered on the incompetence of the court-martial.

In the case of Tomás Mejía and Miguel Miramón, the defense argued that, from the charges and questions formulated by the Chief Prosecutor, it could be concluded that the purpose of the trial was to charge them for their involvement in the civil war between conservatives and liberals. However, the question arose as to “[...] what benefit would [be brought] by recalling past grievances? If it would just reanimate old hate and feelings of vengeance”.⁶⁸ Furthermore, the defense argued that having sympathy for a political idea should not be a crime, it would be a crime of conscience or at most a political crime. In this regard, the defense lawyers focused on Art. 13 of the Constitution which banned the death penalty for political crimes. Further elaborating on the moral inadequacy of the penalty, the death penalty would be contrary to the “humanitarian” and “liberal” values of the Republic. The death penalty would neither restore nor reinsert the offender in society. The death penalty would also lead to the continuation of terror suffered by the population in the course of war.⁶⁹ Killing the accused would not restore the confidence in the Republic among the population, nor would it put to an end the conservative convictions of the people. Executing adversaries could not bring peace to the nation. The fears expressed by

67 Magallón Ibarra (n 5) 548–549.

68 *ibid* 514–515.

69 *ibid* 479.

the defense lawyers, that execution would equal revenge for the past, not retribution, were also illustrated by historical cases, recalling the execution of Louis XVI and the period of “terror” in revolutionary France.⁷⁰

The defense lawyers also claimed the dangers of enforcing the Law of 1862, as in nearly all cities and villages that were occupied by the French, the Mexican population collaborated in some way or another. The question arose whether all Mexicans would be tried for treason.⁷¹ Could a wave of imprisonments and executions lead to terror as during the French Revolution?⁷² The defendants also posed the dilemma, that if not all were to be prosecuted and punished, justice would in turn be selective.⁷³

If the three accused were to be charged, – the defense lawyers argued – domestic positive law was not applicable. Invoking extensively Vattel’s doctrine, the defense lawyers put forward that when two belligerent parties held hostilities within the nation, the latter was equal to a war between states.⁷⁴ The defense lawyer Eutalio Ortega also brought to the equation an important element of the concept of “internal armed conflict”, namely that hostilities between two belligerent parties within a state are equal to war when they happen *regularly* (emphasis added).⁷⁵ He also established the difference between a civil war and a rebellion, concluding that the Reforma War was a civil war and, therefore, the only way to put an end to it was – like in international conflicts – through treaties, disqualifying the trial as a way to give closure to the conflict.⁷⁶

In the legal reasoning of the defense lawyers, as war between two belligerent parties equaled war between states, there was no authority over them by which they could be judged. As a result, they were only constrained by the usages of war.⁷⁷ The defense lawyers adhered to natural law, further

70 *ibid* 542.

71 *ibid* 513. Compare the opening statement by Robert H Jackson, “Second Day, Wednesday, 11/21/1945, Part 04”, in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Volume II. Proceedings: 11/14/1945–11/30/1945. [Official text in the English language.]* (Nuremberg: IMT 1947) 98–102.

72 Magallón Ibarra (n 5) 542.

73 *ibid* 513.

74 *ibid* 469–470, 477–478, 512–513.

75 *ibid* 488. The framing of Eutalio Ortega resembles the “non-state armed conflict” requirements set out by the Appeals Chamber of the ICTY in the Tadić case, “protracted violence” being one of these requirements. See ICTY, *The Prosecutor v Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, 2 October 1995, para 70.

76 Magallón Ibarra (n 5) 540–541.

77 *ibid* 468–469.

adding that as no superior authority was above the belligerents “[...] the only law they are subject to is *ius gentium*, which is the supreme law of nations, and is equal to natural law”.⁷⁸ In their view, the parties to a war lived in a natural state and as a result, no positive law was applicable. According to this view, the death penalty would also not apply to the case, as violations of the laws of war were punished collectively and not individually.⁷⁹ In this regard, the defense lawyer’s argument obscured the fact that the enforcement dilemma of the “law of nations” was resolved by the Law of 1862 criminalizing violations to *ius ad bellum* and *ius in bellum*. Additionally, collective punishments were being replaced by individual criminal punishment, which represented a more humane option for punishment as it was suffered solely by those who caused the harm.

Finally, the legal defense of Maximilian retrieved historical precedents to support their argument for not executing Maximilian of Habsburg. These precedents ranged from Charles I of England, Louis XVI, and Charles X of France, to the former President of the Confederacy, Jefferson Davis.⁸⁰ In a way, by retrieving these historical and contemporary cases, the defense lawyer was construing a trajectory of trials, and as such, rooting the history of international criminal law.⁸¹ Invoking historical cases also adheres to the practice of lawyers to retrieve “the past for support of legal positions in the present”.⁸²

In addition, the defense of Maximilian constantly argued that the trial lacked impartiality,⁸³ unable to deliver justice as a “victor’s trial”.⁸⁴

78 *ibid* 463, 469, 477–478.

79 *ibid* 504.

80 Retrieving cases from different corners of the world, was a feature of the Republics of the new world. See N Miller, *Republics of Knowledge. Nations of the Future in Latin America* (Princeton University Press 2020) 222–226. The manifesto of Benito Juárez of the year 1858 is also a case in point, where he also retrieves the cases of Ireland and India as a counterpoint to the apparent liberties achieved by the British Empire. See Juárez (n 66).

81 As J Iverson did in his article about unknown historical cases in the history of International Criminal Law, see Iverson (n 1).

82 L Benton, *Beyond anachronism: histories of international law and global politics* (2019) *Journal of the history of international law* 7, 32.

83 Magallón Ibarra (n 5) 564.

84 In this regard, the defense argument is similar to that posed by Judith Shklar in her book *Legalism* in which a political trial is degraded since: “The Judge will be subservient to the prosecution, the evidence false, the accused bullied and rules of law and procedure ignored”. See Shklar (n 2) 149.

Finally, the legal defense put the whole trial into question, as to its efficiency in solving disputes between nations, ending war, and bringing peace. The “[...] problem of perpetual peace between nations is that, until now, no nation has – through the means of their constitutions – solved the problem of solving social schisms peacefully. [...] The only solution so far has been through force. The solution among nations has been signing a treaty or subjugation.”⁸⁵

7.2. Closing statement of the public prosecutor

After the moral arguments made by the defense lawyers and their plea to apply “natural law” and not “positive law”, the public prosecutor squared neatly and logically the acts and omissions of Maximilian, Miramón, and Mejía to the definition of crimes drawn in the Law of 1862. As he stated in the pre-trial phase, the French Intervention was: a) an unjust war in its cause; b) an illegal war in its form; and c) a “barbarian” war in its execution. Aspiroz argued, “[...] the conduction of war continued in a manner just as it started, without the formalities that the laws of the civilized nations demand, with Maximilian as the aggressor”.⁸⁶ According to Aspiroz, Maximilian did not recognize the belligerent status of the Republicans and executed prisoners of war, as well as those who collaborated with the Republicans, also collectively punishing those communities who did not aid the imperial army.⁸⁷ After the French army retired, – according to Aspiroz – Miramón and Mejía received the command of Maximilian’s forces, extending unnecessarily an armed conflict and inciting human loss.⁸⁸

Maximilian was charged with thirteen crimes. The first and main charge was serving as an instrument to Napoleon III in his plan to invade Mexico and establish a monarchical government. The French Intervention – Aspiroz citing the writings of Grotius and Vattel to support his claim – was an illegal war as no formal declaration of war preceded.⁸⁹

As stated before, the armed intervention was the main crime from which the other charges derived. The illegality of the war not only derived from

85 Magallón Ibarra (n 5) 541.

86 “Esta Guerra continuó haciéndose de la misma manera que había comenzado, sin las formalidades del derecho que observan las naciones civilizadas, siendo de considerarse que Maximiliano era el agresor”, *ibid* 564.

87 *ibid*.

88 *ibid* 571–572.

89 *ibid* 567.

the lack of a declaration of war but also from the breach of the Preliminaries of La Soledad, according to which the parties were obliged to not occupy Mexican territory.

The third charge, formulated by Aspiroz, consisted of the seizure of the rights of a sovereign and freely constituted power by Maximilian, also “[...] according to Vattel” a crime against the law of nations.⁹⁰ Not only did Maximilian seize power, but he also disposed through armed violence of the rights and lives of Mexicans, a crime according to Art. 4 of the Law of 1862.

Of relevance is the way Chief Prosecutor Aspiroz deployed the doctrine of Vattel in order to justify the treatment of Maximilian of Habsburg as a common criminal.⁹¹ Aspiroz started building his argument by saying that Maximilian had continued the conduction of hostilities in the way the French army had done, authorizing abuses and excesses against the civilian population that the law of nations did not authorize. In his reading of Vattel, if the enemy did not follow the customs and usages of war – including a formal declaration of war –, he was not entitled to be respected as a belligerent and therefore could be treated and punished as a robber and a pirate.⁹²

The sixth charge consisted of inviting subjects of other nations to change the form of government, as described in Art.1 (3) of the Law of 1862. Maximilian did so, as he engaged volunteers from Austria and Belgium in his army.⁹³ Lastly, an important enforcement of the laws of war were the charges made against Maximilian for decreeing a law in 1865, in which he ordered the execution of all those who opposed the Empire, even prisoners of war, within 24 hours.⁹⁴ Aspiroz divided this charge into two different criminal acts: the first being ordering the decree and the second execut-

90 *ibid* 569.

91 Interestingly enough, the doctrine of Vattel was also deployed when Napoleon was taken prisoner in 1815 and the question arose whether he should be treated as a prisoner of war, pirate, or *hostis humanis generis*. On this point see E Fiocchi Malaspina, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX), L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale* (Global Perspectives on Legal History 8, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main 2017) 149–150.

92 Magallón Ibarra (n 5) 570. On war declarations and manifestoes in the thought of Vattel, see Kalmanovitz (n 27) 86–93.

93 Magallón Ibarra (n 5) 570–571.

94 *Ley para castigar las bandas armadas y guerrilleros*, 3 de Octubre de 1865, in *México a través de sus constituciones* (vol II, Cámara de Diputados LXIII Legislatura 2016) 425–428.

ing the decree. The doctrine of Vattel was again retrieved by Aspiroz to underline the grave violation of the law of nations as “[...] an enemy that surrenders and gives up arms is not to be executed, and quarter should be given”.⁹⁵

Finally, Aspiroz cleared the accusations of the legal defense of charging Mejía and Miramón with crimes that happened before the Law of 1862 was in place. The crimes committed by both defendants during the civil war (1858–1861) were punished by the law of 1856, which criminalized acts of rebellion. The Law of 1862 would apply to all acts related to the French Intervention. Firstly, as perpetrators of the voluntary service given to foreign troops to accomplish the invasion (Art.1 (2), (4), and (5) of the Law of 1862).⁹⁶ Secondly, by accepting the position of chief generals under the command of Maximilian of Habsburg, they contributed to the continuation of war and to the violations of individual rights as punished in Art. 4 of the Law of 1862.⁹⁷

As we can see, Chief Prosecutor Aspiroz assumed that his role was not only prosecuting the accused and arraigning a trial but also contributing to the broader objectives of the trial which were: a) didactic (the public would learn how justice was executed), b) reconciliatory (between the opposing parties, conservatives and liberals), and c) peacemaking. But most importantly, it set the precedent in the case that European powers attempted to interfere with violence in the internal affairs of the country.

8. Conclusion

As the above narration of the trial against Maximilian of Habsburg has shown, the so-called “civilized world” had to witness how a monarch and the monarchy went to trial under a Republican government.

Regarding the trial itself, we might ask ourselves whether the objective of such a trial was seeking the truth. Or was the objective rather to install a new order through law? For the public prosecutor, the truth was self-evident, the imperialists started a war, the French forces advanced in Mexican territory, the Mexican Republican government had to flee from Mexico City, and even as the trial was taking place, Mexico City was still being

95 Magallón Ibarra (n 5) 571.

96 *ibid* 574.

97 *ibid* 566.

sieged and fought over. Thus, for Aspiroz, it was not about finding the truth, but rather revealing the truth. Consisting of a) exhibiting the fact that a European power did not comply with basic principles of the law of nations, such as the right to self-determination and equal sovereignty; b) that the Mexican Republic was capable of enforcing the law of nations – and therefore capable of being a sovereign nation – and c) that no one would stand above Mexican law, not even a prominent member of the Habsburg monarchy.⁹⁸

The trial of Maximilian was also about displaying and enacting international law. Showing proficiency in the language of international law was particularly relevant as a condition for being considered a “civilized nation”. The main offenders of sovereignty and peace were not “non-European barbarians”, but Napoleon III and Maximilian of Habsburg. The idea of a military trial substituted the act of revenge for a rational, transparent, and legal process. Through the trial, the liberal Republicans aimed at signaling that the Mexican Republic “[...] was worthy of being free [...] and able to defend its sovereignty”.⁹⁹

The trial put into practice novel legal ideas to enforce the laws of war, particularly the doctrines of Emmerich de Vattel. As Walter Rech has shown, Vattel drew a “two-tiered approach to international law enforcement”.¹⁰⁰ As shown in the previous account, the interesting outcome of the application of Vattel’s theory in the Maximilian trial is that it was used to contest European hegemony, not to justify it.¹⁰¹ Moreover, as the enforcement of international law through a military trial stemmed from a non-European state, it critically situated the development of international law in Europe as a “hierarchized international law” in opposition to a “universalist international law” – to which the Mexican Republican liberals ascribed.¹⁰²

98 *ibid* 556–566.

99 Juárez (n 4).

100 See Rech (n 35) 225–226.

101 Walter Rech underlines that the application in the European context of Vattel’s theory for punishing unequally “uncivilized international criminals [...] turned out to possess a hegemonic and oppressive character”; *ibid*.

102 As clearly put by special envoy to the US, Matías Romero in a speech given at a banquet in his honor in New York on October 2, 1867: “I don’t think nature has formed different bodies of laws for each folk or for each family of peoples called races. In my opinion, it is more natural to suppose that providence governs the human race by the same code of laws, equally applicable to the Anglo-Saxon race, as to the Latin, to the Indians, and to the Africans.” In *Banquete dado en obsequio del*

Notwithstanding the claims of partiality and politicization made by the defendants, it cannot be denied that the trial was a truly novel advancement to confront the causes, actions, and effects of war in the form of a dialogue between the public prosecutor, the defendants, and their lawyers. Furthermore, this dialogue would be ordered through the formalities of legal proceedings. In this regard, the 1867 trial is an example of the constraining power that legal procedure has, as it created a non-violent space in which political and ideological enemies could be confronted. Additionally, through the device of “criminal law theory”, the acts of the offenders would reveal themselves as willing to violate the nation’s sovereignty, unleashing war and the loss of human lives, and the impossibility of the Mexican nation to constitute itself peacefully as a Republic supported by popular sovereignty.

Finally, as mentioned in the introduction, the trial serves as a device for the legal historian to gain a better understanding of biases and misconceptions in the field, leading us to question why some visions of international law gain more traction than others. As we can see from the previous sections, the vision that Mexican Republicans had about international law was based – among other things – on their interaction with European powers. As a result, it was a vision and project of international law based on practice and formal knowledge (as the numerous citations of European authors and cases evidence). It allows for a critical assessment of European international legal scholars of the time – it makes us question if they had any experience or interactions with the subjects they claimed were “semi-civilized” or “barbarian”.¹⁰³ In addition, it makes us wonder if they were intellectually curious about the developments that were happening at the time in the realm of international law outside of Europe and the US.¹⁰⁴

The trial also enables us to have a better understanding of the role of war trials in the history of international law and the patterns that are

Señor Don Matías Romero, enviado extraordinario y plenipotenciario de México en los Estados Unidos por ciudadanos de Nueva York, el 2 de Octubre de 1867 (Imprenta del Gobierno en Palacio, México 1868) 56.

103 M Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960* (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press 2001) 127–136. On a recent account on the standard of civilization in the nineteenth century, see N Tzouvala, *Capitalism as civilization* (Cambridge University Press 2020) 44–87.

104 Especially in view, that the first issue of the *Revue de droit international et de législation compare* was published in 1868. See Koskenniemi (n 103) 14.

present in this type of trial. One plausible conclusion of identifying these patterns could lead us to think that there is a practice in place of ordering or re-ordering the political system through military trials, as in the case of the Maximilian trial from monarchism to liberal republicanism. In this context, then, military trials might ultimately be seen as a legal expression of liberalism.¹⁰⁵

105 The performing of legality might even be interpreted as a characteristic of liberalism. See S Moyn, *Judith Shklar versus the International Criminal Court* (2013) 4 *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 473, 473–500. On the idea of military trials as a “legalist expression” see Shklar (n 2).

Historische Wahrheit und koloniales Wissen zum „Eingeborenenstrafrecht“: Ansätze zum Umgang mit einer asymmetrischen Quellenlage

Merle Iffert*

Die Auseinandersetzung mit der deutschen Kolonialrechtsgeschichte ist (auch) ein „Konflikt um Wahrheit“. Dieser Konflikt zeigt sich insbesondere darin, wessen Quellen – die der Kolonisierenden oder die der Kolonisierten – bei einer Befassung mit dem deutschen Kolonialstrafrecht Beachtung finden. Die Frage danach, inwiefern sich welche Quellen zur Abbildung einer „historischen Wahrheit“¹ eignen und wem die Deutungshoheit über die Festlegung einer „historischen Wahrheit“ zukommt, wird in rechtshistorischen Abhandlungen zum deutschen Kolonialstrafrecht bislang jedoch nicht gestellt. Ziel dieses Beitrages ist es daher, auf eine Leerstelle in diesem Bereich der Rechtsgeschichte hinzuweisen und Ansätze zum Umgang mit der zum „Eingeborenenstrafrecht“² existierenden asymmetrischen Quellenlage³ aufzuzeigen. Nach einem kurzen Einblick in die deutsche Kolonialgeschichte (1.) und die Grundstruktur des deutschen Kolonialstrafrechts (2.) werden hierfür die zeitgenössischen Forschungsvorhaben zum „Eingeborenenrecht“ in den deutschen Kolonien (3.) sowie die Rezeption der Forschungsergebnisse in neueren rechtshistorischen Arbeiten (4.) beleuchtet. Anschließend wird

* Dank gebührt insbesondere Prof. Dr. Florian Jeßberger, Gwinyai Machona, Dr. Inga Schuchmann, Paul Söllner, Lena Wolf und Kubilay Yalçın für die kritischen und hilfreichen Anregungen.

Anmerkung: Dieser Text enthält rassistische Zitate und Begrifflichkeiten, welche verletzend und retraumatisierend sein können.

1. „Historische Wahrheit“ wird für die Zwecke dieses Beitrages ohne weitere Diskussion der geschichtsphilosophischen Möglichkeit einer solchen als „historische Rechtslage“, bestehend aus Gesetzestexten und der Rechtspraxis, verstanden.
2. Der Begriff des „Eingeborenen(straf)rechts“ ist eine von den Kolonisierenden stammende Fremdbezeichnung für die vor und während der Kolonialherrschaft existierenden Rechtssysteme kolonisierter Bevölkerungen. Zur Distanzierung von diesem Begriff wird dieser in Anführungszeichen gesetzt oder sinngemäß (zum Beispiel als lokale Rechtssysteme oder Rechtssysteme kolonisierter Bevölkerungen) umschrieben.
3. Siehe hierzu noch unter 3. und 5.

erörtert, welche Möglichkeiten es gibt, um asymmetrischen Quellenüberlieferungen in der rechtshistorischen Forschung zu begegnen (5.).

1. Deutsche Kolonialgeschichte und koloniale Legitimationsstrukturen

Das deutsche Kaiserreich übte ab 1884 formale koloniale Herrschaft über einen ca. dreißigjährigen Zeitraum in diversen Gebieten auf dem afrikanischen Kontinent, im heutigen China sowie über mehrere Inseln im Pazifik aus.⁴ Bereits vor der Etablierung der deutschen Kolonialherrschaft waren deutsche Personen, Unternehmen und Staaten in den im 15. Jahrhundert beginnenden europäischen Kolonialismus eingebunden.⁵ Das damit einhergehende, in diversen Gestalten verwirklichte koloniale Unrecht bedurfte zur Aufrechterhaltung des kolonialen Systems des Anscheins von Legitimität; hierfür setzten sich bis zum Ende des 19. Jahrhunderts unter anderem pseudowissenschaftliche Rassentheorien durch.⁶ Rassistische Argumentationsmuster wurden in verschiedenen Ausprägungen eingesetzt, von denen zwei für den Zweck dieses Beitrages herangezogen werden sollen: das *Otherring* und die „Zivilisierungsmission“. Das *Otherring* beschreibt einen Prozess, in dem sich eine Gruppe von anderen Gruppen distanziert, indem sie der

4 S Conrad, *Deutsche Kolonialgeschichte* (4. Aufl, CH Beck 2019) 16, 28–34, 116. Das Ende der deutschen Kolonialherrschaft wird z.T. datiert auf 1914/1915 (faktischer Kontrollverlust über die meisten Kolonien kurz nach dem Beginn des Ersten Weltkrieges), 1918 (faktischer Kontrollverlust über die letzte deutsche Kolonie, Deutsch-Ostafrika) oder 1919 (Unterzeichnung und Umsetzung des Versailler Vertrages, inklusive Art 119, der lautete: „Deutschland verzichtet zugunsten der alliierten und assoziierten Hauptmächte auf alle seine Rechte und Ansprüche bezüglich seiner überseeischen Besitzungen“).

5 F El-Tayeb, *Schwarze Deutsche: Der Diskurs um „Rasse“ und nationale Identität 1890–1933* (Campus 2001) 60; H Gründer, *Geschichte der deutschen Kolonien* (8. Aufl, Ferdinand Schöningh 2023) 17–25; K Hassert, *Deutschlands Kolonien: Erwerbungs- und Entwicklungsgeschichte, Landes- und Volkskunde und wirtschaftliche Bedeutung unserer Schutzgebiete* (2. Aufl, Verlag von Dr. Seele & Co. 1910) 9–36; U van der Heyden, *Das brandenburgische Kolonialabenteuer unter dem Großen Kurfürsten*, in U van der Heyden und J Zeller (Hrsg), *Kolonialmetropole Berlin: Eine Spurensuche* (Berlin Edition 2002) 15, 15–18; F Schinzinger, *Die Kolonien und das Deutsche Reich: Die wirtschaftliche Bedeutung der deutschen Besitzungen in Übersee* (Franz Steiner Verlag 1984) 13–14; PE Schramm, *Deutschland und Übersee: Der deutsche Handel mit den anderen Kontinenten, insbesondere Afrika, von Karl V. bis zu Bismarck* (Georg Westermann Verlag 1950); W Speitkamp, *Deutsche Kolonialgeschichte* (Reclam 2021) 15.

6 El-Tayeb, *Schwarze Deutsche* (Fn 5) 12, 14, 56–59; N Foroutan, *Rassismus in der postmigrantischen Gesellschaft* (2020) 42–44 APuZ 12, 12; B Rommelspacher, *Was ist eigentlich Rassismus?*, in C Melter und P Mecheril (Hrsg), *Rassismuskritik*, Bd 1: *Rassismustheorie und -forschung* (2. Aufl, Wochenschau Verlag 2011) 25, 25–26.

Eigengruppe als positiv wahrgenommene Werte zuschreibt, während die anderen Gruppen durch angebliches Fehlen dieser Eigenschaften konstruiert werden.⁷ Diesen Mechanismus instrumentalisierten Kolonisierende, die sich selbst als „zivilisiert“, „kultiviert“ und „rational“ und die zu Kolonisierenden als „barbarisch“, „primitiv“ und „unzivilisiert“ beschrieben und auf diese Weise die eigenen Kolonisierungsbestrebungen als wohlwollende „Zivilisierungsmissionen“ vermarkten konnten.⁸ Auch im deutschen Kolonialismus finden sich diese Legitimationsstrukturen wieder.⁹

2. Architektur des deutschen Kolonialstrafrechts

Während der deutschen Kolonialherrschaft führten die deutschen Kolonialherren ein Strafrechtsregime ein, dessen skizzenhafte Darstellung als Kontext für das Thema dieses Beitrages erforderlich ist. Nach Auffassung zeitgenössischer Juristen war das Reichsstrafrecht nicht bereits aufgrund der Eroberung der Kolonialgebiete anwendbar; stattdessen wurde es als für die Etablierung einer deutschen kolonialen Herrschaft erforderlich erachtet, koloniale Gesetze zur Klärung der geltenden Rechtslage zu schaffen.¹⁰

7 M Castro Varela, Un-Sinn: Postkoloniale Theorie und Diversity, in F Kessel und M Plößer (Hrsg), *Differenzierung, Normalisierung, Andersheit: Soziale Arbeit als Arbeit mit den Anderen* (Verlag für Sozialwissenschaften 2010) 249, 256; D Liebscher, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus: Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie* (Suhrkamp 2021) 68; P Rohleder, Othering, in T Teo (Hrsg), *Encyclopedia of Critical Psychology* (Springer 2014) 1306, 1306–1307; vgl EW Said, *Orientalism: Western Conceptions of the Orient* (1. Aufl., Pantheon Books 1978). Zum *Othering* in postkolonialen feministischen Theorien, siehe GC Spivak, *The Rani of Sirmur: An Essay in Reading the Archives* (1985) 24 *History and Theory* 247; M Yeğenoğlu, *Colonial Fantasies: Towards a Feminist Reading of Orientalism* (Cambridge University Press 1998).

8 A Anghie und BS Chimni, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts* (2003) 1 *Chinese Journal of International Law* 77, 85; M Castro Varela und N Dhawan, *Postkoloniale Theorie: Eine kritische Einführung* (3. Aufl., transcript 2020) 42; El-Tayeb (Fn 5) 11–12; vgl RJC Young, *Postcolonialism: An Historical Introduction* (Wiley Blackwell 2016) 30–33, 89.

9 Conrad, *Deutsche Kolonialgeschichte* (Fn 4) 25, 69–75; El-Tayeb, *Schwarze Deutsche* (Fn 5) 62; Liebscher (Fn 7) 158.

10 Siehe nur P Laband, *Deutsches Reichsstaatsrecht* (Verlag von JCB Mohr [Paul Siebeck] 1907) 192; F Florack, *Die Schutzgebiete, ihre Organisation in Verfassung und Verwaltung* (Verlag von JCB Mohr [Paul Siebeck] 1905) 17.

Das zu diesem Zwecke erlassene Schutzgebietsgesetz von 1886¹¹, welches unter anderem 1900 novelliert wurde,¹² verwies dafür auf Vorschriften des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit von 1879¹³ bzw. 1900^{14,15}. Das deutsche Kolonialrecht – und damit auch das koloniale Strafrecht – war jedoch nicht für alle sich in den Kolonien aufhaltenden Personen identisch; vielmehr war dieses in einem dualen Rechtssystem organisiert, das basierend auf rassistischen Zuordnungen zwischen *Weiß*¹⁶ und Personen, die mit dem rassistischen Begriff der „Farbigen“¹⁷ umschrieben wurden, differenzierte.¹⁸ Zu ersteren zählten gem. § 2 Abs. 1 SchGG 1886 i.V.m. § 1 Abs. 2 KGG 1879 bzw. § 3 S. 1 SchGG 1900 i.V.m. §§ 19, 2 Abs. 1 KGG 1900 deutsche Reichsangehörige. Auch die „Angehörigen zivilisierter Staaten“ wurden der *Weißengerichtsbarkeit* – auf verschiedenen Begründungswegen – unterstellt.¹⁹ Zudem wurden per Verordnungsweg einige kolonisierte

-
- 11 Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, vom 17. April 1886, RGBl 1886, Nr 1647, 75–76. Im Folgenden SchGG 1886.
 - 12 Bekanntmachung wegen Redaktion des Schutzgebietsgesetzes, vom 10. September 1900, RGBl 1900, Nr 2712, 812–817. Im Folgenden SchGG 1900.
 - 13 Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit, vom 10. Juli 1879, RGBl 1879, Nr 1319, 197–206. Im Folgenden KGG 1879.
 - 14 Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit, vom 7. April 1900, RGBl 1900, Nr 2665, 213–228. Im Folgenden KGG 1900.
 - 15 F Doerr, Deutsches Kolonialstrafrecht (1908) 10 ZfKKK 321, 321.
 - 16 Abweichend vom Standardgebrauch der deutschen Rechtsschreibung wird der Begriff „weiß“ kursiv geschrieben. Dies soll verdeutlichen, dass es sich bei „Hautfarbe“ und „Rasse“ nicht um biologische Eigenschaften, sondern um politische und soziale Konstruktionen in rassistisch strukturierten Gesellschaften handelt.
 - 17 Siehe hierzu A Nduka-Agwu, „Farbig“, „Farbige_r“, in A Nduka-Agwu und AL Hornscheidt (Hrsg), Rassismus auf gut Deutsch: Ein kritisches Nachschlagewerk zu rassistischen Sprachhandlungen (Brandes & Apsel 2010) 127, 127–131; N Sow, „Farbig/e“, in S Arndt und N Ofuatye-Alazard (Hrsg), Wie Rassismus aus Wörtern spricht: (K)Erben des Kolonialismus im Wissensarchiv deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk (Unrast Verlag 2011) 684, 684–686. In diesem Beitrag wird stattdessen – einerseits zur Distanzierung von diesem rassistischen Begriff und andererseits zur Verdeutlichung, dass es sich bei Rassifizierung bzw. Rassialisierung um einen Prozess handelt – der Begriff der rassifizierten Personen verwendet. Siehe zur Rassifizierung nur: M Terkessidis, Die Banalität des Rassismus: Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive (transcript 2004) 98–99; F El-Tayeb, Undeutsch: Die Konstruktion des Anderen in der postmigrantischen Gesellschaft (transcript 2016) 34–35.
 - 18 Liebscher (Fn 7) 164–166; H Wick, Die Farbigenrechtspflege in den deutschen Schutzgebieten (Coppnenrath 1914) 5.
 - 19 Siehe für einen Überblick über den zeitgenössischen Diskurs R Schlottau, Deutsche Kolonialrechtspflege: Strafrecht und Strafmacht in den deutschen Schutzgebieten

Bevölkerungsgruppen *weißen* Personen gleichgestellt.²⁰ Als „farbig“ galten hingegen die in den Kolonialgesetzen als solche bezeichneten „Eingeborenen“²¹, d.h. grundsätzlich die zum Zeitpunkt der Kolonisierung in den kolonisierten Gebieten lebende Bevölkerung, sowie die „Angehörigen fremder farbiger Stämme“. Gemeint waren mit der letzten Kategorie rassifizierte Menschen, die sich nach dem Beginn der deutschen Kolonisierung in den entsprechenden Gebieten niederließen.²² Während für *weiße* Personen grundsätzlich das Reichsstrafrecht Anwendung fand,²³ wurden rassifizierte Menschen einem besonderen Strafrechtsregime unterstellt, welches selbst den damaligen Garantien des Reichsstraf- und Reichsstrafprozessrechtes nicht entsprach.²⁴ Das Strafrecht für rassifizierte Personen wurde durch zahlreiche Verordnungen und Verwaltungsvorschriften insbesondere durch den Kaiser, den Reichskanzler, die Kolonialgesellschaften sowie auf Gouverneursebene geregelt; teilweise galten für diese aber parallel auch die vor der deutschen Kolonialherrschaft existierenden Rechtssysteme fort.²⁵ Diese waren in großen Teilen nicht schriftlich kodifiziert und wurden –

1884 bis 1914 (Peter Lang 2007) 100; NB Wagner, Die deutschen Schutzgebiete: Erwerb, Organisation und Verlust aus juristischer Sicht (Nomos 2002) 243–244.

- 20 Ermächtigungsgrundlage für diese Verordnungen, die insbesondere durch Gouverneure in den jeweiligen Kolonien erlassen wurden, war §§ 4, 7 Abs 3 SchGG 1900 iVm § 2 S 1 Hs 2 der Kaiserlichen Verordnung, betreffend die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten vom 9. November 1900, RGBl 1900, Nr 2729, 1005–1008. Für einen Überblick über die erlassenen Verordnungen siehe Schlottau (Fn 19) 101–110; Wagner (Fn 19) 244–248.
- 21 Siehe zum rassistischen Gehalt des Begriffs *N Ofuately-Alazard*, „Eingeborene_r“, in S Arndt und N Ofuately-Alazard (Hrsg), *Wie Rassismus aus Wörtern spricht: (K)Erben des Kolonialismus im Wissensarchiv deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk* (Unrast-Verlag 2011) 683, 683.
- 22 Die grundsätzliche Gleichstellung mit den „Eingeborenen“ ergab sich aus §§ 4, 7 Abs 3 SchGG 1900 iVm § 2 S 1 Hs 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 9. November 1900 (Fn 20). Wick (Fn 18) 5 definiert die „Angehörigen fremder farbiger Stämme“ als „die Angehörigen anderer unzivilisierter Rassen, d. h. grundsätzlich alle Angehörigen anderswo beheimateter Stämme“; ähnlich im Jahr 2007 noch Schlottau (Fn 19) 101 Fn 511: „Hierunter fielen alle nicht im Schutzgebiet selbst heimischen farbigen Stämme“. Liebscher (Fn 7) 165.
- 23 Gemäß § 2 Abs 1 SchGG 1886 iVm § 1 Abs 2 KGG 1879 bzw. § 3 S 1 SchGG 1900 iVm §§ 19 Nr 2, 2 Abs 1 KGG 1900. Zu den Ausnahmen, Abweichungen und Vorbehalten siehe Schlottau (Fn 19) 229–244.
- 24 W Naucke, *Deutsches Kolonialstrafrecht 1886–1918* (1988) 7 RJ 297, 302–311.
- 25 Florack (Fn 10) 61; Schlottau (Fn 19) 202–203, 245–247; vgl H Brinkmann, *Strafrecht und Strafverfahren für die Eingeborenen der deutschen Schutzgebiete* (Noske 1904) 22–25; H Edler von Hoffmann, *Einführung in das deutsche Kolonialrecht* (GJ Göschensche Verlagshandlung 1911) 216–217.

unter machtpolitischen Vorbehalten der deutschen Kolonialherren – durch „Eingeborenengerichte“ durchgesetzt, an denen kolonisierte Personen beteiligt waren.²⁶ Innerhalb des in seiner Grundlage dualistischen kolonialen Strafrechtssystems existierte für kolonisierte Personen damit ein rechtspluralistisches Normengefüge.²⁷

3. Forschungsvorhaben zum „Eingeborenenrecht“

In Anbetracht der Weitergeltung der lokalen Rechtssysteme bildeten sich diverse sich diesen widmende „Erforschungsinitiativen“, die sich über die ca. dreißigjährige deutsche Kolonialherrschaft verteilten und an denen unterschiedliche Akteure beteiligt waren. Neben Abfragen zu den „Rechtsgewohnheiten der Eingeborenen“ im Jahr 1891 durch den Direktor der Kolonialen Abteilung des Auswärtigen Amtes, Paul Kayser,²⁸ und den Aktivitäten des Assessors Rudolf Asmis in Togo²⁹ entwickelten vor allem Wissen-

-
- 26 F Hanschmann, Die Suspendierung des Konstitutionalismus im Herz der Finsternis: Recht, Rechtswissenschaft und koloniale Expansion des Deutschen Reiches (2012) 45 KJ 144, 153; A Lampe, Anteil der Eingeborenen an der Verwaltung und Rechtspflege in unseren Kolonien (Julius Abel 1918) 44; Schlottau (Fn 19) 202–203; vgl R Erbar, Kolonialismus, Rassismus und Recht: Die versuchte Kodifizierung afrikanischer Gewohnheitsrechte und deren Konsequenzen für das Kolonialrecht in der deutschen Kolonie Togo, in W Wagner (Hrsg), Rassendiskriminierung, Kolonialpolitik und ethnisch-nationale Identität (LIT 1992) 134, 136–137; J Gerstmeyer, Rechtliche Grundlagen, Verwaltungs- und Gerichtsorganisation, in Kaiser-Wilhelm-Dank Verein der Soldatenfreunde (Hrsg), Deutschland als Kolonialmacht: Dreißig Jahre deutsche Kolonialgeschichte (Kameradschaft Wohlfahrtsgesellschaft 1914) 1, 33–34.
- 27 Vgl R Habermas, Die deutschen Großforschungsprojekte zum „Eingeborenenrecht“ um 1900 und ihre Folgen (2012) 129 ZRG GA 150, 164.
- 28 Circular-Erlaß vom 31. Oktober 1891, Bundesarchiv Berlin Lichterfelde (im Folgenden: Barch), R 1001 (Reichskolonialamt), 5000, Bl 5–6; Barch, R 1001, 5002, Bl 4–5. Für weitere Informationen zum Circular-Erlaß und die Reaktionen auf diesen vonseiten der Kolonialadministrationen vor Ort siehe H Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“: Die Erforschung der Rechtsverhältnisse der autochthonen Völker in den deutschen Kolonien (1997) 61 *RebelsZ* 714, 716–717.
- 29 Die Ergebnisse Asmis' sind weitestgehend unveröffentlicht und können im Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde eingesehen werden: Barch, R 1001, 5007. Grund für die Nichtveröffentlichung war ausweislich des Schreibens des Staatssekretärs des Reichskolonialamts Friedrich von Lindequist an den Gouverneur von Togo vom 3. März 1911, dass „das Material vieles enthält, was zu Mißverständnissen und zu Angriffen gegen die Verwaltung Anlaß geben könnte“, Barch, R 1001, 5006, Bl 102. Siehe aber folgende Veröffentlichungen: R Asmis, Die Stammesrechte des Bezirks Atakpame (Schutzgebiet Togo) (1911) 25 *ZvglRWiss* 67 und R Asmis, Die Stammesrechte der

schaftler Fragebogenprojekte. Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Fragebögen von Josef Kohler³⁰ und Albert Hermann Post³¹, welche jeweils bei der Verteilung der Fragebögen in den Kolonien durch die Deutsche Kolonialgesellschaft sowie die Kolonialabteilung des Auswärtigen Amtes

Bezirke Misahöhe, Anecho und Lome-Land (1911) 26 ZvglRWiss 1; siehe hierzu auch die Kommentare von J Kohler, Bemerkungen zum Bericht von Asmis über die Akposso und Atakpame (1911) 25 ZvglRWiss 131 und J Kohler, Bemerkungen zu dem Bericht von Asmis über die Rechte von Misahöhe, Anecho und Lome (1911) 26 ZvglRWiss 134. Die Arbeiten Asmis' waren die Grundlage für die Publikation zu Togo in den Sammelbänden, in denen die Erkenntnisse aus dem vom Reichstag initiierten Fragebogenprojekt verarbeitet wurden: A Schlettwein, Togo, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg.), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) I, II. Zu den Tätigkeiten und zur Person Asmis', siehe YA Ahadji, Rudolf Asmis et Johann Karl Vietor: deux défenseurs de Noirs au Togo?, in P Heine und U van der Heyden (Hrsg.), Studien zur Geschichte des deutschen Kolonialismus in Afrika: Festschrift zum 60. Geburtstag von Peter Sebald (Centaurus 1995) 43; A Af-anvi, Rudolf Asmis (1879 – 1945): Kolonialrecht und wissenschaftliche Betätigung als präventive Alternativen für die deutsche Kolonialpolitik in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts (Peter Lang 2013); Erbar (Fn 26) 137–141; AJ Knoll, An Indigenous Law Code for the Togolese: The Work of Dr. Rudolf Asmis, in R Voigt und P Sack (Hrsg.), Kolonialisierung des Rechts: Zur kolonialen Rechts- und Verwaltungsordnung (Nomos 2001) 247; P Sebald, Togo 1884–1914: Eine Geschichte der deutschen „Musterkolonie“ auf der Grundlage amtlicher Quellen (Akademie-Verlag Berlin 1988) 315–316; P Sebald, Recht und Politik im kolonialen Westafrika, in R Voigt und P Sack (Hrsg.), Kolonialisierung des Rechts: Zur kolonialen Rechts- und Verwaltungsordnung (Nomos 2001) 157; B Zurstrassen, Die Steuerung und Kontrolle der kolonialen Verwaltung und ihrer Beamten am Beispiel des „Schutzgebietes“ Togo (1884–1914) (2005), 202–205.

- 30 J Kohler, Fragebogen zur Erforschung der Rechtsverhältnisse der sogenannten Naturvölker, namentlich in den deutschen Kolonialländern (1897) 12 ZvglRWiss 427. Kohler verfasste entsprechende Publikationen bereits zu Beginn der deutschen Kolonialherrschaft, siehe nur J Kohler, Ueber das Recht in Afrika (1889) 31/12 KritV 90. Zur Person Josef Kohlers sowie zu seinem Fragebogenprojekt, siehe B Grossfeld und M Wilde, Josef Kohler und das Recht der deutschen Schutzgebiete (1994) 58 RabelsZ 59, 63–73.
- 31 Der Fragebogen von Albert Hermann Post ist abgedruckt in SR Steinmetz, Rechtsverhältnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien: Beantwortungen des Fragebogens der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin (Springer 1903) 1–13. Eine Ausgabe des Fragebogens inklusive englischer Übersetzung befindet sich im Barch, R 1001, 4989, Bl 20–23.

unterstützt wurden.³² Erwähnenswert ist ferner das Fragebogenprojekt, das ab dem Jahr 1907 aufgrund einer Reichstagsresolution³³ durch die vom Staatssekretär des Reichskolonialamtes Bernhard Dernburg eingerichtete „Kommission zur Erforschung des Eingeborenenrechts“³⁴ entwickelt wurde und sich unter der Leitung von Josef Kohler auch an dessen früherem Fragebogen orientierte.³⁵

Auch ein deutsch-französischsprachiges Exemplar ist vorhanden: Barch, R 1001, 4989, Bl 24–27. Post beschäftigte sich bereits in den Anfangsjahren der deutschen Kolonialherrschaft mit Rechtssystemen auf dem afrikanischen Kontinent, siehe AH Post, *Afrikanische Jurisprudenz: Ethnologisch-juristische Beiträge zur Kenntniss der einheimischen Rechte Afrikas* (Schulzesche Hof-Buchhandlung und Hof-Buchdruckerei [A. Schwartz] 1887). Für Hintergründe zur Person Posts sowie zur Entwicklung seines Fragebogens, siehe A Lyall, *Early German Legal Anthropology: Albert Hermann Post and His Questionnaire* (2008) 52 *Journal of African Law* 114, 116–118.

- 32 M Boin, *Die Erforschung der Rechtsverhältnisse in den „Schutzgebieten“ des Deutschen Reiches* (LIT 1996) 80; Habermas (Fn 27) 151; Schreiber, *Zur Kodifikation des Eingeborenenrechts* (1907) 9 *ZfKKK* 477 (689), 478; E Schultz-Ewerth und L Adam, Vorwort, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg.), *Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd I: Ostafrika* (Verlag von Strecker und Schröder 1929) V, V–VI; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 718; Steinmetz (Fn 31) III.
- 33 Resolution Nr 386 vom 2. Mai 1907 „zur zweiten Beratung des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Feststellung des Reichshaushalts-Etats für das Rechnungsjahr 1907“, *Verhandlungen des Reichstages, 12. Legislaturperiode, I. Session, Bd 228, Stenographische Berichte, 45. Sitzung, 3. Mai 1907, 1356 A-1389 B*. Die Resolution ist in ihrer Originalfassung abgedruckt in: *Verhandlungen des Reichstages, 12. Legislaturperiode, I. Session, Bd 242, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, 2235*.
- 34 Die Kommission setzte sich zusammen aus Mitgliedern aus Politik, Verwaltung, Wissenschaft und Justiz, siehe Barch, R 1001, 4992, Bl 132, 156, 177; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 724–725.
- 35 Schultz-Ewerth und Adam, Vorwort 1929 (Fn 32) VII; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 723, 725. Ein Exemplar des Fragebogens befindet sich im Barch, R 1001, 4996, Bl 7. Er ist ferner vollständig abgedruckt bei Boin (Fn 32) 163–184. Der Fragebogen ist auszugsweise abgedruckt bei J Gerstmeier, *Über das Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage zur Feststellung des Eingeborenen-Rechts in den deutschen Kolonien*, in *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (Hrsg.), *Verhandlungen der ersten Hauptversammlung der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin zu Heidelberg vom 3. bis 9. September 1911* (Verlag von Franz Vahlen 1912) 69, 72–77.

Die Forschungsergebnisse wurden in Form von Aufsätzen³⁶ oder als Sammlung der beantworteten Fragebögen in Kompendien³⁷ publiziert. Zudem erschienen 1929 und 1930 zwei Sammelbände unter dem Titel „Das Eingeborenenrecht“, in denen die Erkenntnisse des vom Reichstag unterstützen Forschungsprojekts verwertet wurden.³⁸ Bei den verschiedenen Fragebogenprojekten lassen sich, trotz der unterschiedlichen Zeiträume und diversen Akteure, einige Gemeinsamkeiten, namentlich zur Methodik, den Forschungsergebnissen und den Motivlagen, entdecken, die im Folgenden skizziert werden. Der Fokus wird dabei auf dem vom Reichstag initiierten Fragebogenprojekt liegen, da es sich bei diesem um das ressourcenintensivste sowie umfang- und einflussreichste Forschungsvorhaben handelte.³⁹

36 Kohler verwertete die Antworten auf seinen Fragebogen in Aufsätzen, die in der von ihm mit herausgegebenen Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft veröffentlicht wurden, siehe J Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete: I. Das Recht der Herero (1900) XIV ZvglRWiss 294; J Kohler, Das Recht der deutschen Schutzgebiete: II. Das Recht der Papuas (1900) XIV ZvglRWiss 321; J Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete: III. Das Recht der Marshallinsulaner (1900) XIV ZvglRWiss 409; J Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete: IV. Das Banturecht in Ostafrika (1902) XV ZvglRWiss 1; J Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete: V. Das Recht der Betschuanen (1902) XV ZvglRWiss 321; J Kohler, Das Recht der deutschen Schutzgebiete: VI. Das Recht der Hottentotten (1902) XV ZvglRWiss 337.

37 Die Rückmeldungen auf den Fragebogen von Post wurden nach dessen Tod gesammelt von und veröffentlicht durch Steinmetz (Fn 31) 14–455.

38 E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 1: Ostafrika (Verlag von Strecker und Schröder 1929); E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930). Insgesamt wurden über 70 der 380 bzw. 420 versendeten Fragebögen im Zeitraum von 1908 bis 1913 beantwortet, welche später von den Autoren – nach einer Ergänzung durch Erkenntnisse aus anderen wissenschaftlichen Abhandlungen – in den Sammelbänden verarbeitet wurden: Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“ (Fn 28) 726–730; Bojn (Fn 32) 121, 132; E Schultz-Ewerth und L Adam, Vorwort, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) V, VI. Zur langwierigen Publikationsgeschichte, siehe Schultz-Ewerth und Adam, Vorwort 1930 (Fn 38) VIII; Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“ (Fn 28) 730–735.

39 Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“ (Fn 28) 735.

3.1. Die Auswirkung der Methodik auf die Ergebnisse der Fragebogenprojekte

In vielen von Rechtswissenschaftlern angeleiteten Forschungsvorhaben wurden Fragebögen, die sich inhaltlich ähnelten und sich mit verschiedenen Rechtsgebieten befassten, im Kaiserreich ausgearbeitet und in die Kolonien versandt.⁴⁰ Die Fragebögen, die in sämtlichen Projekten wenig Rücklauf erhielten,⁴¹ wurden – teilweise mittels Befragung und „Beobachtung“ von kolonisierten durch kolonisierende Personen, teilweise aufgrund der angeblichen „Sachkunde“ der deutschen Bearbeiter⁴² – durch juristisch nicht gebildete Kolonialbeamte, Missionare, Soldaten oder Privatpersonen, nicht jedoch durch die kolonisierte Bevölkerung selbst beantwortet.⁴³ Gerechtfertigt wurde diese methodische Herangehensweise zum einen damit, dass der „Kulturzustand der Eingeborenen“ zu niedrig sei, um „[das Recht] durch die Stammeshäuptlinge [aufzuzeichnen] und [...] in die deutsche Sprache [zu übertragen]“, „weil die Stammeshäuptlinge nicht imstande sein würden, das Recht ihres Stammes schriftlich in ihre Sprache fest zu legen.“⁴⁴ Zum anderen wurde auch auf die – im Vergleich zu *weißen* Personen – angeblich fehlende Abstraktionsfähigkeit der kolonisierten Bevölkerung hingewiesen:

-
- 40 Habermas (Fn 27) 156–158; U Schaper, *Koloniale Verhandlungen: Gerichtsbarkeit, Verwaltung und Herrschaft in Kamerun 1884–1916* (Campus Verlag 2012) 248; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 736.
- 41 Boin (Fn 32) 64, 80, 84. Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 718, 727–730, nennt als Grund für den geringen Rücklauf insbesondere die „Überforderung der Bearbeiter“.
- 42 R Schott, *Main Trends in German Ethnological Jurisprudence and Legal Ethnology* (1982) 20 *Journal of Legal Pluralism* 37, 45; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 727, 736; vgl F Meyer, *Die Erforschung und Kodifikation des Eingeborenenrechts* (1907) 9 *ZfKKK* 847, 857; F Meyer, *Das Eingeborenenrecht*, *Frankfurter Zeitung und Handelsblatt* (Neue Frankfurter Zeitung), 1. November 1907.
- 43 Boin (Fn 32) 121–122; U Schaper, *Deutsche Kolonialgeschichte postkolonial schreiben: Was heißt das?* (2019) 69 *Apuz* 11, 16; Schott (Fn 42) 45; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 715, 718, 727; Schultz-Ewerth und Adam, *Vorwort* 1930 (Fn 38) VII. Zur Beteiligung der Missionsgesellschaften, siehe H Sippel, *Mission und Kodifikation: Der missionarische Beitrag zur Erforschung des afrikanischen Gewohnheitsrechts in der Kolonie Deutsch-Ostafrika*, in W Wagner (Hrsg), *Kolonien und Missionen: Referate des 3. Internationalen Kolonialgeschichtlichen Symposiums 1993 in Bremen* (LIT 1994) 493, 498–505.
- 44 Schreiber, *Kodifikation* (Fn 32) 482.

„Bei diesen Völkern [Anm.: der Südsee] existiert kein irgendwie gesetztes Recht, nicht nur keine schriftlich niedergelegte, sondern auch keine in kasuistischer Form gefaßte, in Regeln kristallisierte Norm, wie sie z.B. Rechtssprichwörter darstellen. Dies hängt mit dem völligen Mangel an Übung im abstrakten Denken zusammen. Nichtsdestoweniger kann man von einem latenten Rechtsbewußtsein reden, das in Erscheinung tritt bei der Verletzung der unausgesprochenen nur empfundenen Norm, die man, obgleich sie da ist, bloß nicht in Worte zu fassen pflegt. Ermittlungen über das, was Rechtens [sic] ist, müssen daher stets an konkrete Geschehnisse anknüpfen. Nur im Zusammenhang mit wirklich stattgefundenen Begebenheiten, höchstens noch auf die fingierte Konstruktion eines konkreten Falls vermag der Eingeborene eine brauchbare Antwort zu geben, nicht aber auf die abstrakte Frage, wie der Weiße, ganz besonders der weiße Jurist zu oft verleitet wird, sie zu stellen.“⁴⁵

Zudem wurde angemahnt, dass kolonisierte Personen den *weißen* Forschern und Beamten aus diversen Gründen ohnehin nicht ihr gesamtes Wissen preisgeben würden.⁴⁶ All diese Faktoren verleiteten Felix Meyer, ebenfalls Mitglied in der „Kommission zur Erforschung des Eingeborenenrechts“, zu dem Fazit, dass „es [...] daher nur ein äußerster Notbehelf sein [wird], Eingeborene einzelnen Forschern oder ganzen Kommissionen [...] behufs Befragung zur Verfügung zu stellen. Jedenfalls werden solche Antworten mit ganz besonderer Vorsicht aufgenommen werden müssen.“⁴⁷ Sowohl die Erstellung als auch die Beantwortung der Fragebögen erfolgte damit aus der Perspektive der Kolonisierenden.

Exkludierende Mechanismen wiesen die Fragebogenprojekte nicht nur bei ihren Akteuren, sondern auch bei der Fragebogentechnik auf. Die Fragebögen operierten vielfach mit geschlossenen Fragen. So sah der aufgrund der Reichstagsresolution entwickelte Fragebogen im Straf- und Prozessrecht z.B. die Fragen 57 und 60 vor: „Herrscht Blutrache bei Mord? Auch bei zufälliger absichtsloser Tötung? Bei Ehebruch? Bei welchen ande-

45 R Thurnwald, Ermittlungen über die Eingeborenenrechte der Südsee (1910) 23 Zvgl-RWiss 309, 309–310. Ähnlich auch K Perels, Eingeborenenrecht in den deutschen Kolonien (1912) 71 Die Grenzboten 5, 10.

46 Kohler, Recht der Herero (Fn 36) 140; C Meinhof, Die Kodifizierung des Eingeborenenrechts (1907) 9 ZfKKK 670, 671; Meyer, Die Erforschung und Kodifikation des Eingeborenenrechts (Fn 42) 856–857; A Senfft, Die Rechtssitten der Jap-Eingeborenen: Teil I (1907) 91 Globus 139.

47 Meyer, Die Erforschung und Kodifikation des Eingeborenenrechts (Fn 42) 857.

ren Verbrechen?“⁴⁸ bzw. „Wird die Blutrache durch Komposition abgelöst? Regelmäßig, häufig, selten? [...]“⁴⁹ Insgesamt widmete der Fragebogen der Reichstagskommission von elf strafrechtlichen Fragen allein die ersten vier der Blutrache.⁵⁰ Frage 63 wendete sich dann der Grundkonzeption des Strafrechts und den verhängten Strafen zu: „Gibt es ein genossenschaftliches oder staatliches Strafrecht? Insbesondere ein Strafrecht der Gemeinde oder des Häuptlings? Welches sind die Strafen? [...] Gibt es verschärfte Todesstrafe, z.B. Feuertod? Verstümmelnde Strafen? Gilt hierbei der Grundsatz ‚Aug‘ um Auge,‘ oder der Grundsatz, daß der Täter mit dem Körperteil büßt, mit dem er gefrevelt hat, oder sonst in der Weise seines Frevels (z.B. der Brandstifter durch Feuertod): Symbolismus im Strafrecht? [...]“⁵¹

Frage Nr. 67 lautete: „Welches ist die Strafe für Diebstahl und Hehlerei? Für Raub? Für Körperverletzung? Für Notzucht? Für Abtreibung? Für Blutschande? Für widernatürliche Unzucht? (Kommt diese vor? In welchen Formen? Welche gelten etwa als erlaubt?) Für Kriegsverrat? Für Verletzung eines Tabu, d.h. eines religiösen Verbotes? Für Verwünschung? Für Zaubere-

48 Gerstmeyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35) 75. So auch schon im Fragebogen, den Kohler 1897 veröffentlichte, siehe Kohler, Fragebogen (Fn 30) 435. Ähnlich lauten auch die Fragen von Post, siehe im Kapitel „Rache, Buße und Strafe“ die Fragen in Abschnitt B: Steinmetz (Fn 31) 10–11.

49 Gerstmeyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35) 75. Siehe auch schon Kohlers Fragebogen von 1897: Kohler, Fragebogen (Fn 30) 435. Vgl auch die Fragen von Post in Abschnitt B im Kapitel „Rache, Buße, Sühne“: Steinmetz (Fn 31) 11. Mit dem Begriff der Komposition ist an dieser Stelle wohl die *composito* gemeint – eine Zahlung zur Wiedergutmachung, die die Opfer- von der Täterseite im Austausch für Verzicht auf Rache bzw. Fehde erhielt und welche etwa im frühen Mittelalter sowie in der frühen Neuzeit in germanischen Strafrechtssystemen bekannt war, vgl R Gmür und A Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte (15. Aufl, Franz Vahlen 2018), Kap 2 Rn 74; S Meder, Rechtsgeschichte: Eine Einführung (7. Aufl, Böhlau Verlag 2020), 192–197; E Schumann, Kompositionensystem, in A Cordes, H Lück, D Werkmüller und C Bertelsmeier-Kierst (Hrsg), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (2. Aufl, Erich Schmidt Verlag 2012), 2003, 2003.

50 Boin (Fn 32) 176–178; ähnlich Post, dessen Unterabschnitt zur Blutrache 21 und damit deutlich mehr Einzelfragen enthält als die anderen Fragenkomplexe, siehe Steinmetz (Fn 31) 10–11. Kohler, Fragebogen (Fn 30) 435–436, sieht fünf von zehn Fragen für die Blutrache und die Komposition vor.

51 Boin (Fn 32) 177; Gerstmeyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35) 75. Siehe zudem die Fragen von Post in Abschnitt F im Kapitel „Rache, Buße, Sühne“: Steinmetz (Fn 31) 11. Siehe Frage 63 in Kohler, Fragebogen (Fn 30) 436.

rei?“⁵² In Nr. 80 wurde sich nach der Verwendung von „Gottesurteilen“, insbesondere nach „Gift“- , „Wasser“- , „Heißwasser“- , „Feuer“- und „Schlangenproben“ erkundigt.⁵³ Die Fragestellungen wiesen somit in zwei verschiedene Richtungen: Einerseits orientierten sie sich an Begrifflichkeiten und Differenzierungen aus dem geltenden deutschen Recht wie Diebstahl, Hehleri und Raub oder Vorsatz und Fahrlässigkeit, andererseits fragten sie gezielt als „barbarisch“ und „mittelalterlich“ bewertete Praktiken ab, die man meinte, in Europa überwunden zu haben.⁵⁴ Bei dieser Fragetechnik handelte es sich damit um eine gezielt eingesetzte *Othering*-Strategie,⁵⁵ bei der das auf diese Weise als „zivilisiert“ konstruierte deutsche Strafrecht den als „unzivilisiert“ stigmatisierten Strafrechtssystemen kolonisierter Bevölkerungen entgegengesetzt wurde. Die Bewertung der Fragebogenprojekte als eine „Situation“, aus der „sich zwangsläufig sowohl bei den ‚eingeborenen‘ und ‚nichteingeborenen‘ Informanten wie auch bei den deutschen Wissenschaftlern Mißverständnisse ergeben [mussten]“⁵⁶, kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen.

Die methodischen Mängel dieser Fragebogenprojekte, die auch schon zur damaligen Zeit kritisiert wurden,⁵⁷ sind offenkundig: Aus den weni-

52 Gerst Meyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35) 75–76. Siehe Frage 66 in Kohlers Fragebogen von 1897: Kohler, Fragebogen (Fn 30) 436. Vgl ferner die Fragen von Post in Abschnitt G2 im Kapitel „Rache, Buße, Sühne“: Steinmetz (Fn 31) 12.

53 Gerst Meyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35) 76. Vgl Frage 78 in Kohler, Fragebogen (Fn 30) 437–438. Vgl auch die Fragen von Post in Abschnitt C2 im Kapitel „Gerichtswesen“: Steinmetz (Fn 31) 10.

54 Habermas (Fn 27) 158–161.

55 *ibid* 161.

56 Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“ (Fn 28) 736.

57 Meinhof (Fn 46) 671; C Mirbt, Christentum und Eingeborenenrecht in den deutschen Schutzgebieten Geschichtliche Studien: Albert Hauck zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Schülern, Fachgenossen und dem Mitarbeiterkreise der Realenzyklopädie für protestantische Theologie und Kirche (IC Hinrichssche Buchhandlung 1916) 339, 341; Perels, Eingeborenenrecht (Fn 45) 9–10; K Perels, Diskussionsbeitrag zum Vortrag Gerst Meyers, in Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (Hrsg), Verhandlungen der ersten Hauptversammlung der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin zu Heidelberg vom 3. bis 9. September 1911 (Verlag von Franz Vahlen 1912) 95, 95; Schreiber, Kodifikation (Fn 32) 481–482; R Thurnwald, Redebeitrag zum Vortrag Gerst Meyers, in Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (Hrsg), Verhandlungen der ersten Hauptversammlung der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin zu Heidelberg vom 3.

gen Angaben juristisch ungeschulter Kolonialbeamter, Missionare, Soldaten und Privatpersonen im Rahmen vorgegebener Fragebögen kann man nicht schließen, dass diese Rechtssysteme während der deutschen Kolonialherrschaft tatsächlich so existierten.⁵⁸ Es überrascht daher nicht, dass sich diese Mängel auch auf die Forschungsergebnisse auswirkten. So finden sich etwa im zweibändigen Werk „Das Eingeborenrecht“ zu verschiedenen Kolonien der Schwerpunktsetzung im Fragenkatalog entsprechend teilweise mehrseitige Ausführungen zur „Blutrache“. Diese sei ebenso wie deren Ablösung durch Zahlung eines „Blutgeldes“ – in unterschiedlichem Ausmaß in den jeweiligen Kolonien – üblich gewesen.⁵⁹ Auch finden sich Hinweise,

bis 9. September 1911 (Verlag von Franz Vahlen 1912) 98, 98. Abgesehen davon, dass die Analyse methodischer Mängel Teil der Quellenkritik und damit für (rechts)historische Arbeiten unerlässlich ist, ist Kritik an der Methode der Fragebogenprojekte auch nicht „somewhat anachronistic“, wie behauptet von Schott (Fn 42) 38. Vielmehr ist es ahistorisch zu behaupten, dass „Kohler, in his grand effort to assemble materials for a truly comparative jurisprudence, in principle excluded no society from his investigations, however ‚primitive‘ or ‚developed‘ it may have been. These ethnocentric categories, in fact, had no meaning for him: every people had its own laws which were worth being recorded“, *ibid* 44.

58 Vgl Schott (Fn 42) 45–46.

59 B Ankermann, Ostafrika, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 1: Ostafrika (Verlag von Strecker und Schröder 1929) 1, 289; J Lips, Kamerun, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 121, 201; Schlettwein (Fn 29) 98; M Schmidt, Südwestafrika: Die Nama, Bergdama und Namib-Buschleute, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 269, 380–381; E Schultz-Ewerth, Die Südseekolonien: Samoa, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 657, 711; R Thurnwald, Die Südseekolonien: Papuanisches und melanesisches Gebiet südlich des Äquators einschließlich Neuguinea, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 543, 654–655; H Trimborn, Die Südseekolonien: Mikronesien (Palau, Jap, Truk, Ponape und Nauru), in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in

dass z.B. in Togo „ein Unterschied zwischen Mord und Totschlag [...] nirgends gemacht“ werde.⁶⁰ Festgestellt wurde ferner, dass „[die Zauberei überall in Deutsch-Ostafrika] als ein ganz besonders schweres Verbrechen“ gelte.⁶¹ Auch über die Anwendung der im Fragebogen genannten „Beweismittel“⁶² und Strafen⁶³ wird zum Teil intensiv und detailliert berichtet. Die Konzeption des Fragebogens, bei der ein Schwerpunkt auf die Abfrage „barbarischer“ Praktiken gelegt wurde, bedingte somit, dass Bearbeiter bei der Beantwortung ihren Fokus auf diese legten. Rüdiger Schott bemerkt hierzu treffend: „Das gesamte Verfahren war gemäß der Vorurteile des kontinentalen Rechts darauf ausgerichtet, Rechtsnormen hervorzubringen, die, sofern sie überhaupt existierten, für die Rechtspraxis bei der Beilegung von Streitigkeiten und anderen Aspekten der tatsächlichen Funktionsweise des Rechts oft wenig relevant waren.“⁶⁴

In den Forschungsergebnissen gibt es somit insgesamt die Tendenz, das Nichtvorhandensein deutscher Strafrechtsvorstellungen sowie die Existenz

Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 439, 529–531, 539–540; B von Zastrow, Südwestafrika: Die Herero, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 213, 264; B von Zastrow und H Vedder, Südwestafrika: Die Buschmänner, in E Schultz-Ewerth und L Adam (Hrsg), Das Eingeborenenrecht: Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Bd 2: Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südseekolonien (Verlag von Strecker und Schröder 1930) 399, 430–431.

60 Schlettwein (Fn 29) 101. Für Deutsch-Ostafrika behauptet Ankermann (Fn 59) 315, dass „zwischen absichtlicher und unabsichtlicher oder fahrlässiger Tötung [...] keineswegs immer unterschieden [wird]“; siehe außerdem Schultz-Ewerth (Fn 59) 709; vgl Trimborn (Fn 59) 532.

61 Ankermann (Fn 59) 333; siehe für andere Kolonien auch Trimborn (Fn 59) 532–533; Thurnwald, Südseekolonien (Fn 59) 647; vgl Schmidt (Fn 59) 374.

62 Ankermann (Fn 59) 357–369; Lips (Fn 59) 206–209; Schlettwein (Fn 29) 114–117; Schmidt (Fn 59) 388–389; Thurnwald, Südseekolonien (Fn 59) 656; Trimborn (Fn 59) 540.

63 So beschreibt etwa Ankermann (Fn 59) 334–335 sehr bildlich verschiedene „grausame[...] Todesarten“; Schmidt (Fn 59) 396–397; Schultz-Ewerth (Fn 59) 710.

64 Schott (Fn 42) 46: „The whole procedure was, according to the bias of continental law, directed towards eliciting [sic] legal norms, which, if they existed at all, often had little relevance to legal practice in settling disputes and other aspects of the actual functioning of law“ (Übersetzung durch die Verf.). Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch G Walz, Die Entwicklung der Strafrechtspflege in Kamerun unter deutscher Herrschaft 1884–1914 (Klaus Schwarz Verlag 1981) 384.

von durch die Kolonisierenden als „barbarisch“ bewertete Strafen und Beweismittel festzuhalten.⁶⁵ Die Forschungsergebnisse des Fragebogenprojekts von 1907 entsprechen damit der schon 1898 von Josef Kohler geäußerten Annahme, dass „das Rechtsleben der Wilden [...] durch den Geisterkult, durch das Gottesurteil, durch die Blutrache in ihren eigentümlichen Formen, durch Blutsverbrüderungen, Schwurform und andere Gebilde [charakterisiert ist], die aus dem Zaubergarten der Menschheit stammen.“⁶⁶ Es ist daher festzuhalten, dass die Forschungsergebnisse sich vielleicht noch als drastische Verzerrung, treffender aber als durch die kolonialistischen Vorstellungen und Erwartungen der Forscher gespeiste Erfindung lokaler Rechtssysteme beschreiben lassen.⁶⁷

3.2. Motivlagen der Kolonisierenden

Dieses Ergebnis resultierte jedoch nicht nur aus der Methodik, sondern auch aus den Motiven für die Erforschung des „Eingeborenenrechts“. Die Forscher ordneten ihre eigene Tätigkeit als „deutsche Kulturarbeit“⁶⁸ ein; so sei in dem auf der Reichstagsresolution basierenden Vorhaben der „Wille des deutschen Volkes verwirklicht worden [...], Sitten und Rechte der Eingeborenen kennenzulernen, um in verständnisvollem Eingehen auf die Anschauungen und Gebräuche des Landes dessen Bewohner so behandeln zu können, wie es ihrer Eigenart“ entspreche.⁶⁹ Das Interesse, das Recht der Kolonisierten zu erforschen, um dieses bei der eigenen Rechtsanwendung berücksichtigen zu können, scheint jedoch mehr ein Legitimationsnarrativ für die Vorhaben als tatsächlich handlungsleitend gewesen zu sein. Die zunehmend staatlich unterstützten Forschungsvorhaben waren eine Reaktion auf koloniale Kriege und die von deutschen Kolonisierenden ausgeübte Gewalt.⁷⁰ Zum einen sollte von Skandalen, die sich aus den Gewaltexzes-

65 Habermas (Fn 27) 161–162; vgl Schaper, *Koloniale Verhandlungen* (Fn 40) 272–274.

66 J Kohler, in F Giesebrecht (Hrsg), *Die Behandlung der Eingeborenen in den deutschen Kolonien: Ein Sammelwerk* (S Fischer Verlag 1898) 159, 161.

67 Habermas (Fn 27) 162 bezeichnet dies treffend als eine „invention of tradition“.

68 Schultz-Ewerth und Adam, Vorwort 1930 (Fn 38) IX.

69 Schultz-Ewerth und Adam, Vorwort 1930 (Fn 38) VIII.

70 JH Böttger, *Zivilisierung der „Vernichtung“: „Hererokrieg“, „Eingeborene“ und „Eingeborenenrecht“ im Kolonialdiskurs* (2003) 4 *Zeitschrift für Genozidforschung* 22, 45; Habermas (Fn 27) 174; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 719–720.

sen kolonialer Beamter entwickelten, abgelenkt und Kritiker*innen der deutschen Kolonialherrschaft besänftigt werden.⁷¹ Zum anderen sollte der deutschen Kolonialpolitik durch die (angebliche) Berücksichtigung lokaler Rechtssysteme ein humanerer Anstrich verliehen werden – mit dem Ziel, dadurch weitere kostenintensive Kolonialkriege zu verhindern.⁷² Aus ähnlichen Gründen wurde zwischenzeitlich erwogen, das „Eingeborenenrecht“ – angepasst an die Vorstellungen der deutschen Kolonialherren – zu kodifizieren bzw. zumindest in einer Sammlung für den Gebrauch der in den Kolonien tätigen Verwaltungsbeamten und Richter festzuhalten.⁷³ Möglicherweise sollte damit langfristig dem schon damals für die Kolonialjuristen rechtfertigungsbedürftigen Zustand des Kolonial(straf)rechts für rassifizierte Personen abgeholfen werden.⁷⁴

Die Forschungsvorhaben ordneten sich ferner der „Zivilisierungsmission“ unter. In einer zeitgenössischen, häufig geäußerten Forderung hieß es, dass die „Eingeborenenrechte nach den Grundsätzen unserer europäischen Humanität modifiziert, d.h. von allen Unmenschlichkeiten gereinigt werden müssen.“⁷⁵ Dieser Aufforderung entsprechend betonte etwa J. K.

71 Habermas (Fn 27) 174–178. Für diese Interpretation spricht, dass zum Beispiel das Reichskolonialamt versuchte, explizit einen Politiker aus der SPD-Fraktion, die der deutschen Kolonialpolitik kritisch gegenüberstand, für die Mitarbeit in der „Kommission zur Erforschung des Eingeborenenrechts“ zu gewinnen, siehe nur das Schreiben des Staatssekretärs des Reichskolonialamtes Dernburg an den Unterstaatssekretär in der Reichskanzlei von Loebell, datiert auf den 12. Juni 1907: „Ich unterlasse hierbei nicht zu bemerken, dass auch seitens der sozialdemokratischen Fraktion des Deutschen Reichs dieser Frage ein ganz besonderes Interesse gewidmet worden ist, und ich es vom Standpunkt des Kolonialamts für nicht unerwünscht ansehen würde, wenn ein gemässigtes und rechtsverständiges Mitglied dieser Fraktion, zum Beispiel der Reichstagsabgeordnete Dr. Südekum, gleichfalls einberufen würde“, Barch, R 1001, 4992, Bl 34.

72 Schaper, *Koloniale Verhandlungen* (Fn 40) 242; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 721; vgl außerdem Schreiber, *Kodifikation* (Fn 32) 478.

73 Böttger (Fn 70) 53; Schaper, *Koloniale Verhandlungen* (Fn 40) 251–252; Schreiber, *Kodifikation* (Fn 32) 482–483; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 719, 722–724; vgl Boin (Fn 32) 110–116. Siehe auch das Schreiben des Staatssekretärs des Reichskolonialamtes Dernburg an den Unterstaatssekretär in der Reichskanzlei von Loebell vom 12. Juni 1907: „Ich stehe auf dem Standpunkt [...], dass die Lage des sogenannten Eingeborenenrechts nicht eine derartige ist, dass sie zu einer Codification herangezogen werden könnte“, Barch, R 1001, 4992, Bl 32.

74 Siehe nur die Ausführungen in Meinhof (Fn 46) 670.

75 Schreiber, *Redebeitrag zum Vortrag von Felix Meyer über „Die Bedeutung des Eingeborenenrechts“*, in *Deutscher Kolonialkongress* (Hrsg.), *Verhandlungen des Deut-*

Julius Friedrich in seinem Diskussionsbeitrag zu einem Vortrag Johannes Gerstmeyers „Über das Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage zur Feststellung des Eingeborenen-Rechts in den deutschen Kolonien“⁷⁶, dass die „Feststellung der – vielfach im Absterben begriffenen – Eingeborenen-Rechte der Kulturentwicklung der Eingeborenen, d.h. dazu dienen soll, ihre niedere Kultur allmählich zu unserer Kulturhöhe zu erheben.“⁷⁷

Im zweiten Band von „Das Eingeborenenrecht“ meint auch Adolf Schlettwein – mit unverhohlener Bewunderung – für Togo berichten zu können, dass es den Leitern der Bezirke „im Laufe der Zeit und ohne Schwierigkeit [gelang], die barbarische[n] Einrichtungen und Gebräuche unter den Eingeborenen zu verdrängen und milderen Sitten und zivilisierten Rechtsanschauungen Eingang zu verschaffen“, weil sie – unter anderem wegen der Tätigkeiten Asmis⁷⁸ – „mit den Sitten und Anschauungen der Einwohner aufs genaueste vertraut [waren]“.⁷⁹

In den Forschungsvorhaben finden sich damit klassische kolonialrassistische Legitimationsstrukturen wieder, sei es die Zivilisierung ausgehend

schen Kolonialkongresses 1902 zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1902 (Verlag von Dietrich Reimer [Ernst Vohsen] 1903) 385, 386; Walz (Fn 64) 384.

76 Gerstmeyer, Ergebnis der vom Reichs-Kolonialamte veranstalteten Umfrage (Fn 35).

77 JKJ Friedrich, Diskussionsbeitrag zum Vortrag Gerstmeyers, in Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (Hrsg.), Verhandlungen der ersten Hauptversammlung der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin zu Heidelberg vom 3. bis 9. September 1911 (Verlag von Franz Vahlen 1912) 95, 95.

78 Siehe hierzu schon Fn 29.

79 Schlettwein (Fn 29) 10. Bei der Einordnung des zweibändigen Werkes „Das Eingeborenenrecht“ ist ferner zu beachten, dass sich die am Projekt Mitwirkenden den kolonialrevisionistischen Bewegungen nach der Niederlage im Ersten Weltkrieg und in der Weimarer Republik zugehörig fühlten. Zudem wurden das Projekt von der Deutschen Kolonialgesellschaft, dem Interessenverband „Koloniale Reichsarbeitsgemeinschaft“ sowie durch das Reichsministerium für Wiederaufbau, welches das Werk zu Kolonialpropagandazwecke einzusetzen gedachte, bei der Publikation unterstützt. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher naheliegend, dass die Autoren dazu verleitet waren, zu behaupten, dass sich die deutsche Kolonialherrschaft auf aus ihrer Sicht positive Weise auf die bereits existierenden Rechtssysteme in den Kolonien auswirkte. Siehe hierzu J Djoko, Rezension zu: Schlottau, Ralf: Deutsche Kolonialrechtspflege. Strafrecht und Strafmacht in den deutschen Schutzgebieten 1884 bis 1914. Frankfurt am Main 2007 (2010) Connections – A Journal for Historians and Area Specialists, <http://www.connections.clio-online.net/publicationreview/id/reb-11656> (Stand 15.II.2023); Sippel, Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“ (Fn 28) 731–735.

von „barbarischen Bräuchen“ hin zur Vormachtstellung des vermeintlich fortschrittlichen europäischen Rechts oder die durch die Forschungsergebnisse mit- und reproduzierte Dichotomie zwischen dem „zivilisierten Europäer“ und dem „unzivilisierten“ kolonialen Anderen.⁸⁰ Mit dieser Vorgehensweise bereiteten die Forscher der kolonialen Rechtspolitik einen Nährboden, indem sie vermeintliche Handlungsbedarfe im Rahmen der „Zivilisierungsmission“ aufzeigten.⁸¹ Zugleich wurde das bereits bestehende, rassistische duale System legitimiert und Möglichkeiten zur Stärkung dieses Systems durch Kodifikationen bzw. Sammlung des „Eingeborenenrechts“ aufgezeigt.⁸² Die Erforschung der Rechtssysteme der kolonisierten Bevölkerungen diente somit letzten Endes stets der Sicherung der deutschen Kolonialherrschaft.⁸³

3.3. Aussagekraft der Forschungsergebnisse

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Forschungsvorhaben und Forschungsergebnisse mehr über die Kolonisierenden als über die Kolonisierten Auskunft geben und damit nichts über eine „historische Wahrheit“ bezogen auf tatsächlich existierende Rechtssysteme der kolonisierten Bevölkerungen verraten.⁸⁴ Vielmehr haben die Forscher und Beamten mit

80 Habermas (Fn 27) 170–173; Schaper, *Koloniale Verhandlungen* (Fn 40) 239; vgl Böttger (Fn 70) 58.

81 Habermas (Fn 27) 173. Vgl R Asmis, *Zur Kodifikation des Eingeborenenstrafrechts* (1907) 2 *Amtsblatt für das Schutzgebiet Togo* 107, 108–111; Meyer, *Eingeborenenrecht* (Fn 42); R Thurnwald, *Die Aufzeichnung des Eingeborenen-Rechts in den Kolonien*, *Königlich privilegierte Berlinische Zeitung von Staats- und gelehrten Sachen* (Vossische Zeitung), 4. Juli 1911.

82 Habermas (Fn 27) 172–173.

83 *ibid* 173; Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 716. Siehe ferner die Aussage von Perels, *Eingeborenenrecht* (Fn 45) 5: „[W]enn es wahr ist, daß wir [...] die farbige Bevölkerung nur durch geistige Machtmittel dauernd beherrschen können, so ist zugleich deutlich, daß die Kenntnis auch des geistigen — und nicht bloß des physischen— Daseins der Eingeborenen und seiner Bedingtheiten eine wesentliche Voraussetzung gesicherter Herrschaft ist“; vgl auch O Köbner, *Kolonialstrafrecht* (1904) II *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung* 545, 546–547: „Die Schonung der altgewohnten Sitten und Rechtsanschauungen der Bevölkerung erleichtert mehr als irgend etwas anderes eine fruchtbare und förderliche Kolonisation“.

84 Lyall (Fn 31) 124; vgl Habermas (Fn 27) 182; Walz (Fn 64) 388–389.

ihren Forschungsprojekten die Produktion kolonialen Wissens⁸⁵ gefördert und dadurch die Aufrechterhaltung der deutschen Kolonialherrschaft unterstützt.⁸⁶ Das zweibändige Werk „Das Eingeborenrecht“ ist also gerade keine „für die Rechtethnologie zweifellos [...] einmalige originäre Informationsquelle über das Gewohnheitsrecht eines Teils der autochthonen Bevölkerung der ehemaligen deutschen Kolonien“.⁸⁷ Ebenso wenig nachvollziehbar wie diese Behauptung ist vor diesem Hintergrund zudem die Forderung nach mehr Anerkennung für das Wirken von Albert Hermann Post und Josef Kohler.⁸⁸ Stattdessen ist Jan Henning Böttger darin zuzustimmen, dass „die Repräsentation der ‚Europäer‘ [...] nicht als verlässliche Quellen über ‚Eingeborene‘ oder ‚Eingeborenrecht‘ betrachtet [...], [sondern] vielmehr auf der Basis zu belegenden Berechnung, Manipulation, Unzulänglichkeit, Verzerrung oder Unterschlagung als ‚falsch‘ bezeichnet werden [können].“⁸⁹

Insgesamt lässt sich – wenn man sich auf schriftliche Quellen beschränkt – eine asymmetrische Quellenlage erkennen, die sich daraus ergibt, dass das „Eingeborenrecht“ durch *weiße* deutsche Akteure erforscht wurde, ohne dass schriftliche Überlieferungen der kolonisierten Bevölkerungen existieren, welche diesen Ergebnissen entgegengestellt werden können.⁹⁰ Dies stellt rechtshistorische Arbeiten zum Kolonialstrafrecht vor eine gewisse Herausforderung bei der Ermittlung der „historischen Wahrheit“. Dass etwa „Zauberei überall ein besonders schweres Verbrechen“ dargestellt haben oder „Blutrache“ üblich gewesen sein soll, kann zumindest keinesfalls als historisch (auch nur annähernd) gesicherte Wahrheit betrachtet werden. Ein Blick in rechtshistorische Arbeiten zum deutschen Kolonialstrafrecht

85 Für die Ursprünge zur Beschäftigung mit *colonial knowledge* in postkolonialen Studien, siehe Said (Fn 7); Spivak, *The Rani of Simur* (Fn 7). T Ballantyne, *Colonial Knowledge*, in S Stockwell (Hrsg.), *The British Empire: Themes and Perspectives* (Blackwell Publishing 2008) 177, 178, definiert *colonial knowledge* als „the form and content of the knowledge that was produced out of and enabled resource exploitation, commerce, conquest, and colonization“.

86 Habermas (Fn 27) 182.

87 So aber Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenrecht“* (Fn 28) 735. Ebenso wenig handelt es sich bei den Aufsätzen von Kohler in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Fn 36) um eine „wertvolle frühe Sammlung afrikanischer Rechtsgewohnheiten“, so jedoch Sippel, *Mission und Kodifikation* (Fn 43) 496.

88 So aber die Forderung für das Wirken von Post bei Lyall (Fn 31) 117, 119. Selbiges gilt für die Forderungen von Grossfeld und Wilde (Fn 30) 74, die meinen, man dürfe Kohler nicht die Anerkennung versagen, die ihm als „Pionier [seiner Zeit]“ zustehe.

89 Böttger (Fn 70) 59.

90 Vgl Schaper, *Deutsche Kolonialgeschichte postkolonial schreiben* (Fn 43) 15.

zeigt jedoch, dass die Rechtsgeschichte an dieser Stelle noch methodischen Nachholbedarf aufweist.

4. Rezeption der Forschungsergebnisse in rechtshistorischen Abhandlungen

Die Ausführungen zum „Eingeborenenstrafrecht“ erfolgen in den bisherigen Arbeiten stets explizit oder implizit mit dem Anspruch, einen zusammenfassenden Überblick über die Strafrechtssysteme der kolonisierten Bevölkerungen zu geben.⁹¹ Dafür nehmen die rechtshistorischen Werke die zeitgenössischen Forschungsergebnisse jedoch beinahe ausschließlich⁹² in unkritischer Weise und ohne Reflexion der verfolgten Interessen als „historische Wahrheit“ in Bezug.⁹³ So heißt es in einer Dissertation von 2001 etwa, dass „das einheimische Strafrecht der verschiedenen Stämme [...] auf die Regelungen der einfachen Verhältnisse, unter denen die Einheimischen lebten, zugeschnitten [war] und [...] als rechtlicher Rahmen für das Zusammenleben mit den Europäern nicht aus[reichte].“⁹⁴ Derselbe Autor fährt

91 Explizit: Schlottau (Fn 19) 73; J Steinkröger, Strafrecht und Strafrechtspflege in den deutschen Kolonien von 1884 bis 1914: Ein Rechtsvergleich innerhalb der Besitzungen des Kaiserreichs in Übersee (Dr Kovač 2019) 245. Dieser Anspruch ergibt sich implizit aus der generellen Zielsetzung der Arbeit bei H-J Fischer, Die deutschen Kolonien: Die koloniale Rechtsordnung und ihre Entwicklung nach dem ersten Weltkrieg (Duncker & Humblot 2001) 15–16. Implizit für die Rechtssysteme der kolonisierten Bevölkerungen folgt dies bei J Zimmerling, Die Entwicklung der Strafrechtspflege für Afrikaner in Deutsch-Südwestafrika 1884–1914: Eine juristisch/historische Untersuchung (Universitätsverlag Brockmeyer 1995) 65–80 aus der Gestaltung des Abschnittes zur „Rolle des Eingeborenenrechts“.

92 Einen kritischen Umgang mit den Quellen findet man nur bei Walz (Fn 64) 379–394, 402–406.

93 Siehe hierzu nur Schlottau (Fn 19) 70–87; Steinkröger (Fn 91) 245–252 („Deutsch-Südwestafrika“), 267–274 („Togo“), 287–290 („Kamerun“), 308–317 („Deutsch-Ostafrika“), 330–336 („Südsee“), 351–354 („Das vorkoloniale chinesische Strafrecht“); Zimmerling (Fn 91) 65–79.

94 Fischer (Fn 91) 168. Eine ähnliche Aussage trifft auch Zimmerling (Fn 91) 65: „Natürlich fanden sich auch bei den sog. ‚Wilden‘ in den deutschen Schutzgebieten bestimmte Rechtsordnungen. [...] Diese Rechtsordnungen waren auf die Regelung der einfachen Verhältnisse, in und unter denen die Eingeborenen lebten, zugeschnitten und waren daher im Vergleich zu den [...] Ordnungen des Deutschen Reiches sehr beschränkt und ganz untergeordneter Art und reichten nicht aus für das Zusammenleben der Eingeborenen mit den Weißen“. Die Dissertationen übernehmen damit die zeitgenössische rassistische Legitimationsstruktur, dass nur die Etablierung eines dualen Rechtssystems möglich war, siehe hierzu schon unter 3.2.

anschließend mit der Feststellung fort, dass bestimmte „als ‚barbarisch‘ angesehene Strafrechtsanschauungen wie die Strafbarkeit der Zauberei oder die Strafflosigkeit einer Tötung aus Gründen der Blutrache, die Rechtsfindung durch Gottesbeweise [und] die Anwendung grausamer Strafen wie Verbrennen, ‚Pfählung‘, Ertränken oder Verstümmelung [verbreitet gewesen seien]“.⁹⁵ Auch betont er die „kolonialisatorischen Leistungen“ der deutschen Kolonialverwaltung, indem er – ganz in Manier der an den Fragebogenprojekten Beteiligten – behauptet, dass sich „die Kolonialverwaltung bemüht habe [...], solche Strafrechtsanschauungen zurückzudrängen.“⁹⁶

Nicht nur diese Dissertation übernimmt die Perspektive der deutschen Kolonisierenden unhinterfragt; 1995 wird etwa in einer Veröffentlichung ausgeführt, dass „bei der notorischen Habsucht der Eingeborenen, wo ein Vermögensurteil den Verlust eines Angehörigen schnell [habe verschmerzen lassen], [...] der Sühne durch die Komposition fast überall der Vorzug gegeben [worden sei]“.⁹⁷ In einem ähnlichen Ton wird auch noch in einer Hochschulschrift von 2019 behauptet, dass „die deutschen Südseegebiete [...] über eine Vielzahl von Stämmen [verfügten], die auf unterschiedlichsten Entwicklungsstufen [standen]. Insbesondere im Hinterland von Neuguinea war auch zur deutschen Zeit der Kannibalismus noch weit verbreitet.“⁹⁸

Einen nur scheinbar anderen Ansatz wählt eine Dissertation von 2007, deren Kapitel zum „Recht der kolonisierten Völker“ mit dem Anspruch einer „exemplarischen Übersicht über die Strafrechtsgewohnheiten der vom Deutschen Reich kolonisierten Völker“ verfasst ist und die Forschungsergebnisse unkritisch wiedergibt.⁹⁹ Dieser Zusammenfassung ist jedoch der Hinweis vorangestellt, dass „einzelne Begriffe“ aufgrund der Verwendung von „Ausdrücken aus der europäischen Rechtsvergangenheit“ bei „der Beschreibung der von [Wissenschaftlern] beobachteten Phänomene“ „nicht recht passen mögen“, „diese europäisierte Sichtweise [dennoch] unverändert übernommen“ werde.¹⁰⁰ Obwohl dieser Disclaimer auf den ersten Blick zumindest ein Mindestmaß an Problembewusstsein zum Ausdruck bringt,

95 Fischer (Fn 91) 168.

96 *ibid.*

97 Zimmerling (Fn 91) 67.

98 Steinkröger (Fn 91) 330. Dies entspricht der Behauptung von Thurnwald, Südseekolonien (Fn 59) 646, dass „der Kannibalismus [...] den größten Teil der hier in Betracht kommenden Stämme [beherrscht].“

99 Schlottau (Fn 91) 70, 73.

100 *ibid.* 74.

wird keine echte Quellenkritik vorgenommen. Damit mag dieser Ansatz relativ zu anderen Veröffentlichungen reflektiert sein; eine Rechtshistorik, die zumindest einen Anspruch auf die Annäherung an ein historisches Wahrheitskonzept erhebt, muss jedoch methodische Konsequenzen aus der Feststellung systematischer Probleme bei ihrer historischen Erkenntnisschöpfung ziehen.

Als Ergebnis lässt sich damit festhalten: Die (wenigen) vorliegenden rechtshistorischen Dissertationen zum Kolonialstrafrecht unterscheiden sich weder in inhaltlicher noch in sprachlicher Hinsicht wesentlich von den zeitgenössischen Quellen. Die Forschungsprojekte werden auch nicht in ihren historischen Kontext eingeordnet¹⁰¹ – und wenn doch, dann aus der Perspektive der deutschen Kolonialherren. So beschreibt etwa Julian Steinkröger die Tatsache, dass die Fragebögen aufgrund der von 1904 bis 1908 von den deutschen Kolonisierenden an OvaHerero und Nama in Deutsch-Südwestafrika verübten Völkerrechtsverbrechen¹⁰² kaum beantwortet werden konnten,¹⁰³ mit folgenden Worten: „Probleme bei der Beantwortung des Fragebogens traten in Südwestafrika aufgrund der Umverteilung der indigenen Bevölkerung in Folge der Aufstände vom 1904 bis 1908 auf.“¹⁰⁴ Eine weitere Facette der ausbleibenden historischen Kontextualisierung in den rechtshistorischen Arbeiten ist, dass die asymmetrische Quellenlage als methodische Herausforderung für eine Befassung mit den während der

101 Vgl vor allem für andere Dissertationen zum Kolonialrecht S Conrad, *Regimes der Segregation: Kolonialismus, Recht und Globalisierung* (2004) 4 Rechtsgeschichte, 192; Hanschmann (Fn 26) 162.

102 Siehe allgemein zum Krieg gegen OvaHerero und Nama: J Zimmerer und J Zeller (Hrsg), *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika: Der Kolonialkrieg (1904–1908) in Namibia und seine Folgen* (3. Aufl, Ch Links Verlag 2016). Die von den deutschen Kolonisierenden begangenen Taten stellen zumindest nach der heutigen Rechtslage einen Völkermord dar, siehe hierzu M Vormbaum, *Der Völkermordtatbestand und die deutschen Kolonialverbrechen an den Herero und Nama* (2019) Ad legendum 194, 199. Es ist zudem denkbar, dass die deutschen Kolonisierenden – unter Zugrundelegung der heutigen Rechtslage – auch die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen verwirklichten. Ob die Taten auch nach damals geltender Rechtslage bereits völker(straf)rechtlich relevant waren (und damit das Gründungsdatum des Völkerstrafrechts schon vor Nürnberg anzusiedeln sein könnte), ist noch nicht ausreichend erforscht; einen ersten Ansatzpunkt für eine entsprechende Diskussion liefert jedoch der Beitrag von Tania Ixchel Atilano in diesem Band.

103 Sippel, *Der Deutsche Reichstag und das „Eingeborenenrecht“* (Fn 28) 728–730.

104 Steinkröger (Fn 91) 246.

deutschen Kolonialherrschaft für die Kolonisierten geltenden Rechtssystemen unerwähnt bleibt.

All diese Faktoren führen dazu, dass in den Monografien – entgegen den Standards guter wissenschaftlicher Praxis – die Perspektive deutscher Kolonisierender in unkritischer Weise übernommen wird.¹⁰⁵ Dies trägt dazu bei, dass die rechtshistorischen Beiträge zum Kolonialstrafrecht – ob nun bewusst oder unbewusst – das koloniale Wissen und damit die epistemische Gewalt¹⁰⁶ aus den zeitgenössischen Quellen bis in die heutige Zeit perpetuieren und dadurch aktualisieren. Schließlich tragen sie sowohl durch die Unterschlagung der bestehenden Erkenntnislücken als auch durch ihre Quellenauswahl zur Aufrechterhaltung der asymmetrischen Quellenlage bei.

5. Ansätze zum Umgang mit der asymmetrischen Quellenlage

Vor dem Hintergrund der bisher erschienenen rechtshistorischen Abhandlungen zum Kolonialstrafrecht ergibt sich ein erster Ansatzpunkt zum Umgang mit *aktualisiertem* kolonialen Wissen, nämlich das Erfordernis einer kritischen Einordnung und das Hinterfragen der Erkenntnisse aktuellerer rechtshistorischer Forschungsbeiträge zum Kolonialrecht.¹⁰⁷

105 Zur Kritik an der unzureichenden historischen Kontextualisierung, der unreflektierten Verwendung kolonialer Begriffe sowie der unkritischen Übernahme der Forschungsergebnisse in der Arbeit von Ralf Schlottau siehe bereits Djoko (Fn 79). Zu nennen ist an dieser Stelle auch die Dissertation von Margitta Boin, die zum Beispiel in ihrem euphemistisch betitelten Kapitel „Kulturen prallen aufeinander“ rassistische Kategorisierungen verschiedener „Ethnien“ in Deutsch-Südwestafrika übernimmt, indem sie unter anderem deren angebliche „Phänotypen“ beschreibt, siehe Boin (Fn 32) 13–15.

106 Siehe zur epistemischen Gewalt im (post)kolonialen Kontext nur K Dotson, *Tracking Epistemic Violence, Tracking Practices of Silencing* (2011) 26 Hypatia 236; GC Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, in C Nelson und L Grossberg (Hrsg.), *Marxism and the Interpretation of Culture* (Macmillan Education 1988) 271, 280–295; S Hofmann, *Die Konstruktion kolonialer Wirklichkeit: Eine diskursanalytische Untersuchung französischer Karibiktexte des frühen 17. Jahrhunderts* (Campus Verlag 2001) 79.

107 Dieses Erfordernis ergibt sich aus den Standards guter wissenschaftlicher Praxis, was überzeugend hergeleitet wird von G Machona, *Das Provenienz-Problem der Rechtswissenschaften: Zum Umgang mit Antisemitismus, Rassismus und Sexismus im juristischen Wissenskanon* (2022) 55 KJ 437, 452.

Damit noch nicht beantwortet ist jedoch die Frage, wie *zeitgenössisches* koloniales Wissen gehandhabt werden sollte und inwiefern dessen Existenz die Ermittlung einer „historischen Wahrheit“ bezüglich des während der deutschen Kolonialherrschaft geltenden Rechts erschwert. Ein wichtiger Schritt in rechtshistorischen Arbeiten sollte es sein, mit einer Sensibilität für den historischen Kontext die Quellenlage zu reflektieren und zu hinterfragen, wessen Perspektiven in den Quellen überliefert oder aber ausgeblendet werden. Erkenntnisse aus kritischen Theorien können – nicht nur in Bezug auf die deutsche Kolonialrechtsgeschichte – hilfreich sein, um den strukturellen Ausschluss von Perspektiven marginalisierter Bevölkerungsgruppen in der Geschichtsschreibung aufzuzeigen. Eine kritische Rechtsgeschichte muss daher – wie es Ulrike Schaper treffend für die postkolonial informierte kolonialhistorische Forschung ausdrückt – „die kontinuierliche kritische Reflexion dieser Asymmetrien und Voreingenommenheiten der Quellen ebenso wie Versuche, alternative Quellen aufzuspüren oder vorhandene Quellen gegen den Strich zu lesen“¹⁰⁸, umfassen. Maßgeblich für die Entscheidung, ob alternative Quellen aufgespürt und/oder vorhandene Quellen kritisch eingeordnet werden, scheinen zwei Aspekte zu sein: das eigene Erkenntnisinteresse sowie die verfügbaren Ressourcen.

Gilt das Erkenntnisinteresse der Rezeption der vor Ort geltenden Rechtsgesetze durch deutsche Kolonialherren und der Produktion kolonialen Wissens insbesondere durch die deutsche Rechtswissenschaft,¹⁰⁹ findet sich hierfür ein ausreichender Quellenfundus, der mit den Mitteln der textorientierten Quellenkritik angemessen bearbeitet werden kann.

Richtet sich das Erkenntnisinteresse hingegen auf die Erforschung des tatsächlich während der deutschen Kolonialherrschaft geltenden Strafrechts, d.h. der „historischen Wahrheit“ des Kolonialstrafrechts, ist die Auswertung der von deutschen Rechtswissenschaftlern und Kolonialbeamten herrührenden Quellen unzureichend. Auch ein Disclaimer wie in der Monografie von Ralf Schlottau¹¹⁰ vermag dabei nicht von den Erfordernissen guter wissenschaftlicher Praxis – hier in Form der Quellenkritik – zu entbinden und ist daher ein ungenügender Lösungsansatz. Erforderlich ist vielmehr die ausdrückliche Benennung der bestehenden asymmetrischen Quellenlage und dem damit einhergehenden Fortbestehen kolonialer Machthierarchien. Schließlich ergibt sich erst durch einen solchen transpa-

108 Schaper, *Deutsche Kolonialgeschichte postkolonial schreiben* (Fn 43) 15.

109 Diesen Ansatz wählt zum Beispiel Schaper, *Koloniale Verhandlungen* (Fn 40) 233.

110 Siehe hierzu bereits unter 4.

renten Umgang mit der Quellenlage die Chance, über praktisch mögliche Forschungsprogramme in den Dialog zu treten und dadurch einen Paradigmenwechsel einzuleiten. Für die Beantwortung der Forschungsfrage, die sich der tatsächlichen kolonialen Rechtslage widmet, erscheint es dabei unerlässlich, in den ehemaligen Kolonialgebieten zu forschen und sich dabei etwa dem in den Geschichtswissenschaften bekannten Ansatz der *Oral History* zu bedienen.¹¹¹

Die *Oral History* hat emanzipatorisches Potential, diente sie doch bereits in ihren Ursprüngen als geschichtswissenschaftliche Methode der Sichtbarmachung von Leerstellen in der Geschichtsschreibung von und zu marginalisierten Gruppen, deren Vergangenheit kaum erforscht war.¹¹² Dieses emanzipatorische Potential kann *Oral History* sicherlich auch im Rahmen der *African Legal History* entfalten, zu deren Einsatz in diesem Feld bereits erste Ansätze vorliegen.¹¹³

Die Methoden der *Oral History* sind anspruchsvoll und bringen gewisse erkenntnistheoretische Limitationen und Herausforderungen mit sich, sei es bei der Auswahl geeigneter Interviewpartner*innen, der Durchführung einer aussagekräftigen Anzahl von Gesprächen, der Schaffung einer Vertrauensbasis im Rahmen der Interviews oder der Erarbeitung zielführender Gesprächsleitfäden.¹¹⁴ Anhand dieser skizzierten methodischen He-

111 Weitere mögliche Quellen sind zudem etwa *oral traditions*, siehe IO Ojo und EO Ekhatör, Pre-Colonial Legal System in Africa: An Assessment of Indigenous Laws of Benin (2020) 5 Umẹwaen: Journal of Benin and Edo Studies 38, 41. Zur Einbeziehung von „oral sources such as proverbs, myths, legends, and customs, institutions and practices of the people“ in die Rechtsphilosophie, siehe JCA Agbakoba und ES Nwauche, African Conceptions of Justice, Responsibility and Punishment (2006) 37 Cambrian Law Review 73, 73.

112 M Lengwiler, Praxisbuch Geschichte: Einführung in die historischen Methoden (Orell Füssli Verlag 2011) 106–109; J Obertreis, Oral History: Geschichte und Konzeptionen, in J Obertreis (Hrsg), Oral History: Basistexte (Franz Steiner Verlag 2012) 7, 8–9; R Sharpless, The History of Oral History, in TL Charlton und LE Myers und R Sharpless (Hrsg), Handbook of Oral History (AltaMira Press 2006) 19, 23–24. Siehe als Beispiel zum Einsatz von Zeitzeug*inneninterviews zur Erforschung der britischen Kolonialverbrechen in Kenia im Kontext des Krieges gegen die *Kenya Land and Freedom Army*: C Elkins, Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain’s Gulag in Kenya (Henry Holt 2005). Es liegt daher nahe, in Fällen asymmetrischer Quellenlagen, die auf der Marginalisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen in der Produktion schriftlicher Quellen sowie in der Geschichtsschreibung beruhen, das Potential der *Oral History* zu reflektieren.

113 Erwähnenswert ist an dieser Stelle etwa der Beitrag von Ojo und Ekhatör (Fn 111).

114 Siehe insbesondere die Beiträge von RJ Grele, MA Larson, L Shopes, CT Morrissey und JE Fogerty in TL Charlton, LE Myers und R Sharpless (Hrsg), Handbook

rausforderungen ist jedoch auch offenkundig, dass ein Projekt, mit dem die während der deutschen Kolonialherrschaft existierenden Rechtssysteme umfassend erforscht werden sollen, erheblicher finanzieller, zeitlicher und personeller Ressourcen bedarf. Im Hinblick auf diese beiden Faktoren – dem emanzipatorischen Potential sowie den methodischen Herausforderungen der *Oral History* – sollten Rechtshistoriker*innen in Deutschland bei Forschungsvorhaben zu dieser Frage ihre eigenen Kompetenzen und Erkenntnisinteressen kritisch reflektieren, um koloniale Kontinuitäten in Forschungsprojekten zu vermeiden.¹¹⁵

Der geeigneteren Ansatz dürfte darin bestehen, die Beteiligung der Rechtswissenschaft am deutschen Kolonialismus zu untersuchen und sich ansonsten für die Finanzierung und Förderung von Forschungsprojekten von und durch Wissenschaftler*innen in ehemals kolonisierten Ländern zu engagieren.

6. Ausblick

Ein Blick in die bisherige Forschung von Jurist*innen zum deutschen Kolonialrecht lehrt, dass es in diesem Bereich der Rechtsgeschichte vielfach an Sensibilität für den historischen Kontext fehlt und damit ein wesentlicher Standard guter (geschichts)wissenschaftlicher Praxis nicht erfüllt wird. Die fehlende Quellenkritik – bezogen auf zeitgenössische rechtswissenschaftliche Abhandlungen – mag dabei bedingt sein durch ein fehlendes Verständnis von der Beteiligung der Wissenschaften – und damit auch der Rechtswissenschaft – am deutschen Kolonialismus. Mit entsprechendem Hintergrundwissen hingegen ist es offenkundig, dass diese Quellen

of Oral History (AltaMira Press 2006); außerdem Lengwiler (Fn 112) 109–111, 116–128. Zu den Standards guter wissenschaftlicher Praxis in der Oral History sei nur verwiesen auf <https://oralhistory.org/principles-and-best-practices-revised-2018/> (zuletzt abgerufen am 16.11.2023).

- 115 Die kolonialen Fragebogenprojekte wiesen der kolonisierten Bevölkerung die passive Rolle des „Untersuchungsgegenstandes“ zu, siehe Schaper, *Deutsche Kolonialgeschichte postkolonial schreiben* (Fn 43) 16; vgl auch F Adébiśí, *Decolonisation and Legal Knowledge: Reflections on Power and Possibility* (Bristol University Press 2023) 151: „The current ontology of the university finds a prominent place for itself, within a long history of colonial knowledge production that has often been harmful to populations objectified by research, from whom knowledge has been extracted without their consent.“ Forschungsprojekte sollten daher darauf achten, diese exkludierende und fremdbestimmte Projektkonzeption nicht zu übernehmen.

nicht zur Ermittlung einer „historischen Wahrheit“ über die Rechtssysteme und die Rechtspraxis kolonisierter Bevölkerungen geeignet sind. Letzteres scheint nur erreichbar zu sein, wenn in den Geschichtswissenschaften übliche Methoden wie die *Oral History* in rechtshistorische Projekte inkorporiert werden. Auch die deutsche Rechtsgeschichte muss die schon in ihrem Namen angelegte Interdisziplinarität ernstnehmen, indem sie an der Etablierung einer *Oral Legal History* mitwirkt und damit einen Beitrag zur Dekolonisierung der eigenen Disziplin leistet.¹¹⁶ Bei der Konzipierung solcher Projekte sollten Rechtshistoriker*innen zudem die eigenen Kompetenzen und Erkenntnisinteressen kritisch reflektieren.¹¹⁷ Wenn dieser Ausblick damit eines aufzeigen kann, dann, dass die „Konflikte um Wahrheit“ und die Auseinandersetzungen über die Deutungshoheit in der deutschen Kolonialrechtsgeschichte noch auszutragen sind.

116 Siehe generell zur Dekolonisierung der Rechtswissenschaft: Adé́bísí (Fn 115).

117 Siehe hierzu insbesondere I Siouti, T Spies, E Tuider, H von Unger und E Yıldız, Methodologischer Eurozentrismus und das Konzept des Othering: Eine Einleitung, in I Siouti, T Spies, E Tuider, H von Unger und E Yıldız (Hrsg), Othering in der postmigrantischen Gesellschaft: Herausforderungen und Konsequenzen für die Forschungspraxis (transcript 2022), 16–22; H von Unger, Diversifizierung, Reflexivität und Partizipation: Strategien gegen Ver-Anderung in der Forschung, in I Siouti, T Spies, E Tuider, H von Unger und E Yıldız (Hrsg), Othering in der postmigrantischen Gesellschaft: Herausforderungen und Konsequenzen für die Forschungspraxis (transcript 2022) 85.

Zwischen Wahrheit und Erinnerung. Die Anwendung des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) auf die Verfolgung der Astrologen

Magdalena Gebhart

Am 9. Juni 1941 wurde Friedrich G. in einem kleinen Ort im Odenwald festgenommen.¹ Am 16. August 1941 erging nach Verhören in Darmstadt und Mannheim der Schutzhaftbefehl ohne vorherige Anklageerhebung.² Als Grund für die Schutzhaft, die bis zum 13. April 1943 andauern sollte, gaben die nationalsozialistischen Behörden die „Zersetzung der Wehrkraft des deutschen Volkes“ an.³ Die Untersuchungshaft eingeschlossen, verbrachte Friedrich G. 22 Monate in Gewahrsam. Zusätzlich zu dem Freiheitsentzug wurde ihm ein Berufsverbot erteilt sowie seine Bibliothek beschlagnahmt. Im Juni 1948 stellte Friedrich G. bei der Landesbezirksstelle für die Wiedergutmachung in Karlsruhe einen Antrag auf Wiedergutmachung.⁴ Als Grund für seine Verfolgung gab Friedrich G. politische Motive an. Entgegen seiner Hoffnung auf eine schnelle Erledigung der Sache und eine Rückkehr in einen geregelten Berufsalltag als „beratender Psychologe“, wie er sich selbst bezeichnete, zogen sich die Verfahren aufgrund von Versäumnissen der Behörden sowie Rechtsstreitigkeiten, die sogar in zwei Fällen bis zum IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) gingen, bis in die späten 1960er Jahre. Nur in einem Fall, der Rückerstattung seiner Bibliothek, wurde Friedrich G. ein Anspruch zuerkannt. Seine zusätzlich geltend gemachten Ansprüche auf Entschädigung für Schaden an der Freiheit, Schaden am beruflichen und wirtschaftlichen Fortkommen sowie Schaden an Körper und Gesundheit wurden von den Behörden und den Gerichten mit der Begründung abgelehnt, Friedrich G. sei nicht aus politischen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt gewesen und dementsprechend bewusst nicht von der Wiedergutmachungsgesetzgebung erfasst.

1 Generallandesarchiv Karlsruhe (GLA), 480, 3204, Nr 1, Bl 4.

2 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 1.

3 *ibid.*

4 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 1–5.

Die Gründe und Diskussionen, die in Friedrich G.s Wiedergutmachungsverfahren entscheidend waren, ordnen sich in einen größeren juristischen Diskurs zu der Frage ein, wie die Verfolgung der Astrologen nach dem Wiedergutmachungsrecht, allen voran dem Bundesentschädigungsgesetz (BEG), zu bewerten war. Die rechtliche Bewertung der Verfolgung der Astrologen war dabei geprägt von dem, was die Gerichte als historische Wahrheit annahmen. Der Beitrag geht am Beispiel der Verfolgung der Astrologen der Frage nach, welche historischen Annahmen über die nationalsozialistische Verfolgung in den Urteilen und Entscheidungen sowohl der Gerichte als auch der Wiedergutmachungsbehörden als historische Wahrheit behandelt und wodurch diese Annahmen geprägt und beeinflusst wurden.

Für die Untersuchung dieser Frage wird zunächst der historische Kontext der Verfolgungswelle im Sommer 1941 erläutert, um anschließend die juristischen Diskussionen um die Anwendbarkeit der wiedergutmachungsrechtlichen Vorschriften auf die Verfolgung der Astrologen zu analysieren.

1. Vom Flug zur Verfolgung

In seinem Wiedergutmachungsantrag berichtete Friedrich G., dass er bereits ab 1933 aus unterschiedlichen Gründen mehrfach Kontakt mit der Gestapo und Parteigruppen hatte.⁵ So entging er einer Verhaftung im Jahre 1933 nur aufgrund einer Lähmung. Zwischen 1936 und 1938 wurde ihm der Auslandspass entzogen, seine Post überwacht und seine Klienten eingeschüchtert, um ihn nicht mehr aufzusuchen.⁶ Er berichtete auch davon, wie er zweimal von Parteigruppen aufgrund seiner freundschaftlichen Beziehungen zu Juden öffentlich verprügelt worden sei.⁷ Obwohl Friedrich G. weder Jude noch politisch aktiv war, berichtete er davon, dass er ab 1933 zunehmend willkürlichen Maßnahmen durch Parteigruppen und die Gestapo ausgesetzt war. Die Schikanen vor 1941 basierten augenscheinlich auf willkürlichen Antipathien gegenüber der Andersartigkeit von Friedrich G. und vermutlich seinem Kontakt zu Karl Ernst Krafft, einem Schweizer Astrologen, der sich auf G.s Einladung ab 1935 in Deutschland aufhielt und ab

5 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 4.

6 *ibid.*

7 *ibid.*

1939 aufgrund des Spionageverdachts von der Gestapo überwacht wurde.⁸ Neben seiner offiziellen Tätigkeit als „beratender Psychologe“ mit einem Fokus auf „Bühnenpsychologie“ nahm sich Friedrich G. auch als Grenzwissenschaftler wahr und beschäftigte sich ab 1928 vertieft mit diesem Thema.⁹

Am 9. Juni 1941 begann die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften, in deren Rahmen auch Friedrich G. in seiner Wohnung verhaftet wurde. In einem Schreiben der Gestapo an den Mannheimer Polizeipräsidenten wurde als Grund für seine Verhaftung und seinen Verbleib in Schutzhaft bis zum 23. April 1943 sowie für das auch nach der Entlassung fortbestehende Betätigungsverbot die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften angegeben.¹⁰ Retrospektiv stellte Friedrich G. jedoch einen Zusammenhang zwischen der Verhaftungswelle und dem Flug Rudolf Heß' her:

„Nach der Flucht von Rudolf Hess am 11.5.1941 [...] lösten sich die maßgeblichen Stellen von ihrer bisher duldenden Nähe zu den Grenzwissenschaften [...] Der damals noch im RSHA fungierende Heydrich begann sein Kessel treiben gegen uns.“¹¹

In der Bewertung Friedrich G.s führte der Heß-Flug zu einer Zäsur in der Einstellung der Nationalsozialisten gegenüber den Grenzwissenschaften. Was vor dem 11. Mai 1941 noch als vom Nationalsozialismus als hinnehmbar eingestuft wurde, war offiziell nach dem 9. Juni 1941 mit den Zielen des Nationalsozialismus nicht mehr vereinbar und dementsprechend eine zu unterbindende Staatsgefährdung.¹²

Am Abend des 10. Mai 1941 bestieg Rudolf Heß, der damalige Stellvertreter des Führers, auf einem Flugplatz bei Augsburg eine Messerschmitt Bf 110 E und flog unbemerkt Richtung Großbritannien. Heß' anvisiertes Ziel war das private Flugfeld von Dungavel House, dem Wohnsitz des Herzogs von Hamilton, einem damaligen Mitglied des Oberhauses. Nachdem Heß das Flugfeld jedoch nicht finden konnte, sprang er um 23:10 Uhr Ortszeit aus dem Flugzeug ab, während dieses einige Meilen entfernt abstürzte. Nachdem er von einem Vorarbeiter auf einem Feld entdeckt wurde, kam er schnell in britische Gefangenschaft, ohne jedoch zunächst seine Identität

8 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 7.

9 *ibid.*

10 GLA, 480, 3204, Nr 2, Bl 24.

11 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 27.

12 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 1a verso.

preiszugeben. In Gefangenschaft forderte er mehrfach, den Herzog von Hamilton zu sprechen. Nachdem die britischen Behörden dieser Aufforderung nachgegeben hatten, gab sich Heß gegenüber Hamilton zu erkennen und überbrachte ihm die vermeintlichen deutschen Friedensbedingungen. Bis zu den Nürnberger Prozessen verblieb Heß in britischer Gefangenschaft.¹³ Heß zeigte ein äußerstes Interesse an der Astrologie und anderen Grenzwissenschaften.¹⁴

In Deutschland führte der Heß-Flug zu einem Stimmungseinbruch in der Bevölkerung, nachdem dieser in den Medien bekannt wurde sowie zu Bestürzung und Wut in der nationalsozialistischen Führungsspitze.¹⁵ Neben einigen Propaganda Maßnahmen war eine entscheidende innenpolitische Reaktion auf den Heß-Flug die sogenannte Heß-Aktion bzw. Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften,¹⁶ die besser bekannt wurde als die „Verfolgung der Astrologen“. Die Aktion begann am 9. Juni 1941 und richtete sich neben Astrologen im engeren Sinne, d.h. Personen, die sich mit dem Einfluss der Sternkonstellationen auf den Verlauf der Dinge auf der Erde beschäftigen, auch gegen Anthroposophen, Kartenleger, Wünschelrutengänger, Okkultisten, Spiritisten und Wahrsager.¹⁷ Der Begriff der Grenzwissenschaft war nicht klar umgrenzt, sondern ließ der Gestapo sehr viel Spielraum bei der Entscheidung, ob eine Person Ziel der Aktion war oder nicht. Zwischen namenhaften Esoterikern wie Karl Ernst

-
- 13 J Leasor, *Der utopische Friede. Der Englandflug von Rudolf Heß* (Bergisch Gladbach 1979); P Raina, *A daring venture: Rudolf Hess and the ill-fated peace mission of 1941* (Oxford 2014); R Conyers Nesbit und G Van Acker, *The flight of Rudolf Hess: myths and reality* (Sutton 1999); R Schmidt, *Rudolf Heß. Botengang eines Toren? Der Flug nach Großbritannien vom 10. Mai 1941* (Düsseldorf 1997) 192–197; I Kershaw, *Hitler*, Bd 2 (Stuttgart 1998/2000) 499–501, 1188; R Schmidt, *Der Heß-Flug und das Kabinett Churchill* (1994) 42 *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 1–28; K Pätzold, M Weissenbecker und T Harrison, *Rudolf Heß: der Mann an Hitlers Seite* (Leipzig 2003) 252–268; D Stafford, *Flight from reality: Rudolf Hess and his Mission to Scotland* (London 2002).
 - 14 P Lonerich, *Hilters Stellvertreter: Führung der Partei und Kontrolle des Staatsapparates durch den Stab Heß und die Partei-Kanzlei Bormann* (Sauer 1992) 111–112.
 - 15 A Nolzen, *Der Heß-Flug vom 10. Mai 1941 und die öffentliche Meinung im NS-Staat*, in M Sabrow (Hrsg.), *Skandal und Diktatur. Formen öffentlicher Empörung im NS-Staat und in der DDR* (Göttingen 2004) 130, 143–144.
 - 16 E Kurlander, *The Nazi Magicians' Controversy: Enlightenment, "Border Science", and Occultism in the Third Reich* (2015) 48 *Central European History* 498, 513.
 - 17 P Staudenmaier, *Between Occultism and Nazism: Anthroposophy and the Politics of Race in the Fascist Era* (Leiden 2014) 215.

Krafft,¹⁸ der unbekanntes Kartenlegerin in Niedersachsen, die in ihren Karten einen schlechten Kriegsausgang für Deutschland vorhersagte,¹⁹ und Friedrich G., dem „beratenden Psychologen“ mit Verbindungen in die Grenzwissenschaften, wurde kein Unterschied gemacht. Die Heß-Aktion war aufgrund der relativen Unbestimmtheit der verfolgten Gruppe ein Freifahrtsschein für die örtliche Gestapo. Gerade diese Unbestimmtheit stellte die Gerichte nach 1945 vor die Frage, wie die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften in dem System des Wiedergutmachungsrechts zu behandeln seien.

2. Die juristische Diskussion um die Gründe der Verfolgung

Das Kernelement der juristischen Bewertung der Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften war die Beantwortung der Frage, inwieweit es sich bei diesen um Verfolgte im Sinne der Entschädigungsgesetze handelte. Sowohl das 1953 erlassene BEG als auch das Gesetz Nr. 59 zur Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände der Militärregierung Deutschlands – Amerikanisches Kontrollgebiet – vom 10. November 1947 (REG US), das auch nach Erlass des Bundesrückerstattungsgesetzes (BRüG) 1957 bundesweit die Anspruchsgrundlage bildete,²⁰ erfordern, dass der Antragsteller aus bestimmten Gründen verfolgt wurde. Die Verfolgungseigenschaft setzte nicht nur gewaltsame Verfolgungshandlungen durch die Nationalsozialisten, sondern darüber hinaus noch bestimmte in § 1 BEG bzw. Art. 1 Abs. 1 REG US abschließend aufgezählte Gründe für diese Verfolgung voraus.²¹ Wie Georg Blessin und Hans Wilden in ihrer Kommentierung des BEG hierzu ausführten, basierte diese begriffliche Trennung auf dem Unterschied zwischen den Opfern der nationalsozialistischen Verfolgung und „den Verfolgten“, da nicht alle Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung Verfolgte im Sinne des Wiedergutmachungsrechts gewesen seien.²²

18 GLA, Abt 276–1, 844, Bl 88.

19 OLG Neustadt (12.12.1956 – 1W (WG) III/56) RzW 1957, 53.

20 § 11 Nr 1a BRüG in der Fassung vom 19. Juli 1957, BGBl 1957, Teil I, 734–742.

21 H van Dam und H Loos, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Franz Vahlen 1957) § 1 BEG Nr 1; G Blessin und H Wilden, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (2. Aufl, CH Beck 1957) § 1 BEG Rn 1; I Becker et al, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Franz Vahlen 1955) § 1 BEG Nr 1.

22 Blessin und Wilden, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Rn 3.

Zu den in §1 BEG anerkannten Verfolgungsgründen gehörten unter anderem die politische Gegnerschaft zum Nationalsozialismus, die Verfolgung aufgrund der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung sowie nach der Änderung des BEG 1958 auch die Angehörigkeit zu einer wissenschaftlichen Richtung, die von den Nationalsozialisten abgelehnt wurde. Als Gründe für die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften kamen aus rechtlicher Perspektive die politische Gegnerschaft zum Nationalsozialismus, die Verfolgung aufgrund der Weltanschauung oder nach 1958 die Angehörigkeit zu einer vom Nationalsozialismus abgelehnten wissenschaftlichen Richtung, in Frage. Die rechtliche Bewertung, ob einer der gelisteten Gründe vorgelegen hat, war maßgeblich davon abhängig, was die Gerichte und Behörden als historische Wahrheit im Kontext der nationalsozialistischen Verfolgung anerkannten. Gerade in Bezug auf die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften ist die Frage, was der eigentliche Grund für die Verfolgung war, nicht eindeutig zu beantworten.

Um die Frage, ob die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften Verfolgte im Sinne der Wiedergutmachungsgesetze waren, herrschte eine juristische Diskussion, die sich in den publizierten Entscheidungen sowie der Kommentarliteratur widerspiegelte. Obwohl diese publizierten Entscheidungen nicht als repräsentativ für alle Entscheidungen zur Fragestellung der Verfolgung der Astrologen angesehen werden können, sind sie dahingehend signifikant, als dass sie durch ihre Publikation in der Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (RzW), einem Supplement zur Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW), ein breiteres juristisches Fachpublikum erreichten und somit tonangebend für die Diskussion und die dogmatische Entwicklung waren. Abweichende Entscheidungen, die jedoch nicht publiziert wurden, blieben ungehört und konnten somit nicht Teil der Diskussion werden oder die Dogmatik beeinflussen.

Die Diskrepanz zwischen den publizierten und den nicht publizierten Entscheidungen wird auch in der Argumentationsstrategie in Friedrich G.s Antrag auf Gewährung einer Entschädigung aus den Härtefonds, den er Anfang der 1960er Jahre stellte, deutlich. Nachdem G.s geltend gemachte Ansprüche auf Entschädigung nach dem BEG letztinstanzlich abgelehnt wurden,²³ der Anspruch auf Rückerstattung nach dem (BRüG) indes ge-

23 GLA, 480, 3204, Nr 4, Bl 96–100.

währt,²⁴ bemühte sich G. um Entschädigung aus den Härtefonds.²⁵ Zur Argumentation der Unbilligkeit der abgelehnten Entschädigung nach dem BEG wurden neben der Tatsache, dass G. im BRüG-Verfahren als Verfolgter anerkannt wurde, andere Verfahren angeführt, in denen „reinen Astrologen und Hellsehern“ Entschädigung bzw. Rückerstattung gewährt wurde.²⁶ Die Strategie, andere Entscheidungen beizuziehen, wandte er ebenfalls in dem Verfahren zu seinem abgelehnten Anspruch auf Schaden im beruflichen Fortkommen Anfang 1958 an.²⁷ Bei den in beiden Anträgen angeführten Entscheidungen handelt es sich jedoch um keine von den in der RzW publizierten Entscheidungen, was zunächst der Tatsache geschuldet ist, dass knapp die Hälfte der laut G. beizuziehenden Entscheidungen reine Verwaltungsentscheidungen waren. Nichtsdestotrotz berief sich G. auch auf zwei Gerichtsentscheidungen, von denen eine in seinem Rückerstattungsverfahren beigezogen wurde.²⁸ Der wesentliche Unterschied zwischen den von G. herangezogenen unveröffentlichten Entscheidungen und den in der RzW bis dahin publizierten Entscheidungen ist die Rechtsauffassung in Bezug auf die Verfolgtereigenschaft nach § 1 BEG bzw. Art. 1 REG US.

Während die publizierten Entscheidungen bis 1964 mit einer Ausnahme die Verfolgtereigenschaft nach § 1 BEG ablehnten,²⁹ nahmen die in G.s Antrag angeführten Entscheidungen diese an, wobei G. in seiner Argumentation aufgrund der Sachlage keine Trennung zwischen entschädigungsrechtlichen und rückerstattungsrechtlichen Entscheidungen vornahm. Die von G. angeführten Verfahren und Entscheidungen veranschaulichen, dass – entgegen dem Eindruck, den die publizierten Entscheidungen in der RzW vermitteln – es durchaus Gerichte und Behörden gab, die Betroffene der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften als Verfolgte im Sinne der Wiedergutmachungsgesetze angesehen haben. Wie hier die bundesweite Verteilung war, lässt sich indes aktuell nicht sagen. In der Auswahl der Entscheidungen zur Entschädigung der Betroffenen der

24 GLA, Abt 276–1, 844, Bl 110–113.

25 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 126–128.

26 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 89; 127–128.

27 GLA, 480, 3204, Nr 5, Bl 10–11.

28 GLA, Abt 276–1, 24925, Bl 66–69.

29 WK Bremen (5.2.1953 – OH 2223/51 (E)) RzW 1953, 339–340; OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 53–54; OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180; BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440; KG (10.10.1959 – 13 U Entsch 1277/59) RzW 1960, 66; BGH (15.6.1960 – IV ZR 319/59 (KG)) RzW 1960, 451.

Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften gab es jedoch eine klare Tendenz, fast ausschließlich solche Entscheidungen, die eine Verfolgteneigenschaft im Sinne des BEG ablehnten, zu publizieren. Bemerkenswert hierbei ist auch, dass die letzten beiden Entscheidungen zu diesem Themenkomplex aus dem Bereich des Rückerstattungsrechts kommen und beide eine Verfolgteneigenschaft annahmen.³⁰ Auch Friedrich G.s Verfahren endete damit, dass er nach dem BEG kein Verfolgter war, nach dem REG allerdings schon.

Um die Frage beantworten zu können, was die Ursachen dieser Interpretationen sind, ist eine nähere Untersuchung der in den publizierten Entscheidungen angeführten Gründe für die Ablehnung der Verfolgteneigenschaft nach § 1 BEG notwendig. Insgesamt wurden drei der in § 1 BEG aufgezählten Verfolgungsgründe als einschlägig diskutiert, wobei der letzte Verfolgungsgrund des Vertreters einer vom Nationalsozialismus abgelehnten künstlerischen oder wissenschaftlichen Strömung erst nach der Änderung des BEGs im Jahre 1958 in einer Berufungs- und Revisionsentscheidung desselben Falles in den Jahren 1959 und 1960 diskutiert wurde.³¹ Die früheren Entscheidungen bezogen sich auf die Verfolgungsgründe der Weltanschauung oder der politischen Gegnerschaft. Sowohl die Debatte um die Frage, inwiefern die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften wegen politischer Gegnerschaft oder aufgrund der Weltanschauung als Verfolgte galten, als auch Friedrich G.s Prozesse zur Geltendmachung seiner entschädigungsrechtlichen Ansprüche fanden ihr Ende in einer BGH Entscheidung vom 1.10.1958.

2.1. Die wissenschaftliche und die gewerbliche Astrologie

In ihrer Entscheidung vom 5. Februar 1953 ging die Wiedergutmachungskammer (WK) Bremen davon aus, dass es sich bei der ernsthaft betriebenen Astrologie um eine Weltanschauung im Sinne des § 1 BEG handle und somit in diesen Fällen die Verfolgteneigenschaft angenommen werden könne.³² Mit dieser Auslegung wandte sich die WK Bremen gegen ein aus ihrer

30 OLG München (23.4.1964 – WI 7/62) RzW 1964, 304; ORG (19.2.1965 – ORG/III/732) RzW 1965, 550.

31 KG (10.10.1959 – 13 U Entsch 1277/59) RzW 1960, 66; BGH (15.6.1960 – IV ZR 319/59 (KG)) RzW 1960, 451.

32 WK Bremen (5.2.1953 – OH 2223/51 (E)) RzW 1953, 339.

Sicht streng philosophisches Verständnis des Begriffs der Weltanschauung, nach der eine „Gesamtheit der Vorstellungen über Welt und Leben und der Stellung des Menschen in der Welt“ erforderlich sei.³³ Diese Definition, die auf den allumfassenden Charakter der Weltanschauung abstellte, wurde sowohl von der Kommentarliteratur als auch vom OLG München vertreten.³⁴ Nichtsdestotrotz wurde auch in der Kommentierung von van Dam und Loos bemerkt, dass an diesen Begriff nicht zu hohe Anforderungen zu stellen seien.³⁵ In Abgrenzung hierzu ließ die WK Bremen für die Definition der Weltanschauung „jede weltanschauliche Überzeugung ohne Rücksicht auf die Vollständigkeit und wissenschaftliche Untermauerung des Weltbilds“ genügen.³⁶ Trotz ihrer definitorischen Unterschiede teilen beide Begriffe jedoch eine retrospektive, objektivierende Betrachtungsweise, in der die Gerichte nach ihrem damaligen Verständnis beurteilten, inwiefern eine Weltanschauung vorlag, ohne die Vorstellungswelt der Nationalsozialisten hierbei zu berücksichtigen. So führten Becker, Huber und Küster in ihrer Kommentierung des BEG hierzu aus:

„Es liegt im Wesen jeder totalitären Staatsform, alle menschlichen Bereiche mit der vorgeschriebenen Ideologie zu durchsetzen [...]. Eine Lehre ist jedoch nicht schon deswegen eine Weltanschauung, weil sie aus weltanschaulichen Gründen abgelehnt wurde.“³⁷

Entscheidend für den Begriff der Weltanschauung war somit nicht, ob aus der Perspektive der nationalsozialistischen Ideologie bestimmte Lehren als Bedrohung wahrgenommen wurden, sondern lediglich, ob nach den objektivierenden Maßstäben der 1950er eine Weltanschauung vorlag. Bei der Wiedergutmachung des Unrechts spielte dementsprechend laut der Wiedergutmachungskammer die Wahrnehmung des Sicherheitsdiensts (SD), dass es sich bei den Anhängern der Grenzwissenschaften um weltanschauliche Gegner handelte,³⁸ keine Rolle. Die Gerichte schlossen nicht vom Handeln der Nationalsozialisten auf die Verfolgteigenschaft, sondern ermittelten die Verfolgteigenschaft nach objektivierten Maßstäben und überprüften danach, ob diese auch der Auffassung der Nationalsozialisten

33 van Dam und Loos, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 6.

34 *ibid*; Becker et al, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 8; OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 53–54.

35 van Dam und Loos, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 6.

36 WK Bremen (5.2.1953 – OH 2223/ 51 (E)) RzW 1953, 339.

37 Becker et al, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 8.

38 Staudenmaier (Fn 17) 214.

entsprach. Die Ausparung der nationalsozialistischen Vorstellungswelt bei der Anwendung des BEG verlieh den Gerichten die Deutungshoheit über die Verfolgungszusammenhänge und die Widerrechtlichkeit nationalsozialistischer Gewaltmaßnahmen. Die Vorstellungswelt der Gerichte wurde so zu einer historischen Wahrheit stilisiert.

Bemerkenswert ist hierbei, wie die nationalsozialistische Gedankenwelt nach wie vor die vermeintlich objektiven Maßstäbe der Gerichte beeinflusste. So machten sowohl die WK Bremen, als auch die Kommentarliteratur und bis in den 1960er Teile der Rechtsprechung einen auch bei Auslegung des Begriffs der wissenschaftlichen Richtung einen Unterschied zwischen der ernsthaft betriebenen Astrologie und der gewerblichen und damit weniger ernsthaften Astrologie.³⁹ Nach dieser Unterscheidung konnten nur die Betroffenen, die der ernsthaften Astrologie angehörten, Entschädigung fordern, während die Betroffenen, die der nicht ernsthaften Astrologie angehörten, ein solcher Anspruch verwehrt blieb. Ausschlaggebend bei der nicht ernsthaften Astrologie waren das gewerbliche Element sowie die öffentliche Betätigung. So führte der IV. Zivilsenat des BGH in der letztinstanzlichen Entscheidung in dem Verfahren des Friedrich G. aus:

„Nicht die im Bezirk des Geistigen wurzelnde Weltanschauung des Klägers, sondern seine sich im Bereich des Faktischen abspielende Betätigung als Astrologe führte zu seiner Verhaftung.“⁴⁰

Die begriffliche Trennung der ernsthaften und der gewerblichen Astrologie unterscheidet zwischen der geistigen Gesinnung, die sich lediglich in den Gedanken nicht jedoch in den Handlungen ausdrückt, und der Betätigung aufgrund der Gesinnung. Während eine Verfolgung, die ausschließlich aufgrund der inneren Gesinnung erfolgte, als entschädigungsfähig eingestuft wurde, entfiel die Entschädigungsfähigkeit bei einer Verfolgung aufgrund der Betätigung. In diesem Denken spielt nicht nur die Trennung zwischen Opfern des Nationalsozialismus und Verfolgten im Sinne der Wiedergutmachungsgesetze eine Rolle, sondern auch eine begriffliche Trennung, die bereits von den Nationalsozialisten in Bezug auf die Astrologen vorgenommen

39 WK Bremen (5.2.1953 – OH 2223/ 51 (E)) RzW 1953, 339; I Becker et al, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 8; H van Dam und H Loos, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Nr 8; KG (10.10.1959 – 13 U Entsch 1277/ 59) RzW 1960, 66; BGH (15.6.1960 – IV ZR 319/ 59 (KG)), RzW 1960, 451.

40 BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

men wurde. Eine Fraktion innerhalb der nationalsozialistischen Ideologie trennte bereits vor dem 9. Juni 1941 zwischen der „wissenschaftlichen“ Astrologie und der gewerblichen Astrologie.⁴¹ Die Wiederaufnahme dieser Abgrenzung durch die Wiedergutmachungskammern nach 1945 bezieht sich auf den Gedanken, dass die Maßnahmen gegen die gewerbliche Astrologie zur Herstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienten und somit eine Ordnungsmaßnahme darstellten, während die Maßnahmen gegen die ernsthaften Astrologen nicht der öffentlichen Ordnung dienten.⁴² Die Trennung etablierte sich unabhängig davon, dass beide Gruppen gleichermaßen von der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften erfasst waren.

In der Wahrnehmung der Wiedergutmachungskammern hatte die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften einen doppelten Charakter. Während die Verfolgung eines ernsthaften Astrologen klar in den Bereich des entschädigungsfähigen Unrechts fiel und somit Ansprüche begründete, wurde die Verfolgung eines nicht ernsthaften Astrologen als ordnungsrechtliches Handeln der Behörden bewertet, das keinen Entschädigungsanspruch begründen konnte. In der Bewertung der Gerichte war die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften zugleich Ausdruck eines regulär funktionierenden Staates und willkürlichem Terror, je nachdem, wie sie nach objektivierten Maßstäben die Gesinnung des Opfers bewerteten. In der Bewertung der Wiedergutmachungskammern können die Verfolgungshandlungen gegen nicht ernsthafte Astrologen dem regulär funktionierenden Staat zugeordnet werden, während die Verfolgung der ernsthaften Astrologen Ausdruck willkürlichen Terrors waren. So führte im Falle Friedrich G.s das Württembergisch-Badische Justizministerium in ihrer Klageerwiderung vom 10. Juli 1951 hierzu aus:

„Der Grund der Schutzhaft war somit eindeutig kein politischer, sondern ein ordnungs- oder sitten- oder gewerbepolizeilicher oder wie man es nennen mag.“⁴³

41 Kurlander (Fn 16) 498; U Schellenger et al, Pragmatic Occultism in the Military History of the Third Reich, in E Kurlander und M Black (Hrsg), Revisiting the “Nazi occult”: histories, realities, legacies (Camden House 2015) 171–172.

42 OLG Frankfurt (6.8.1951 – AZ W 467/51 – I WIKE 117) Abschrift in GLA 480, 3204, Nr 2, Bl 38–39; OLG Frankfurt (13.3.1950 – 2 W 27/50) RzW 1950, 233.

43 GLA, 480, 3204, Nr 2, Bl 22v.

Sowohl die Gerichte als auch die Wiedergutmachungsbehörden legitimierten die Verfolgung von ihnen als gewerblich eingestuften Astrologen mit der vermeintlich ordnungsrechtlichen Notwendigkeit.⁴⁴ Der Verfolgung wurde so ihr Unrechtscharakter in Abrede gestellt. Im Verständnis der Gerichte und der Wiedergutmachungsbehörden waren nicht alle Verfolgungsmaßnahmen der Nationalsozialisten automatisch unrecht. Viel eher unterschieden sie zwischen unrechtmäßiger Verfolgung und vermeintlich normalen ordnungsrechtlichen Maßnahmen. Durch diese Unterscheidung wurden einige Verfolgungsmaßnahmen der Nationalsozialisten als reguläre ordnungsrechtliche Maßnahmen normalisiert.⁴⁵ Das OLG Frankfurt führte hierzu näher aus, dass auch in einem Rechtsstaat gegen diese Personengruppen vorgegangen worden wäre, allerdings mit „gerichtlich strafrechtlicher Verfolgung“, während die Nationalsozialisten „gegen viele an sich kriminelle Handlungen kurzerhand polizeilich“ vorgingen.⁴⁶ Im Verständnis der Gerichte handelte es sich bei den Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften objektiv auch nach 1945 um Kriminelle, deren Verfolgung aufgrund ihrer Betätigung geboten war.

Auffällig ist hierbei, dass sowohl die begriffliche Trennung zwischen ernsthafter und gewerblicher Astrologie als auch ein kriminalisierendes Verständnis der ausgeübten Astrologie so fest verankert war, dass sie nicht angezweifelt werden konnte. Indem sie der Produktion von Sinnhaftigkeit in Bezug auf die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften diene, wurde sie nicht angezweifelt. Anstatt den Gedanken zuzulassen, dass die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften von irrationalen Motiven getrieben war, unterstellten die Gerichte und Wiedergutmachungskammern, dass die Intention der Aktion die Abwehr von objektiv vorhandenen Gefahren war. Die Argumentationsstrategien der Täter wurden so vor Gericht zu historischen Wahrheiten.

44 OLG Frankfurt (6.8.1951 – AZ W 467/51 – I WIKE 117) Abschrift in GLA 480, 3204, Nr 2, Bl 38; LG München (20.04.1954, WI 430/53 I WKV 282/52), Abschrift in GLA, Abt 276–1, 24925, Bl 68; OLG Frankfurt (13.3.1950 – 2 W 27/50) RzW 1950, 233.

45 Vgl zur Normalisierung nationalsozialistischer Verfolgung in anderen Kontexten: S Kühl, *Ganz normale Organisation. Zur Soziologie des Holocaust* (Suhrkamp 2014) 247–294; P Bernhard, *Die ausgebliebene Ahndung. Nationalsozialistische Verbrechen an Tuberkulosekranken, westdeutsche Strafverfolgung und die Konstruktion von „Normalität“ nach 1945* (2023) 47 Vierteljahresschrift für Zeitgeschichte 749, 783.

46 OLG Frankfurt (13.3.1950 – 2 W 27/50) RzW 1950, 233.

2.2. Das Problem der Wehrkraftersetzung

In einer frühen Stellungnahme zur Haftentschädigung des Friedrich G. vom 10. März 1950 führte das Amtsgericht Stuttgart aus, dass „die Verhaftung des G. infolge seiner wissenschaftlichen Tätigkeit als Astrologe [...] wohl als eine rein politische zu werten [sei].“⁴⁷ Ferner merkte der zuständige Amtsrichter bereits in dieser frühen Stellungnahme an, dass Friedrich G. auch aufgrund des Spionageverdachts verhaftet worden sei, jedoch nicht eindeutig festgestellt werden konnte, ab wann dieser Grund für die Schutzhaft überwog.⁴⁸ Während die politischen Gründe klar von dem Begriff des Verfolgten nach § 1 BEG erfasst gewesen wären, hätte die nur vermutete Straftat der Spionage die Verfolgteigenschaft angezweifelt. Im Frühjahr 1950 traf der Amtsanwalt die Entscheidung, dass im Zweifel für die Haftentschädigung entschieden werden müsse.⁴⁹ Dieses Spannungsfeld zwischen politischen bzw. weltanschaulichen Gründen und strafrechtlicher Verfolgung bestimmte das Verständnis der politischen Gegnerschaft nach § 1 BEG und nahm ebenfalls Einfluss auf das Verständnis der Weltanschauung. Ähnlich wie bei der Weltanschauung wurde auch bei dem Begriff der politischen Gegnerschaft weniger auf die Überzeugungen der nationalsozialistischen Machthaber abgestellt, sondern erneut ein objektiverer Maßstab eingeführt, der die innere Gesinnung der Betroffenen bewertete. Sowohl für die Kommentarliteratur als auch für die ständige Rechtsprechung erforderte die „politische Gegnerschaft“ eine „bewährte Grundeinstellung in den Fragen des Verhältnisses zwischen Staat und Einzelpersonlichkeit.“⁵⁰ Entscheidend für die Frage nach der politischen Gegnerschaft war somit nicht, ob die Nationalsozialisten in dem Verfolgten einen politischen Gegner sahen, sondern inwiefern die Gerichte retrospektiv bei diesem eine politische Überzeugung im Sinne ihrer Definition feststellen konnten. Die Definition der politischen Überzeugung wurde so zum Maßstab für die historische Wahrheitsfindung über die politische Gegnerschaft. Wesentlich war hierbei die Abgrenzung von Straftätern. So führten Becker, Huber und Küsters in ihrer Kommentierung des BEG von 1955 aus:

47 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 26.

48 *ibid.*

49 *ibid.*

50 Blessin und Wilden, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Rn 5.

„Bei Verstößen gegen allgemeine Strafrechtsnormen muß nachgewiesen werden, daß das Motiv für ein solches mehrdeutiges Verhalten eindeutig auf der politischen Überzeugung beruht. Dies gilt vor allem für Strafverfolgung wegen verbotenen Umgangs mit Kriegsgefangenen, Abhörens und Verbreitens von Nachrichten ausländischer Sender, Landesverrats, Spionage, Wehrkraftzersetzung, militärischer Verbrechen oder Vergehen wie Kriegsverrat, unerlaubter Entfernung und Fahnenflucht, Dienstpflichtverletzung aus Furcht, Feigheit oder sonstiger strafbarer Verfehlungen gegen die Pflichten militärischer Unterordnung.“⁵¹

Im Ergebnis führte diese Bewertung dazu, dass Verfolgte, die unter Verdacht standen, eine dieser Straftaten begangen zu haben bzw. aufgrund der bloßen Verdächtigung in Schutzhaft genommen wurden, gesondert nachweisen mussten, dass entweder die strafrechtliche Verfolgung oder ihr Aktionismus aufgrund einer politischen Überzeugung erfolgte, die dem objektivierten Maßstab der Gerichte nach 1945 genügte. Zu bemerken ist hierbei, dass die in der Kommentarliteratur gelisteten Straftatbestände auf die Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) vom 17. August 1938 zurückgehen. Die KSSVO wird von den Wiedergutmachungskammern nicht als ein Mittel zur Verfolgung von politischen Gegnern behandelt, sondern als ein reguläres staatliches Mittel zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, obwohl diese bereits am 4. Februar 1946 mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 11 außer Kraft trat.⁵²

Gerade im Zusammenhang der Wiedergutmachung für die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften spielte das Spannungsfeld zwischen politischer Überzeugung und strafrechtlicher Verfolgung eine besondere Rolle, da die Inhaftierungen und Beschlagnahmung regelmäßig mit der Zersetzung der Wehrkraft des deutschen Volkes bzw. der Spionage begründet wurde. So gab auch Friedrich G. in seinem ersten Antrag auf Wiedergutmachung vom 3. Juli 1947 als Grund der Verfolgung bzw. Schädigung „Zersetzung der Wehrkraft des Volkes“ an.⁵³ Bemerkenswert ist hierbei, dass die meisten Wiedergutmachungskam-

51 Becker et al, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG, Nr 51; ähnlich bei Blessin und Wilden, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Rn 18.

52 Art II Nr 1d Kontrollratsgesetz Nr 11 vom 30. Januar 1946.

53 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 1.

mern das Vorliegen dieser Straftaten in der Regel nicht anzweifeln.⁵⁴ Dieser mangelnde Zweifel steht in Zusammenhang mit der gerichtlichen Bewertung der historischen Ursachen für die Aktion gegen Geheimlehren und sogenannten Geheimwissenschaften. Im Diskurs der publizierten Entscheidungen lassen sich zwei Strömungen erkennen, die mit diesem Zusammenhang unterschiedlich umgehen. Während der quantitativ größere Teil der Entscheidungen die These vom pauschalisierten Landesverrat aufstellt und somit die Anschuldigungen der Nationalsozialisten gegenüber den Betroffenen aufrechterhält, widmet sich eine Minderheitsmeinung dem Verhältnis der Nationalsozialisten zu den Grenzwissenschaften.

Für den quantitativ größeren Teil der Gerichte unter anderem dem IV. Zivilsenat des BGH war der Heß-Flug nach Großbritannien im Mai 1941 unbestritten die Ursache für die Verfolgung der Astrologen. Diese Annahme wird auch von Teilen der Kommentarliteratur geteilt.⁵⁵ Der durch die Gerichte angenommenen Zusammenhang zwischen dem Heß-Flug nach Großbritannien und der Verfolgung der Astrologen, liegt in ihrer historischen Beurteilung der Ursachen für den Heß-Flug selbst. So führte das OLG München aus:

„Soweit die Vorgänge im Juni 1941 zur Behandlung stehen, liegt der Anlaß für ein Tätigwerden der Verfolgungsbehörden klar zutage. Damals war Heß ins feindliche Ausland geflohen.“⁵⁶

Ähnlich stellte auch der BGH fest, dass „bis zur Flucht des ‚Stellvertreters des Führers‘ nach England“ eine Verfolgung der Astrologen nicht stattgefunden habe.⁵⁷

Die erste Auffälligkeit bei der Beurteilung der Ereignisse im Sommer 1941 besteht in der Wortwahl der Gerichte bei der Beschreibung von Rudolf Heß' Handlung. Für die Gerichte handelte es sich bei dem Flug Rudolf Heß' im Juni 1941 nach Großbritannien um eine Flucht.⁵⁸ In der Wahrnehmung der Gerichte war der Flug Rudolf Heß' Ausdruck seiner mangelnden

54 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 53–54; OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180; BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

55 Blessin und Wilden, Bundesentschädigungsgesetz Kommentar (Fn 21) § 1 BEG Rn 38.

56 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 54.

57 BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

58 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 54; OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180; BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

Kriegsmoral sowie ein Akt des Landesverrats. Das OLG Hamm argumentiert sogar mit dem hypothetischen Fall, Heß wäre auf seiner Flucht gefasst worden. In diesem Falle, so das OLG Hamm, „hätte man ihn zweifelslos festgesetzt“ und „in ihm einen objektiven Schädling für die Kriegsführung unschädlich gemacht.“⁵⁹ Diese Darstellung ähnelt stark den Äußerungen Hitlers, die er in Anwesenheit des Generalgouverneurs von Polen, Hans Frank, besser bekannt als der „Schlächter von Polen“, bei der Besprechung der Gau- und Reichsleiter am Tag nach dem Flug gemacht haben soll. Laut Frank hätte Hitler Heß als „Deserteur“ bezeichnet, der „für diese Tat als gemeiner Landesverräter“ büßen müsse, sollte er je erwischt werden.⁶⁰ Franks Erinnerungen erschien erstmalig 1953 und wurde bereits 1955 in einer zweiten Auflage nach seinem Tod herausgegeben. Selbst das Institut für Zeitgeschichte verwendete Franks Memoiren als Beweismittel in seinen Gutachten als eine verlässliche Quelle für die Beurteilung des Wahrheitsgehaltes postulierter Sachverhalte.⁶¹

Die Einordnung der Gründe für den Heß-Flug als Landesverrat und Feigheit wurden von den Gerichten auf die Astrologen übertragen, da Heß „Astrologe war“⁶² bzw. als „ihr besonderer Förderer galt“.⁶³ In ihrer Bewertung des Heß-Flugs unterstellten die Gerichte, dass Heß aufgrund seiner Zugehörigkeit zu den Astrologen zu dem Flug nach Großbritannien veranlasst wurde. Auch dieser Zusammenhang lässt sich in Franks Erinnerung an Hitlers Äußerungen am Tag nach dem Flug wiederfinden. So sagte Hitler in der Erinnerung Franks:

„Im übrigen scheint mir dieser Schritt stärkstens mitveranlaßt zu sein von dem astrologischen Klüngel, den Hess um sich in Einfluß hielt.“⁶⁴

Im Ergebnis habe Hitler hieraus, laut Frank, den Schluss gezogen, dass gegen den „astrologischen Klüngel“ vorgegangen werden müsse, da durch diesen die deutsche Lage vorübergehend erschwert sei.⁶⁵ Aus „Im Angesicht des Galgens“ von Hans Frank ergibt sich so eine ganz klare Verbindung

59 OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180.

60 H Frank, Im Angesicht des Galgens. Deutung Hitlers und seiner Zeit auf Grund eigener Erlebnisse und Erkenntnisse (Friedrich Alfred Beck Verlag 1953) 411.

61 GLA, Abt 276–1, 844, Bl 108.

62 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 54; OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180.

63 BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

64 Frank, Im Angesicht des Galgens (Fn 60), 411.

65 *ibid.*

zwischen den Astrologen und dem Heß-Flug. Diese Verbindung wird ebenfalls vom OLG Hamm, dem OLG München und dem BGH anerkannt, sodass eine Übertragung der Vorwürfe des Landesverrats und der Spionage auf Betroffene der Heß-Aktion ermöglicht wurde.⁶⁶

Nach Ansicht der Gerichte erfolgte die Verfolgung der Astrologen zur „Gewinnung von Informationen über die Hintergründe des unheilvollen Entschlusses des zweithöchsten Parteiführers“⁶⁷ sowie zum Erhalt der Kriegsführung. Entscheidend im Zusammenhang des Erhalts der Kriegsführung waren für die Gerichte der „Selbsterhaltungstrieb des Staates in Kriegszeiten“⁶⁸ sowie der Erhalt des „Widerstandswillens des deutschen Volkes“.⁶⁹

Auf Basis dieser Geschichtswahrnehmung gelangten die Gerichte zu dem Ergebnis, dass die Gründe für die Verfolgung der Astrologen keine Verfolgungsgründe im Sinne des § 1 BEG seien. So führte der BGH hierzu aus:

„Lag aber danach der Verhaftungsgrund in der Gefahr der Schwächung des Selbstbehauptungswillens des Deutschen Volkes durch die Betätigung des Klägers als Astrologe, so kann nicht gesagt werden, der Kläger sei auf Grund seiner Weltanschauung verfolgt worden. [...] Erst die in der Betätigung des Klägers wurzelnden Befürchtungen des Nationalsozialismus führten zu seiner Verfolgung.“⁷⁰

In ihrer rechtlichen Bewertung zweifelten die Gerichte die Gefahrenprognose der Nationalsozialisten nicht an. Die Betätigung als Astrologe wurde auch weiterhin von den Gerichten nach 1945 als eine die Kriegsführung objektiv gefährdende Betätigung behandelt, die den Widerstandswillen des deutschen Volkes bedroht habe sowie in Anbetracht des Heß-Fluges das Risiko von Hoch- bzw. Landesverrats in sich barg. Die Paranoia der Nationalsozialisten scheint in der Erinnerung der Gerichte zu einer berechtigten und rationalen Sorge eines Staates in Kriegszeiten zu avancieren. Da die Astrologen in ihrer Betätigung eine objektive Gefährdung der Staatsordnung darstellten, war die Verfolgung in dem Sinne gerechtfertigt, als dass sie Ausdruck der regulären Ordnungsmaßnahmen eines Staates waren

66 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 54; OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180; BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

67 OLG Hamm (6.12.1957 – 13 U Entsch 141/57) RzW 1958, 180.

68 OLG München (12.8.1954 – EG 174/53) RzW 1955, 54.

69 BGH (1.10.1958 – IV ZR 125/58) BeckRS 1958, 31389440.

70 *ibid.*

und nicht im Zusammenhang standen mit den dem Nationalsozialismus eigenen Diskriminierungsgründen. In dem Verständnis der Gerichte und der Wiedergutmachungsämter richtete sich die Wiedergutmachungsgesetzgebung, insbesondere das BEG, nur an Betroffene von Maßnahmen, die aus den dem Nationalsozialismus eigenen Diskriminierungsgründen erfolgten. Auch hier kommt wieder die Trennung zwischen Opfern des Nationalsozialismus und Verfolgten im Sinne der Wiedergutmachungsgesetzgebung zu tragen.

Allerdings teilten nicht alle Gerichte diese Bewertung des Sachverhaltes, was im Wesentlichen von einer abweichenden Geschichtswahrnehmung abhing. In seiner Entscheidung vom 12. Mai 1957 wendete sich das OLG Düsseldorf gegen die vorangegangenen Entscheidungen und die herrschende Literatur. Zentral für die Entscheidung des OLG Düsseldorf war weniger der Heiß-Flug, sondern die grundsätzliche Einstellung des Nationalsozialismus zur Astrologie bzw. den sogenannten Grenzwissenschaften. Die strenge Trennung zwischen der Verfolgung aufgrund der politischen Gegnerschaft bzw. Weltanschauung nahm das OLG Düsseldorf dabei nicht vor. Es orientierte sich zunächst an den von ihm anerkannten historischen Fakten.

Das OLG Düsseldorf ging davon aus, dass bis in den Mai 1941 die Vereinbarkeit der sogenannten Grenzwissenschaften mit dem Nationalsozialismus in den „Kreisen der höchsten Naziführer“ umstritten gewesen sei.⁷¹ Ab Mai 1941 könne jedoch davon ausgegangen werden, „daß die der Astrologie [feindliche] Richtung sich schließlich durchgesetzt [habe]“.⁷² In der Anwendung des § 1 BEG durch das OLG Düsseldorf ist der Erfolg der feindlichen Richtung entscheidend. Laut dem OLG Düsseldorf zeichnete sich die der Astrologie feindliche Richtung dadurch aus, dass sie die Astrologie und die sogenannten Geheimlehren als ein Sammelbecken für politische und weltanschauliche Gegner des Nationalsozialismus sah. Entgegen der vorherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur stellte das OLG Düsseldorf auf die Vorstellungswelt der Nationalsozialisten ab, um den Begriff der Weltanschauung bzw. politischen Gegnerschaft zu bestimmen. Das Verfolgungsmotiv der nationalsozialistischen Machthaber bestand somit laut dem OLG Düsseldorf in den in § 1 BEG gelisteten Gründen. Das OLG Düsseldorf ließ hierfür ausreichen, dass die nationalsozialistischen Machthaber bei der Verfolgung eine politische Gegnerschaft annahmen ganz unabhängig davon, ob diese dem objektivierten Maßstab genügte.

71 OLG Düsseldorf (21.5.1957 – 11 U (Entsch) 103/56) RzW 1958, 15.

72 *ibid.*

Auf die Anschuldigungen der Spionage oder Zersetzung der Wehrkraft des Volkes ging das OLG Düsseldorf nur insofern ein, als dass diese von den Nationalsozialisten gemachten Vorwürfe nicht bestätigt werden könnten.⁷³ In seiner Entscheidung bewertete das OLG Düsseldorf nicht die Motive der Betroffenen, sondern die Handlungsmotive der Nationalsozialisten. Die Rationalität hinter der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften wurde vom OLG Düsseldorf grundlegend in Zweifel gezogen. Für das OLG Düsseldorf war der Heß-Flug für die rechtliche Bewertung der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften nur insoweit von Bedeutung, als dass er eine Zäsur in dem Verhältnis des Nationalsozialismus zu den sogenannten Geheimwissenschaften bildete. Die Hintergründe des Heß-Flugs und deren Begründung einer vermeintlichen Notwendigkeit der Verfolgung der Astrologen beurteilte das OLG Düsseldorf nicht.

Die Position des OLG Düsseldorfs blieb im Diskurs der publizierten Entscheidungen in der Minderheit. Ihre Einschätzung des Sachverhalts konnte sich nicht gegen die These des pauschalisierten Landesverrates der herrschenden Meinung durchsetzen. So hielt auch der IV. Zivilsenat des BGHs in seiner späteren Entscheidung im Oktober 1958 an der These des pauschalisierten Landesverrates fest mit dem Ergebnis, dass Friedrich G. keine Entschädigung gewährt wurde. Dies ist insoweit bemerkenswert, als dass bereits in den 1950er Jahren das Institut für Zeitgeschichte in München⁷⁴ in drei Verfahren Gutachten zu der Verfolgung der Astrologen im Rahmen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften abgegeben hatte. Eines dieser drei Gutachten bezog sich auf die Rückerstattungssache im Fall Friedrich G. In dem Gutachten für Friedrich G.s Verfahren stellte der Gutachter Hans Buchheim 1960 fest:

„Die Maßnahmen gegen die Vertreter der Grenzwissenschaften im Zuge der Hess-Aktion erfolgten also aus politischen Gründen und wurden ermöglicht durch die Eigenarten des nationalsozialistischen Regimes.“⁷⁵

73 *ibid.*

74 Das Institut für Zeitgeschichte wurde 1949 unter dem Namen „Deutsches Institut für Geschichte der nationalsozialistischen Zeit“ auf Anregung der Alliierten als Gemeinschaftsprojekt des Bundes und des Freistaats Bayern ins Leben gerufen. Ziel des Instituts für Zeitgeschichte war die systematische Erforschung der nationalsozialistischen Vergangenheit.

75 GLA, Abt 276–1, 844, Bl 99–100.

Unter dem von Buchheim verwendeten Material ist auch ein Auszug aus einem Geheimerlass Bormanns aus dem Juni 1941 aus dem deutlich hervorging, dass zumindest aus Bormanns Perspektive die „schädlichen Einflüsse der Astrologen, Wahrsager und sonstiger Schwindler ausgeschaltet und durch den Staat unterdrückt werden“ müssten.⁷⁶ Dieses Material verwendeten sowohl das OLG München in einer Rückerstattungsentscheidung vom 23. April 1964 als auch das Oberste Rückerstattungsgericht (ORG) in einer Entscheidung vom 19. Februar 1965, die eine Verfolgteigenschaft nach Art. 1 REG US annahm.⁷⁷ In der Begründung des OLG München wurde auch angeführt, dass dieses Material aus einer Stellungnahme des Instituts für Zeitgeschichte für das Gericht vom 30. April 1953 stammte.⁷⁸ Die Zeugen, die das ORG Mitte der 1960er anhörte, unter denen unter anderem der Sachbearbeiter für Kulturfragen im Stab von Rudolf Heß war,⁷⁹ wurden bereits Mitte der 1950er in einem anderen Verfahren angehört mit dem Ergebnis, dass auch in diesem Verfahren die Verfolgteigenschaft angenommen wurde.⁸⁰

Die Quellen und Materialien, auf die sich die späteren abweichenden Entscheidungen sowie die Entscheidung des OLG Düsseldorf stützten, waren bereits zu Beginn der 1950er Jahre vorhanden und durch das Institut für Zeitgeschichte auch zugänglich. Nichtsdestotrotz führte dieses Material in den frühen 1950er Jahren nicht zu einer Veränderung der historischen Einordnung der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften durch die Gerichte. Für die meisten Gerichte schien während der 1950er das Quellenmaterial verzichtbar für ihre Entscheidungsfindung.

2.3. Eine abgelehnte Wissenschaft?

Mit dem 3. Änderungsgesetz vom 29. Juni 1956 wurde der abschließenden Aufzählung der Verfolgungsgründe aus § 1 Abs. 1 BEG mit der Einfügung des Absatz 2 noch weitere Verfolgungsgründe hinzugefügt, sodass auch die Angehörigen einer vom Nationalsozialismus abgelehnten künstlerischen

76 GLA, Abt 276–1, 844, Bl 105.

77 OLG München (23.4.1964 – WI 7/62) RzW 1964, 304–305; ORG (19.2.1965 – ORG/III/732) RzW 1965, 549–550.

78 OLG München (23.4.1964 – WI 7/62) RzW 1964, 305.

79 ORG (19.2.1965 – ORG/III/732) RzW 1965, 550.

80 LG München (20.4.1954, WI 430/53 I WKV 282/52) Abschrift in: GLA, Abt 276–1, 24925, Bl 68.

oder wissenschaftlichen Richtung Entschädigung nach dem BEG fordern konnten.⁸¹ Hintergrund für diesen Zusatz war die Auslegung des Begriffs der Weltanschauung, der Anhänger wissenschaftlicher und künstlerischer Richtungen im juristischen Verständnis regelmäßig nicht erfasste. Betroffen hiervon waren beispielsweise Künstler, die von den Nationalsozialisten als „entartet“ eingestuft wurden.⁸² Nach 1956 versuchten einige Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften Entschädigung aufgrund der neu eingefügten Tatbestandsmerkmale zu fordern. Unter ihnen war auch Friedrich G.⁸³ Diese Rechtsentwicklung spiegelte sich dann auch in den in der RzW publizierten Entscheidungen wieder. Zwei Entscheidungen der RzW von 1960 widmeten sich der Frage, inwieweit die Grenzwissenschaft bzw. im konkreten Fall das Wünschelrutenwesen eine vom Nationalsozialismus abgelehnte wissenschaftliche Strömung war.⁸⁴

In der Kommentarliteratur war das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer wissenschaftlichen Strömung, dass es sich um „anerkannte Richtungen der Geisteswissenschaften handelt, die vor oder nach der NS-Herrschaft eine ernstzunehmende Beachtung erfuhren.“⁸⁵ Durch den Zusatz, dass die Anerkennung vor oder nach der NS-Herrschaft erfolgt sein muss, wird die Perspektive der NS-Machthaber explizit ausgeschlossen. Auch im Zusammenhang mit der abgelehnten wissenschaftlichen Strömung wird an den Begriff ein objektivierender Maßstab angelegt, der die Perspektive der NS-Machthaber ausschließt. Die historische Wahrheit der Gerichte spart somit die Perspektive der NS-Machthaber systematisch aus.

Dieser objektivierende Maßstab aus der Kommentarliteratur fand Eingang in die publizierte Rechtsprechung zum Begriff der wissenschaftlichen Strömung. So stellte das Kammergericht (KG) in einer Entscheidung vom 10. Oktober 1959 fest, dass „das Wünschelrutenwesen [...] zunächst keine Wissenschaft i.S. dieser Bestimmung“ sei, da es „bisher keine allgemein anerkannte, ernstzunehmende Beachtung im Geistesleben gefunden“ habe.⁸⁶ Das KG zählt das Wünschelrutenwesen zu den „Geheim- und Grenzwissenschaften“, die jedoch nicht unter die wissenschaftlichen Richtungen

81 BGBl Nr 31, 29. Juni 1956, 563.

82 O Küsters, *Weder Politik noch Weltanschauung* (1953) 8 *Juristenzeitung* 187.

83 GLA, 480, 3204, Nr 4, Bl 12.

84 KG (10.10.1959 – 13 U Entsch 1277/59) RzW 1960, 66; BGH (15.6.1960 – IV ZR 319/59 (KG)) RzW 1960, 451–452.

85 Blessin und Wilden, *Bundesentschädigungsgesetz Kommentar* (Fn 21) § 1 BEG Rn 47.

86 KG (10.10.1959 – 13 U Entsch 1277/59) RzW 1960, 66.

des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 BEG fallen würden.⁸⁷ Diese Einordnung begründete das KG damit, dass die Grenzwissenschaften bis zum Flug Rudolf Heß von den Nationalsozialisten unbehelligt geblieben seien und erst danach verfolgt worden seien, da „die *Tätigkeiten* dieser Personen den ns. Machthabern nach dem Englandflug des Rudolf Heß verdächtig oder gefährlich erschienen.“⁸⁸ Durch die Hervorhebung verdeutlicht das Gericht seine Position, dass die Inhaftierung der Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften nicht aufgrund einer geistigen Zugehörigkeit erfolgte, sondern aufgrund der aktiven Betätigung. Die Unterscheidung zwischen der ernsthaften Astrologie, die eine rein geistige Zugehörigkeit sei, und der kommerziellen Astrologie, die sich in der öffentlichen Betätigung ausdrücke, wird aus der Auslegung des Begriffs der Weltanschauung in die Begriffsbestimmung der wissenschaftlichen Strömung übertragen. Auch hier wird die Wertung, dass die Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften aufgrund ihrer Betätigung und nicht aufgrund ihrer Gesinnung verfolgt worden sind, aufrechterhalten. Ein Zusammenhang zwischen Gesinnung und Betätigung in dem Sinne, dass die Betätigung Ausfluss der Gesinnung ist, bleibt dabei unberücksichtigt.

In der Revision der KG-Entscheidung wurde zwar die Auslegung des Wissenschaftsbegriffs des KG vom BGH als zu eng abgelehnt, das Ergebnis jedoch aufrechterhalten, da „das Wünschelrutenwesen von den ns. Machthabern jedenfalls nicht als Wissenschaft *abgelehnt* worden“ sei.⁸⁹ In seiner Begründung des Ergebnisses führte der BGH aus, dass die Feststellung der Ablehnung in den Tatsachenbereich fallen würde und somit das Revisionsgericht binde.⁹⁰ Die Frage, wie der Begriff der Ablehnung auszulegen sei, blieb vom BGH nicht nur unbeantwortet, sondern wurde in den Bereich der Tatsachenwürdigung verschoben.

Die Trennung zwischen der mitunter kommerziellen Betätigung im Bereich der Grenzwissenschaften und der rein geistigen Gesinnung als ernsthafterer Form der Grenzwissenschaft manifestiert sich in allen drei möglichen Verfolgteigenschaften. Die Betätigung liefert in allen drei Konstellationen den Anknüpfungspunkt, die Verfolgteigenschaft nach § 1 BEG abzulehnen, da im Verständnis der Gerichte und Wiedergutmachungsämter

87 *ibid.*

88 *ibid.*

89 BGH (15.6.1960 – IV ZR 319/59 (KG)) RzW 1960, 451.

90 *ibid.*

die Betätigung Auslöser für reguläre ordnungsrechtliche Maßnahmen der nationalsozialistischen Behörden war, die nicht von der Anspruchsgrundlage des BEG erfasst seien. Entgegen der Aufforderung des Gesetzgebers im Zweifel für die Wiedergutmachung zu entscheiden und eine Auslegung, die die Wiedergutmachung erschwere oder vereitle zu verwerfen,⁹¹ legten die Gerichte und Wiedergutmachungsämter das BEG restriktiv aus. So wurde auch in dem ersten Ablehnungsbescheid an Friedrich G. vom 3. Februar 1951 festgestellt:

„Zweifellos stellt Ihre nach keinem Gesetz begründete Inhaftierung ein durch das NS-Regime zugefügtes Unrecht dar. Es ist jedoch nicht Zweck des Entschädigungsgesetzes, alles unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft geschehene Unrecht wiedergutzumachen.“⁹²

Im Verständnis der Gerichte und Wiedergutmachungsämter entstand durch das BEG ein Zweiklassensystem der Betroffenen von nationalsozialistischen Gewaltmaßnahmen. Es gab Verfolgte im Sinne des BEG und es gab Opfer des Nationalsozialismus. Die spärliche Kritik an dieser Trennung⁹³ fand wenig Beachtung und wurde augenscheinlich nicht von den juristischen Zeitgenossen geteilt. Neben der Begründung des limitierten Staatshaushaltes oder dem Verweis auf das 1957 erlassene Allgemeine Kriegsfolgengesetz⁹⁴ schien der Zeitgeist die Trennung dieser beiden Opfergruppen durchaus als sinnvoll und gerecht zu erachten. Vor dem Hintergrund, dass nach 1945 die meisten Deutschen sich selbst als Opfer des Nationalsozialismus wahrnahmen,⁹⁵ war die Einführung einer Zweiklassengesellschaft der Opfer im Hinblick auf die Entschädigung gleichzeitig ein Zugeständnis und eine Abwertung der Betroffenen von nationalsozialistischen Gewaltmaßnahmen. Während jene Betroffene, die anerkannte Verfolgte im Sinne des BEGs waren, als besonders schwer betroffene Opfer hervorgehoben wurden, wurden die restlichen Betroffenen auf eine Stufe mit den Tätern gestellt. Diese Kategorisierung aus den frühen 1950ern

91 Deutscher Bundestag (1955) Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundesergänzungsgesetzes zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BT-Drucksache 1949), 9. Dezember 1955, Bonn, 84.

92 GLA, 480, 3204, Nr 1, Bl 68.

93 Maurer, Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1 BEG (1957) RzW, 337.

94 G Blessin, Wiedergutmachung und Allgemeines Kriegsfolgengesetz (1958) RzW 81.

95 N Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit (Beck 1996) 14.

erhielt sich über die publizierten Entscheidungen und die Kommentarliteratur.

3. *Historische Wahrheit und kollektive Erinnerung*

Der veröffentlichte Diskurs über die Entschädigung der Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften nach dem BEG endete zunächst mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. Juni 1960, lebte jedoch Mitte der 1960er Jahre im Rahmen der Rückerstattung nach dem REG kurzzeitig wieder auf. Die beiden Rückerstattungsentscheidungen von 1964⁹⁶ und 1965⁹⁷ unterscheiden sich nicht nur im Ergebnis von den Entscheidungen zum BEG, sondern auch in der Vorgehensweise. In den Rückerstattungsentscheidungen wurde von den entscheidenden Gerichten ausführlich Beweis erhoben über die historischen Hintergründe der Heß-Aktion. Neben dem Material, dass bereits in einem Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte von 1953 dem OLG München vorlag, wurden Zeugen wie der Sachbearbeiter in Kulturfragen im Stabe Rudolf Heß^c und durchschnittliche Mitglieder der unteren Ränge der NSDAP angehört. Mitte der 1960er versuchten die Gerichte anhand von Quellenmaterial und Zeugenberichten die Geschehnisse zu rekonstruieren. Ihre persönliche Erinnerung spielte in der Entscheidungsfindung keine übergeordnete Rolle mehr.

Obwohl das Quellenmaterial bereits Anfang der 1950er vorhanden war und in Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte den Gerichten verfügbar gemacht wurde,⁹⁸ führte dies nur im Falle des OLG Düsseldorf zu einer näheren Untersuchung der historischen Hintergründe durch die Gerichte. Die Fallakten von Friedrich G. verdeutlichen auch, dass es an Beweisen im Parteivortrag nicht unbedingt mangelte. Viel eher wurden die vorgetragenen Beweise sowohl von den Gerichten als auch von den Wiedergutmachungsbehörden nicht zur Kenntnis genommen.⁹⁹ Sowohl die Entscheidung des OLG Düsseldorf als auch der Parteivortrag Friedrich G.s prallten an der kollektiven Erinnerung der Gerichte und Wiedergutmachungsämter ab. Sie konnten nicht überzeugen. Die Frage ist indes, warum die These des

96 OLG München (23.4.1964 – WI 7/62) RzW 1964, 304.

97 ORG (19.2.1965 – ORG/III/732) RzW 1965, 550.

98 Institut für Zeitgeschichte (IfZ) ID 60/ K 1/2; IfZ ID 60/ K 10/ 1008; IfZ ID 60/ K 14/ 1473; GLA Abt 276–1, 844, Bl 99–100.

99 GLA, 480, 3204, Nr 2, Bl 108.

pauschalisierten Landesverrates und damit der konsekutiven Ablehnung der Verfolgteigenschaft nach dem BEG für die juristischen Zeitgenossen so viel überzeugender war als die Ansicht des OLG Düsseldorf.

Diese Bewertung hängt zunächst mit den Ursprüngen für die Einordnung des Heß-Flugs als Flucht zusammen. Im Mai 1941 führte der Heß-Flug zu einiger Verunsicherung in der deutschen Gesellschaft, da Rudolf Heß sich zunächst einer großen Popularität erfreute und als Stellvertreter des Führers in der Wahrnehmung der deutschen Gesellschaft eine tragende Rolle einnahm. Die Verunsicherung bezog sich nicht nur auf den Flug an sich, sondern wurde wesentlich gespeist von der mangelnden innerdeutschen Berichterstattung über diesen.¹⁰⁰ Die innerdeutsche Berichterstattung beschränkte sich auf zwei parteiamtliche Mitteilungen, die über den Sender des „Großdeutschen Rundfunks“ verlesen und auf den Titelseiten der meisten deutschen Zeitungen abgedruckt wurden.¹⁰¹ Bereits in der zweiten parteiamtlichen Mitteilung wurde eine bestimmte Skepsis gegenüber der esoterischen Tendenz Rudolf Heß verlautbart:

„[...] Rudolf Heß, der seit Jahren, wie es in der Partei bekannt war, körperlich schwer litt, nahm in letzter Zeit steigend seine Zuflucht zu den verschiedensten Hilfen, Magnetisuren, Astrologen, usw. Inwieweit auch diese Personen eine Schuld trifft in der Herbeiführung einer geistigen Verwirrung, die ihn zu diesem Schritt veranlaßte, wird ebenfalls zu klären versucht.“¹⁰²

Bereits in der offiziellen Parteikorrespondenz deuteten die nationalsozialistischen Stellen einen Zusammenhang zwischen Heß' Tendenz zur Esoterik und seinem Flug nach Großbritannien an. Sehr ähnlich erinnerte sich auch Hans Frank an Aussagen Hitlers in dem von ihm im Nürnberger Kriegsgefängnis verfassten Buch „Im Angesicht des Galgens.“¹⁰³ Der angedeutete Zusammenhang zwischen dem Flug und der Beeinflussung durch Anhänger der Esoterik manifestierte sich im Geschichtsverständnis der Gerichte zu einer Tatsache.

Parallel zu der offiziellen innerdeutschen Berichterstattung wurde bei einem Treffen mit dem Führer am 13. Mai 1941 eine Mundpropagandaakti-

100 Nolzen (Fn 15) 143–144.

101 Nolzen (Fn 15) 141–143.

102 Nationalsozialistische Parteikorrespondenz (Gelsenkirchner Allgemeine Zeitung, 14.5.1941) I.

103 Frank (Fn 60) 411.

on geplant, die durch Parteimitglieder und Angehörige auf mündlichem Wege Heß als Verräter diskreditieren sollte.¹⁰⁴ Laut den offiziellen Lageberichten, die zwischen Mitte Mai 1941 und Anfang Juni 1941 entstanden, setzte sich in der NSDAP, ihren Gliederungen und angeschlossenen Verbänden die Ansicht durch, Heß sei ein „Volksverräter“ oder habe Landesverrat begangen.¹⁰⁵ Die Mundpropaganda erreichte zwar kaum die nicht parteigebundene Öffentlichkeit, allerdings erreichte sie aufgrund der Größe der NSDAP fast zwei Drittel der deutschen Bevölkerung.¹⁰⁶ Im Laufe des Sommers 1941 setzte sich die Bewertung des Heß-Flugs als „Verrat“ immer weiter durch, bis sie zu einer Tatsache wurde.¹⁰⁷

Die Überzeugungskraft der These des pauschalisierten Landesverrates basierte im Wesentlichen auf den Propagandaerfolgen der Nationalsozialisten im Sommer 1941. Die Erinnerung, der Heß-Flug sei eine Flucht und damit Hochverrat gewesen, erhielt sich auch noch nach 1945 als unanfechtbarer Fakt. Im Verständnis der Gerichte konnte es sich bei dem Heß-Flug nicht um die schlechte Entscheidung eines Einzelnen handeln. So wie die Gestapo ihre Verhöre von Friedrich G. im Sommer 1941 in seiner Erinnerung immer mit der Frage: „Welche Verbindung hatten Sie zu Hess?“ begann,¹⁰⁸ gingen die Gerichte sowohl in G.s Verfahren als auch in den weiteren Verfahren von einer persönlichen unmittelbaren Verbindung der Betroffenen zu Heß aus. In ihren Entscheidungen bestätigten die Gerichte die Bewertung der Nationalsozialisten, dass es sich bei den Betroffenen der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften zumindest um mittelbare Verschwörer hinter dem Flug Rudolf Heß‘ handelte. In der Wahrnehmung der Gerichte handelte es sich bei den Betroffenen auch nach 1945 nach wie vor um Gefährder, die die öffentliche Ordnung und Sicherheit bedroht hätten. Anhand ihrer Erinnerungen konstruierten die Gerichte in ihren Entscheidungen die historische Wahrheit des unmittelbar durch die Grenzwissenschaftler hervorgerufenen Heß-Flugs.

104 Nolzen (Fn 15) 149.

105 Nolzen (Fn 15) 149–150.

106 Nolzen (Fn 15) 152.

107 M Steinert, Hitlers Krieg und die Deutschen. Stimmung und Haltung der deutschen Bevölkerung im Zweiten Weltkrieg (Econ Verlag, 1970) 193; B Stöver, Volksgemeinschaft im Dritten Reich. Die Konsensbereitschaft der Deutschen aus der Sicht sozialistischer Exilberichte (Droste 1993) 327; I Kershaw, Der Hitler-Mythos. Führerkult und Volksmeinung (Deutsche Verlagsanstalt 1999) 205–206; Nolzen (Fn 15) 146.

108 GLA, 480, 3204, Nr 2, Bl 14.

Auch in Konfrontation mit anderen Bewertungen, wie bspw. der Bewertung durch das OLG Düsseldorf, scheint diese Erinnerung zu stark gewesen zu sein, um alternative Bewertungen in Betracht zu ziehen. Die Stärke der Bewertung des Heß-Flugs als Verrat mit der konsekutiven Verfolgung weiterer vermeintlicher Hintermänner liegt darin, dass sie Sinn erzeugt, wo keiner zu finden ist. Zwischen dem Heß-Flug und der Aktion gegen Geheimlehren und sogenannte Geheimwissenschaften besteht zwar ein offensichtlicher Zusammenhang, dieser beruht jedoch auf den Irrationalitäten eines willkürlich handelnden Staates. In ihrer Bewertung des Heß-Flugs und der anschließenden Verfolgung der Astrologen scheinen die Gerichte das Bild eines rational handelnden Staates zu zeichnen, der nur gegen objektive Gefährder vorgeht. Indem die Wiedergutmachungskammern objektivierte Maßstäbe in der Anwendung des BEG verwendeten, rationalisierten sie das Handeln des nationalsozialistischen Regimes. In der gerichtlichen Bewertung stand der Erhalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nach wie vor über dem Schutz der Rechtsgüter des Individuums mit dem Ergebnis, dass diese Art von Eingriffen nicht entschädigungsfähig nach dem BEG war.

Obwohl die Wiedergutmachungsgesetzgebung augenscheinlich eine rechtliche Auseinandersetzung und Verarbeitung des Nationalsozialismus forderte, führte dies nicht zu Zweifeln an der Wahrnehmung der deutschen Gesellschaft selbst, ein Opfer des Nationalsozialismus gewesen zu sein.¹⁰⁹ Das Zweiklassensystem der Opfer, das die Rechtsprechung und herrschende Literatur bei der Auslegung der Wiedergutmachungsgesetzgebung schuf, stellte einen Ausgleich zwischen dieser Selbstwahrnehmung und der Wiedergutmachungsgesetzgebung her. Während sich die Wiedergutmachungsgesetzgebung explizit nur an bestimmte Opfer des Nationalsozialismus richtete, erfasste es nicht die Gesamtheit der deutschen Bevölkerung, die sich nichtsdestotrotz als Opfer wahrnehmen konnte. Die enge Auslegung der Voraussetzung der Verfolgungseigenschaften unterstellte einen gesetzgeberischen Willen, der nur einige wenige Opfergruppen entschädigen wollte.

Die historische Wahrheit der Gerichte und Wiedergutmachungsämter in den frühen Nachkriegsjahren war geprägt von der kollektiven deutschen Erinnerung an den Nationalsozialismus, in der bestimmte Teile als böse

109 R Moeller, *War stories: the search for a usable past in the Federal Republic of Germany* (University of California Press 2001) 49; P Gassert, *Zwischen „Schweigen“ und „Bewältigen“*. Die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus in der Ära Adenauer, in M Hochgeschwender (Hrsg), *Epoche im Widerspruch. Ideelle und kulturelle Umbrüche der Adenauerzeit* (Bouvier Verlag 2011) 197.

und andere als gut erinnert wurden. In dieser Dichotomie wurde auch der Anwendungsbereich der Wiedergutmachungsgesetze gedacht. Nicht alle Verfolgungshandlungen der Nationalsozialisten waren in dem Sinne verwerflich, dass sie zur Entschädigung berechtigten, viel eher waren sie aus der Perspektive der Gerichte und Wiedergutmachungsämter ordnungsrechtlich notwendig. Opfer dieser vermeintlichen Notwendigkeiten gehörten aus der Perspektive der Gerichte und Wiedergutmachungsämter nicht zu dem enggesteckten Opferkreis der Wiedergutmachungsgesetzgebung. Viel eher stellte die Wiedergutmachungsgesetzgebung aus dieser Perspektive auf den als böse verstandenen Teil der nationalsozialistischen Herrschaft ab.

Das Ordnungsdenken der Nationalsozialisten wurde so von den Gerichten nicht angezweifelt, dafür jedoch die moralische Gesinnung der Opfer. So kritisierte auch Friedrich G. in der Begründung seiner Klage vom 5. März 1951:

„[...] der Sachbearbeiter vermeidet [es, M.G.], sich auf den Standpunkt der Nazis von damals zu versetzen.“¹¹⁰

Sich auf den Standpunkt der Nationalsozialisten von damals zu versetzen, hätte die Erkenntnis der Irrationalität und Willkür der Verfolgungshandlungen durch die Nationalsozialisten bedeutet und damit gleichzeitig die Erinnerung an den geordneten Staat hinterfragt. Sowohl die Gerichte, als auch die Wiedergutmachungsämter vermieden es indes, den Standpunkt der Nationalsozialisten nachzuvollziehen und zu bewerten. Stattdessen reproduzierten sie den Standpunkt der Nationalsozialisten unreflektiert in ihren Wiedergutmachungsentscheidungen. In der Anwendung des BEG unterstellten die Gerichte nach wie vor die Wahrheit des nationalsozialistischen Narrativs der Geschehnisse im Sommer 1941, sowie die Sinnhaftigkeit der Verfolgungsmaßnahmen.

110 GLA, 480, 3204, Nr 2, Bl 14.

Glaube, Normen, Tatsachen? Historische Wahrheitsfragen zwischen Theologie, Geschichte und Rechtswissenschaft

Malte Dücker

1. Wahrheit und Geschichte – Objektivitätsgebote und Normativität

Leopold von Ranke (1795–1886) gehört noch immer zu den Gründervätern der modernen Geschichtswissenschaft, mit denen es sich schon in den Einführungsveranstaltungen des Geschichtsstudiums auseinanderzusetzen gilt. 1824 formulierte er in der Vorrede zu seinen berühmten „Geschichten der romanischen und germanischen Völker“ den später für eine ganze Forschungsdisziplin programmatisch aufgefassten und häufig zitierten Anspruch: „Man hat der Historie das Amt, die Vergangenheit zu richten, die Mitwelt zum Nutzen zukünftiger Jahre zu belehren, beigemessen: So hoher Ämter unterwindet sich gegenwärtiger Versuch nicht: Er will bloß sagen, wie es eigentlich gewesen.“¹

Das hier formulierte Objektivitätsgebot hat Ranke nicht erfunden. Er verweist mit seinem berühmten Zitat vielmehr auf den griechischen Geschichtsschreiber Thukydides², der schon bei der Beschreibung des Peloponnesischen Krieges und seiner Vorgeschichte darum bemüht war, den „tatsächlichen“ Ereignissen nachzuspüren und nicht den erstbesten Erzählungen auf den Leim zu gehen.³ Dennoch hat sich unter Althistoriker:innen die Einschätzung durchgesetzt, dass man den antiken Historiographen so vorschnell nicht zum Kronzeugen der modernen Geschichtswissenschaft erklären sollte.⁴ Der britische Historiker John H. Arnold vertrat in seiner im Jahr 2000 erschienen „Very short introduction“ in die Geschichtswissenschaft die bemerkenswerte These, dass die Idee der „Verteidigung

1 L von Ranke, *Geschichte der romanischen und germanischen Völker von 1494–1535*, Erster Band (Georg Reimer 1824) V–VI.

2 Vgl RS Stroud, „Wie es eigentlich gewesen“ and Thucydides 2.48.3 (1987) 115 *Hermes* 379.

3 Vgl A Tsakmatis, *Von der Rhetorik zur Geschichtsschreibung. Das „Methodenkapitel“ des Thukydides (1,22, 1–3)* (1998) 141 *Rheinisches Museum für Philologie* 239.

4 Vgl N Loraux, *Thucydides is not a colleague* (Original 1980) in J Marincola (Hrsg), *Greek and Roman Historiography* (Oxford University Press 2011) 19.

der Wahrheit“ in der Geschichtswissenschaft ihre Ursprünge in den Religionskonflikten der Frühen Neuzeit habe.⁵ Protestantische und katholische Theologen zogen in den zahlreichen Streitschriften, die in der Zeit der europäischen Konfessionalisierung erschienen sind, mit Vorliebe historische Exempla zur Unterstützung ihrer theologischen Argumentation heran, um die „Wahrheit“ ihrer Glaubensaussagen zu beweisen.⁶ Das historische Exemplum spielte für die theologische Debatte schon immer eine nicht unwesentliche Rolle.⁷ Doch der Bedeutungszuwachs von Ordnungsdanken und Reinheitsvorstellungen in der Frühen Neuzeit ließ auch die Frage nach der „Wahrheit“ stetig an Bedeutung gewinnen.⁸ Und diese Vorstellung, dass „Wahrheit“ ausgerechnet in der Vergangenheit zu finden wäre, ist eine Idee, die – so die These meines Textes – bis heute ihren Reiz nicht eingebüßt hat.

Die Frage nach der „Wahrheit“ der Geschichte ist nämlich immer auch eine normative, deren Bedeutung im Mittelalter und der Frühen Neuzeit ganz wesentlich von der strukturell weltanschaulichen Verflechtung von Theologie und Rechtsprechung bestimmt gewesen ist. Auch wenn im modernen Rechtsstaat Religion und Judikative voneinander getrennt sind, ist es schon angesichts dieser historischen Verflechtung wichtig, theologische und historische Wissenschaftsperspektiven ins interdisziplinäre Gespräch zu bringen, will man sich mit der Bedeutung von „Wahrheitsargumenten“ in der Geschichtswissenschaft auseinandersetzen. Im folgenden Beitrag möchte ich daher aus meiner Perspektive als christlicher Theologe skizzieren, wie die Frage nach der theologischen „Wahrheit“ auch nach der Aufklärung weiterhin ganz maßgeblich von der Auseinandersetzung mit der Vergangenheit bestimmt gewesen ist und fragen, welche Bedeutung „post-moderne“ Perspektiven, die diesen Wahrheitsanspruch in Frage stellen, für das theologische Arbeiten in der Gegenwart haben können. Bereichernd ist dabei auch ein Blick in rechtsgeschichtliche Diskurse, die die Anfragen des sogenannten „linguistic turn“ – so scheint es mir zumindest – mit bemerkenswerter Offenheit rezipiert haben. Zunächst aber zurück zur Theologie:

5 JH Arnold, *Geschichte. Eine kurze Einführung* (Original 2000, Reclam 2001) 52.

6 *ibid* 52–53.

7 Etwa im sogenannten „Investiturstreit“, vgl HW Goetz, *Geschichte als Argument. Historische Beweisführung und Geschichtsbewusstsein in den Streitschriften des Investiturstreits* (1987) 245 *Historische Zeitschrift* 31.

8 Vgl P Burschel, *Die Erfindung der Reinheit. Die europäische frühe Neuzeit als Epoche, in der die Reinheit als kultureller Code entstand* (Wallstein 2014).

2. „Historische Zufallswahrheiten“ und ihre Bedeutung für die Theologie

Die Frage nach der „Wahrheit“ ist für das Christentum zweifellos nicht ganz unerheblich. τί ἐστὶν ἀλήθεια? – „Was ist Wahrheit?“. Mit dieser berühmten im Johannesevangelium (Joh 18, 38) überlieferten Frage reagiert der römische Statthalter Pontius Pilatus auf die Aussage des bereits verhafteten Jesus von Nazareth, dieser sei auf die Welt gekommen, „um die Wahrheit zu bezeugen“ („ἵνα μαρτυρήσω τῇ ἀληθείᾳ“, Joh 18, 37). Der johanneische Jesus wiederholt damit einen Anspruch, den er vier Kapitel zuvor bereits erhoben hatte: „Ich bin der Weg und die Wahrheit und das Leben niemand kommt zum Vater denn durch mich“ (Joh 14,6). Die Definition der „Wahrheit“ ist im Neuen Testament (wie so vieles) keineswegs eindeutig geklärt und beschäftigt seit jeher die exegetische und theologische Forschung. Diese Debatten können im Folgenden nicht in der gebotenen Komplexität dargestellt werden, zumal theologische Auseinandersetzungen um die „Wahrheitsfrage“ freilich nicht losgelöst von philosophischen Wahrheitstheorien betrachtet werden können.⁹ Festgehalten werden kann allerdings, dass „Wahrheit“ im theologischen Sinn natürlich eine normative Dimension, darüber hinaus aber auch eine heilsgeschichtliche, in der johanneischen Theologie gar christologische Dimension zukommt.

Von dieser theologischen Perspektive hat sich die moderne Geschichtswissenschaft in Folge der europäischen Aufklärung zunehmend verabschieden wollen. Die Auseinandersetzung mit der Geschichte behält zwar theologisch weiterhin eine zentrale Bedeutung, sie tritt nun allerdings nicht als Anwältin, sondern vielmehr als Kritikerin der Theologie in Erscheinung. Im 18. Jahrhundert wurde die historische Plausibilität der biblischen Überlieferung nämlich zunehmend in Frage gestellt. Als berühmtestes Beispiel ist hier zweifellos auf den Aufklärungsphilosophen und Dramatiker Gotthold Ephraim Lessing (1729–1781) zu verweisen, der in den 1770er Jahren mit der Veröffentlichung der „Fragmente eines Unbekannten“ den sogenannten „Fragmentenstreit“ – eine der größten Kontroversen zwischen lutherischer Amtstheologie und Aufklärungsphilosophie – auslös-

9 Vgl. dazu IU Dalferth und U Stoellger, Wahrheit, Glaube und Theologie. Zur theologischen Rezeption zeitgenössischer wahrheitstheoretischer Diskussionen (2001) 66 Theologische Rundschau 36; grundlegend auch: W Pannenberg, Was ist Wahrheit (1962), in W Pannenberg, Grundfragen systematischer Theologie. Gesammelte Aufsätze, 1. Band (3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1979) 202.

te.¹⁰ Die auf den Hamburger Gymnasialprofessor Hermann Samuel Reimarus (1694–1768)¹¹ zurückgehenden Texte verwiesen auf zahlreiche innere Widersprüchlichkeiten der biblischen Textüberlieferung und kritisierten – ähnlich wie die Schriften des schottischen Aufklärers David Hume (1711–1776) – den biblischen Wunderglauben.¹²

Lessing selbst ging in seiner Kritik sogar noch weiter. Als der lutherische Theologe und in Hannover tätige Lyzeumsdirektor Johann Daniel Schumann (1714–1787) mit der Schrift „Ueber die Evidenz der Beweise für die christliche Religion“ das zweite Fragment des Reimarus zu widerlegen versuchte, veröffentlichte der Wolfenbütteler Bibliothekar seine berühmte Replik mit dem Titel „Ueber den Beweis des Geistes und der Kraft“¹³. Lessing wandte sich darin ganz grundsätzlich gegen die Auffassung, die Theologie könne die Richtigkeit ihrer Aussagen mit Verweis auf die biblischen Erzählungen belegen. Als Mensch des 18. Jahrhunderts, „in welchem es keine Wunder mehr“ gebe,¹⁴ könne man nicht so ohne weiteres an Wunder glauben, nur weil darüber in Jahrhunderte alten Texten berichtet werde. Vor den eigenen Augen geschehene Wunder könnten nach Lessing durchaus „unmittelbar“ wirken.¹⁵ „Die Nachrichten von erfüllten Weissagungen und Wundern“ müssten aber „durch ein Medium“ wirken und verlören dabei reichlich Überzeugungskraft.¹⁶ Mit der „historische Wahrheit“ werde es schwieriger, je länger eine Sache vergangen ist und selbst das, was „bei glaubwürdigen Geschichtsschreibern“¹⁷ zu lesen sei, könne doch niemals „so gewiß“ sein, wie das, was man selbst augenscheinlich erfahre.¹⁸ Lessing zieht daher sein berühmtes Fazit: „zufaellige Geschichtswahrheiten

10 Zu Lessings Kritik am Christentum vgl. H. Kerber, *Die Aufklärung der Aufklärung. Lessing und die Herausforderung des Christentums* (Wallstein Verlag 2021).

11 Vgl. M. Mulzer, Art. „Reimarus, Hermann Samuel“, *WiBiLex – Das wissenschaftliche Bibellexikon im Internet*, <https://bibelwissenschaft.de/stichwort/36322/> (abgerufen am 1.9.2023).

12 Vgl. JA Steiger, *Hermann Samuel Reimarus und die Wunderkritik im aufgeklärten Zeitalter* (2006) 26 *Auskunft. Zeitschrift für Bibliothek, Archiv und Information in Norddeutschland* 203.

13 GE Lessing, *Ueber den Beweis des Geistes und der Kraft*. An den Director Schumann, zu Hannover (Braunschweig 1777), <https://mdz-nbn-resolving.de/details:bsbl0927792> (abgerufen am 1.9.23).

14 *ibid.* 6.

15 *ibid.* 7.

16 *ibid.*

17 *ibid.* 8.

18 *ibid.*

koennen der Beweis von nothwendigen Vernunftwahrheiten nie werden.“¹⁹ Wichtig ist festzuhalten, dass der beruhmte Dramatiker damit die prinzipielle Existenz theologischer und historischer Wahrheiten nicht negierte. Die „historische Wahrheit“ ist aber gewissermaßen hochgradig fluichtig und es muesse daher stets abgewogen werden, ob aus den historischen Berichten uiberhaupt gegenwaertige Schluesse gezogen werden koennen. Selbst bei einer historisch kaum angezweifelte Person wie Alexander dem Groeoen koenne man sich nie ganz sicher sein, ob nicht auch dessen behauptete Existenz – letztlich wie die der homerischen Helden Trojas – nur auf ein „Gedicht“ zurueckzufuehren sei.²⁰ Zur Begrueundung von etwas so Gewichtigem wie ewig gueltigen „Vernunftwahrheiten“ eigne sich die Geschichte deshalb nicht. Wie der „garstige breite Graben“²¹, der Geschichte und Gegenwart trennt, theologisch „uebersprungen“ werden kann, ist fuur Lessing letztlich eine Glaubensfrage.

Man koennte nun annehmen, dass in der Tradition Lessings die Beschaeftigung der Theologie mit „historischen Wahrheiten“ eigentlich zu verabschieden waere. Trotz der oder gerade im Anschluss an die Kritik Lessings entwickelte sich in der evangelischen Theologie aber eine Auslegungstradition, die fuur den landeskirchlichen Protestantismus in Deutschland bis heute eine nahezu identitaetsstiftende Funktion einnimmt.²² Die „historisch-kritische Exegese“ versucht ganz explizit mit Methoden der modernen Geschichtswissenschaft und der Philologie, die Bibel quellenkritisch zu untersuchen und gewissermaßen die „Texte hinter den Texten“ zu rekonstruieren.²³ Theologen wie Johann Gottfried Eichhorn (1752–1827) suchten in dieser Tradition nach einer Art „Urevangelium“, in dem die urspruengliche Wahrheit des Christentums zum Vorschein kommen sollte.²⁴ Getragen wurde diese Forschung von der Annahme, dass in den biblischen Texten auftretende Widerspruechlichkeiten vor allem einer spaeteren Verfalschung

19 *ibid* 9.

20 *ibid* 11.

21 *ibid* 13.

22 S Vollenweider, Die historisch-kritische Methode – Erfolgsmodell mit Schattenseiten: Ueberlegungen im Anschluss an Gerhard Ebeling (2017) 114.3 Zeitschrift fuur Theologie und Kirche 243, 249.

23 Zur Geschichte der historisch-kritischen Exegese vgl S Alkier, Neues Testament (Narr Francke Attempto 2010) 113–139.

24 Vgl M Munzer, Art „Eichhorn, Johann Gottfried“, WiBiLex – Das wissenschaftliche Bibellexikon im Internet, <https://bibelwissenschaft.de/stichwort/16980/> (abgerufen am 1.9.2023).

durch Redaktoren geschuldet sei. Die Suche nach dem „historischen Leben Jesu“ erfreut sich in der Theologie des 19. Jahrhunderts einer so großen Beliebtheit, dass der „garstige Graben“ dabei fast ebenso in Vergessenheit geriet wie die Tatsache, dass viele der historistischen Rekonstruktionsversuche angeblicher „authentischer Jesus-Worte“ auf historisch sehr wackeligen Vorannahmen beruhten. Noch 1965 meinte der lutherische Theologe Joachim Jeremias (1900–1979) in seiner viel beachteten Arbeit über „Die Gleichnisse Jesu“ in der Tradition Adolf Jülichers (1857–1938) aus der textlichen Überlieferung der biblischen Texte „von der Urkirche zu Jesus zurück“²⁵ den „ursprünglichen Klang“ der Gleichnistexte ohne verfälschende „Ausschmückungen“²⁶ rekonstruieren zu können. Nicht immer explizit formuliert, ist das diesen Versuchen implizite theologische Programm, mit den vermeintlich „authentischen“ historischen Worten Jesu eine auch theologisch bedeutsame „Vernunftwahrheit“ mit den präzisen Methoden einer aufgeklärten Textwissenschaft herauszudestillieren. Das methodische Instrumentarium des Ranke’schen Historismus verführte auch die Theologie dazu, den „Sprung über den Graben der Geschichte“ zu wagen, in der durchaus romantisierenden Hoffnung, dort Klarheit, Ordnung und Wahrheit – frei von den theologischen Kontaminationen der Kirchengeschichte – zu finden. Eine (lang vergangene) „Urgeschichte“ wird hier zur Projektionsfläche für die normative Wahrheitssuche in der Gegenwart.

Diese Fixierung auf die Geschichte ist innerhalb der Theologie des 20. Jahrhunderts immer mal wieder in die Kritik geraten. Bei dem Versuch, „herauszufinden, wie es eigentlich gewesen“ sei, habe die Exegese gewissermaßen ihre spezifisch theologische Dimension verloren. Insbesondere Karl Barth (1886–1968) – einer der einflussreichsten protestantischen Theologen des 20. Jahrhunderts – und die von ihm maßgeblich mitgeprägte sogenannte „Dialektische Theologie“ wandte sich nach dem Ersten Weltkrieg gegen die liberalprotestantische Dominanz des Historismus, da dieser die theologische Wahrheit der biblischen Offenbarung relativiere und die Wahrheit damit der Beliebigkeit anheimfallen lasse. Methodisch blieb aber auch Barth der historisch-kritischen Herangehensweise treu.²⁷ Im Vorwort zur zweiten Auflage seines berühmten, programmatischen Textes über den neutestamentlichen Römerbrief von 1919/1922 forderte er, die historisch-

25 J Jeremias, *Die Gleichnisse Jesu* (Evangelische Verlagsanstalt 1965) 19.

26 *ibid* 23.

27 Vgl auch M Weinrich, *Karl Barth. Leben – Werk – Wirkung* (Vandenhoeck & Ruprecht 2019) 168–176.

kritische Methode müsse „kritischer“²⁸ werden in dem Sinne, dass das exegetische Arbeiten sich nicht auf eine distanziert-analytische, historische Perspektive beschränken dürfe, sondern nach einer „eigentlichen“ theologisch Aussage zu suchen habe.²⁹ Dass aber die historische und die gegenwärtige theologische „Wahrheit“ eines Bibeltextes nicht einfach gleichzusetzen seien, kritisierte schließlich Barths theologischer Zeitgenosse Rudolf Bultmann (1884–1976)³⁰ und machte damit den altbekannten „Graben“ wieder zum Thema. Bultmann erlangte insbesondere durch seine – zur Zeit der Veröffentlichung kirchlich außerordentlich umstrittene – Forderung der „Entmythologisierung“ der biblischen Texte große Berühmtheit.³¹ Er ist noch einmal deutlich skeptischer, was die Wundergeschichten der Bibel betrifft als der Aufklärer Lessing gut anderthalb Jahrhunderte vor ihm. „Mythische Rede“ sei „für den Menschen von heute unglaublich.“³² Man könne nicht „elektrisches Licht und Radioapparat benutzen“ und „gleichzeitig an die Geister- und Wunderwelt des Neuen Testaments glauben.“³³ Bultmann vertritt aber kein klassisch liberal-theologisches Programm, das vor allem den historischen, ethischen Kern der biblischen Erzählungen freizulegen versucht. Er ist doch so sehr christlicher Theologe, dass es ihm vor allem um die „Verkündigung“ (gr. „κήρυγμα“) von Jesus Christus als Heilsbotschaft geht. Der verkündigte, „kerygmatische“ Christus steht also im Zentrum des Interesses und nicht die historische Figur. Aufgabe der Theologie sei es, die theologische „Wahrheit des Kerygmas als Kerygma für den nicht mythologisch denkenden Menschen aufzudecken.“³⁴ Maßgeblich durch die Philosophie seines Marburger Kollegen Martin Heidegger (1889–

28 K Barth, *Der Römerbrief*. Zweite Fassung – 1922 (Karl Barth, Gesamtausgabe, Bd 47/ Abt II, C van der Kooi und K Tolstaja (Hrsg), Theologischer Verlag Zürich 2010) 14.

29 Weinrich (Fn 27) 169.

30 Vgl dazu ausführlicher K Schmid, *Sind die Historisch-Kritischen kritischer geworden? Überlegungen zu Stellung und Potential der Bibelwissenschaften* (2011), Zurich Open Repository and Archive, <https://doi.org/10.5167/uzh-68230> (Stand: 1.9.2023). Druckfassung: K Schmid, *Sind die Historisch-Kritischen kritischer geworden? Überlegungen zu Stellung und Potential der Bibelwissenschaften* (2011) 25 *Jahrbuch für biblische Theologie* 63.

31 R Bultmann, *Neues Testament und Mythologie. Das Problem der Entmythologisierung der neutestamentlichen Verkündigung* (96 Beiträge zur Evangelischen Theologie, Nachdruck der 1941 erschienenen Fassung, G Ebeling (Hrsg), Chr Kaiser Verlag 1985).

32 *ibid* 14.

33 *ibid* 16.

34 *ibid* 28.

1976) beeinflusst plädierte Bultmann daher für die „existenziale Interpretation der mythologischen Begrifflichkeiten“³⁵. Für seine Thesen wurde er zeitgenössisch stark angefeindet, war für die Evangelische Theologie nach dem Zweiten Weltkrieg aber enorm einflussreich und wird noch heute diskutiert.³⁶ Auch wenn Bultmann mit seiner Absage an die Konzentration auf den „historischen Jesus“ die Tür für die Debatte um das Verhältnis von historischer und theologischer „Wahrheit“ durchaus öffnete, blieb er als wichtiger Vertreter des historisch-kritischen Exegese³⁷ dieser Methode doch zeitlebens verbunden. Die Suche nach theologischer „Wahrheit“ war also bis weit ins 20. Jahrhundert hinein ganz maßgeblich mit der Idee der historischen Rekonstruktion verknüpft, wenngleich Theologen wie etwa Rudolf Bultmann den Sprung über Lessings „Graben“ der Geschichte nur im Kontext existenzieller Glaubensfragen für möglich hielten und nicht etwa als Beweisziel theologischer Wissenschaft verstanden. Erst seit den 1970er Jahren hat sich die methodische Diskussion in den Bibelwissenschaften erweitert und auch die Suche nach Alternativen zum althergebrachten historisch-kritischen Instrumentarium begonnen.³⁸

Um dies zu verstehen, scheint erneut ein fachlicher Perspektivwechsel hilfreich. Nicht ganz unschuldig an der Neuausrichtung der Bibelwissenschaften sind nämlich wissenschaftstheoretische Entwicklungen, die vor allem auch die historischen Wissenschaften in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend vor methodische Herausforderungen stellten.

3. Dichtung und Wahrheit: Geschichtstheorie und die Postmoderne

Gegen Rankes klassisches Objektivitätsdiktum wurden vor allem jene philosophischen Überlegungen und Texttheorien ins Felde geführt, die Jean-François Lyotard 1979 unter dem bis heute schillernden Begriff „Postmo-

35 *ibid.*

36 Vgl. U. Schnelle, *Der Sinn des Mythos in Theologie und Hermeneutik* (Evangelische Verlagsanstalt 2023) 50–57.

37 Vgl. insbesondere R. Bultmann, *Die Geschichte der synoptischen Tradition* (Vandenhoeck & Ruprecht 1921).

38 Vgl. etwa S. Alkier, *Wunder und Wirklichkeit in den Briefen des Apostels Paulus. Ein Beitrag zu einem Wunderverständnis jenseits von Entmythologisierung und Rehistorisierung* (Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament 134, Mohr Siebeck 2001).

derne“ subsumierte.³⁹ Die neuen, sich meist als „kulturwissenschaftlich“ verstehenden Forschungsperspektiven haben auch die Frage nach der „Wahrheit“ aller historischen Disziplinen neu aufgeworfen. Die einstmals so gewisse Trennung zwischen (literarischer) „Dichtung“ und historischer „Wahrheit“, die sich bis in die antike Poetik des Aristoteles oder in die Schriften Lukians von Samosata zurückverfolgen lässt, wurde von Theoretikern wie Roland Barthes (1915–1980), Michel Foucault (1926–1984), Julia Kristeva (*1941) oder Hayden White (1928–2018) für unzureichend erklärt. Im Zuge des sogenannten „linguistic turn“ betonte man stattdessen die Bedeutung der Sprache für die Weltwahrnehmung aller Art. Zeichentheorie und Semiotik wurden zu Kronzeugen der neuen *Kulturwissenschaften*, deren Einflussphäre bis in die „klassischen“ Geisteswissenschaften hineinreichte und dort zunehmend als Bedrohung interpretiert worden ist.

Erhellend ist in diesem Zusammenhang ein Blick in einen Sammelband, der zur Jahrtausendwende vom langjährigen Direktor des damaligen *Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* Dieter Simon (*1935) und mit seinem Schüler Rainer Maria Kiesow (*1963) zum „Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft“⁴⁰ herausgegeben wurde. Darin sind mit Beiträgen von Egon Flaig (*1949), Hans-Ulrich Wehler (1931–2014) und Hayden White wichtige Antipoden der damaligen Debatte versammelt, deren Grundkonflikt schon in der von Kiesow verfassten Einleitung mit großer Formulierfreude beschrieben wird. Kiesow verweist auf die antiken Ursprünge der Historiographie, der die Kunst als „Hebamme“⁴¹ gedient habe, zugleich aber auch auf ihre Konstitution als akademische Wissenschaft an der Universität des 19. Jahrhunderts, die ganz maßgeblich vom Quellenpositivismus des Historismus geprägt wurde. Man könne die Geschichtswissenschaft aus diesem Kontext heraus gewissermaßen als „wahrheitssüchtig“⁴² verstehen, doch bei aller disziplinierten, am Ideal (freilich unerreichbarer) Objektivität orientierter Forschungsarbeit, habe man sich doch einzugestehen, dass die pluralen Deutungsangebote der Gegenwart Geschichte als gegenwärtige Erinnerung auch jenseits des Wissenschaftsbetriebs in zahlreichen – mal mehr, mal weniger fiktionalen, teils popkul-

39 JF Lyotard, *La condition postmoderne* (Éditions de Minuit 1979).

40 RM Kiesow und D Simon (Hrsg), *Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Zum Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft* (Campus 2000).

41 RM Kiesow, *Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Eine Vorbemerkung*, in RM Kiesow und D Simon (Hrsg), *Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Zum Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft* (Campus 2000) 7, 8.

42 *ibid* II.

turellen – Erzählungsangeboten fortwährend „neu schaffen“: „In dieser Gegenwart entkommen die Historiker der Kunst und der Poesie nicht.“⁴³

Auch in den einzelnen Aufsätzen des Bandes wird mit scharfen Argumenten gefochten, die zuweilen die Polemik nicht scheuen. Zwar darf Hayden White mit Verweis auf Roland Barthes und Jacques Derrida ein weiteres lesenswertes Plädoyer für die ästhetischen Möglichkeiten moderner Literatur als angemessene Ausdrucksform historischer „Wahrheiten“ veröffentlichen,⁴⁴ zugleich gibt es aus der etablierten Historikerkunft Deutschlands aber auch reichlich Gegenwind. Insbesondere Hans-Ulrich Wehler nahm als Angehöriger der „Bielefelder Schule“ in seinem Beitrag kein Blatt vor den Mund. Der berühmte Historiker wandte sich vordergründig zwar vor allem gegen einen im selben Band abgedruckten Beitrag von Hans Dieter Kittsteiner, er holte aber auch zum Schlag gegen poststrukturalistische Tendenzen in der Geschichtswissenschaft insgesamt aus, die er mit dem Schlagwort „neuere Kulturgeschichte“ umschreibt. Dieser fehle es nämlich massiv an methodischer Professionalisierung, bei gleichzeitiger Unfähigkeit sachliche Kritik anzunehmen.⁴⁵ Wie mit diesem Sachlichkeitsanspruch Wehlers die darauf folgende Polemik gegen die neueren Geschichtstheorien vereinbar sein kann, vermag ich nicht zu erklären (etwa Michel Foucault wird in der sich anschließenden Wehler'schen Schimpftirade als „intellektuell unredlicher, von jeder Kenntnis der Hermeneutik unbeleckter, kryptonormativistischer ‚Rattenfänger‘ für die postmoderne Verwilderung“⁴⁶ bezeichnet). Bei näherem Hinsehen wird dann aber doch deutlich, dass Wehler vor allem eine Debattenkultur kritisiert, die den „Monotheismus einer einzigen Geschichtsphilosophie“⁴⁷ vertrete; methodische Vielfalt sei der Geschichtswissenschaft grundsätzlich ja durchaus zuträglich. „Theoretische Mängel“ attestiert auch Egon Flaig den neuen Ansätzen, die vor allem vom Dekonstruktivismus beeinflusst seien. Dieser leugne in seiner Fokussierung

43 *ibid* 10.

44 H White, Historische Modellierung (emplotment) und das Problem der Wahrheit, in RM Kiesow und D Simon (Hrsg), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Zum Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft (Campus 2000) 142, 160–167.

45 HU Wehler, Die Hybris der Geschichtsphilosophie, in RM Kiesow und D Simon (Hrsg), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Zum Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft (Campus 2000) 120.

46 *ibid*.

47 *ibid* 123.

auf Sprache die „objektive Realität“,⁴⁸ was für die Geschichtswissenschaft fatal sei: „Wenn ein Historiker konstruiert, dann verweisen seine Konstruktionen auf vergangene Wirklichkeit, die nicht auf Sprache zu reduzieren ist.“⁴⁹ Diese Wirklichkeit werde in den poststrukturalistischen Ansätzen einer „uneingeschränkte[n] Willkür beim Interpretieren“⁵⁰ preisgegeben, wodurch die Wissenschaftlichkeit der Geschichtsbetrachtung „liquidiert“⁵¹ werde. Unter der Inanspruchnahme von Pierre Bourdieu geht Flaig stattdessen davon aus, dass nicht die Sprache die Wirklichkeit konstituiere, sondern umgekehrt die sozialen Beziehung die Sprache überhaupt erst gestalten.⁵² Der „linguistic turn“ sei gewissermaßen der Betriebsblindheit von Literaturwissenschaftlerinnen und Literaturwissenschaftlern anzulasten.⁵³ Echte Geschichte jedenfalls bedürfe „kompromißlos universalistische[r] Ansprüche und Standards.“⁵⁴

Man möchte fragen – wieso eigentlich? Nun zeigen sich Wehler und Flaig durchaus offen für Methodendebatten und ihr Insistieren auf die reflektiert-konstruierende Annäherung an das Ideal der „historischen Wirklichkeit“ ist nach mehr als 20 Jahren durch die neu entbrannten Debatten um „Fake News“ und die diskursive Abkopplung von Teilen der Gesellschaft in den Filterblasen der Sozialen Medien vielleicht aktueller denn je. Trotzdem sollten die Argumente der Gegenseite nicht leichtfertig übergangen werden. Für den Außenstehenden bemerkenswert ist, dass die Debatte um den Konstruktionscharakter der Geschichte nicht allein in den poststrukturalistischen Kulturwissenschaften geführt wurde, sondern gerade auch in Grundlagentexten der Rechtsgeschichte eine wichtige Rolle spielt. So veröffentlichte der Rechtswissenschaftler Michael Stolleis (1941–2021), ebenfalls langjähriger Direktor am MPI in Frankfurt, im Jahr 1997 einen zuvor in Würzburg gehaltenen Vortrag unter dem Titel „Rechtsgeschichte als Kunstprodukt“.⁵⁵ In diesem setzte sich Stolleis intensiv mit dem Fol-

48 E Flaig, *Kinderkrankheiten der Neuen Kulturgeschichte*, in RM Kiesow und D Simon (Hrsg), *Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit. Zum Grundlagenstreit in der Geschichtswissenschaft* (Campus 2000) 26, 37.

49 *ibid.* 38.

50 *ibid.*

51 *ibid.* 39.

52 *ibid.* 41.

53 *ibid.*

54 *ibid.* 47.

55 M Stolleis, *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von -Begriff- und -Tatsache-* (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie 22, Nomos 1997).

gen der neuen Theoriediskussion für die Rechtswissenschaft auseinander. Den poststrukturalistischen Ansätzen wird insofern rechtgegeben, dass eine trennscharfe Differenzierung von Geschichtsschreibung und fiktionaler Dichtung nicht aufrecht zu erhalten sei:

„Wenn Geschichte als gesellschaftliche Konstruktion vergangener Wirklichkeit nur durch Sprache verständlich, ja wenn sie durch Sprache erst wirklich geschaffen wird, dann muß auch die Grenze zwischen Historiographie und Fiktion unscharf werden. Historiker und Dichter schöpfen aus dem Brunnen der Erinnerung und beide formen aus diesem Material mit dem Medium der Sprache einen imaginativen Text.“⁵⁶

Für die rechtsgeschichtliche Arbeit benennt Stolleis deshalb methodische Folgen, die besonders die begriffsgeschichtliche Forschung und die Konzepte „Begriff“ und „Tatsache“ betreffen. Beide seien nämlich immer auch sprachlich konstruiert und gerade juristische Begriffe häufig durch politische Kontexte geprägt und damit häufig „Kampf- und Tedenzbegriffe“ mit einer Semantik „voller Interessen“⁵⁷. Bemerkenswert ist, dass der Autor die kulturwissenschaftlichen Anfragen an die Geschichtswissenschaft nicht als destruktive Angriffe versteht, sondern als hilfreiche Anregungen, die die (Rechts-)Geschichte vor einer gewissen fachlichen Hybris bewahren können. Die „Verunsicherung“⁵⁸, die das Fach ergriffen habe, hält er für produktiv, um etwa gerade in der Rechtsgeschichte das Missverständnis zu vermeiden, „es gebe oberhalb der Quellentexte eine überhistorische sprachliche Ebene, der die sprachlichen Befunde zugeordnet werden könnten.“⁵⁹ Das Konzept der „Tatsache“ möchte Stolleis zwar nicht gänzlich aufgeben, es müsse allerdings immer damit gerechnet werden, dass sich eine solche „Tatsache“ durch weitere Forschung als „Fiktion“ herausstelle.⁶⁰ Diese Erkenntnisse mahnten die Geschichtswissenschaft einerseits zur Bescheidenheit,⁶¹ andererseits erweiterten sie die methodische und inhaltliche Schwerpunktsetzung der Geschichtswissenschaft enorm, da schließlich „die Welt der Zeichen auch alle Lebensvorgänge“ betreffe.⁶²

56 *ibid* 15.

57 *ibid* 26.

58 *ibid* 28.

59 *ibid* 27.

60 *ibid* 28.

61 *ibid*.

62 *ibid* 29.

Gerade in der Angefochtenheit ihres klassischen Wahrheitsbegriffs gewinnt die Geschichtswissenschaft nach Stolleis ihre eigentliche Stärke in der Zurückhaltung. Diese fast dialektische Definition scheint mir auch für die theologische Auseinandersetzung mit der Geschichte von besonderer Bedeutung. Ein ungebrochenes Festhalten am objektiven Wahrheitsstreben der historischen Forschung läuft Gefahr, wissenschaftliche Thesen zu schnell als Faktum zu verabsolutieren. Zwar geben auch die Kritiker einer eher kulturwissenschaftlich orientierten Geschichtswissenschaft durchaus zu, dass auch ihre historischen „Fakten“ immer nur als konstruierende Annäherung an die historische Realität verstanden werden dürfen,⁶³ doch zeigen die in den angeführten Debattenbeiträgen der Jahrtausendwende immer wieder auftauchenden harschen Polemiken, mit welcher autoritärer Schärfe die Kämpfe um die historische Wahrheit zuweilen gefochten werden. Rainer Maria Kiesow formulierte pointiert: „Aus der sicheren wissenschaftlichen Ecke begreifen die modernen, diszipliniert und methodisch arbeitenden Geschichtsschreiber die sogenannte kulturwissenschaftliche Wende als vorübergehendes Störfeuer und behaupten ihr Erkenntnisprivileg.“⁶⁴ Die Grundsatzdebatte um die Wahrheitsfrage in der Geschichtswissenschaft ist auch ein Konflikt um Deutungshoheiten und diskursive Macht.

Auch heute scheint der Ruf nach der „historischen Wahrheit“ noch immer vor allem mit normativen Ansprüchen verbunden zu sein. Ich möchte dies anhand zweier Beispiele illustrieren, die in den letzten Jahren als mehr oder weniger populärwissenschaftliche Publikationen historische Wahrheitsfragen aus dem Gebiet der Religionsforschung behandelt haben.

4. Die Geschichte als Anwältin der Wahrheit – ein Dauerbrenner bis in die Gegenwart: 2 Fallbeispiele

4.1. Der überlebende Jesus – „Kein Tod auf Golgatha“

Zunächst sei auf den emeritierten Frankfurter Mediävisten Johannes Fried (*1942) verwiesen. Dieser vertrat in seinem 2019 veröffentlichten Buch

63 Vgl. Flaig (Fn 48) 46.

64 Kiesow (Fn 41) 9.

„Kein Tod auf Golgatha“, die (nicht neue)⁶⁵ These, dass der historische Jesus keineswegs am Kreuz gestorben sei, sondern überlebt habe. Fried bezieht sich mit seiner These bemerkenswerterweise sogar explizit auf Reimarus,⁶⁶ ohne allerdings die hier skizzierten Schlussfolgerungen Lessings zu erwähnen. Sein Buch beginnt vielmehr mit scheinbar harmlosen Fragen, die ihren Hypothesencharakter zunächst durch die Verwendung des Konjunktives unterstreichen:

„Die Aufklärungsthesen konnten sich nicht durchsetzen. Aber waren sie deshalb falsch? Könnte in derartigen Theorien und Überlegungen nicht doch eine Spur der Wahrheit zu finden sein? Könnte Jesus nach Kreuzigung und Grablegung tatsächlich weitergelebt haben? [...] Wie verhielten sich dann die Lehren, die Paulus und die kanonischen Evangelien, vielleicht auch einige apokryphe Zeugnisse ohne Wissen um Jesu Überleben von dem auferstandenen Christus verbreiteten, zu dem, was der überlebende Jesus fortan selbst lehrte, der das Kreuz vielleicht nicht verleugnete, aber Tod und Auferstehung schwerlich in die Mitte seiner Botschaft rückte? Musste ein solcher im Verborgenen wirkender Jesus von den ‚rechtgläubigen‘ Christen nicht als Häretiker betrachtet werden? Statt Tod und Auferstehung also ein heimliches Weiterleben? Statt Gottessohnschaft ein Irrglaube? Dürfen wir solcher Aufklärung nachgehen? Derartigen Zweifeln nachgeben?“⁶⁷

Diese Welle an rhetorischen Fragen ist für die Analyse von Frieds Argumentation bereits außerordentlich aufschlussreich. Zunächst stellt sich der Autor auch hier wieder in die Tradition der Aufklärung, für die implizit zugleich eine Opposition zum christlichen Glauben behauptet wird. Als Garantin der eigenen Behauptung wird einmal mehr „die Wahrheit“ ins Felde geführt, die in der Geschichte, wie sie „tatsächlich“ gewesen ist, gefunden werden will. Dieser „historischen Wahrheit“ wird schließlich die Autorität zugesprochen, den normativen Anspruch des christlichen Glaubens als „Irrlauben“ zu demaskieren. Als Ausweis der eigenen Wahrfähigkeit gibt Fried zudem an, seine Ausführungen auf die Erkenntnisse

65 Vgl A Schubert, Der verheiratete Jesus – die historischen Ursprünge einer modernen Debatte, in M Wriedt (Hrsg), Differenz und Wahrheit. Theologische Transformationen konfessioneller Glaubensreflexion zwischen 1750 und 1914 (Mohr Siebeck 2024 [im Erscheinen]).

66 J Fried, Kein Tod auf Golgatha. Auf der Suche nach dem überlebenden Jesus (CH Beck 2019) 14.

67 *ibid* 14–15.

der modernen Naturwissenschaft zu stützen. Mit Verweis auf medizinische Forschung erklärte er, die Passionserzählung des Johannesevangeliums spreche „klar für innere Blutungen mit Wundwasserbildung, für einen hämorrhagischen Pleuraerguss mit anschließender CO₂-Narkose, für ein Überleben des Gekreuzigten, sonst wäre das Blut nicht geflossen und das Grab nicht leer gewesen.“⁶⁸ Der Verfasser des Evangeliums habe dies in seinem ursprünglichen Text auch so dargestellt. Erst nachträglich, „mit der späteren, kanonischen Überarbeitung“⁶⁹ sei die Auferstehungserzählung in das Johannesevangelium gelangt.

Auch wenn der Autor als verdienter und seriöser Historiker durchaus eingesteht, dass „dem Erkennen stets Grenzen gesetzt“ seien, „die zu Hypothesen zwingen“⁷⁰ bleibt das Wahrheitsargument für seinen Text von zentraler Bedeutung. Als Historiker sei er nun mal auf der „Suche nach einstigen Wirklichkeiten“ jenseits der „zu Glaubensformeln geronnenen Tradition“.⁷¹ Die biblischen Quellen wären „durch Wunderberichte verformt“ – und deshalb unwahr. CO₂-Narkose statt Tod am Kreuz lautet deshalb Frieds Urteil, aus dem – zwar vorsichtig, letztlich aber doch recht deutlich – auch Rückschlüsse für die gegenwärtige Auseinandersetzung mit Jesus Christus gezogen werden. An „den Menschen Jesus“⁷² und dessen „Botschaft vom Menschen und von Gott“⁷³ habe man sich zu halten. Normative Impulse können aus der Beschäftigung mit dem „echten“ (= (re-)konstruierten) Jesus also durchaus gewonnen werden, nur bei seiner institutionalisierten Anhängerschaft und deren verfälschenden Glaubenszeugnissen sollte man besser Vorsicht walten lassen. Eine Auseinandersetzung mit der „tatsächlichen“ Geschichte im Lichte der Aufklärung, die u.a. die gemeinsamen Wurzeln von Christentum und Islam stärker betonen würde, könne dann „dazu beitragen, gegenwärtige religiös motivierte, doch politische hochgepeitschte Kontroversen zu entschärfen.“⁷⁴ Frieds Text entpuppt sich letztlich als zwar relativ höflich vorgetragene, in der Sache aber dann doch sehr klassische Religionskritik. Die Religionen irren, weil sie die „Wahrheit“ der Geschichte verkennen.

68 *ibid* 49.

69 *ibid* 50.

70 *ibid* 163.

71 *ibid* 156.

72 *ibid* 155.

73 *ibid* 156.

74 *ibid* 164.

4.2. Thesen und Tatsachen. „Die Wahrheit über Luthers Thesenanschlag“

Doch auch aus der Perspektive von Religionsgemeinschaften wird immer wieder die historische „Wahrheit“ mit ganz ähnlichen Ansprüchen bemüht. Vielleicht theologisch etwas weniger brisant erscheint die im deutschen Protestantismus immer wieder geführte Debatte um die historische Faktizität des Thesenanschlags Martin Luthers vom 31. Oktober 1517 in Wittenberg.⁷⁵ Unter dem Titel „Tatsache. Die Wahrheit über Luthers Thesenanschlag“ verkündeten rechtzeitig zum Jubiläumsjahr 2017 die Historiker Mirko Gutjahr (*1974) und Benjamin Hasselhorn (*1986), Beweise dafür gefunden zu haben, dass Martin Luther seine 95 Thesen doch an die Tür der Wittenberger Schlosskirche gehämmert habe.⁷⁶ Reformationshistoriker wie Volker Leppin widersprachen umgehend⁷⁷ – auch das Reformationsjubiläum 2017 hatte somit seinen akademischen Konflikt um historische Wahrheiten.

Die einzelnen Argumente für und wider die Historizität des Thesenanschlags sollen an dieser Stelle nicht wiederholt werden. Sie sind in den genannten Publikationen ausführlich nachzulesen. Für die Frage dieses Beitrags wichtiger ist es, sich auch bei dieser Publikation noch einmal anzusehen, wie mit historischer Wahrheit argumentiert wird. Auffällig ist insbesondere die inflationäre Betonung des „Tatsachenanspruchs“ in Titel, Klappentext und Vorwort. Wie Johannes Fried werfen auch Hasselhorn und Gutjahr zunächst einmal Fragen auf: „Haben wir 2017 ein Jubiläum ohne Anlass gefeiert? Handelt es sich bei der Erzählung vom Thesenanschlag um letztlich nicht viel mehr als um jubelprotestantische Fake News?“⁷⁸ Die Autoren reflektieren durchaus die mythologische Dimension des Thesenanschlags, der zu den Kernerzählungen protestantischer Erinnerungskulturen gezählt werden muss.⁷⁹ Im Sinne der postmodernen Kritik verständlich ist auch der Einwand, den beide gegen das typische Entmythologisierungs-

75 Vgl. dazu J. Ott und M. Treu (Hrsg.), *Luthers Thesenanschlag. Faktum oder Fiktion* (Schriften der Stiftung Luthergedenkstätten in Sachsen-Anhalt 9, Evangelische Verlagsanstalt 2008).

76 B. Hasselhorn und M. Gutjahr, *Tatsache! Die Wahrheit über Luthers Thesenanschlag* (Evangelische Verlagsanstalt 2017).

77 V. Leppin, *Schnellschuss. Neues über den Thesenanschlag*, (2018) *Zeitzeichen*, https://zeitzeichen.net/archiv/2018_Dezember_benjamin-hasselhorn-mirko-gutjahr-tatsache (abgerufen am 1.9.2023).

78 Hasselhorn und Gutjahr (Fn 76) 6.

79 Vgl. *ibid.* 11–32.

streben der klassischen Geschichtsforschung erheben: Ganz im Sinne Hayden Whites wird angemerkt, dass jede Deutung zumindest in der Tendenz auch „mythische Züge“ in sich trage.⁸⁰ Entmythologisierung führe letztlich in eine „Sackgasse“,⁸¹ da sie einerseits den kulturwissenschaftlichen Perspektiven auf den Mythos nicht gerecht werde,⁸² andererseits das schlichte Beharren auf der historischen Fremdheit eines historischen Untersuchungsgegenstands (in diesem Fall Luther) aus erinnerungskultureller Perspektive Gefahr laufe, „jedes öffentliche Interesse zu verspielen.“⁸³

So weit, so postmodern. Doch wie der Titel der Publikation bereits verdeutlicht, geht es beiden Autoren ja gerade nicht um die Relativierung von Wahrheitsansprüchen. Ein Mythos sei dann „gelingen“, wenn er „eine adäquate bildhafte Verdichtung dessen, was tatsächlich am 31. Oktober 1517 geschah“⁸⁴, darstelle und die „historischen Tatsachen“ finde man nicht mit den Mitteln der Mythenkritik, sondern allein in den Quellen.⁸⁵ Nach einer ausführlichen Diskussion eben dieser Texte kommen die Autoren zu einem klaren Ergebnis. Auch wenn immer wieder einschränkende Einschübe – „mit hoher Wahrscheinlichkeit“⁸⁶ oder „aller Wahrscheinlichkeit nach“⁸⁷ – auftauchen, formulieren Hasselhorn und Gutjahr dann ein überraschend eindeutiges Zwischenfazit, in dem die Ereignisse des Oktobers und Novembers 1517 unter der Überschrift „was wirklich geschah“⁸⁸ aufgelistet werden. Bei aller Anerkennung der mythologischen Dimension der Geschichtsbeachtung endet auch dieses Buch wieder bei Leopold von Ranke. Aber warum ist es den Autoren überhaupt so wichtig, die Historizität des Thesenanschlags so überdeutlich als „Tatsache“ herauszustellen? Schon in der Einleitung gibt es dazu eine interessante Erläuterung:

„Die Frage nach dem Thesenanschlag ist und bleibt wichtig. Sie betrifft weit mehr als nur eine ereignisgeschichtliche Fußnote, denn in ihr bündeln sich Fragen der konfessionellen Identität, des kulturellen Erbes,

80 *ibid* 29.

81 *ibid*.

82 *ibid* 30.

83 *ibid* 29.

84 *ibid* 31.

85 *ibid* 55.

86 *ibid* 108.

87 *ibid* 110.

88 *ibid* 109.

der Geschichts- und Wissenschaftspolitik sowie des Selbstverständnisses historischer Fachdisziplinen.“⁸⁹

Hasselhorn und Gutjahr geht es mit ihrem Buch also auch um einen normativen Beitrag zur konfessionellen Identität des deutschen Protestantismus im 21. Jahrhundert. So zählt etwa der Reformationhistoriker Markus Wriedt (*1958) das Buch „zu den Schriften im Umfeld des Reformationsjubiläums, mit denen eine protestantische Position in scharfer Abgrenzung zur römisch-katholischen Deutung der Ereignisse rekonstruiert wird.“⁹⁰ Nicht nur dem Thesenanschlag selbst, sondern auch diesem über ihn verfassten Buch müsse eine „erinnerungskulturelle Funktion im Gesamtzusammenhang evangelischer Positionsbeschreibung“⁹¹ zugeschrieben werden. Erneut verbindet sich mit dem Wahrheitsanspruch auf die Vergangenheit also ein normativer Anspruch in der Gegenwart. Diesmal richtet sich dieser Anspruch allerdings nicht gegen religiöse Überzeugungen, sondern vertritt vielmehr ein konfessionelles Anliegen. Mit dem Anspruch auf die „Tatsächlichkeit“ des hammerschwingenden Martin Luther als „gelingendem Mythos“ für die reformatorische Überwindung der römischen Kirche verbindet sich mit dieser Geschichtsdarstellung auch ein theologisches Interesse.

4.3. Fazit – Die Dialektik der historischen Aufklärung

Dass die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit immer auch von Interessen der Gegenwart bestimmt wird, kann als geschichtswissenschaftlicher Konsens betrachtet werden. Die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit ist schließlich – und das wusste schon Lessing – immer nur medial vermittelt, durch die Rezeption der Quellen möglich, die in der Vergangenheit entstanden sein mögen, aber nur in der Gegenwart mit ganz gegenwärtigen Fragen untersucht werden können. Gegen kulturwissenschaftliche Perspektiven auf die Geschichte wird immer wieder der Vorwurf erhoben, diese leugneten die Realität als solche. Dem kann mit dem profilierten Geschichtstheoretiker und Theologen Hans-Jürgen Goertz (*1937) entgeg-

89 *ibid.* 7.

90 M Wriedt, Rezension zu: Benjamin Hasselhorn, Mirko Gutjahr: *Tatsache! Die Wahrheit über Luthers Thesenanschlag* (2020) 116 *Theologische Revue*, <https://doi.org/10.17879/thrv-2020-2875> (abgerufen am 1.9.2023).

91 *ibid.*

net werden, dass die Feststellung von Faktizität „noch keine historische Aussage“⁹² ausmacht. Zu einer solchen kommt es nämlich „erst, wenn von den Fakten mit Sinn und Verstand berichtet, wenn ihnen Bedeutung beigelegt wird. Dies geschieht in der Erzählung, im Diskurs und in einer Analyse.“⁹³ Das eigentlich historiographische, sehr gegenwärtige Aneignen der Vergangenheit erfolgt immer im Modus zeichenhafter Äußerungen.⁹⁴

Die immer wieder behauptete Trennung von „Geschichte“ (als durch die Geschichtswissenschaft methodisch sauber erarbeitete Rekonstruktion vergangener Wirklichkeiten) und „Erinnerungskultur“ (tendenziell pejorativ als nicht wissenschaftliche Aneignung der Vergangenheit mit den diversen Ausdrucksformen der Gegenwartskultur, die es letztlich mit Verweis auf die historischen Realitäten zu dekonstruieren gelte) erweist sich m.E. als unterkomplex.⁹⁵ Ob nun Christus am Kreuz gestorben ist oder nicht – als Gekreuzigter wird er im Christentum erinnert. Gerade die von Johannes Fried kritisierte theologische Überformung definiert ja die religiöse, damit aber auch die historische Bedeutung von Jesus Christus als zentraler Referenzfigur für das historisch zweifellos sehr wirkmächtige Christentum. Die narrative Modellierung dieser Erinnerung in zahlreichen Quellentexten – hier in Form des Johannesevangeliums – sorgt dafür, dass Wahrheitspotenziale dieser Erzählungen als intertextuelles Zusammenspiel dieser Texte überhaupt erst diskutiert werden können.⁹⁶ Die Erinnerungskultur kann insofern auch als historisch „wahr“ gelten, dass sie als „geschichtswissenschaftlich relevant“ betrachtet werden muss. Gleiches gilt für Luthers Thesenanschlag, dessen Ikonographie sich tief in das kollektive Gedächtnis des Protestantismus eingepägt hat. Hasselhorn und Gutjahr ist also insofern zuzustimmen, dass ein bloßes Verweisen auf den mythischen Charakter des Thesenanschlags nicht genügen kann, diesen für historiographisch irrelevant zu erklären. Fraglich bleibt aber, wieso es nötig oder sinnvoll sein soll,

92 HJ Goertz, Abschied von „historischer Wirklichkeit“. Das Realismusproblem in der Geschichtswissenschaft, in J Schröter und A Eddelbüttel (Hrsg), *Konstruktion von Wirklichkeit. Beiträge aus geschichtstheoretischer, philosophischer und theologischer Perspektive* (Theologische Bibliothek Töpelmann 127, De Gruyter 2004) I, 13.

93 *ibid.*

94 Vgl auch A Landwehr, *Geschichte des Sagbaren. Einführung in die Historische Diskursanalyse* (Edition Diskord 2001) II.

95 Vgl M Dücker, *Alles Schriftauslegung? Literaturtheoretische Zugänge zur Kirchengeschichte*, in C Constanza et al (Hrsg), *Claritas scripturae? Schriftthermeneutik aus evangelischer Sicht* (Evangelische Verlagsanstalt 2020) 307.

96 *ibid* 326–328.

die historische „Tatsächlichkeit“ der Ursprungserzählung dieses Mythos mit Mitteln der historisch-kritischen Forschung beweisen zu wollen.

All das bedeutet freilich nicht, dass ein Nachdenken über „historische Wahrheit“ und die Frage nach wissenschaftlichem Konsens grundsätzlich verworfen werden muss. Gerade der Verweis auf die historische Wirklichkeit als Erkenntnisziel historischen Arbeitens ist zweifellos eine mächtige Verteidigungswaffe aufklärerischen Denkens, um gegen Geschichtsvergessenheit oder die Instrumentalisierung der Vergangenheit für z.B. politische Interessen zu Felde zu ziehen. Als solche trägt sie aber – wie Michael Stolleis zurecht betonte – immer auch die Gefahr der akademischen Hybris in sich, vorschnell aus vermeintlichen Gewissheiten über die Vergangenheit vereindeutigende Schlüsse in der Gegenwart zu ziehen und auf diese Weise selbst autoritäre Denkstrukturen zu fördern. Möchte man stattdessen Geschichtswissenschaft als kritische Wissenschaft verstehen, gilt es die Ungewissheiten und Ambiguitäten, die der „breite Graben“ der Geschichte mit sich bringt, herauszuarbeiten und zu benennen. In der Rechtswissenschaft und der Theologie gestaltet sich diese Verhältnisbestimmung noch diffiziler, weil beide Disziplinen immer auch normative Fragestellungen verhandeln. Da scheint es verlockend, sich zur Beantwortung dieser Fragen auf die Suche nach vereindeutigender Wahrheit zu begeben. Die ausgewählten Beispiele haben aufgezeigt, dass allen poststrukturalistisch-kulturwissenschaftlichen Theorien zum Trotz gerade in religionsbezogenen Diskursen der letzten Jahre, die Suche nach eindeutigen „Wahrheiten“ und „Tatsachen“ noch immer einflussreich ist. Sei es, um damit den Wahrheitsgehalt religiöser Mythen in Zweifel zu ziehen oder sei es, um deren theologische Relevanz als historische „Tatsache“ beweisen zu wollen. Theologische Gewissheit in der Geschichte zu suchen, erscheint mir aber nicht weniger heikel als eine selektive Lektüre der Heiligen Schrift, die die narrative Komplexität und Polyvalenz der Texte zu negieren versucht.

Es muss vielmehr darum gehen, die Polyvalenz der Geschichte auszuhalten und dann dabei vielleicht sogar zu erkennen, dass der Vielklang der Vergangenheit nichts ist, das zu fürchten wäre.

„The Oath“.

Der Eid als Gegenstand eines Transfers „österreichischen“ Rechtsdenkens?

Miriam Gassner

1. Teil: Der Eid, seine Wurzeln und seine Stellung im österreichischen Recht

1.1. Einleitung: Der Eid und seine Wurzeln

Der Eid als Akt der Gottesverehrung, zur Bekräftigung eines Versprechens oder als Anrufung eines Gottes (oder mehrerer Götter) als Zeugen für die Wahrheit hat seine Wurzeln in einer vorjüdisch-vorchristlichen Zeit.¹ Als feierliches Versprechen die Wahrheit zu sagen in Verbindung mit einer bedingten Selbstverfluchung wurde er sowohl von den Naturvölkern als auch von allen bekannten alten Kulturen praktiziert. Deshalb wird der Eid auch als „ethnologisches Urphänomen“ bezeichnet.² Dementsprechend gibt es Belege für Eidesleistungen schon in den Keilschriftenrechten und anderen antiken Rechtskulturen.³ Die Tora sieht den Eid als zulässiges Mittel an, um streitige, vermögensrechtliche Fragen zu klären.⁴ Jüngere alttestamentliche Schriften, wie etwa das Buch Jesus Sirach, lassen aber

1 P Hofmeister, Die christlichen Eidesformen (Karl Zink Verlag 1957) 1–3.

2 H Zapp, Eid/Kanonistische Eideslehre, in Lexikon des Mittelalters, Bd 3 (Artemis Verlag 1986) 1675, 1675; D Munzel-Everling, Eid, in A Cordes et al (Hrsg), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd 1 (2. Aufl, Erich Schmid Verlag 2008) 1250, 1250.

3 Vgl etwa E Otto, Prozessrecht und Beweisrecht im Keilschriftrecht und im biblischen Recht, in H Barta et al (Hrsg), Prozessrecht und Eid. Recht und Rechtsfindung in antiken Kulturen (Harrasowitz Verlag 2015) 79.

4 Buch Exodus, Kapitel 22, 9–10: „Wenn jemand einem andern einen Esel, ein Rind, ein Schaf oder sonst ein Haustier zur Verwahrung übergibt und das Tier eingeht, sich etwas bricht oder fortgetrieben wird, ohne dass es jemand sieht, dann soll ein Eid beim Namen des Herrn Klarheit darüber schaffen, dass der eine sich nicht am Eigentum des andern vergriffen hat. Der Eigentümer soll an sich nehmen, was noch da ist, ohne dass der andere Ersatz zu leisten hätte.“ (Einheitsübersetzung 2016).

bereits deutliche Skepsis an der Praxis der Eidesleistungen erkennen,⁵ wie auch Jesus Christus in der Bergpredigt den Eid ausdrücklich ablehnt.⁶

Auch im antiken Griechenland wurden im Zuge von Gerichtsverhandlungen Eide geleistet, allerdings kamen von griechischen Philosophen wie etwa von Aristoteles schon bald Zweifel an seiner Beweiskraft auf.⁷ Die Anrufung unberechenbarer magischer oder göttlicher Kräfte führte darüber hinaus zur teilweisen Ablehnung der Eidesleistung im antiken Rom, etwa durch die Vestalinnen,⁸ was aber nichts an der praktischen Bedeutung, die die Eidesleistung im römischen Recht hatte, änderte.⁹ Aus dem römischen Recht stammt insbesondere auch die theoretische Differenzierung zwischen promissorischen und assertorischen Eiden: Bei den zuerst genannten handelt es sich um „Versprechens-Eide“, also Gelöbnisse für künftiges Handeln; assertorische Eide dienen dagegen der Bekundung von bereits Geschehenem. Nur bei promissorischen Eiden ist Eidbruch, nur bei assertorischen ist Meineid denkbar!¹⁰ Jene Stelle im *Corpus Iuris Civilis*, in der auf den Eid Bezug genommen wird, stammt aus einer Konstitution Kaiser Konstantins I., mithin des ersten christlichen Kaisers.¹¹ Dies zeigt, dass auch das Christentum, trotz der eben erwähnten Bibelstellen, und trotz manch kritischer Stimmen (so etwa von Bonaventura, aber auch von den Katharern und Waldensern), am Eid festhielt; ja sogar ein sakramentaler Charakter des Eides wurde diskutiert, aber letztlich von Thomas von Aquin verworfen.¹²

-
- 5 Buch Jesus Sirach, Kapitel 23, 9: „Gewöhn deinen Mund nicht an einen Schwur, und das Nennen des Heiligen gewöhne dir nicht an!“ (Einheitsübersetzung 2016). Vgl <https://www.bibelwissenschaft.de/ressourcen/wibilex/altestament/eid-schwur-at> (abgerufen am 1.8.2023).
 - 6 Matthäusevangelium, Kapitel 5, 34f: „Ich aber sage euch: Schwört überhaupt nicht, weder beim Himmel, denn er ist Gottes Thron, noch bei der Erde, denn sie ist der Schemel seiner Füße, noch bei Jerusalem, denn es ist die Stadt des großen Königs!“ (Einheitsübersetzung 2016).
 - 7 Aristoteles, *Rhetorik* (Übersetzt von G Krapinger, Reclam Verlag 1999) III, 17 (195).
 - 8 Munzel-Everling (Fn 2) 1250.
 - 9 M Kraus und H-D Spengler, *Iusiurandum*, in G Kalivoda ua (Hrsg), *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Bd 4 (De Gruyter 1998) 692–712, 693.
 - 10 Munzel-Everling (Fn 2) 1250. Diese Unterscheidung wird später von Thomas von Aquin übernommen: Kraus und Spengler (Fn 9) 703.
 - 11 C. 4.20.9. (*Imp Constantinus A ad Iulianum praesidem*, a 334).
 - 12 M Gerwing, *Eid/Scholastische Theologie*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd 3 (Artemis Verlag 1986) 1673, 1674; Kraus und Spengler (Fn 9) 703.

„Die positive Stellung der Kirche zum Institut des Eides wurde entscheidend durch germanischen Einfluß gefördert, sowohl was die Vielzahl der Treu- und Gehormsamseide [...] angeht als besonders auch bezüglich der verfahrensrechtlichen Parteien- und Zeugeneide.“¹³

Über den Eid im Recht der Germanen sind wir nur durch wenige, in ihrer Aussagekraft beschränkte, weil „von außen“ und/oder aus späterer Zeit stammenden Quellen unterrichtet, aus denen die germanistische Rechtsgeschichte¹⁴ ein sehr farbiges Bild gezeichnet hat, das zwar angezweifelt werden kann, bislang aber noch nicht widerlegt worden ist. Demnach war dem germanischen Recht zwar eine theoretische Differenzierung zwischen promissorischen und assertorischen Eiden, wie wir sie aus dem römischen Recht kennen, fremd,¹⁵ dennoch kristallisierten sich de facto diese beiden Kategorien von Eidesleistungen auch im germanischem Recht heraus. Promissorische Eide begründeten und festigten Rechtsverhältnisse verschiedenster Art (Treueschwüre und Gefolgschafts-Eide, später auch: Lehens-Eide), assertorische Eide beherrschten, soweit wir es überblicken können, im Prozessrecht alle Stadien des Rechtsstreits: So wurden etwa streitige Behauptungen und Fragen, die einen Konsens der Beteiligten verhinderten, überwiegend durch Eid geklärt.¹⁶ Eine wichtige Rolle kam dabei dem Reinigungseid zu, mit dem der Beklagte die Vorwürfe entkräften konnte. Dem aus dem 13. Jahrhundert stammenden Sachsenspiegel zufolge durfte der Eidespflichtige nicht alleine schwören, sondern benötigte sog. *Eideshelfer*, die ihrerseits die Redlichkeit und den Leumund des Beklagten beschwören mussten;¹⁷ auch dies könnte auf germanischer Grundlage beruhen. Im Strafverfahren spielte das *iuramentum purgatorium* geradezu eine Schlüsselrolle.¹⁸

Eine vom „ungelehrten Recht“ abweichende Entwicklung setzte im kano-nisch-römischen Recht ab dem 12. Jahrhundert ein, wo irrationale Bewei-se wie etwa das Gottesurteil oder der Reinigungseid sukzessive zurückge-

13 Zapp (Fn 2) 1675.

14 So etwa H Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd 1 (Duncker & Humblot 1887) 182, mit weiteren Nachweisen.

15 Munzel-Everling (Fn 2) 1250.

16 H Drüppel, Eid/Germanisches und Deutsches Recht, in Lexikon des Mittelalters, Bd 3 (Artemis Verlag 1986) 1677–1680, 1679; Munzel-Everling (Fn 2) 1253.

17 Ssp Ldr III 89 §§ 3f; vgl P Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren (Böhlau 2015) 72–73.

18 F Hartl, Der Eid im Gerichtsverfahren der Neuzeit in Österreich (1972) 27 ÖJZ 141, 142.

drängt und schließlich im 14. Jahrhundert in der Bulle *Salvator humani generis* von Papst Gregor IX. für unanwendbar erklärt wurden.¹⁹

Doch auch im von der Kirche ausgebildeten Inquisitionsprozess, der ansonsten ganz auf rationale Beweismittel (Urkunden- und Zeugenbeweis etc.) setzte, konnte sich der Eid behaupten und ging so in das neuzeitliche Prozessrecht ein. Im streng formalisierten Beweisrecht des Inquisitionsprozesses, nach dem etwa Tatsachen erst dann als für eine Verurteilung ausreichend bewiesen galten, wenn zwei vollgültige Zeugen sie bekundeten oder der Angeklagte ein Geständnis abgelegt hatte,²⁰ kam dem Eid nicht nur im Straf-, sondern auch im Zivilrecht eine Schlüsselrolle zu: Durch den Jüngsten Reichsabschied 1654 wurden etwa viele Rechtssätze aus dem sächsischen Verfahrensrecht in den gemeinen deutschen (Zivil-)Prozess eingeführt, anknüpfend an den germanischen Unschuldseid konnte sich etwa der Beklagte durch Eid von einer Klage befreien.²¹

Im Laufe des 18. Jahrhunderts können wir zunehmend eine unterschiedliche Entwicklung des Eideswesens in Straf- und Zivilverfahren beobachten: Durch die positivrechtliche Verankerung des „Haupteids“ (*Juramentum litis decisivum*), also all jener Parteieneide, „[...]welche über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer zu beweisenden, der Hauptsache angehörenden Tatsachen angeboten oder aufgetragen werden und daher auf die Entscheidung des Rechtsstreits unmittelbaren Einfluss nehmen“²², in die §§ 203–211 der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) v. 3.5.1781²³ erfuhr das Rechtsinstitut des Eides im österreichischen Zivilprozess sogar noch eine Stärkung. Der „Haupteid“ sollte im österreichischen Zivilprozess bis zum Inkrafttreten der ZPO 1895 im Zentrum des Beweisverfahrens stehen und war auch zumeist prozessentscheidend.

Dagegen konnte die Eidpraxis im österreichischen Strafverfahren vor allem im Zuge der Aufklärung sukzessive zurückgedrängt werden: Joseph II. schaffte den Reinigungseid in der Kriminalgerichtsordnung v. 1.6.1788 ab und ordnete an, dass, gemäß dem Grundsatz der Erforschung der materi-

19 K Nehlsen-von Stryk, Die Krise des „irrationalen“ Beweises im Hoch- und Spätmittelalter und ihre Gesellschaftlichen Implikationen (2000) II7 ZRG GA 1, 1.

20 CCC Art 62.

21 Hartl (Fn 18) 145. (Durch Urkunden- oder Zeugenbeweis war ihm dies nicht möglich).

22 T Rizy, Der Beweis durch den Haupteid im österreichischen Zivilprocesse (Wien 1837) 1.

23 Josephs des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verordnungen im Justizfache (Wien: kk Staats-Aerial-Druckerey 1817) Nr 13.

ellen Wahrheit, der Kriminalrichter auch alle Tatsachen zu untersuchen hatte, welche die Unschuld des Beschuldigten beweisen konnten.²⁴ Denn schon seit Mitte des 18. Jahrhunderts hatten ganz im Geiste der Aufklärung (Rechts-)Philosophen und Juristen die bestehende Praxis, den Angeklagten unter Eid zu stellen, vermehrt kritisch zu hinterfragen begonnen: In seinem 1764 erschienenen Werk „*Dei delitti e delle pene*“ stellte der italienische Rechtsphilosoph und Strafrechtsreformer Cesare Beccaria „rationalistische“ und „utilitaristische“ Überlegungen für die Abschaffung des Eides an: Es sei höchst zweifelhaft, ob der Eid einen Verbrecher dazu bringe die Wahrheit zu sagen, wenn das Gegenteil sein größtes Interesse sei, meinte etwa Beccaria.²⁵ Da es nicht der Vernunft entspreche, dass der Mensch die sofortige Zerstörung einer entfernten religiösen Vergeltung vorziehe, müsse der Eid als Mittel zur Erlangung der Wahrheit unwirksam sein.²⁶ Auch der französische Aufklärer Voltaire teilte Beccarias Ansichten zur Abschaffung des Eides im Strafverfahren.²⁷ Ebenso stand Immanuel Kant, der den Eid in § 40 seiner *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* unter dem Titel „Von Erwerbung der Sicherheit durch Eidesablegung (Cautio iuratoria)“ untersuchte, der Eidpraxis ablehnend gegenüber und sprach vom Eid als einer bürgerlichen Erpressung, die auf der Ausbeutung eines Aberglaubens beruhe und die unveräußerliche menschliche Freiheit verletze.²⁸ Auch Ernst Ferdinand Klein, der der Kommission für die Schaffung eines Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) angehörte und für das ALR die strafrechtlichen Abschnitte mitverfasste, forderte die Abschaffung der Eide in Strafsachen und kleineren Zivilsachen.²⁹ Das bedeutendste englische Projekt zur Reform der Eidesgesetzgebung kam vom führenden Utilitaristen Jeremy Bentham, der seine Argumente gegen den Eid vor allem auf theologische Gründe stützte und die logische Unvereinbarkeit des reli-

24 Hartl (Fn 18) 143.

25 C Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen* (Leipzig 1798, Neudruck: Insel Verlag 1998) 121.

26 *ibid.* Beccaria folgend wurde etwa in § 6 des Strafgesetzbuches der Toskana der Reinigungseid verboten.

27 C Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments, with a Commentary by M. de Voltaire* (1766, engl. Ausgabe W.C. Little & Co. 1872) 71–73.

28 Siehe auch: D Hüning, *Unrechtmäßiger Geisteszwang oder zulässiges Erpressungsmittel der Wahrheit? Die Rolle des Eides in Kants Rechtslehre*, in P Friedrich und M Schneider (Hrsg), *Fatale Sprachen. Fluch und Eid in Literatur- und Rechtsgeschichte* (Wilhelm Fink 2009) 227–251.

29 K Berndt, *Ernst Ferdinand Klein (1743–1810): Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts* (LIT Verlag 2004) 322.

giösen Eides mit der Vorstellung eines allmächtigen Gottes, die Profanität der Anrufung des Namens Gottes in Angelegenheiten von einem Schilling oder einem halben Penny und die Überflüssigkeit weltlicher Strafen für Meineid, wenn eine göttliche Strafe zu erwarten sei, betonte.³⁰

Die Französische Revolution setzte schließlich einige Einwände der Aufklärer gegen den Angeklagteneid mit politischen Maßnahmen um, auch wenn einige dieser Reformen bereits 1808 durch den *Code d'instruction criminelle* wieder rückgängig gemacht wurden.³¹ Im französischen Recht erhalten blieb jedoch das grundsätzliche Verbot, den Angeklagten in Strafsachen unter Eid zu stellen, welches in der napoleonischen Ära in einigen Ländern Kontinentaleuropas übernommen wurde.³²

Auch wenn die Beeidigung von Zeugen von der Abschaffung des Angeklagteneides unberührt blieb und nach wie vor im österreichischen Strafprozessrecht vorgesehen war, überwog Friedrich Hartl zufolge bereits ab 1840 die nicht beeidete Zeugenaussage in Strafverfahren vor Wiener Gerichten.³³ Dies ist vor allem deshalb erstaunlich, da auch noch die österreichischen Strafprozessordnungen von 1850 und 1853 die Beeidigung der Zeugen spätestens in der Haupt- bzw. Schlussverhandlung als Regelfall vorsahen, von dem bei sonstiger Nichtigkeit der Aussage nur in wenigen, taxativ aufgezählten Fällen (z.B. wenn der Zeuge selbst auch Tatverdächtiger war oder mit dem Angeklagten „in einer Feindschaft“ lebte) abgesehen werden konnte.³⁴ Im – ansonsten sehr ausführlichen – Vortrag des Justizmi-

30 J Bentham, *Swear not at all: Containing an exposure of the needlessness and mischievousness, as well as antichristianity of the ceremony of an oath* (1817, Neudruck: Nabu Press 2011) 87.

31 H Silving, *The Oath: I* (1959) 68 *Yale Law Journal* 1329, 1352.

32 *ibid.*

33 Hartl (Fn 18) 144.

34 § 275 Strafprozessordnung 17.1.1850 Reichsgesetzblatt Nr 25; § 131 Strafprozessordnung 29.7.1853 Reichsgesetzblatt Nr 151. Die Vereidigung erfolgte nach der StPO 1850 (so wie 1873) in der Regel erst in der Hauptverhandlung, im Vorverfahren nur in besonderen Fällen, etwa wenn der Verdacht bestand, der Zeuge werde in der Hauptverhandlung wegen schwerer Krankheit nicht erscheinen; vgl E Lohsing, *Österreichisches Strafprozessrecht* (Österreichische Staatsdruckerei 1952) 297. Nach der StPO 1853 erfolgte die Vereidigung schon im Vorverfahren, was damit im Zusammenhang zu sehen ist, dass 1853 dem (inquisitorischen) Vorverfahren generell wesentlich größere Bedeutung als in der StPO 1850 und StPO 1873 gegenüber dem (kontradiktorischen) Haupt- bzw Schlussverfahren zukam, mithin die Einführung der StPO 1853 faktisch eine – wenn auch kurzfristige – Rückkehr zum Inquisitionsprozess bedeutete, vgl Hartl (Fn 18) 145.

nisters Schmerling zum Entwurf der StPO 1850³⁵ findet sich kein Hinweis auf die Eidesproblematik.³⁶ Erst die Strafprozessordnung 1873 sah die Möglichkeit vor, auf den Eid zu verzichten, „wenn Ankläger und Angeklagter darüber einverstanden“ waren.³⁷ Die Regierungsvorlage zur StPO 1873,³⁸ die die soeben erwähnte Ausnahme bereits enthielt, wurde interessanterweise ohne offiziellen Motivenbericht ins Abgeordnetenhaus eingebracht, weshalb wir über die Beweg- und Hintergründe nur spekulieren können.

Allgemein kann auf gesamtkontinentaleuropäischer Ebene angemerkt werden, dass es vor allem die Einführung des Prinzips der freien richterlichen Beweiswürdigung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war, die eine Eindämmung der Eidpraxis mit sich brachte.

1.2. Der Eid im österreichischen Straf- und Zivilrecht des 20. und 21. Jahrhunderts

Anders als der Eid des Angeklagten im Strafverfahren hat der Parteien- und Zeugeneid bis heute in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtssystemen in abgeschwächter Form überlebt und wird ebenso wie andere Beidigungsformen (Sachverständigeneid, die Beidigung von Schöffen und Geschworenen, der Diensteid von Richtern etc.) nach wie vor – wenn auch in unterschiedlicher Intensität und Ausprägung – praktiziert.³⁹

Anders als im österreichischen Strafprozess, wo seit 2008 überhaupt nur noch die Beidigung der Laienrichter (Schöffen, Geschworenen) in der Strafprozessordnung vorgesehen ist,⁴⁰ können im österreichischen Zivilprozess zwar auch heute noch Zeugen und Parteien gleichermaßen ge-

35 Vortrag des Justizministers Anton von Schmerling womit der Entwurf einer neuen Strafprozessordnung zur allerhöchsten Genehmigung vorgelegt wird, 17.1.1850, Beilage-Heft zum allgemeinen Reichs-Gesetz- und Regierungsblatte für das Kaiserthum Oesterreich (Wien 1850).

36 Hartl (Fn 18) 145.

37 § 247 Strafprozessordnung 23. 5. 1873 Reichsgesetzblatt Nr 119.

38 Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, 7. Session Nr 73 (Wien 1872).

39 In Deutschland etwa wurde die in der deutschen Strafprozessordnung noch bis 2004 vorgesehene „obligatorische Vereidigung“ durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz 2004, [deutsches] Bundesgesetzblatt I, S 2198, beseitigt.

40 §§ 240a, 305 StPO 1873. Die Beidigung von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung wurde im Zuge der StPO-Reform 2008 abgeschafft.

richtlich beeidet werden, doch stellt die Beeidigung eher die Ausnahme als die Regel dar.⁴¹

Was das österreichische Zivilverfahren betrifft, so legte Art. XL EGZPO fest, dass bei Vornahme einer Beeidigung die Bestimmungen des aus dem Jahr 1868 stammenden EidG,⁴² welches durch § 10 GOG im Jahre 1945 ausdrücklich wieder in Kraft gesetzt wurde, anzuwenden sind. Unabhängig von der zu vereidenden Person ist dabei die Formel „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid[...]“ (§ 1 EidG) nachzusprechen, allerdings sind für Angehörige der verschiedenen Religionsgemeinschaften wie etwa für Christen, Juden und Muslime verschiedene Formen der Eidesleistungen vorgesehen: Gemäß § 4 EidG haben etwa Christen „den Eid vor einem Kruzifixe und zwei brennenden Kerzen abzulegen[,] Israeliten haben bei der Eidesleistung das Haupt zu bedecken und die rechte Hand auf die Thora, zweites Buch Moses, 20. Kapitel, 7. Vers, zu legen.“ Personen, die aufgrund ihrer Weltanschauung keinen Eid schwören können, haben durch Handschlag ein Gelöbnis abzulegen. In seiner Entscheidung vom 11.3.1931 stellte der OGH klar, dass auch Atheisten unter Auslassung der Anrufung Gottes einen Eid zu leisten haben.⁴³ Bezüglich der Muslime verweist das EidG auf ein Hofdekret aus dem Jahr 1826 über die „Eide der Mahomedaner“.⁴⁴

Die Tatsache, dass die aus dem Jahr 1895 stammende österreichische ZPO auf ein beinahe dreißig Jahre älteres Gesetz und ein siebzig Jahre älteres Hofdekret verweist, erstaunt insofern, als die ZPO in ihrer Gesamtheit, und gerade auch die Bestimmungen über die Eidesleistung, als besonders modern und fortschrittlich galten: Der „Haupteid“ als wesentliche Form des Parteieides wurde mit Inkrafttreten der ZPO 1895 beseitigt, die Parteienvernehmung in zwei Teile zerlegt: Zunächst hatte der Richter den Sachverhalt in einer unbeeideten Aussage der Parteien zu erforschen, und nur wenn das Ergebnis dieser Befragung nicht ausreichte, um im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu einer festen Überzeugung zu kommen,

41 M Spitzer, in M Spitzer und A Wilfinger (Hrsg), Beweisrecht § 338 ZPO (Stand 1.9.2020, rdb.at).

42 Gesetz vom 3.5.1868 Reichsgesetzblatt Nr 33 zur Regelung des Verfahrens bei den Eidesablegungen vor Gericht.

43 OGH v 11.3.1931, Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen Nr 13/82. Siehe dazu auch: F Sinzinger, Der religiöse Eid im gerichtlichen Verfahren (1973) 28 ÖJZ 121, 123.

44 Hofdecret vom 26.8.1826, Justizgesetzsammlung Nr 2217, betreffend die Beeidigung der Mahomedaner.

dann sollte er entscheiden, welche der Parteien ihre Aussage zu beedigen hatte (§§ 376, 377 ZPO). Zur Beedigung von Zeugen merkte der historische Gesetzgeber an, dass zwar Zeugen grundsätzlich vor ihrer Vernehmung zu beedigen waren (§ 337 ZPO), aber „unnöthige Eide thunlichst zu vermeiden seien.“⁴⁵ Darüber hinaus sah die österreichische ZPO bereits in ihrer Stammfassung von 1895 vor, dass bestimmte Personengruppen, wie etwa Kinder unter 14 Jahren oder „[...] Personen, welche wegen mangelnder Verstandreife oder wegen Verstandsschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben[...]“, nicht beeedet werden durften, was für damalige Verhältnisse als äußerst fortschrittlich angesehen werden kann.⁴⁶

Eine vollkommen andere Entwicklung können wir bis heute in den Vereinigten Staaten beobachten, wo der Eid ungebrochen eine *key role* im Prozessrecht einnimmt. Anders als in Österreich oder Deutschland findet man in den USA kaum ein Verfahren, in dem ohne Beedigung der Parteien und Zeugen ausgekommen wird, selbst im Strafverfahren werden Angeklagte in den meisten US-Bundesstaaten immer noch beeedet, wie wir erst kürzlich in einem der vielen Verfahren gegen den ehemaligen US-Präsidenten Donald Trump miterleben konnten.⁴⁷

Während beispielsweise in Österreich Kinder seit Erlass der StPO 1873 nicht mehr beeedet werden durften, kam es in manchen US-Bundesstaaten Mitte des 20. Jahrhunderts noch immer zur Beedigung von Kindern und geistig Behinderten.⁴⁸ Insofern ist es wenig erstaunlich, dass viele in Europa ausgebildete Juristen, die im Zuge des zweiten Weltkriegs in die USA emigriert waren, die US-amerikanische Eidesgesetzgebung und -praxis heftig kritisierten.

45 F Klein, Vorlesung über die Praxis des Civilprozess (Manz 1900) 166; Materialien zu den neuen österr Civilprozeßgesetzen, hrsg v kk Justizministerium, I 318 zitiert nach Hartl (Fn 18) 147.

46 § 336 ZPO 1895.

47 <https://www.nzz.ch/international/trump-muss-als-zeuge-in-seinem-eigenen-prozess-in-new-york-aussagen-ld.1764301> (abgerufen am 1.12.2023)

48 Silving, The Oath: I (Fn 31) 1373–1375.

2. Teil: Helen Silving Ryu, First Lady of US Criminal Law

2.1. Silvings Wiener Jahre

Unten den zahlreichen Juristinnen, die kurz vor dem Ausbruch des zweiten Weltkrieges in die USA emigrierten, war auch Henryka Silberpfennig, die sich später in ihrer neuen Heimat Helen Silving nennen sollte.

1906 in Tarnow im k.k. Kronland Galizien (heute Polen) geboren, kann die einer jüdischen Industriellenfamilie entstammende Silving als eine typische Vertreterin der jüdischen Intelligenz, wie sie aus dem Wien des frühen 20. Jahrhunderts bekannt ist, angesehen werden. Zwischen Tarnow und Wien in den letzten Tagen der Habsburgermonarchie aufgewachsen, folgte Silving nach ihrem Schulabschluss 1924 ihrer Mutter und ihrem Bruder nach Wien, um dort ab Herbst 1924 beim Begründer der Reinen Rechtslehre Hans Kelsen Staatswissenschaften zu studieren.⁴⁹ Wie Silving in ihren Memoiren berichtet, waren es ihre Eltern gewesen, die das Studium der Staatswissenschaften für sie ausgewählt hatten.⁵⁰ Sie selbst war von der Idee Staatswissenschaften zu studieren anfangs wenig begeistert gewesen, aber ihre Eltern bestanden darauf, dass sie ihrem um ein Jahr älteren Bruder Jakob Hirsch Silberpfennig, der gemeinsam mit ihrer Mutter im Wintersemester 1923/24 mit dem Studium der Staatswissenschaften in Wien begonnen hatte, Gesellschaft leistete.⁵¹

49 „Nationale“ Henryka (Hendl) Silberpfennig, Archiv der Universität Wien, Staatswissenschaften, WS 1924/25.

50 H Silving und PK Ryu, *Memoires* (Vantage Press 1988) 76.

51 *ibid* 74–76. Dass Silving erst die sechste Frau gewesen sei, die sich an der Fakultät immatrikulierte, wie in der Literatur bislang angenommen wurde, ist unrichtig, denn bereits 1919/20, also im ersten Studienjahr des Studiums der Staatswissenschaften, hatten gleich zwei Frauen das Studium der Staatswissenschaften abgeschlossen, im Jahr darauf, im Studienjahr 1920/21, waren es drei und als Silving im Studienjahr 1924/25 immatrikulierte, hatten bereits insgesamt neunzehn Frauen den akademischen Grad Dr. rer. pol. erlangt! (Unrichtig daher: M Röwekamp, Helen Silving, in R Walter, C Jabloner und K Zeleny (Hrsg), *Der Kreis um Hans Kelsen* (Manz 2008) 488. Reut Yael Paz übernimmt dies in ihrem Aufsatz „A forgotten Kelsenian?“ sowohl im Abstract als auch auf Seite 1131 von Marion Röwekamp (R Yael Paz, *A forgotten Kelsenian? The Story of Helen Silving-Ryu (1906–1993)* (2014) 25 EJIL, 1123, 1123 und 1131). Die Aussage Silvings, sie sei eine von lediglich sechs Mädchen unter hunderten männlichen Studenten gewesen, die Staatswissenschaften studierten, dürfte sich wohl eher darauf beziehen, dass lediglich sechs Frauen das Studium der Staatswissenschaften im selben Jahr(gang) wie Silving abschlossen. (Silving promovierte mit Promotionsbescheid vom 13. Juli 1929 zum Dr. rer. pol. (Archiv der

Es dürfte im Rahmen von Kelsens Seminar für Allgemeine Staatslehre⁵² im Sommersemester 1926 gewesen sein, dass dieser auf die damals lediglich 20-jährige Studentin Silving aufmerksam wurde und diese einlud, sein Privatseminar zu besuchen.⁵³ Zu diesem Zeitpunkt hatte Silving gerade einmal mit dem Verfassen ihrer Dissertation begonnen.⁵⁴ Dass Kelsen eine Frau einlud, an seinem Privatseminar teilzunehmen, war dabei weit weniger ungewöhnlich, als dass es sich bei Silving um eine bloße Studentin im 5. Semester handelte: Wie Alfred Verdross berichtete, nahmen an Kelsens Privatseminar für gewöhnlich lediglich „absolvierte Hörer“, Professoren und Privatdozenten, aber niemals „bloße Studierende“ teil.⁵⁵ Anders verhielt es sich mit Frauen: Kelsens Privatseminar war dem „intellektuellen Geist“ der (Wiener) Moderne verhaftet und so nahmen – anders als es Reut Yael Paz⁵⁶ im Abstract ihres Aufsatzes behauptet – schon ab den frühen 20er-Jahren vereinzelt Frauen an Kelsens Privatseminar teil.⁵⁷

Universität Wien, Promotionsbescheid). Dies würde auch den Rechercheergebnissen von Tamara Ehs entsprechen, die angibt, dass im Studienjahr 1928/29 sechs Frauen das Studium der Staatswissenschaften abgeschlossen haben, T Ehs, Das Studium der Staatswissenschaften, in Th Olechowski, T Ehs und K Staudigl-Ciechowicz (Hrsg), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (vienna university press 2014) 173, 193.

- 52 „Nationale“ Henryka Silberpfennig, Sommersemester 1926, Archiv der Universität Wien.
- 53 Silving und Ryu (Fn 50) 38, 91. Im Wintersemester 1926/27 besuchte Silving Kelsens Vorlesung „Allgemeine Staatsrechtslehre“, das mit einem Proseminar verbunden war. (Vorlesungsverzeichnis Rechts- und Staatswissenschaften Wintersemester 1926/27, 11: *Allgemeine Staatslehre, verbunden mit Proseminar, 4 st., Do., Fr.11 – 12, Sa 11–1.Hs.28*; „Nationale“ Henryka (Henda) Silberpfennig, Wintersemester 1927/28, Archiv der Universität Wien).
- 54 Henryka Silberpfennig, *Idealistische und die Realistische Staatslehre* (Diss. Wien 1928). Geht man davon aus, dass Silving im Sommersemester 1926 mit den Arbeiten an ihrer Dissertation begann und ihre Dissertation im November 1927 (Zeitpunkt des Absolutatoriums) fertig gestellt war, so befand sich ihre Dissertation im Wintersemester 1926/27 aller Wahrscheinlichkeit nach lediglich im Anfangsstadium.
- 55 Radio-Interview mit Prof Alfred Verdross, abgedruckt in: R Walter, C Jabloner und K Zeleny (Hrsg), *30 Jahre Hans Kelsen Institut* (Manz 2003) 92. So auch Silving: „Those people were the elite of Viennese legal and political science scholarship, known as the Vienna school of jurisprudence“: Silving und Ryu (Fn 50) 91.
- 56 Yael Paz (Fn 51) Abstract 1131 („[...] Silving, the only female scholar to be mentored by Hans Kelsen (1881–1973)“).
- 57 Die erste Frau im Wiener „Kelsen-Kreis“ dürfte Elisabeth Ephrussi (später: Elisabeth de Waal) gewesen sein, die im Februar 1923 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien das Doktorat der Rechtswissenschaften erlangte. Neben Ephrussi, die zwischen 1923 und 1926 immer wieder Kelsens Privatseminar

Trotz der Nähe Silvings zum Wiener „Kelsen-Kreis“ und ihrer aufrichtigen Bewunderung für den Schöpfer der Reinen Rechtslehre, begann Silving bereits in ihrer Dissertation 1928 einige seiner Ansätze in Frage zu stellen. Über ihre jüngere Schwester hatte Silving 1928 den Philosophen Friedrich Waismann, damals Assistent des „Kopfes“ des Wiener Kreises Moritz Schlick, kennengelernt und fand zunehmend am logischen Empirismus des Wiener Kreises gefallen. Obwohl seit ihren Studententagen von der Philosophie fasziniert, studierte Silving, nachdem sie 1928 ein Doktorat der Staatswissenschaften erworben hatte, nicht Philosophie, sondern Rechtswissenschaften an der Universität Wien.⁵⁸

2.2. Strafrechtswissenschaften an der Universität Wien in der Zwischenkriegszeit

Seit den frühen 20er-Jahren, insbesondere seitdem 1923 das Wiener Universitäts-Institut für die gesamte Strafrechtswissenschaft und Kriminalistik gegründet worden war,⁵⁹ war Wien zu einem führenden Zentrum der Kriminologie und Kriminalistik geworden, wo eine Fülle von Lehrveranstaltungen wie gerichtliche Psychiatrie, forensische Psychiatrie und Gerichtsmedizin angeboten wurden.⁶⁰ Seit den 20er-Jahren wurde Strafrecht, dem Begründer der Kriminalistik Hans Gross folgend, an der Universität Wien als interdisziplinäres Gebiet verstanden, man arbeitete eng mit der Polizei, mit Psychologen und Neurologen zusammen und führte „Feldstudien“ mit Häftlingen durch.⁶¹ Die junge Silving besuchte als Jura-Studentin in den 30er-Jahren einige dieser Lehrveranstaltungen, vor allem die Lehrveranstaltungen zur gerichtlichen Psychiatrie und Psychologie des Strafrechts scheinen sie nachhaltig beeindruckt zu haben, wie sie in ihrer Autobiographie

besucht haben dürfte, frequentierte spätestens ab dem Jahr 1925 auch Margit Fuchs (später: Margit Kraft-Fuchs) und zwischen 1928 und 1928 auch Gisela Rohatyn Kelsens Privatseminar. Zu Elisabeth Ephrussi und Margit Fuchs siehe auch: C Jabloner, Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht (2014) 69 ZÖR 614–646.

58 „Nationale“ Henryka Silberpfennig, Archiv der Universität Wien, Rechtswissenschaften, Sommersemester 1932/33.

59 K Staudigl-Ciechowicz, Strafrecht und Strafprozessrecht, in T Olechowski, T Ehs und K Staudigl-Ciechowicz (Hrsg), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (vienna university press 2014) 420, 452.

60 *ibid* 457.

61 *ibid* 454.

mehrfach betont.⁶² Der Ausflug Silvings in die Kriminalwissenschaften sollte allerdings vorerst auf einige der in Wien angebotenen Spezialvorlesungen beschränkt bleiben.

2.3. *Coming to America*

1936 wurde Silving zum *doctor iuris* an der Universität Wien promoviert.⁶³ Da sich die Lage für Frauen und Jüdinnen in Österreich seit der Errichtung des autoritären Staates zunehmend verschlechtert hatte, beschloss Silving, als auch noch ihre Heiratspläne scheiterten, 1937 in die USA auszuwandern. Im sprichwörtlich letzten Moment gelang es Silving 1938, wenige Wochen vor dem sog. Anschluss, Österreich zu verlassen; im März 1939 emigrierte sie in die USA.⁶⁴ In der Hoffnung, an einem der zahlreichen Universitäten und Colleges Neu-Englands eine Anstellung zu finden, zog Silving nach Boston und verdiente sich dort zunächst als Altenpflegerin und Lehrerin an einer höheren Bildungseinrichtung für Frauen, ehe sie 1940 unerwartet ihren einstigen Lehrer Hans Kelsen wieder traf. Infolge des Wiedersehens stellte Kelsen Silving zwischen 1940 und 1942 als seine persönliche Assistentin an der Harvard Law School an.⁶⁵

Währenddessen zeichnete sich immer deutlicher ab, dass es Silving ohne einen amerikanischen Universitätsabschluss kaum möglich sein würde, eine dauerhafte Anstellung an einer amerikanischen Universität zu erlangen.

In den 1940er Jahren waren an der Harvard Law School noch keine Frauen zum Studium der Rechtswissenschaften zugelassen⁶⁶ und so studierte Silving ab Juli 1942 an der Columbia in New York neuerlich Rechtswissenschaften.⁶⁷ Aber selbst nachdem sie im Februar 1944 ihr Studium mit einem Bachelor of Laws als Zweitbeste ihres Jahrganges abgeschlossen und

62 Silving und Ryu (Fn 50) 99.

63 Rechtswissenschaftliche Fakultät, Promotionsprotokoll 1935/36, Archiv der Universität Wien.

64 Silving und Ryu (Fn 50) 164.

65 T Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (2. Aufl, Mohr Siebeck 2021) 683.

66 Die Zulassung von Frauen an der Harvard Law School erfolgte erst 1950: M Cardozo, Women Not in the Law Schools, 1950 to 1963 (1992) 42 *Journal of Legal Education* 594, 595.

67 Auskunft der Columbia University, Office of Registrar v 23.3.2023.

drei Wochen später die Anwaltsprüfung („bar exam“) abgelegt hatte, konnte Silving keine permanente Anstellung in den USA finden: Sie arbeitete für eine „Wallstreet Kanzlei“, ging mit der Overseas Mission des US-Justizministeriums für einige Zeit nach Deutschland und war danach im Rahmen eines von der Rockefeller Foundation finanzierten Forschungsprojekts zur Rechtsentwicklung in Israel an der Harvard Law School als Forschungsassistentin tätig, ehe sie schließlich 1956 als Professorin für Strafrecht an die University of Puerto Rico berufen wurde.⁶⁸

3. Teil: Transfer österreichischen Rechtsdenkens am Beispiel Eid?

3.1. Methodentransfer und Transfer österreichischen Rechtsdenkens durch Migration

Im Jahr 1898, als US-amerikanische Streitkräfte die spanische Kolonie Puerto Rico besetzten, besaß diese ein typisch europäisches Rechtssystem; insbesondere beruhte das Strafrecht auf einer 1879 für Kuba und Puerto Rico gemeinsam erlassenen Kodifikation.⁶⁹ Unmittelbar auf die Okkupation erfolgte eine „Amerikanisierung“ der puerto-ricanischen Rechtsordnung; 1902 wurde eine spanische Übersetzung des kalifornischen Strafgesetzbuches von 1873 eingeführt.⁷⁰

Silving hatte sich bis in die 50er Jahre nur äußerst peripher mit dem Strafrecht auseinandergesetzt,⁷¹ nunmehr wurde sie an eine Universität berufen, an der es – ihren eigenen Aussagen zufolge – nicht einmal Strafrechtslehrbücher gab.⁷² Zwar stand das puerto-ricanische Strafrecht in der Tradition des *common law*,⁷³ doch kommen an zahlreichen Stellen noch

68 Silving und Ryu (Fn 50) 397.

69 L. McKim Garrison, *The Penal Code of Cuba and Puerto Rico* (1899) 13 *Harvard Law Review* 124–136; LF Matta, *Civil Law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico* (1992) 40 *The American Journal of Comparative Law* 783–815.

70 Motivenbericht zur puerto-ricanischen Strafgesetznovelle 2004, <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2-ingles/0149-2004.pdf> (abgerufen am 1.12.2023).

71 Auch im Zuge ihrer Tätigkeit für ein rechtsvergleichendes Forschungsprojekt an der Harvard University („Harvard-Israel project“) zwischen 1954 und 1956 war Silving vor allem im Bereich Zivilrecht tätig, wie sie in ihren Memoiren berichtet: Silving und Ryu (Fn 50) 400.

72 Silving und Ryu (Fn 50) 420.

73 *ibid* 412.

immer zahlreiche kontinentaleuropäische Rechtselemente durch, und auch in den strafrechtlichen Arbeiten Silvings trat immer wieder ihr kontinental-europäisches Rechtsdenken zutage. So lässt sich beispielsweise klar und deutlich der Einfluss des Wiener Instituts für Kriminalistik der 1930er Jahre auf Silvings Werk erkennen. Wie einst das Wiener Institut für Kriminalistik, bot auch sie in Puerto Rico Lehrveranstaltungen wie gerichtliche Psychiatrie an und erlangte damit rasch amerikaweit Bekanntheit.⁷⁴

3.2. Silvings Arbeiten zum Eid

Um ungestört an einem Strafrechtslehrbuch für ihre puerto-ricanischen Studierenden arbeiten zu können, verbrachte Silving das Studienjahr 1957/58 an der Yale Law School als Gastforscherin, wo sie auch eine rechtsvergleichende Lehrveranstaltung zum Strafrecht hielt.⁷⁵ Während ihres Aufenthalts in Yale arbeitete Silving an ihrer Abhandlung über den Eid, die kurz nach ihrer Rückkehr nach Puerto Rico in zwei aufeinanderfolgenden Ausgaben des Yale Law Journals veröffentlicht wurden.⁷⁶ Ihre beiden Aufsätze widmete sie dem 1957 verstorbenen amerikanischen Rechtsrealisten Judge Jerome Frank, der sich, seit sie 1945 gemeinsam in der Festschrift für Roscoe Pound publiziert hatten, als ihr Förderer erwies und dessen Fürsprache sie auch ihr über die Rockefeller Foundation finanziertes Forschungsstipendium in Yale verdankte.⁷⁷

Silvings Arbeiten über den Eid war der Aufsatz „Testing of the Unconscious in Criminal Cases“⁷⁸ vorangegangen, in dem sie sich ebenfalls kritisch zum US-Beweisverfahren, damals hinsichtlich der Beweisverwertung beim Einsatz von Lügendetektoren, geäußert hatte.

Ihr Aufsatz über den Eid erschien in zwei Teilen in aufeinanderfolgenden Ausgaben des Yale Law Journals⁷⁹ und ist grob gesprochen in drei Teile unterteilt: eine kulturgeschichtliche Darstellung der Eidpraxis von der An-

74 *ibid.*

75 Bulletin Yale Law School 1958–1959.

76 H Silving, The Oath: I (1959) 68 Yale Law Journal 1329–1390 (= Fn 23); H Silving, The Oath: II (1959) 68 Yale Law Journal 1527–1577. Beide Aufsätze wurden auch in H Silving, Essays on Criminal Procedure (Dennis 1964) 3–104 und 107–188 abgedruckt.

77 Silving und Ryu (Fn 50) 424.

78 H Silving, Testing of the Unconscious in Criminal Cases (1956) 69 Harvard Law Review 683–705.

79 Silving (Fn 76).

tike bis in die Gegenwart, eine rechtsvergleichende Analyse der damaligen Eidesgesetze der „westlichen Welt“ und ein detaillierter Reformvorschlag für die Eidesgesetzgebung im US-amerikanischen Bundesrecht. Gerade im letztgenannten Abschnitt, in dem Silving eine umgehende Reform des US-amerikanischen Eideswesens (auf Bundesebene) forderte, kommt das kontinentaleuropäische Rechtsdenken Silvings ungefiltert zum Ausdruck:

Sich auf Kant, Fichte und Beccaria berufend, stellte Silving das Recht des Gesetzgebers, Richter zu ermächtigen, einen Eid zu verlangen, in Frage, zumal dieses ihr zufolge die „unveräußerliche menschliche Freiheit“ verletze und darüber hinaus gegen das auch im US-amerikanischen Verfassungsrecht verankerte Verbot der Selbstbelastung verstoße. Hinsichtlich der Vereidigung von Angeklagten im Strafprozess sollte Silving zufolge die im Zeitpunkt des Entstehens ihrer Arbeiten zum Eid geltenden Fassung der österreichischen Strafprozessordnung (StPO) als Vorbild für eine US-amerikanische Strafrechtsreform dienen. Demnach sollte der Beschuldigte in der Ermittlungsphase lediglich ermahnt werden, die Wahrheit zu sagen („unvereidigte Parteivernehmung“), die Nichtbefolgung der Ermahnung aber rechtlich unsanktioniert bleiben (§ 202 StPO 1873).⁸⁰

Anders als im Strafrecht, wo Silving die Übernahme des in nahezu allen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen geltenden Verbotes, einen Angeklagten unter Eid zu stellen, ins amerikanische Strafrecht forderte, stand sie der Beeidigung im Zivilrecht weit weniger kritisch gegenüber. Aber auch hier empfahl Silving dem US-amerikanischen Gesetzgeber sich an der Rechtslage, wie sie in Österreich in Bezug auf die Parteienvernehmung bestand, zu orientieren: In Österreich würden die Parteien ebenso wie in Deutschland auch „[...]wie Zeugen, jedoch nicht als Zeugen“,⁸¹ in der Parteienvernehmung aussagen, was zur Folge habe, dass sie zwar verpflichtet seien, die Wahrheit zu sagen, ein Verstoß jedoch nicht strafrechtlich sanktioniert werde.⁸² Auch dass das unentschuldigte Fernbleiben einer Partei in einer Verhandlung nicht unter Strafe stehe, sondern nur der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliege, begrüßte Silving ebenso wie, dass sich die Parteien nach österreichischem Recht aus denselben Gründen wie Zeugen der Aussage ent schlagen könnten.⁸³

80 Silving, *The Oath*: II (Fn 76) 1535.

81 Silving, *The Oath*: II (Fn 76) 1530.

82 *ibid* 1530–1531.

83 *ibid* 1530–1536.

Besonderen Reformbedarf im US-amerikanischen Recht verortete Silving bei der Frage nach Eidverboten für bestimmte Personengruppen und forderte, dass nach österreichischem Vorbild gewisse Personengruppen, wie etwa Kinder, nicht beeidet werden dürften. Auch in diesem Punkt hält Silving also eine Anpassung an die österreichische „Eidgesetzgebung“ für wünschenswert, „[...]zumal Österreich seit beinahe zweihundert Jahren die wohl weltweit progressivste Eidpolitik verfolge. [...]Wenn der Eid im amerikanischen Rechtssystem schon nicht gänzlich abgeschafft werden könne, so sei doch eine Reform nach Vorbild der österreichischen Straf- und Zivilprozessordnung (ZPO) wünschenswert,“⁸⁴ schreibt Silving. Auch aus psychoanalytischer Sicht spreche einiges für eine starke Zurückdrängung des Eids, zumal die auch in der Beichte enthaltenen zwanghaften Elemente der scheinbar freiwilligen Selbstbeschuldigung und des Geständnisses auch im Eid enthalten seien, schließt Silving, sich auf den österreichisch-amerikanischen Psychoanalytiker Theodor Reik berufend, den zweiten Teil ihres Aufsatzes.⁸⁵

Noch während ihres Aufenthaltes in Yale wurde Silving in die puerto-ricanische „Strafrechtsreformkommission“ aufgenommen, die zur Aufgabe hatte, einen neuen Strafrechtskodex für Puerto Rico auszuarbeiten. Ab 1959 arbeitete Silving an einem Entwurf für einen reformierten, modernisierten puerto-ricanischen Strafrechtskodex. Wie sie selbst in ihrer Autobiographie schreibt, war ihr Entwurf in vielerlei Hinsicht (unter anderem auch betreffend der Parteien- und Zeugenvereidigung) kontinental-europäisch geprägt und an die österreichische StPO angelehnt.⁸⁶

Silvings Gesetzesentwurf wurde samt ihrer Kommentierung 1967 unter dem Titel „Constituent Elements of Crime“ veröffentlicht.⁸⁷ Obwohl Silvings Gesetzesentwurf in weiten Teilen Südamerikas – wohl gerade wegen seiner kontinentaleuropäischen Prägung – auf großes Interesse stieß,⁸⁸ wurde er schlussendlich in Puerto Rico abgelehnt und es trat 1974 ein vom puerto-ricanischen Strafrechtler Francisco Pegan ausgearbeiteter Gesetzesentwurf in Kraft. Seit ihren Studententagen an der Columbia mit der ersten

84 *ibid* 1533.

85 *ibid* 1573.

86 Silving und Ryu (Fn 50) 435.

87 H Silving, *Constituent Elements of Crime* (Charles C Thomas 1967).

88 Silvings Werk „*Constituent Elements of Crime*“ wurde vom argentinischen Rechtswissenschaftler und Höchstrichter Genaro Carrió ins Spanische übersetzt und erschien 1977 unter dem Titel „*Elementos Constitutivos del Delito*“ (Editorial Universidad de Puerto Rico 1977).

weiblichen jüdischen Kongressabgeordneten Bella Abzug befreundet,⁸⁹ betrieb Silving bald die US-Demokratin beim Entwurf eines Vorschlags für die Abänderung der gerichtlichen Eidespraxis. Allerdings blieben auch diese Bemühungen Silvings um eine Reform der US-amerikanischen Eidespraxis ohne Erfolg.

4. Teil: *Conclusio*

Der Eid ist ein Rechtsinstitut aus einer fernen, von Irrationalität und Wunderglauben geprägten Vergangenheit und existiert dennoch auch in den Rechtsordnungen des 21. Jahrhunderts. Seine praktische Bedeutung ist im modernen US-amerikanischen Recht ungleich höher als im kontinentaleuropäischen und kann so geradezu exemplarisch für die Darstellung der Differenzen zweier Rechtskulturen genommen werden. Helen Silving, die in Wien Rechts- und Staatswissenschaften studiert hatte und 1956 zur Professorin für Strafrecht an der Universität von Puerto Rico berufen wurde, hat sich in bemerkenswerter Weise (wenn auch letztlich ohne Erfolg) für die Zurückdrängung des Eides im US-amerikanischen Rechtsleben eingesetzt und dabei explizit auf das österreichische Vorbild verwiesen.

Die vorliegende Studie ist im Rahmen meines Forschungsprojekts zum Einfluss österreichischer Rechtswissenschaftler auf die Rechtsentwicklung in Nord- und Südamerika entstanden. In Einzelfallstudien soll dabei untersucht werden, ob in Österreich ausgebildete Juristen nach ihrer Emigration in die USA kontinentaleuropäisch-österreichische Dogmen, Rechtsinstitute oder Denkweisen einzuführen versuchten. Im Falle Helen Silvings ist dies eindeutig der Fall. Durch ihre strafrechtlichen Publikationen zum Eid trug Silving zu einer in den USA äußerst emotional geführten Debatte bei, die geeignet war, an den Eckpfeilern des US-amerikanischen Beweisrechts und so indirekt sogar an jenen des US-amerikanischen Rechtssystems zu rütteln.

89 Silving und Ryu (Fn 50) 291.

„Das Eingeständniß ist in SüdTyrol eine Rarität.“ Richterliche Beurteilung und strafrechtliche Praxis im vormärzlichen Österreich

Franziska Niedrist

1. Einleitung

Wenngleich die Folter als Mittel zur Wahrheitsfindung in Österreich bereits unter der Regentschaft Maria Theresias im Jahr 1776 abgeschafft wurde,¹ belegen strafrechtliche Quellen auch in Kriminaluntersuchungen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mitunter Formen von (physischer) Druckausübung. Insbesondere in Bezug auf die Art der Vernehmung durch die Untersuchungsgerichte finden sich mehrere Fälle, in denen unzulässige Suggestivfragen oder die Verabreichung von Stockstreichen von höchstgerichtlicher Stelle moniert und mit Rügen an die entsprechende Behörde quittiert wurden. Damit überliefern die Quellen ein – zumindest die Höchstinstanz betreffendes – gesetzeskonformes Bild. Mit Blick auf das Zitat im Titel, das aus einem höchstgerichtlichen Gutachten eines Strafverfahrens von 1824 stammt,² finden sich allerdings auch Bemerkungen, die von einer möglichst objektiven Beurteilung abweichen und persönliche Ansichten offenbaren. Ein augenscheinlicher Widerspruch, den es im Rahmen dieses Beitrags näher zu ergründen gilt.

Als Quellengrundlage dient ein geschlossener Bestand von Strafakten aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.³ Die darin enthaltenen Ratspro-

1 Dazu S Karstens, *Lehrer – Schriftsteller – Staatsreformer. Die Karriere des Joseph von Sonnenfels (1733–1817)* (Veröffentlichungen der Kommission für Neuere Geschichte 106, Böhlau 2001) 310–317.

2 Österreichisches Staatsarchiv (im Folgenden: ÖStA), Allgemeines Verwaltungsarchiv (im Folgenden: AVA), Justiz, Oberste Justizstelle (im Folgenden: OJSt), Tiroler Senat (im Folgenden: TS), Karton 181, Fasc XXII T, Aktenzahl 3366/200 (Sitzung vom 12. Juni 1824). Siehe auch Fn 85.

3 Bearbeitet wurde der Bestand zunächst im Rahmen eines vom „Jubiläumsfonds der Österreichischen Nationalbank“ finanzierten Projekts, das unter dem Titel „Rechtstatachsen im Vormärz. Strafrechtsjudikatur der Obersten Justizstelle“ zwischen 2015

tokolle betreffen unterschiedliche Strafrechtsangelegenheiten aus Tirol und Vorarlberg, die nach Durchlauf des Instanzenzuges der Obersten Justizstelle als ehemaliges Höchstgericht der Habsburgermonarchie vorgelegt wurden. Im Fokus steht somit der historische Raum Tirol und Vorarlberg – ein Gebiet von rund 30.000 Quadratkilometern,⁴ das sich in die Gerichtskreise Vorarlberg, Oberinntal, Unterinntal, Pustertal, an der Etsch, Trient und Rovereto gliederte.⁵ Bei den archivalisch dokumentierten Strafsachen handelt es sich, wie erwähnt, um Fälle, die nach Durchlauf des (bereits auf Joseph II. zurückgehenden) dreistufigen Instanzenzuges der Obersten Justizstelle vorgelegt wurden.⁶ Das „Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretungen von 1803“⁷, das ergänzt von zahlreichen weiteren Hofdekreten nunmehr die normative Grundlage bildete, bestimmte nicht nur die lokalen Kriminalgerichte als erste Instanzen,⁸ sondern legte außerdem fest: „Die Criminal-Gerichte sind dem Appellations-Gerichte als dem Criminal-Obergerichte der Provinz, in welcher sie bestehen, und dieses ist der obersten Justizstelle untergeordnet.“⁹ Dementsprechend erfüllte das Kriminalgericht Feldkirch für den Gerichtskreis Vorarlberg die Funktion

und 2019 von Univ.-Prof. DDr. Martin P. Schennach, MAS am Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte der Universität Innsbruck geleitet wurde. Eine umfassende Bearbeitung konnte anschließend im Zuge eines Dissertationsprojekts, das mittels eines Stipendiums aus dem Doktorand:innenprogramm der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ÖAW) finanziert wurde, von der Verfasserin durchgeführt werden.

- 4 Dies entspricht im Wesentlichen dem Gebiet der heutigen österreichischen Bundesländer Tirol und Vorarlberg sowie der italienischen Region Trentino-Südtirol.
- 5 Mit Blick auf das im Titel enthaltene Zitat ist zu betonen, dass sich der Begriff „Südtirol“ nicht auf die heutige Autonome Provinz Bozen bezieht, sondern auf die beiden südlich gelegenen und mehrheitlich italienischsprachigen Gerichtskreise Trient und Rovereto. Siehe dazu H Heiss (unter Mitarbeit von G Pfeifer), „Man pflegt Südtirol zu sagen und meint, damit wäre alles gesagt.“ Beiträge zu einer Geschichte des Begriffes „Südtirol“ (2000) 9 Geschichte und Region 85.
- 6 Gesonderten Regelungen galten nach wie vor für gewisse Personengruppen, so etwa für Angehörige des Militärs (dazu A Waldstätten, Staatliche Gerichte in Wien seit Maria Theresia. Beiträge zu ihrer Geschichte. Ein Handbuch (StudienVerlag 2011) 41) oder des Bergbaus (dazu A von Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte (Manz 1869) 227).
- 7 Patent vom 3. September 1803, Nr 626, Justizgesetzsammlung (JGS).
- 8 StGB 1803, I Teil, §§ 211ff.
- 9 StGB 1803, I Teil, § 223.

als Erstinstanz,¹⁰ während für die Kreise Ober- und Unterinntal jeweils seit dem 27. Mai 1784 das Innsbrucker Stadt- und Landrecht als erstinstanzliches Kriminalgericht zuständig war.¹¹ Für die südlicher gelegenen Kreise Pustertal und an der Etsch fungierte das Kriminalgericht Bozen als erste Instanz und die Kriminalgerichte Trient und Rovereto urteilten für die jeweils gleichnamigen Gerichtskreise.¹² Als zweite Instanz war für den gesamten Raum das „Tirolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht“ in Innsbruck (im Strafgesetz auch als „Criminal-Obergericht“ bezeichnet) zuständig,¹³ während sich der Sitz der Obersten Justizstelle als Dritt- und Höchstinstanz in Wien befand.¹⁴

Wie sich gezeigt hat, eröffnet das erhaltene Schriftgut abseits der Judikatur auch Einblicke in persönliche Ansichten von Kriminalität und deren Sanktionierung – es erweist sich damit als besonders aufschlussreiches Quellenmaterial. Ausgehend von grundlegenden Erläuterungen zur Beschaffenheit der Quellen und methodischen Aspekten, widmet sich dieser Beitrag gezielt den hofrätlichen Gutachten, die nicht nur fachliche Einschätzungen der Juristen überliefern, sondern mitunter auch subjektive Wahrnehmungen und Überzeugungen. Angesichts der – zu Recht hinterfragten – „Wahrheit im Strafprozess“¹⁵ soll daher untersucht werden, inwiefern sich im Zuge der Beurteilung von Sachverhalt und Angeklagten auch persönliche Ansichten widerspiegeln und ob sich entsprechende Einflüsse in der strafrechtlichen Praxis erkennen lassen.

10 Außerdem Hofdekret vom 15. März 1817, Nr 1328, JGS; zur besonderen Rolle des Kriminalgerichts Feldkirchs siehe A Dür, *Gerichtsgeschichte Feldkirch. Geschichte der Stadt Feldkirch* (Bucher Verlag 2018) 26–33.

11 Bestimmung vom 1. Jänner 1784, Nr 223, JGS.

12 Stadtarchiv Innsbruck (StAI), VO-1612, *Circulare des k.k. Landesguberniums in Tyrol (sic), und Vorarlberg. (Die Organisirung der Criminal-Gerichte in Tyrol und Vorarlberg betreffend.)*, 18. April 1817.

13 Eine ausführliche Behandlung erfuhr das Tirolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht im Rahmen einer Festschrift, die anlässlich des 230-jährigen Jubiläums des Oberlandesgerichts Innsbruck erschien: K Schröder (Hrsg), *Fiat Justitia! 230 Jahre Oberlandesgericht Innsbruck* (Schlern-Schriften 372, Universitätsverlag Wagner 2021).

14 Siehe dazu auch die Ausführungen in Teil 2. Die Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle.

15 So der Titel des Panels, in dessen Rahmen der nunmehr verschriftlichte Beitrag auf der 1. Nachwuchstagung Rechtsgeschichte im Juni 2023 in Frankfurt a. M. vorgetragen wurde.

2. Die Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle

Ehe der Fokus auf die als Richter agierenden Hofräte gelegt wird, soll das zugrundeliegende Quellenmaterial näher beschrieben werden. Es handelt sich dabei um einen geschlossenen Bestand höchstgerichtlicher Strafsakten, der vom Brand des Wiener Justizpalastes im Jahr 1927 glücklicherweise verschont blieb.¹⁶ Darin enthalten sind überwiegend Ratsprotokolle, die von den Referenten der Obersten Justizstelle in Betreff der ihnen zugewiesenen Strafsachen verfasst wurden. Zwar werden die Akten als Schriftgut des „Tiroler Senats“ bezeichnet,¹⁷ tatsächlich finden sich in den untersuchten Quellen aber keinerlei Hinweise, die auf die gesonderte Existenz eines solchen Senats hindeuten.¹⁸ So wurde die Oberste Justizstelle, die 1749 auf Veranlassung Maria Theresias eingerichtet wurde¹⁹ und als Höchstinstanz in Privat- und Strafsachen wie auch als Behörde der Justizverwaltung fungierte,²⁰ ursprünglich in drei Einheiten („Consessen“) konzipiert, sodass in einem „Consessu die Böhemischen, in dem andern [sic] die Wiener- und Nieder-Österreichischen, und in dem dritten die Ober- und Inner-Oe-

16 Zum Justizpalastbrand vom 15. Juli 1927 und dessen Auswirkungen siehe Bundesministerium für Justiz, Ludwig Boltzmann-Institut für Geschichte und Gesellschaft und Cluster Geschichte (Hrsg.), 80 Jahre Justizpalastbrand. Recht und gesellschaftliche Konflikte. Symposium Justiz und Zeitgeschichte 11. und 12. Juli 2007 in Wien (Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann-Instituts für Geschichte und Gesellschaft/Cluster Geschichte 33) (StudienVerlag 2008).

17 So die Kategorisierung im Österreichischen Staatsarchiv als aktueller Aufbewahrungsort: <https://www.archivinformationssystem.at/detail.aspx?ID=1586> (abgerufen am 8.9.2023).

18 Bei Niedermayr, Oberhammer und Peer etwa wird er als „quasi ein ‚Untersenat‘ des Österreichischen Senats“ bezeichnet; M Niedermayr et al, Projekt „Ratsprotokolle“: Die früheste Judikatur zum ABGB 1811. Tyrolisch-Vorarlbergischer Senat der obersten Justizstelle 1814–1844, in H Barta et al (Hrsg), *Kontinuität im Wandel. 200 Jahre ABGB (1811–2011)* (innsbruck university press 2012) 21, 22.

19 Zur Geschichte der Obersten Justizstelle siehe MF von Maasburg, *Geschichte der obersten Justizstelle in Wien. 1749–1848* (2. Aufl, Carl Bellmann's Verlag 1891).

20 Zu Kompetenz- und Funktionsbereichen der Obersten Justizstelle siehe G Kocher, *Höchstgerichtsbarkeit und Strafrechtskodifikation. Die Oberste Justizstelle und das allgemeine Privatrecht in Österreich von 1749–1811* (Forschungen zur Europäischen und Vergleichenden Rechtsgeschichte 2, Böhlau 1979) 27–31. Als „Revolutionszugestandnis“ erfolgte mit 1848 die Errichtung eines gesonderten Justizministeriums, sodass die Oberste Justizstelle ausschließlich als Gerichtsbehörde fungieren sollte, während Verwaltungsangelegenheiten in die Zuständigkeit des neu errichteten Ministeriums fallen sollten. Siehe hierzu Österreichisches Staatsarchiv, *Archivinformation, Archivierungsgeschichte*: <https://www.archivinformationssystem.at/detail.aspx?ID=1574> (abgerufen am 8.9.2023).

sterreichischen, dann die Tyroller und Vorder-Oesterreichischen Sachen erörteret werden“.²¹ Allerdings, so die Feststellung Gernot Kochers, existierten von den drei Consessen, die später als Senate bezeichnet wurden, wohl lediglich ein böhmischer und ein „österreichischer“ Senat, von denen letzterer für die tirolischen, innerösterreichischen und niederösterreichischen Revisionen zuständig war. Weil diese innerhalb der Registratur nach eben dieser Einteilung geordnet wurden, entstand offenbar der Eindruck, dass es tatsächlich drei getrennte Senate gab.²² Während also davon auszugehen ist, dass die Räte der Obersten Justizstelle grundsätzlich für Angelegenheiten aus verschiedenen Gebieten der Monarchie zuständig waren, wiesen doch einige der Referenten, wie an späterer Stelle noch deutlich wird, biografisch- bzw. berufsbedingte Verbindungen zum Untersuchungsraum auf.²³

Vor dem Hintergrund dieser exkursorischen Erläuterungen ist zu erwähnen, dass die bearbeiteten Ratsprotokolle knapp 1.000 Fälle aus Tirol und Vorarlberg betreffen, die von der Justiz geahndet und – nach Behandlung von Erst- und Zweitinstanz – zwischen 1814 und 1844 dem Höchstgericht vorgelegt wurden. Grundsätzlich konnten strafrechtliche Angelegenheiten auf verschiedenem Weg zur Obersten Justizstelle gelangen: infolge der gesetzlichen Vorlagepflicht, als Rekurs²⁴ oder als Supplikation.²⁵ In Betreff der Vorlagepflicht ist zunächst auf StGB 1803, 1 Teil, § 433 zu verweisen, nach dem gewisse Fälle dem Obergericht, also dem als Zweitinstanz fungie-

21 Handschreiben Maria Theresias vom 1. Mai 1749, gedruckt in Maasburg (Fn 19) 349.

22 G Kocher, Wien und die Oberste Justizstelle in Verband Österreichischer Geschichtsvereine (Hrsg.), Bericht über den vierzehnten österreichischen Historikertag in Wien (Karl Werner 1979) 197. Ähnliches schreibt Christian Neschwara, der seinerseits auf die Bedeutung der Registraturordnung verweist, indem „die Akten nach ihrer Herkunft von den einzelnen Appellationsgerichten getrennt verwahrt wurden, so dass es (auch im ÖStA, Abt. AVA) etwa einen ‚dalmatinischen‘ oder einen ‚tirolischen‘ Senat gibt“: C Neschwara, Die Oberste Justizstelle in Wien (1749–1848) (2016) Bd 2 Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 256, 262.

23 Siehe Kapitel 3. Die Hofräte der Obersten Justizstelle.

24 Das „Ansuchen um Hülfe bey höherer Behörde“, so die gesetzliche Definition, konnte lediglich in zwei Fällen erfolgen, nämlich einerseits „gegen Urtheile der Criminal-Gerichte, welche diese, ohne sie dem Obergerichte vorzulegen, kund machen, und vollziehen dürfen“ und zum anderen gegen jene Urteile des Obergerichts, die entweder einen vom Erstgericht ausgesprochenen Freispruch aufhoben oder das erstinstanzliche Urteil „entweder in der Strafdauer, oder sonst verschärfet [hatten]“. Siehe StGB 1803, 1 Teil, § 462, lit a und b.

25 Bei den überlieferten Supplikationen handelt es sich vornehmlich um Bittschriften, mittels derer die Bittstellenden eine mildere Strafe oder gänzliche Nachsicht derselben zu erwirken suchten.

renden Appellationsgericht, vorgelegt werden mussten.²⁶ Daran anschließend finden sich verschiedene Ergänzungen, denen zufolge etwa Fälle mit bestimmten Strafkonstellationen (zB „wann auf Züchtigung mit Streichen zur Verschärfung der gesetzlichen Strafe erkannt wird“²⁷) ebenfalls in den Kompetenzbereich des Obergerichts fielen, dem mit StGB 1803, 1 Teil, § 441 in gewissen Fällen auch ein Milderungsrecht zustand.²⁸eng

Ausschlaggebend dafür, dass ein Gegenstand der höchsten Instanz vorgelegt wurde, war schließlich StGB 1803, 1 Teil, § 442, der besagte, dass Verbrechen „des Hochverrathes, Mißbrauches der Amtsgewalt, und Verfälschung der öffentlichen Credits-Papiere“ in jedem Fall der Obersten Justizstelle vorgelegt werden mussten; außerdem StGB 1803, 1 Teil, § 443, lit. a bis d.²⁹ Nicht zuletzt sah das Strafgesetz von 1803 für fünf Fälle die Todesstrafe vor („Hochverrath“, „Verfälschung öffentlicher Credits-Papiere“, „Mord“ sowie bestimmte Fälle von „Brandlegung“ und „Todtschlag“): Diese unterlagen mit StGB 1803, 1 Teil, § 444 einer gesonderten Vorlagepflicht, der zufolge die Oberste Justizstelle „das von ihr gefällte Urtheil mit allen Acten, und mit Anführung der Gründe, die etwa für die Milderung der

26 StGB 1803, 1 Teil, § 433: „Hochverrath, Aufstand und Aufruhr, öffentliche Gewaltthätigkeit, Mißbrauch der Amtsgewalt, Verfälschung der öffentlichen Credits-Papiere, Münzverfälschung, Religionsstörung, Mord, Todtschlag, Zweykampf, Brandlegung, Raub, oder Verbrechen uthaner Vorschub; es mag sich um den Versuch, oder die Ausübung eines solchen Verbrechens handeln, das Urtheil mag wie immer ausfallen; so ist dasselbe stets vor der Bekanntmachung dem Obergerichte vorzulegen.“

27 StGB 1803, 1 Teil, § 435, lit a bis d.

28 StGB 1803, 1 Teil, § 441: „Dem Obergerichte ist aber auch die Macht eingeräumt, sowohl in dem erwähnten Falle der Einsendung, als auch, wenn das Criminal-Gericht die Acten aus einer in dem § 435 enthaltenen Ursache, an das Obergericht übersendet, das Urtheil zu mildern. Doch kann in Fällen, wo nach der gesetzmäßigen Regel die Strafe zwischen zehn und zwanzig Jahren ausgemessen werden mußte, dieselbe wegen Milderumständen nie in der Art, sondern nur in der Dauer gelindert, aber auch in dieser nie unter fünf Jahren; und auf gleiche Weise in Fällen, wo die gesetzmäßige Strafe zwischen fünf und zehn Jahren bestimmt ist, nie unter zwey Jahren bestimmt werden. Die von dem Gesetze verhängte Todesstrafe oder lebenslange Kerkerstrafe kann von dem Obergerichte in keine gelindere abgeändert werden.“

29 „Bey den übrigen Verbrechen ist das von dem Obergerichte geschöpfte Urtheil nur dann der obersten Justizstelle vorzulegen: a) wann auf Todesstrafe, oder lebenslange Kerkerstrafe erkannt wird; b) wann das Urtheil des Obergerichtes auf eine um fünf Jahre längere Kerkerstrafe, als jenes des Criminal-Gerichtes, ausfällt; c) wann das Criminal-Gericht auf die Entlassung des Beschuldigten erkannt hat, das Obergericht aber auf eine Strafe urtheilet; d) wann das Obergerichte erachtet, daß der Verbrecher einer solchen Milderung der Strafe würdig sey, welche die Grenzen der dem Obergerichte eingeräumten Macht überschreitet.“

Strafe streiten, dem Landesfürsten, dem allein das Begnadigungsrecht zu- steht, vorzulegen [hatte].“

Zu bedenken ist einerseits, dass aufgrund des soeben erläuterten prozess- rechtlichen Filters kein repräsentatives Gesamtbild der Kriminalität bzw. Kriminalisierung rekonstruiert werden kann.³⁰ Andererseits ist den Rats- protokollen auch eine obrigkeitlich geprägte Sichtweise charakteristisch, die sich u.a. dahingehend äußert, als dass Angeklagte wie auch Zeug:innen zumeist nur indirekt zitiert wurden. Ein Umstand, der nicht nur im Zuge einer kritischen Quellenbearbeitung zu berücksichtigen ist, sondern auch für die Räte der Obersten Justizstelle von Bedeutung war, die ihre Entschei- dungen im Zuge eines reinen Aktenverfahrens zu treffen hatten.

Die Protokolle folgen im Wesentlichen einem einheitlichen Aufbau:³¹ So finden sich zunächst in linksbündiger Anordnung die zusammenfas- senden Darstellungen des jeweiligen Gegenstands samt Entscheidungen der Unterbehörden, denen sich – auch optisch erkennbar – rechtsbündig positioniert, das Gutachten (auch als „Votum“ betitelt) des Referenten an- schließt. Darin vermerkt wurden Einschätzungen und Beurteilungen von Sachverhalt und Angeklagten, ebenso wie der Vorschlag für die letztliche Entscheidung. Über diesen wurde im Rahmen wöchentlicher Sitzungen nach Mehrheitsprinzip im Plenum abgestimmt. Gesondert hinzugefügt fin- den sich schließlich noch die tatsächlich getroffenen Entscheidungen in Form von Urteilen, Bescheiden oder Dekreten. Bevor diese eingehender besprochen werden, richtet sich das Augenmerk auf die hofrätlichen Prota- gonisten, deren biografisch-akademisches Umfeld es nunmehr zu erhellen gilt.

3. Die Hofräte der Obersten Justizstelle

Für die erfolgreiche Erledigung (straf-)rechtlicher Angelegenheiten wurde vielfältiges Personal benötigt, darunter Hofsekretäre, Ratsprotokollisten,

30 Dass keineswegs eine Erfassung, sondern allerhöchstens eine Annäherung an die wohl beträchtlich höher liegende Dunkelziffer gelingen kann, steht außer Frage. Be- sonders treffend beschreibt Gerd Schwerhoff diesen Umstand: „Überhaupt gilt es die Illusion zu vermeiden, es könne ‚die‘ Gesamtkriminalität erfasst werden.“; G Schwer- hoff, Gerichtsakten und andere Quellen zur Kriminalitätsgeschichte, in M Maurer (Hrsg), *Aufriß der Historischen Wissenschaft* 4 (Reclam 2002) 267, 288.

31 Vorgaben zum Verfassen eines Ratsprotokolls enthält das Patent vom 9. September 1785, Nr. 209, JGS.

Kanzleiboten oder Mitglieder der Registratur.³² Als wesentliche Entscheidungsträger fungierten freilich die Hofräte in ihrer Rolle als Richter. Weil sich ausführliche Biografien der Juristen grundsätzlich bei Maasburg finden,³³ werden hier primär jene zehn Referenten in den Fokus gerückt, die besonders häufig für die Bearbeitung der Tirolischen und Vorarlbergischen Strafsachen zuständig waren: Karl Anton Ritter v. Miniussi,³⁴ Andreas Alois di Pauli Freiherr v. Treuheim,³⁵ Karl Freiherr v. Conci zu Tres und Mollarburg,³⁶ Johann Josef Peer Ritter v. Egerthal,³⁷ Franz Vincenz Freiherr v. Sommaruga,³⁸ Johann Edler v. Rath,³⁹ Friedrich Christian Freiherr v. Gärtner,⁴⁰ der von 1819 bis 1824 auch als Vizepräsident der Obersten Justizstelle fungierte,⁴¹ außerdem Johann Ritter v. Jenull,⁴² Johann Schwarzkönig Edler v. Muhrfeld⁴³ und Josef Ritter v. Heufler zu Rasen.⁴⁴

Im Zuge einer vergleichenden Analyse mit Fokus auf Ausbildung und Karriereverläufen soll ein schematisches Profil nachgezeichnet werden, das (soziale) Herkunft, Ort und Zeitpunkt des Studiums ebenso erfasst, wie die Tätigkeit als Hofrat an der Obersten Justizstelle sowie sonstige (berufsbedingte) Verbindungen zum Untersuchungsraum: Die Auswertung ergab hier, dass die knappe Mehrheit der Räte aus Wien bzw. anderen städtischen Zentren stammte, während die Herkunft der Räte di Pauli, v. Conci, v. Peer und v. Jenull im ländlichen Milieu zu verorten ist. Das Studium der Rechtswissenschaften führte die angehenden Juristen mehrheitlich an die Wiener oder Innsbrucker Universität, vereinzelt wurde auch jene in Pavia und Graz

32 Detaillierte Übersichten zur personellen Besetzung der verschiedenen Ämter finden sich in den jährlichen Ausgaben des „Hof- und Staats-Schematismus des österreichischen Kaiserthums“.

33 Siehe Fn 19.

34 Maasburg (Fn 19) 263.

35 *ibid* 266 sowie Österreichisches Biographisches Lexikon, Bd 1 (1954) 186 (ÖBL, Online-Ausgabe <http://www.biographien.ac.at/oeb1?frames=yes> (abgerufen am 8.9.2023)).

36 Maasburg (Fn 19) 218.

37 ÖBL, Bd 7 (1978) 389 (abgerufen am 8.9.2023).

38 Maasburg (Fn 19) 268 sowie ÖBL, Bd 12 (2005) 411 (abgerufen am 8.9.2023).

39 *ibid* 274.

40 *ibid* 102.

41 Hof- und Staats-Schematismus des österreichischen Kaiserthums (k.k. Hof- und Staats-Druckerey 1819), 265.

42 Maasburg (Fn 19) 253 sowie ergänzend ÖBL, Bd 3 (1962) 108 (abgerufen am 8.9.2023).

43 Maasburg (Fn 19) 263.

44 *ibid* 245.

besucht. Die Studienzeit fiel im Wesentlichen in die letzte Dekade des 18. sowie die erste des 19. Jahrhunderts und damit in jene Zeit, in der die Universitäten im Zuge der Theresianischen bzw. Josephinischen Reformpolitik bereits weitgehend unter staatliche Kontrolle geraten waren. Kennzeichnend für das rechtswissenschaftliche Studium war nun die „Verengung des juristischen Ausbildungsziels auf den Staatsbeamten“, die sich nicht nur auf die Gestaltung des Lehrplans auswirkte.⁴⁵ Überhaupt bedeuteten die landesfürstlichen Eingriffe in das Universitätssystem enorme strukturelle Veränderungen, die sich insofern auf berufliche Karrieren auswirken konnten, als es beispielsweise Referent Johann Josef Peer Ritter v. Egerthal gerade noch schaffte, seine Promotion an der Innsbrucker Universität zu erlangen, ehe diese 1782 zu einem Lyzeum herabgestuft wurde.⁴⁶

Der Abschluss des Studiums mit der „Doctorswürde“ wurde von den untersuchten Richtern etwa mit Mitte 20 erlangt, dem gegenüber ist das Durchschnittsalter, in dem die Ernennung zum Hofrat erfolgte, bei knapp 49 Jahren anzusetzen. Titulatur und Prädikate zeigen weiters, dass es sich bei den untersuchten Akteuren ausnahmslos um Personen aus dem Adelsstand handelte, wobei der Zeitpunkt der Erhebung – soweit nachvollziehbar – nur gering variierte. Zu betonen ist allerdings, dass die überwiegende Mehrheit der Räte ihren Adelstitel, sofern nicht bereits durch Eltern gegeben,⁴⁷ erst im Laufe des Lebens bzw. im höheren Alter erwarb.⁴⁸ Anknüpfen lässt sich an die These von Ellinor Forster, nach der sich verändernde Zugangsbedingungen ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts eine (soziale) Öffnung für höhere Ämter bewirkten.⁴⁹ Angesichts der vorliegenden

45 W Ogris, 200 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Wien, in Historisches Museum der Stadt Wien (Hrsg), 200 Jahre Rechtsleben in Wien. Advokaten, Richter, Rechtsgelehrte (Eigenverlag der Museen der Stadt Wien 1985) 221, 223. Dazu auch T Olechowski, Zweihundert Jahre österreichisches Rechtsstudium. Rückblicke und Ausblicke, in C Jabloner (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Manz 2011), 455, 456–459.

46 Siehe dazu M Friedrich, Konsolidierung, Kritik und Krisen – Universität und Lyzeum von ca. 1730 bis 1826, in M Friedrich und D Rupnow (Hrsg), Geschichte der Universität Innsbruck 1669–2019. Band I: Phasen der Universitätsgeschichte. Teilband I: Von der Gründung bis zum Ende des Ersten Weltkriegs (innsbruck university press 2019) 129, 253–259.

47 Lediglich Hofrat v. Gärtner gehörte als Sohn eines kaiserlichen Reichshofrates bereits von Geburt an dem Freiherrenstand an; siehe Maasburg (Fn 19) 102.

48 Die Auswertung ergab hier ein Durchschnittsalter von 57 Jahren.

49 E Forster, Zwischen Universität, Traualtar und Gerichtsgebäude. Aufstiegsmöglichkeiten für Juristen in Tirol 1780–1830, in M Bellabarba et al (Hrsg), Eliten in Tirol zwischen Ancien Régime und Vormärz. Akten der internationalen Tagung vom 15.

Ergebnisse kann hier die Überlegung angestellt werden, ob das Aufbrechen der „traditionellen Machtelite“ nicht insgesamt etwas später anzusetzen ist und – mit Blick auf den Untersuchungszeitraum – erst allmählich von den niedrigeren Ämtern ausging. Dem entspräche jedenfalls auch der Befund Friedrich Hartls, der für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts feststellte, dass sich das richterliche Personal des Wiener Kriminalgerichts überwiegend durch „begütertes Bürgertum“ zusammensetzte, während Angehörigen des hohen Adels „die Stellen bei den Appellationsgerichten und bei der Obersten Justizstelle offenstanden.“⁵⁰

Nicht zuletzt scheint im Kontext der angesprochenen Senatsgliederung der Obersten Justizstelle auch die Frage von Interesse, inwiefern eine Verbindung der Hofräte zu Tirol bzw. Vorarlberg bestand. Hier fällt zunächst auf, dass sich bei keiner der Biografien ein Bezug zu Vorarlberg nachweisen lässt, während sich mit Blick auf Tirol gleich mehrere Berührungspunkte offenbaren: Abgesehen von vier Hofräten, deren Geburtsort sich im genannten Raum befand, hatten mindestens fünf (v. Miniussi, di Pauli, v. Peer, v. Jenull und v. Heufler) ihr Studium an der Innsbrucker Universität absolviert. Auch waren, und dieser Umstand scheint nicht unerheblich, vier der zehn Hofräte entweder als Präsident des Tirolisch-Vorarlbergischen Appellationsgerichts und/oder des Innsbrucker Stadt- und Landrechts tätig. Eine gewisse regionale Verbundenheit lässt sich damit kaum bestreiten – von einer deliktbezogenen Spezifizierung, wie sie etwa Karl Härter für die Kurmainzer Räte belegte,⁵¹ kann hingegen nicht die Rede sein.

4. Ein Blick auf die Zahlen

Die Beschaffenheit des drei Jahrzehnte durchgehend erhaltenen Aktenbestands lässt mit knapp 1.000 Fällen sowohl quantitative als auch qualitative Auswertungsmöglichkeiten zu. In Erstrebung eines möglichst breiten Erkenntnisgewinns wurden daher statistische Berechnungen und detaillierte inhaltliche Vertiefungen ergänzend kombiniert. Der inhaltlichen Analyse

bis 18. Oktober 2008 an der Freien Universität Bozen (Veröffentlichungen des Südtiroler Landesarchivs 31, StudienVerlag 2010) 325, 325.

50 F Hartl, Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege vom Zeitalter der Aufklärung bis zur österreichischen Revolution (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten 10, Böhlau 1973) 64.

51 K Härter, Policey und Strafjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 190.1, Klostermann 2005) 472.

vorangestellt werden nunmehr kurzgefasste Ergebnisse der quantitativen Auswertung. Diese betreffen – in Ergundung der richterlichen Beurteilung(stendenz)en – das Geschlechterverhältnis unter den Angeklagten, die regionale Verteilung der Verbrechen sowie eine Bilanz der höchstgerichtlichen Urteile.

Allgemein kann hinsichtlich der Frage nach dem Geschlechterverhältnis festgehalten werden, dass die iberwiegende Mehrheit der insgesamt 1.023 fassbaren Angeklagten mit rund 92 Prozent männlichen Geschlechts war, was schon allein mit Blick auf die Gesamtbevölkerung erwähnenswert scheint, indem Frauen zahlenmäßig sogar stärker vertreten waren (Männer: 49,07 Prozent – Frauen: 50,03 Prozent). Abgesehen davon ist freilich auch das ermittelte Verhältnis unter den Angeklagten als relativ zu betrachten, zeichnen sich doch in detaillierter Betrachtung – etwa je nach Gattung des Verbrechens – nicht unerhebliche Schwankungen ab. Während etwa öffentliche Gewalttätigkeit hier ausschließlich Männern angelastet wurde, fiel der Anteil weiblicher Angeklagter in Betreff der iberlieferten Mordfälle mit rund 27 Prozent deutlich größer aus; letztgenannter Wert lässt sich mit der vergleichsweise hohen Zahl an Kindstotungen – von Gerd Schwerhoff als „das Paradenfeld weiblicher Kriminalität“ bezeichnet – erklären.⁵² Abweichungen werden aber auch im regionalen Vergleich und in Relation zur jeweiligen Zahl der Einwohner:innen⁵³ ersichtlich:

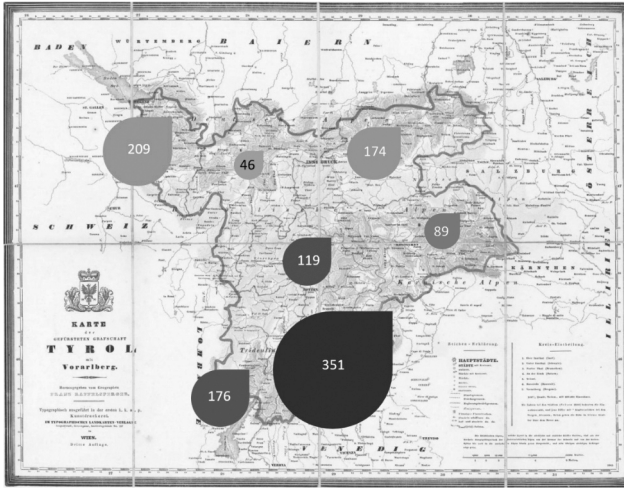
-
- 52 G Schwerhoff, *Historische Kriminalitätsforschung* (Historische Einführungen 9, Campus Verlag 2011) 135. Für Österreich siehe die Forschungen von Elke Hammer-Luza, exemplarisch genannt sei E Hammer-Luza, *Kindsmord. Seine Geschichte in Innersterreich 1787 bis 1849* (Europäische Hochschulschriften: Reihe 3, Geschichte und ihre Hilfswissenschaften 755, Lang 1997).
- 53 Die Daten basieren auf einer im Jahr 1837 durchgeführten Zählung: Johann J Staffler, *Tirol und Vorarlberg, statistisch und topographisch, mit geschichtlichen Bemerkungen, Theil 1* (Rauch 1839) 131–132.

Gerichtskreis	Geschlechterverhältnis Angeklagte		Geschlechterverhältnis Bevölkerung		
	Männl. Angeklagte	Weibl. Angeklagte	Männer	Frauen	Gesamt (abs.)
Trient	95,42 %	4,58 %	50,67 %	49,33 %	184.492
Unterinntal	88,28 %	11,72 %	47,79 %	52,21 %	128.992
An der Etsch	86,81 %	13,19 %	48,48 %	51,52 %	106.456
Rovereto	93,38 %	6,62 %	51,13 %	48,87 %	105.448
Pustertal	91,04 %	8,96 %	47,42 %	52,58 %	100.275
Vorarlberg	94,44 %	5,56 %	48,89 %	51,11 %	98.531
Oberinntal	88,89 %	11,11 %	47,97 %	52,03 %	92.938

In Ermittlung der Häufigkeit der Verbrechen und deren Distribution wurden die archivalisch dokumentierten Straftaten statistisch erfasst und anschließend den verschiedenen Gerichtskreisen zugeordnet. Wenngleich es sich hier um eine allgemeine Auswertung handelt, indem keinerlei Unterscheidung zwischen den verschiedenen Verbrechensgattungen oder dem Geschlecht der dafür angeklagten Person vorgenommen wurde, zeichnen sich auch hier merkbare Unterschiede ab:

So sind im Trienter Kreis die meisten behördlich registrierten Verbrechen zu verzeichnen, was angesichts der Bevölkerungszahl (siehe Tabelle oben) nur wenig überrascht. Auffallend ist hingegen der vergleichsweise hohe Wert des Kreises Vorarlberg, der trotz geringer Einwohner:innenzahl nunmehr an zweiter Stelle steht. Mit jeweils ähnlichen Werten folgen Rovereto und Unterinntal: Auch hier ergibt sich insofern eine Diskrepanz, als im letztgenannten Kreis rund 23.500 Personen mehr ansässig waren, sodass der direkte Vergleich auf eine höhere Verbrechensdichte im Süden schließen lässt. Den Abschluss bilden in absteigender Reihenfolge die Gerichtskreise an der Etsch, Pustertal und Oberinntal, was sich im Wesentlichen mit der jeweils abnehmenden Bevölkerungszahl deckt.

Gerichtskreise	Geahndete Delikte
Trient	351
Vorarlberg	209
Rovereto	176
Unterinntal	174
An der Etsch	119
Pustertal	89
Oberinntal	46



Karte der Gefürsteten Grafschaft Tyrol mit Vorarlberg⁵⁴

Von besonderem Interesse sind schließlich die Entscheidungen der Obersten Justizstelle, die als Kern strafrechtlicher Sanktionierung und gewissermaßen als Mündung richterlicher Beurteilungen betrachtet werden können. In Überprüfung eventueller (straf-)mildernder bzw. verschärfender Tendenzen wurden die höchstgerichtlichen Urteile wiederum statistisch erfasst und kategorisiert; um etwaige Spruch Tendenzen auch unter Berücksichtigung regionaler Unterschiede auszuloten, wurde neuerlich eine Zuordnung nach Gerichtskreisen vorgenommen.

Den Ergebnissen vorangestellt ist zu erwähnen, dass Urteile dem Gesetz nach entweder auf Frei- oder Schuldspruch zu lauten hatten, oder aber auf Aufhebung der Untersuchung aufgrund mangelnder rechtlicher Beweise.⁵⁵ Ausgehend davon wurden die Entscheidungen der Obersten Justizstelle nach folgenden Kategorien geordnet: „Freispruch“⁵⁶, „Aufhebung einer Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise“⁵⁷ sowie (auf Kerkerstrafe lautende) Schuldsprüche;⁵⁸ letztere differenzieren zwischen „Freiheitsstra-

54 F Raffelsperger, Karte der Gefürsteten Grafschaft Tyrol mit Vorarlberg (Verlag der Ersten k.k.a.p. typo-geographischen Kunst-Anstalt, J. Bermann und Sohn am Graben 1843); Bearbeitung: F Niedrist.

55 StGB 1803, I Teil, § 426, IV, lit a.

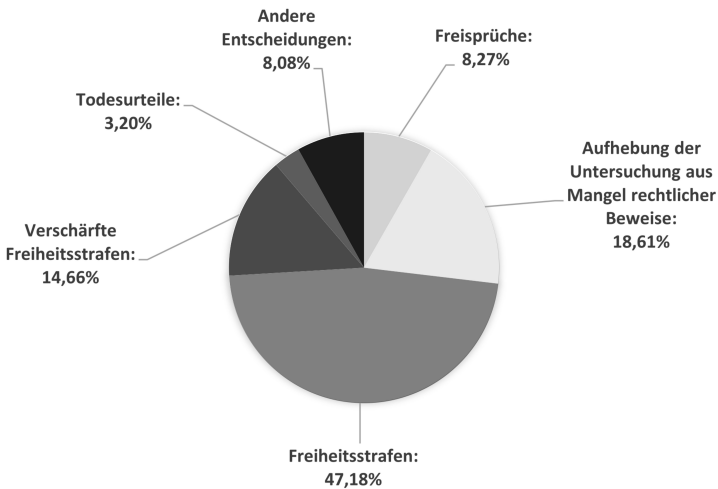
56 StGB 1803, I Teil, § 427.

57 StGB 1803, I Teil, § 428.

58 StGB 1803, I Teil, § 429.

fen“ (bezogen auf einfachen und schweren Kerker⁵⁹) und „verschärften Freiheitsstrafen“ (Verschärfungen konnten durch öffentliche Arbeit, Ausstellung auf der Schandbühne, Stock- oder Rutenstrieche, Fasten oder Landesverweisung vorgenommen werden⁶⁰). Als jeweils eigene Kategorien wurden ferner die „Todesurteile“⁶¹ sowie alle „anderen Entscheidungen“ gewertet, die seitens der Obersten Justizstelle getroffen wurden.

HÖCHSTGERICHTLICHE URTEILSBILANZ



Ersichtlich werden ließ die Analyse zunächst eine überwiegende Mehrheit an Schuldsprüchen, wobei vornehmlich auf einfachen oder schweren Kerker erkannt wurde. In etwa 15 Prozent der untersuchten Fälle wurden zusätzliche Strafverschärfungen verfügt, die im Wesentlichen durch Fasten, öffentliche Arbeit und Ausstellung auf der Schandbühne erfolgten. Zusammengefasst beträgt der Anteil der Freiheitsstrafen knapp 62 Prozent und

59 Die Kerkerstrafe wurde in drei Schweregrade unterteilt, nämlich in einfachen, schweren und schwersten Kerker; exemplarisch sei hier die Spezifizierung des zweiten Grades angeführt: StGB 1803, 1 Teil, § 13: „Der zur Kerkerstrafe des zweyten Grades Verurtheilte wird mit Eisen an den Füßen angehalten, täglich mit einer warmen Speise, jedoch ohne Fleisch, genähret; in Ansehung des Lagers auf bloße Breter eingeschränket, und ihm keine Unterredung mit Leuten, die nicht unmittelbar auf seine Verwahrung Bezug haben, gestattet.“

60 StGB 1803, 1 Teil, § 17.

61 StGB 1803, 1 Teil, § 430.

damit beinahe zwei Drittel aller höchstgerichtlichen Entscheidungen. Übereinstimmungen zeichnen sich nicht nur im Vergleich mit weiteren Gebieten der Habsburgermonarchie ab,⁶² der Befund korrespondiert auch mit anderen Regionen des deutschsprachigen Raums.⁶³ Auf „Freispruch“ erkannte das Höchstgericht hingegen seltener: Diese Kategorie umfasst rund acht Prozent der ausgewerteten Urteile, wobei der Anteil der aufgehobenen Untersuchungen im Vergleich dazu doppelt so hoch ausfällt. Anknüpfen ließe sich hier an Peter Wettmann-Jungbluts Studie zu Baden, der eine stetige Zunahme an Freisprüchen und Verfahrenseinstellungen verzeichnet und diese auf den Umstand zurückführt, dass „die Strafjustiz auf der Suche nach legitimen und approbaten Beweismitteln in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts [...] eine transitorische Phase durchlebte.“⁶⁴ Fest macht er dies am Diskurs zur Folter und deren „(In-)Effizienz als Methode zur Wahrheitsfindung“, der sich anhand des vorliegenden Quellenmaterials, wie noch deutlich wird, auch für Österreich belegen lässt.

Was die übrigen Urteile der Obersten Justizstelle betrifft, so bilden die Todesurteile (von 36 Urteilen wurden 17 vollstreckt, gewertet wurden hier lediglich die letztgenannten) einen gut dreiprozentigen Anteil, während in rund acht Prozent überhaupt „andere Entscheidungen“ getroffen wurden, wie beispielsweise die Delegation eines Falls an eine andere Behörde (Hofkammer, Militärbehörden etc.).

Ohne das Geschlecht der Angeklagten oder die Art des Verbrechens zu berücksichtigen, lassen sich auch hier geografische Unterschiede ausmachen: Zu nennen ist etwa die höchste Anzahl an Freisprüchen im Vorarlberger Kreis, die möglicherweise als Indiz für ein (österreichbezogenes) Ost-West-Gefälle interpretiert werden könnte.⁶⁵ Dem gegenüber führt al-

62 Vgl. A Velková, Schuld und Strafe. Von Frauen begangene Morde in den böhmischen Ländern in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Forum Europäische Geschichte 10, Martin Meidenbauer 2012) 44.

63 Vgl. exemplarisch P Wettmann-Jungblut, Modern Times, modern crimes? Kriminalität und Strafpraxis im badischen Raum 1700–1850, in R Habermas und G Schwerhoff (Hrsg), Verbrechen im Blick. Perspektiven der neuzeitlichen Kriminalitätsgeschichte (Campus Verlag 2009) 148, 158. Entsprechende Ansätze im ausgehenden 18. Jahrhundert lassen auch Härters Ergebnisse für Kurmainz erkennen: K Härter, Policy und Strafjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 190.2, Klostermann 2005) 691.

64 Wettmann-Jungblut (Fn 63) 159.

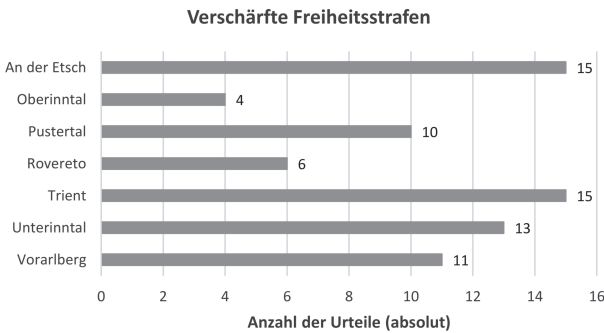
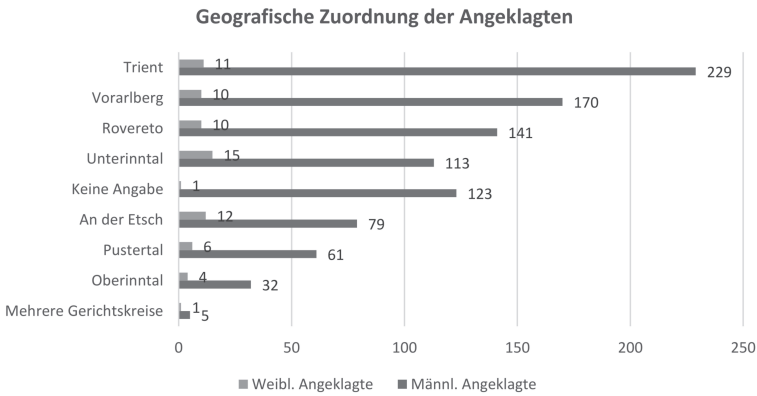
65 Tatsächlich konstatierten Manfred Burgstaller und Franz Csaszar auch in jüngerer Zeit markante regionale Unterschiede in der Judikatur, indem sich der Sprengel des

lerdings die Bilanz der vollstreckten Todesurteile zu einer gewissen Ambivalenz: Wenngleich die höchste Zahl an Hinrichtungen Personen aus dem Unterinntal betraf – was angesichts der Bevölkerungszahlen (siehe obige Tabelle) wie auch der divergierenden Verbrechensraten ebenfalls bemerkenswert scheint – weist Vorarlberg prozentual die mit Abstand höchste Verurteilungsquote auf. Weil Todesurteile überwiegend wegen Mordes (teilweise auch in Kombination mit weiteren Verbrechen) verhängt wurden, wird die Anzahl der Mordfälle, die über den drei Jahrzehnte umfassenden Untersuchungsraum relativ gleichmäßig verteilt sind, mit jener der Todesurteile unter Berücksichtigung der verschiedenen Gerichtskreise gegenübergestellt. Dabei zeigen sich die erhöhten Verurteilungsquoten in den nördlich gelegenen Kreisen, allen voran in Vorarlberg, Unterinntal und Oberinntal, deutlich:

Gerichtskreise	Vollstreckte Todesurteile	Mordfälle	Quote
Unterinntal	6	22	27,27 %
Trient	3	24	12,5 %
Vorarlberg	3	7	42,86 %
An der Etsch	2	19	10,53 %
Rovereto	1	26	3,85 %
Oberinntal	1	6	16,67 %
Pustertal	1	5	20 %

Wie die Analyse außerdem erkennen lässt, wurden im Zentrum des Untersuchungsraums, nämlich im Kreis an der Etsch, die meisten Strafverschärfungen verhängt – wiederum ein Befund, der im Vergleich mit den quantitativ ausgewerteten Informationen zur Herkunft der Angeklagten⁶⁶ erwähnenswert scheint (siehe Grafiken unten).

Oberlandesgerichts Innsbruck im Vergleich zum Osten des Landes durch eine auffallend milde Strafpraxis kennzeichne (M Burgstaller und F Csaszar, Zur regionalen Strafenpraxis in Österreich (1985) 40 Österreichische Juristenzeitung 43, 46). Diesen Befund aufgreifend, sprechen zwar auch Niedrist und Schennach von einem „signifikanten“ Ost-West-Gefälle, verweisen aber gleichzeitig auf die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung hinsichtlich der Strafarten: F Niedrist und MP Schennach, Zwischen Konfirmation und Korrektur? Zur Strafrechtsjudikatur des Appellationsgerichts Innsbruck und der Obersten Justizstelle im Vormärz, in K Schröder (Hrsg.), *Fiat Justitia! 230 Jahre Oberlandesgericht Innsbruck* (Schlern-Schriften 372, Universitätsverlag Wagner 2021) 51, 51.



Diese quantitativ erhobenen Daten vorangestellt, widmet sich der folgende Abschnitt nun der inhaltlichen Analyse der Gutachten.

5. Zur richterlichen Beurteilung

Die Frage der Strafzumessung scheint schon allein vor dem Hintergrund, dass die Hofräte sowohl als Ankläger wie auch als Verteidiger und Richter fungierten, in einem besonderen Spannungsfeld angesiedelt.⁶⁷ Ausgehend vom Quellenmaterial richtet sich das Augenmerk dezidiert auf deren Rolle als Richter. Wie eingangs erwähnt, überliefern die Ratsprotokolle nicht

66 Die Kategorie „mehrere Gerichtskreise“ bezieht sich auf jene Personen, deren Herkunftsort nicht ermittelt werden konnte, denen aber in mehr als einem Kreis begangene Verbrechen zur Last gelegt wurden.

67 Siehe StGB 1803, I Teil, § 337.

nur fachliche Einschätzungen, sondern, verflochten in strafbegründenden Argumentationen, auch persönliche Wahrnehmungen und Überzeugungen. So richtet sich der Fokus nun gezielt auf die richterlichen Beurteilungen, indem die Argumentationsweisen in den Gutachten analysiert und darin überlieferte Ansichten von Kriminalität und deren Sanktionierung beleuchtet werden. Dabei gilt es, Einflüsse und eventuelle Korrelationen zwischen subjektiv geprägten Vorstellungen und strafrechtlicher Praxis zu erschließen.

5.1. Sachverhaltsbeurteilung und Strafzumessung

Wenngleich sich die Referenten der Obersten Justizstelle kaum auf die Meinung externer Juristen stützten, folglich nur äußerst selten aus Kommentaren oder sonstiger Fachliteratur zitiert wurde,⁶⁸ spiegelt sich der Einfluss zeitgenössischer Strafrechtslehren doch unverkennbar wider: Das Statuieren eines „abschreckenden Beyspiels“⁶⁹ tritt dabei als besonders dominierende Begründung hervor. Als eines von zahlreichen Beispielen dient etwa der Fall Pietro Tamanini:⁷⁰ Nachdem der 23-Jährige wegen Mordes sowohl vom Kriminalgericht Trient (Erstinstanz) als auch vom Tirolisch-Vorarlbergischen Appellationsgericht (Zweitinstanz) zum Tode verurteilt wurde, galt es in höchster Instanz zu entscheiden, ob „auf Begnadigung eingeraten“ werden sollte. Dass sich die Räte der Obersten Justizstelle mehrheitlich dagegen aussprachen, verwundert angesichts der nachfolgenden Zeilen kaum, so ist im Akt zu lesen:

„Auch liege es zu dieser Zeit, wo ähnliche Verbrechen insonderheit in SüdTyrol mit Frequenz vorkommen, sehr daran, nach der Strenge der

68 Vgl auch Monika Niedermayrs Befund, die in Betreff der zivilgerichtlichen Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle eine Orientierung an externen Gelehrtenmeinungen ebenfalls nur in seltenen Fällen nachwies; M Niedermayr, Arbeitsmethoden mit den Ratsprotokollen der Obersten Justizstelle, in H Barta et al (Hrsg), 200 Jahre ABGB 1811–2011 (Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung 4, innsbruck university press 2012) 88, 93.

69 Zu straf(rechts)theoretischen Ansätzen siehe auch H Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert. Von P.J.A. Feuerbach bis Franz v. Liszt (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 9, Lang 1984); R Ludi, Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik 1750–1850 (Frühneuzeit-Forschungen 5, bibliotheca academica Verlag 1999) 294–298.

70 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 181, Fasc XXII T, Aktenzahl 3024/173 (Sitzung vom 30. Mai 1837).

Gesetze zu verfahren, um ein abschreckendes Beyspiel zu statuiren, und denjenigen, die zu ähnlichen Verbrechen geneigt seyn dürften, die Wahrung [sic!] zu geben, daß den Verbrecher früh oder spät die verdiente Strafe unfehlbar erreicht, [...].“

Hier wie generell wurde augenscheinlich eine harte Bestrafung präferiert, die sich, so die Argumentation, durch die Wahrung der öffentlichen Sicherheit rechtfertigte. Diese sei – noch dazu in der Peripherie – durch (zu) milde Strafen und infolge (zu) schneller Entlassungen in besonderer Weise gefährdet. Überhaupt galt es, jegliches durch Verbrechen verursachte Aufsehen zu vermeiden, indem hohe Strafen eine Abschreckung für andere (potenzielle) Verbrecher:innen bewirken sollten.⁷¹ Gleichzeitig lag das Ziel strafrechtlicher Sanktionierung auch in der Besserung der Verurteilten und deren gesellschaftlicher (Re-)Integration. So war die „Aussicht auf Besserung“ von erheblicher Bedeutung und mitunter ausschlaggebend, ob sich die Wiener Räte für eine Strafmilderung bzw. Begnadigung aussprachen – oder eben nicht.

In Elaborierung der Urteilsvorschläge galt es jedenfalls, erschwerende wie auch tatbestands- und täterbezogene mildernde Umstände abzuwägen.⁷² Freilich wurde auch das Ausmaß eines eventuell entstandenen Schadens berücksichtigt, unabhängig von der Art des angelasteten Verbrechens fielen aber personenbezogene Milderungsgründe, wie jugendliches Alter⁷³ oder vernachlässigte Erziehung, ebenfalls verstärkt ins Gewicht. Außerdem erwies sich die Einschätzung der „Verstandeskraft“ für die Strafbemessung als fundamental, denn daran geknüpft galt es, die Frage der Vorsätzlichkeit wie auch der Zurechnungsfähigkeit zu klären.

71 Sebastian Jenull etwa nennt in seinem Kommentar zum Strafgesetz von 1803 als „wesentlichen“ Zweck der Strafe die „Abhaltung der möglichen Verletzer von Uebertretungen“, spricht sich allerdings gegen eine „unmittelbare Abschreckung durch die Schmerzen des dem Uebelthäter zugefügten Uebels“ aus, weil seiner Ansicht nach das Recht dazu „mangle“: S Jenull, *Das Oesterreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste*, Teil I (2. Aufl., Gerold Verlag 1820) 13.

72 Das Gesetz differenziert ausdrücklich zwischen Milderungsumständen, „welche auf die Person des Thäters Beziehung haben“ (StGB 1803, 1 Teil, § 39, lit a bis k) und Milderungsumständen „in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That“ (StGB 1803, 1 Teil, § 40, lit a bis c).

73 Siehe StGB 1803, 1 Teil, § 39: „[...] wenn der Thäter in einem Alter unter zwanzig Jahren [...] ist“. Während das Alter der Strafmündigkeit im Josephinischen Strafgesetz noch bei zwölf Jahren lag, wurde es im Strafgesetz von 1803 auf 14 Jahre angehoben.

Nicht zuletzt, und dieser Aspekt ist von besonderer Bedeutung, spielte der Ruf eines/r Angeklagten, ebenso wie das Verhalten während der Untersuchung bzw. im Strafamt eine nicht minder wichtige Rolle. Während die Erhebung des „Lebenswandels“ in erster Linie durch Befragen lokaler „Obrigkeiten“ (Pfarrer, Ortsvorsteher) vorgenommen wurde, beobachtete das Gefängnis- und Gerichtspersonal das Verhalten der Angeklagten aufs Genaueste. Diese individuellen und über das Gesetz hinausgehenden Umstände wurden nicht nur im Zuge der Strafzumessung berücksichtigt, sondern konnten auch Begnadigungsfragen entscheidend beeinflussen.⁷⁴

5.2. Die (vermeintliche) Täterschaft

Die Angeklagten in den Mittelpunkt gerückt, stellt sich die Frage, inwiefern die Quellen ein von den Wiener Räten konstruiertes (stereotypes) Bild von Verbrecher:innen bzw. Kriminellen vermitteln. Dabei ist zunächst eine leichte Neigung zu geschlechterspezifischen Argumentationsmustern erkennbar, die sich nicht selten zugunsten weiblicher Angeklagter auswirkte. So wurde etwa im Fall der aus dem Gerichtskreis Trient stammenden Maria Molinari⁷⁵ im Gutachten vermerkt, dass „Verbrecher aus dem anderen Geschlechte im südlichen Tyrol selten seyen“, was Referent Johann Edler v. Rath⁷⁶ als Milderungsgrund für die Angeklagte ins Treffen führte. Als weiteres Beispiel dient der Fall Veronika Schuller,⁷⁷ die sich wegen Ermordung ihres zweijährigen Sohnes im Jahr 1835 zu verantworten hatte. Hier finden sich im Gutachten gleich mehrere geschlechterspezifische Milderungsgründe, von denen die „reichliche[] Ausstattung mit Schönheit und Fülle körperlicher Reize“ besonders herausragt. Dieser Fall ist allerdings als

74 So war das Zeugnis der Strafhausverwaltung ausschlaggebend dafür, ob sich jemand „zur Begnadigung eignete“. Dem Personal der Strafhäuser kam somit erheblicher Einfluss und wohl auch nicht zu unterschätzende Macht zu.

75 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 177, Fasc XXII M, Aktenzahl 3145/93 (Sitzung vom 29. Mai 1837). Maria Molinari (geb. Pedrotti) wurde beschuldigt, gemeinsam mit ihrem Bruder (Dominik Pedrotti) ihren Ehemann ermordet zu haben.

76 Siehe Fn 39.

77 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 180, Fasc XXII S, Aktenzahl 7802/212 (Sitzung vom 17. November 1835); siehe dazu auch F Niedrist, *Es ist, als wenn tausend Messer mein Herz durchschneiden*. Zur vormärzlichen Strafrechtspraxis am Beispiel der (Kinds-)Mörderin Veronika Schuller, in MP Schennach (Hrsg), *Strafrechtsgeschichte im „langen“ 19. Jahrhundert*. Forschungen und Perspektiven (Verlag Österreich 2020) 61–87.

Ausnahme zu bezeichnen, denn physische Merkmale wurden in der Regel weder bei weiblichen noch männlichen Angeklagten ins Treffen geführt.

Während sich dies ab der Mitte des 19. Jahrhunderts merklich ändern sollte, indem körperliche Eigenschaften von Straffälligen im Kontext der aufkommenden Kriminalbiologie zunehmende Bedeutung erlangten,⁷⁸ waren bis dahin scheinbar typische Wesens- und Charakterzüge von weit größerer Bedeutung. Im Quellenmaterial äußert sich dies durch Zuschreibungen bestimmter Eigenschaften, wobei die häufige Wiederholung gewisser Formulierungen bzw. Begrifflichkeiten im Zuge der Strafbegründungen ins Auge sticht: Auffallend häufig finden sich als Temperamentsbeschreibungen etwa die Adjektive „hitzig“ und „aufbrausend [sic!]“, während im Zusammenhang mit Charaktereigenschaften und Verhaltensweisen besonders oft das „hartnäckige oder verstockte Lügen [sic!]“ erwähnt wurde. Dass die Wiener Hofräte vor allem in Betreff der Bevölkerung der südlichen Kreise mit bestimmten Vorstellungen behaftet waren, belegen nicht wenige Beispiele: So vermerkte Referent v. Sommaruga⁷⁹ im Fall des wegen Todschlags angeklagten Giovanni Battistoli, dass es sich „um ein sehr schweres, und überdieß um ein Verbrechen handelt, wozu den Südtiroler so leicht sein warmes Blut hinreißt, [...]“.⁸⁰

Die Neigung zu physischer Gewalt schien der Wahrnehmung der Juristen zufolge typisch für die südliche Bevölkerung – so sprach sich auch Hofrat di Pauli⁸¹ in Beurteilung eines Strafnachsichtgesuchs, das für den 27-jährigen Lorenzo dai Zovi aus Denno (Gerichtskreis Trient) eingebracht wurde, klar gegen eine Milderung der Strafe aus, u.a. mit der Begründung: „Verwundung, Mord u. Todtschlag sind Verbrechen, zu welchen die Einwohner des italienischen Tirols vorzüglich geneigt sind; die Milde gegen

78 Siehe dazu K Laubenthal, *Historische Entwicklung der Kriminalbiologie*, in E Hilgendorf und J Weitzel (Hrsg), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie* (Duncker & Humblot 2007) 147–159; ebenso P Becker, *Verderbnis und Entartung. Eine Geschichte der Kriminologie des 19. Jahrhunderts als Diskurs und Praxis* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 176, Vandenhoeck & Ruprecht 2002).

79 Siehe Fn 38.

80 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 171, Fasc XXII B, Aktenzahl 745/26 (Sitzung vom 16. Februar 1830).

81 Siehe Fn 35.

Verbrecher dieser Art kann daher für die öff.[entliche] Sicherheit nur nachtheilig sein, [...]“⁸²

Ein davon wenig abweichendes Bild überliefern die Akten auch in Bezug auf das Verhalten der Angeklagten während der Untersuchung bzw. während der Verhöre. Hier herrschte offenbar die Ansicht, dass die Bevölkerung des südlichen Tirols verstärkt zum Lügen neige. Im Gutachten zum Fall Gasparo Furlan⁸³ ist beispielsweise zu lesen, dass „das besonders bei den italienischen Inquisiten so allgemeine u. gleichsam zur Regel gewordene hartnäckige Lügner, auch gegen die klarsten Beweise, die Anwendung größerer Strenge erfordere.“ Wenig erstaunlich sprach sich der wiederum zuständige Referent di Pauli gegen eine Strafmilderung des wegen Totschlags verurteilten Furlan aus. Ähnlich klingt auch v. Jenulls⁸⁴ Einschätzung im Fall des 28-jährigen Luigi Trenti aus Dró (Gerichtskreis Rovereto), der wegen Raubes und Diebstahls in Untersuchung stand. Hier vermerkte der Referent kurzerhand: „Das Eingeständniß ist in SüdTyrol eine Rarität.“⁸⁵

Damit liegt der Schluss nahe, dass die Urteilsvorschläge der Referenten durchaus auf subjektiv geprägten Argumentationen beruhten. Tatsächlich aber weichen die letztlich getroffenen Entscheidungen, die, wie erwähnt, im Zuge einer Abstimmung im Plenum erfolgten, auch nicht selten davon ab. Diese Diskrepanz zu ergründen, ist auf Basis des vorhandenen Quellenmaterials nur partiell möglich, weil die Protokolle über den konkreten Abstimmungsprozess nur in Einzelfällen Auskunft geben (vornehmlich bei Verhängung der Todesstrafe). Eine allgemeine Aussage hinsichtlich der Frage, ob die höchstgerichtlichen Entscheidungen auf Konsens beruhten bzw. dem Vorschlag des Referenten entsprachen oder ob die Meinung der übrigen Richterschaft überwog, lässt sich daher nicht treffen.

Aufgrund mangelnder Vergleichsstudien muss auch die Frage offenbleiben, ob die Zuschreibung stereotyper Merkmale charakteristisch für den gegenständlichen Untersuchungsraum ist. Allerdings – und hier eröffnet sich ein bemerkenswertes Bild – spiegelt sich auch das Bestreben um eine

82 *Dai Zovi* war wegen Mordes und Verwundung verurteilt worden: ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 181, Fasc XXII Z, Aktenzahl 6686/604 (Sitzung vom 14. Oktober 1817).

83 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 173, Fasc XXII F, Aktenzahl 3719/330 (Sitzung vom 18. Juni 1821).

84 Siehe Fn 42.

85 Siehe Titel bzw Fn 2.

objektive Beurteilung wider. Ein Beleg dafür ist beispielsweise das Votum v. Raths im Fall der bereits erwähnten Maria Molinari:

„Nach der Ansicht der mehreren Stimmen des treu gehorsamsten Obersten Gerichtshofes walten die mildernden Umstände der Art vor, daß die Verbrecherin der allerhöchsten Gnade sich würdig zeige, woran der Umstand, daß in der jüngsten Zeit mehrere ähnliche Mordthaten aus Südtirol zum Obergerichte eingelangt sind, nichts zu ändern vermag, indem dieß auf die individuelle Beschaffenheit der heutigen Angeklagten keinen Einfluß haben kann.“⁸⁶

Dass im Zuge der Strafbemessung zwischen äußeren Umständen und der individuellen Situation zu unterscheiden war, stand für den Juristen demnach außer Frage. Wie die Quellen überliefern, war man auch um authentische Aussagen der Angeklagten bestrebt, indem die Vorgehensweisen der untersuchenden Gerichte kritisch betrachtet und Suggestivfragen wie andere Formen von (physischer) Druckausübung gerügt wurden. Besonders deutlich zeigt sich dies am Prozess gegen Sebastian Abler:⁸⁷ Während seines Verhörs wurde der Angeklagte, so dokumentieren es die Akten, „wegen hartnäckigem und böartigem Lügen mit 10 Stockstreichen“ bestraft. Darauf folgt die Anmerkung: „der Inquisit habe nach dem fünft. Streiche erklärt, alles bekennen zu wollen, worauf man das Verhör fortgesetzt habe. Ob dem Inquisiten nach dem einsmaligen [sic!] Schlusse des Verhörs neuerlich Streiche gegeben worden, oder ob er von den zuvor dictirten Streichen und in allem nur 5 erhalten habe, ist nicht klar.“ Nachdem der Fall der Obersten Justizstelle vorgelegt wurde,⁸⁸ erörterte Referent di Pauli die Angelegenheit und bezog sich auf eben diese Vorgangsweise, Abler zu einem Geständnis zu bewegen. Dessen Beweiskraft stellt der Jurist – wohl nicht unberechtigt – in Frage:

„[...] daß der Inquisit größtentheils nur eingestund, was ihm in den Fragen schon suggerirt war; u. daß man in seinem nach erhaltener Drohungen und Streichen gemachten Geständnißen nirgends neue, vorher nicht bekannte u. nicht suggerirte, mit den Thatbestandserhebungen übereinstimmende Umstände, wie der §. 40l. sie fordert, findet. Ich vermag es

86 Siehe Fn 75.

87 ÖStA, AVA, Justiz, OJSt, TS, Karton 170, Fasc XXII A, Aktenzahl 4917/315 (Sitzung vom 21. Augst 1816).

88 Abler wurde wegen Störung der öffentlichen Ruhe und Religionsstörung untersucht und letztlich zu einer zweieinhalbjährigen schweren Kerkerstrafe verurteilt.

daher nicht, in diesen Akten ein mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenes, folglich beweisendes Eingeständniß zu finden.“

Dass die Folter in Österreich bereits seit 1776 verboten war, wurde an vorheriger Stelle bereits erwähnt. Doch scheint auch ein Blick auf das Strafgesetz von 1803 von Interesse: So durfte ein Geständnis dem oben angesprochenen Paragraphen nach nicht als rechtlicher Beweis gewertet werden, wenn dieses „der Vorschrift zuwider, durch Verheißung, Drohung, Gewalththätigkeit oder sonst unerlaubte Mittel erhalten worden [...]“⁸⁹ war. Zunächst scheinbar eindeutig, eröffnen die weiteren Zeilen durchaus Raum zur Interpretation: So galt ein Geständnis sehr wohl als Beweis, wenn...

„... der Verhaftete nach der Hand eben dieses Geständniß in einem Zustande ablegt, da sein Gemüth von einem solchen widerrechtlichen Einflusse frey, und vor aller Besorgniß desselben in Sicherheit gestellt war, und das Geständniß dabey solche Umstände der That enthält, die mit den Erfahrungen von der Beschaffenheit des Verbrechens zutreffen, dem Verhafteten aber nicht bekannt seyn könnten, wofern er nicht der wirkliche Thäter wäre [...]“

Nach welchen Kriterien diese Einschätzung in der Praxis vorgenommen wurde, lässt sich freilich nur schwer rekonstruieren. So bildet die „Frage der Wahrheitsfindung“⁹⁰ ohnehin ein, wie Friedrich Hartl es treffend formulierte, „ewiges Problem“ und ist letztlich wohl auch im Kontext der (geforderten) Reformierung des Strafgesetzes zu betrachten.⁹¹ Die Kritik der Obersten Justizstelle an Methoden der unteren Instanzen offenbart

89 StGB 1803, 1 Teil, § 401.

90 F Hartl, Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in G Máthé und W Ogris (Hrsg.), Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtsgeschichte im XIX–XX Jahrhundert (UNIÓ, Zeitung- und Buchverleger-Handlungs-GmbH 1996) 13, 35.

91 Besondere Schwierigkeiten barg etwa die Auslegung von StGB 1801, 1 Teil, § 412, der die „rechtliche Ueberweisung eines die That läugnenden Verbrechers aus dem Zusammentreffen der Umstände“ definiert. Die Hofräte der Obersten Justizstelle forderten immer wieder eine entsprechende Novellierung – mit dem Patent vom 6. Juli 1833 wurde schließlich ein erster Schritt gesetzt, während eine Gesamtrevision des Strafgesetzes hingegen noch Jahrzehnte dauern sollte (dazu Hartl (Fn 90) 42). Die Einleitung des erlassenen Patents belegt die angesprochene Problematik auf unmissverständliche Weise: „Bey der Anwendung der in dem § 412, des I. Theiles des Strafgesetzbuches, enthaltenen Vorschriften über den Beweis aus dem Zusammentreffen der Umstände (Anzeigungen) haben sich Schwierigkeiten ergeben.“, Patent vom 6. Juli 1833, Nr 2622, JGS.

jedenfalls einen gesetzeskonformen Ansatz, was angesichts der Tatsache, dass es sich um reine Aktenverfahren handelte und die Beurteilungen der Hofräte auf Informationen aus „zweiter Hand“ beruhten, jedenfalls zu betonen ist.

6. Schlussbetrachtung

Werden die statistischen Befunde aufgegriffen und der inhaltlichen Analyse gegenübergestellt, entsteht ein facettenreiches Bild: So ist zunächst eine männliche Dominanz unter den Angeklagten angesichts der deutlichen Mehrheit kaum zu bestreiten, was auch der oben zitierten Behauptung v. Raths im Fall Maria Molinari entspricht.⁹² Gleichzeitig machte die Urteilsanalyse deutlich, dass die Oberste Justizstelle in Betreff der weiblichen Angeklagten tendenziell mildere Strafen aussprach, was etwa an den zusätzlichen Strafverschärfungen festzumachen ist, die mehrheitlich über männliche Inquisiten verhängt wurden. Damit scheint sich die Tendenz einer geschlechterabhängigen (Ungleich-)Behandlung abzuzeichnen, wobei aber nicht auszuschließen ist, dass die Haftzeit der männlichen Verurteilten auch aus anderen Gründen, beispielsweise aus ökonomischen, kürzer gehalten und gewissermaßen als Alternative eine Strafverschärfung verfügt wurde, damit familiäre Versorgungspflichten möglichst rasch wieder aufgenommen werden konnten.⁹³

Auch scheint mit Blick auf die Verbrechenstatistiken die in Wien vorherrschende Wahrnehmung vom „kriminellen Süden“ zunächst noch nachvollziehbar. Allerdings relativiert sich der Befund gemessen an der absoluten Bevölkerungszahl, indem Trient mit knapp 185.000 Personen auch die höchste Zahl an Einwohner:innen aufweist.⁹⁴ Darüber hinaus zeigte die Bilanz der vollstreckten Todesurteile deutlich erhöhte Quoten im Norden des Untersuchungsraums, und zwar sowohl in Vorarlberg, als auch im Ober-

92 Siehe Fn 75.

93 So macht auch Gerhard Ammerer – allerdings unter Berücksichtigung des Verbrechens der Fornikation – wirtschaftspolitische Motive aus, „die über den direkten Staatsnutzen durch Arbeitseinsatz oder Geldzahlungen hinausreichten“. Die im Vergleich zu weiblichen Verurteilten häufiger nachweisbaren Strafreduktionen für Männer begründet er u. a. im Bestreben, diese möglichst kurz von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu entziehen. G Ammerer, *Das Delikt der Fornikation und dessen Bestrafung. Das Habsburgerreich und Salzburg in der Frühen Neuzeit* (2019) I Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 180, 199.

94 Siehe Tabelle oben bzw Fn 53.

und Unterinntal. Auch finden sich im zentral gelegenen Gerichtskreis an der Etsch die häufigsten Strafverschärfungen, was ebenfalls gegen eine Nord-Süd-ausgerichtete bzw. an die Herkunft der Angeklagten geknüpfte Strafpraxis spricht. Ein bemerkenswerter Befund, denn trotz subjektiver, in Betreff der südlichen Bevölkerung mitunter auch negativ konnotierter Färbungen in den Gutachten, nutzten die Hofräte den gesetzlichen Ermessensspielraum – auch im Bemühen um Objektivität – nicht selten zu Gunsten der Angeklagten.

In zusammenfassender Betrachtung lässt sich also festhalten: Einerseits spiegeln die richterlichen Argumentationen zeitgenössische straftheoretische Ansätze unverkennbar wider, die sich, verknüpft mit persönlichen Wahrnehmungen und Ansichten, auch auf die Gewichtung von mildernden und erschwerenden Umständen auswirkten und so ein, wie Loredana Garlati es formulierte, „*vis à vis* von gesetzlichen Beweisregeln und innerer Überzeugungsbildung“⁹⁵ ergaben. Gleichzeitig belegen die Quellen auch das Bestreben der Räte um authentische Aussagen und eine differenzierte Beurteilung. Eine Gegenüberstellung dieser Gemengelage mit den letztlich gefassten Entscheidungen lässt insgesamt eine Divergenz erkennen, die, mehrheitlich begünstigend, für eine beachtenswert milde Strafpraxis der Obersten Justizstelle spricht.

95 L. Garlati, Das Gericht als Interpret der Gerechtigkeit. Die Anwendung des Strafbuch von 1803 im Königreich Lombardo-Venetien, in E. Dezza und L. Garlati (Hrsg.), Beiträge zur Geschichte der habsburgischen Strafgesetzgebung in Italien (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften 24, LIT Verlag 2010) 89, 99.

Haushaltspflichten und Arbeitsfreude. Die Scheidungspraxis in der SBZ/frühen DDR

Anne Bittner

„Die volle Freiheit der Eheschließung kann also erst dann allgemein durchgeführt werden, wenn die Beseitigung der kapitalistischen Produktion [...] alle die ökonomischen Nebenrücksichten entfernt hat, die jetzt noch einen so mächtigen Einfluß auf die Gattenwahl ausüben. Dann bleibt eben kein andres Motiv mehr als die gegenseitige Zuneigung. [...] [E]in positives Aufhören der Zuneigung [...] macht die Scheidung für beide Theile wie für die Gesellschaft zur Wohlthat. Nur wird man den Leuten ersparen, durch den nutzlosen Schmutz eines Scheidungsprozesses zu waten.“¹

Die DDR nahm für sich in Anspruch, die Ehe im sozialistischen Sinne auszugestalten: Heirat und Ehe nur aus Liebe, nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen. Der „nutzlose Schmutz“ der Scheidungsprozesse aber blieb. Jedoch: Welcher Schmutz in den Prozessen eine Rolle spielte, änderte sich.

Wie in den anderen Besatzungszonen unterlag das Scheidungsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone (SBZ) zunächst dem Gesetz Nr. 16 des Alliierten Kontrollrats von 1946. Es ermöglichte die Scheidung nach dem Verschuldens- und nach dem Zerrüttungsprinzip. Nach dem Verschuldensprinzip waren den Parteien Pflichtverletzungen in der Ehe nachzuweisen. Die zu verletzenden Pflichten waren indes – bis auf die Treuepflicht – nicht gesetzlich definiert. Während also ein Ehebruch stets einen Scheidungsgrund darstellte, waren die anderen Scheidungsgründe gerichtlich auszufüllen. Eine Scheidung nach dem Zerrüttungsprinzip setzte eine dreijährige Trennung voraus sowie die Aussichtslosigkeit, dass eine dem „Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft“ wieder hergestellt würde. Ein unschuldiger Ehegatte (auch hier also ein Verschuldenselement) hatte die

1 F Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (4. Aufl, 1892), in *Institut für Geschichte der Arbeiterbewegung Berlin und Institut für Marxismus-Leninismus beim Zentralkomitee der Kommunistischen Partei der Sowjetunion* (Hrsg), *Karl Marx und Friedrich Engels, Gesamtausgabe, Abt 1, Bd 29* (Dietz 1990) 179, 192–193.

Möglichkeit, der Scheidung zu widersprechen. Sein Widerspruch war dann *nicht* zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt war.

Diese Vorschriften galten in der DDR bis 1955. Dann wurde die Scheidung allein auf das Zerrüttungsprinzip gestützt. Doch schon vor der gesetzlichen Neufassung änderte sich, welche Wahrheiten im Prozess bedeutsam waren, und warum. Dies möchte ich im Folgenden anhand einiger Beispiele des erstinstanzlichen Gerichts in Frankfurt/Oder nachvollziehen.²

1. Bürgerliche Anfänge

„Ebenso reicht auch die Aussage der Zeugin S., die Wäsche des Klägers habe sich in einem sehr zerrissenen Zustande befunden, nicht aus, um eine schwere Eheverfehlung der Beklagten feststellen zu können. Denn die Schuld, dass das Interesse der Beklagten an dem Kläger in den letzten beiden Jahren nachgelassen und sie ihm deshalb die Wäsche nicht mehr ordnungsmäßig besorgt hat, trägt allein der Kläger.“³

In der unmittelbaren Nachkriegszeit erscheint das Vorgehen des Gerichts geradezu mathematisch: Die Verhaltensweisen der Parteien wurden gegenübergestellt und konnten gegeneinander aufgewogen werden. So wie in diesem Beispiel, in dem ihre Verletzung der Haushaltspflichten dadurch gerechtfertigt war, dass auch er (durch einen Ehebruch) eine Pflichtverletzung begangen hatte. Ob die Verhaltensweisen *wirklich* miteinander im Zusammenhang standen, was die Parteien bewegt hatte und wie es um die Ehe als solche bestellt war, interessierte nicht. Dem Gericht ging es allein darum, ob die Parteien einzelne Tatbestände, eben Ehepflichtverletzungen, verwirklicht hatten. Das war aus DDR-Sicht eine bürgerliche Herangehensweise: Die Gerichte traten als Rechtskonfliktlöser auf.⁴ Statt individuellen

2 Die Scheidungsurteile des Amtsgerichts bzw Kreisgerichts Frankfurt/Oder befinden sich im Brandenburgischen Landeshauptarchiv (BLHA), Potsdam. Sie sind fast vollständig erhalten und geben zT auch Einblick in den Prozessverlauf bis zum Urteil. Im Zeitraum von 1945 bis 1965, den ich gerade in meiner Dissertation untersuche, gibt es durchschnittlich ca 250 Urteile pro Jahr. Die hier vorgestellten Auszüge sind anonymisiert und um offensichtliche Fehler in Rechtschreibung und Grammatik bereinigt.

3 R 34/46 vom 17.4.1946, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 156. Hervorhebung im Original.

4 Näher zum Unterschied zwischen bürgerlichem und sozialistischem Konfliktverständnis: U Dahmann, Konflikte in der DDR-Zivilrechtstheorie, in R Schröder (Hrsg),

oder gesellschaftlichen Konfliktursachen auf den Grund zu gehen, bewegten sie sich an der rechtlichen Oberfläche. Wichtig war ihnen das Verhalten, das relevant war, um einen vom Recht beschriebenen Konflikt zu lösen. So wurde aus dem Sachverhalt herausgefiltert, was sich in Scheidungsgründe übersetzen ließ.

Prozessual bedeutete das: Da es „nur“ darum ging, den Konflikt zwischen den Parteien zu lösen, entschieden diese auch darüber, was überhaupt zur Debatte stand und was als wahr vorausgesetzt wurde. Das führte auf der einen Seite dazu, dass über Strittiges sehr eingehend Beweis erhoben wurde. So wurde in einem Urteil von Anfang 1946 einer von acht Zeugen zitiert:

„Bei meinem ersten Besuch setzte mir die Klägerin Abendbrot bestehend aus einer Suppe vor. Das Essen war durchaus gut. Bei dem erwähnten zweiten Besuch beschwerte sich der Beklagte uns gegenüber darüber, dass die Klägerin ihm das Essen, das er aus der Volksküche sich gegen Abend hole, frühmorgens kalt vorsetzte und es die Nacht über im Kochgeschirr stehen lasse. Als meine Frau daraufhin zur Klägerin äusserte, sie solle doch dem Beklagten das Essen morgens warm machen und dass sie das Essen doch nicht die Nacht über im Blechgeschirr stehen lassen dürfe, weil es sonst sauer werde, erklärte sie, sie habe keine Streichhölzer, um Feuer anzumachen. [...] Auf die uns von der Klägerin erteilte Antwort, sie habe keine Streichhölzer, meinte der Beklagte, sie habe aber Streichhölzer zum Anstecken von Zigaretten.“⁵

Während hier über Qualität und Temperatur des Essens, über Streichhölzer, ausführlich diskutiert wurde, lag Frankfurt/Oder in Schutt und Asche. Es herrschten Hunger, Krankheit und Wohnungsnot, zahlreiche Geflüchtete und Verschleppte durchquerten die Stadt in jede Richtung. Die Gerichte waren wegen der relativ konsequenten Entnazifizierung der SBZ drastisch unterbesetzt⁶ und trafen zugleich nach dem Krieg auf eine Flut von Schei-

Zivilrechtskultur der DDR, Bd 1 (Duncker & Humblot 1999) 449, 475. Zu Auswirkungen auf die Gesetzgebung: F Schubert, Die Frau in der DDR (Opladen 1980) 101–102; E Douma, Die Entwicklung des Familiengesetzbuches der DDR 1945–1966 (1994) 111 ZRG GA 592, 614; R Schröder, Marxismus und Recht am Beispiel des Zivilrechts der DDR, in G Köbler (Hrsg), Wirkungen europäischer Rechtskultur (Beck 1997) 1155, 1172, 1176; D Großekathöfer, „Es ist ja jetzt Gleichberechtigung“ (Böhlau 2003) 123.

5 R 18/45 vom 13.2.1946, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 155.

6 Ende 1945 waren ca 80 % der Richter und Staatsanwälte als NS-belastet entlassen worden: H Amos, Justizverwaltung in der SBZ/DDR (Böhlau 1996) 51, 151. Ein Jahr

dungsklagen.⁷ Das hielt sie nicht davon ab, in einer ganzen Reihe von Fällen so genau wie hier Beweis zu erheben.

Auf der anderen Seite wurde, was nicht strittig war, vom Gericht – man kann sich vorstellen: dankbar – als wahr unterstellt. In den ersten Jahren nach dem Krieg gab es sehr häufig Fälle, in denen beide Teile oder ein Teil Ehepflichtverletzungen zugaben und dann nur auf diese Erklärung hin sehr knapp geschieden wurden. Das reichte bis hin zur bloßen Erklärung, dass die Ehe zerrüttet sei, *an sich*. Wenn die Parteien also erklärten „Unsere Ehe ist zerrüttet. Wir wollen diese unter keinen Umständen mehr miteinander fortsetzen und verweigern die Erfüllung der ehelichen Pflichten.“⁸ dann genügte diese Erklärung allein als Ehepflichtverletzung. Eine Ehe musste man wollen und wer sich verweigerte, hatte damit eine Pflichtverletzung begangen. Weiter musste nichts hinzukommen.

Auf Seiten der Parteien führte ein solches Vorgehen dazu, dass sich die Praxis sogenannter „Freigabeschreiben“ einbürgerte. Das waren Schriftstücke, die ein Teil aufsetzte, der dann meistens gar nicht mehr vor Gericht erschien. Der andere Teil erwirkte mithilfe des Freigabeschreibens die Scheidung.

Die Schreiben konnten förmlich gehalten sein:

„Mit dem heutigen Tage gebe ich meinen Mann, [Name], frei und stelle keine Ansprüche jeglicher Art an ihn. [Unterschrift, Ort, Datum]“⁹

Aber es gab auch eher informelle Freigabeschreiben:

„Liebe L.! Wie ich Dir schon mündlich gesagt habe, wiederhole ich hier nochmals, daß ein Weiterbestehen unserer Ehe zwecklos ist, meine Zuneigung zu Dir ist erloschen. Wir wollen so schnell wie möglich aus-

später fehlten immer noch 400 Richter (ibid 152 Anm 676), noch 1950 waren es 273 (B Hoefs, Kaderpolitik des Ministeriums der Justiz 1945–60, in R Schröder (Hrsg), Zivilrechtskultur der DDR, Bd 1 (Duncker & Humblot 1999) 145, 150).

7 Laut Nathan machten 1945 Ehesachen 80,8 % der bei den Landgerichten anhängigen erstinstanzlichen Verfahren aus: H Nathan, Die Übertragung der Ehesachen an die Amtsgerichte (1949) Neue Justiz (NJ) 25, 25 Anm 1. 1946 gingen insgesamt 45.000 Ehe- und Kindschaftsverfahren bei den Landgerichten der SBZ ein, ein Jahr später sogar etwa 62.000: H Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945–1949 (Staatsverlag der DDR 1976) 291. U Schneider, Hausväteridylle oder sozialistische Utopie? (Böhlau 2004) 91 Anm 133: Davon waren über 57.000 Scheidungsklagen. Ihr Verhältnis zu anderen Zivilsachen betrug 1946 7:1 (vor dem Krieg: 1:2).

8 Für viele: 6 R 33/47 vom 15.12.1947, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 157.

9 6 R 74/46 vom 18.9.1946, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 156.

einandergehen. Eine weitere häusliche und eheliche Gemeinschaft mit Dir lehne ich ab. H.“¹⁰

Schließlich nahmen einige auch die gesamte gerichtliche Wertung vorweg:

„Wir haben uns schriftlich dahingehend geeinigt, dass unsere Ehe geschieden wird, der Beklagte die Alleinschuld an der Ehezerrüttung und die Unterhaltsverpflichtung gegenüber unserem Kinde R. übernimmt und das alleinige Sorgerecht mir überträgt.“¹¹

Das Gericht schloss sich nur noch an. In den Fällen, in denen beide Parteien die Scheidung wollten, war es nicht mehr als eine Antragsstelle.

Für scheidungswillige Parteien war es somit am einfachsten, über die Verschuldensnormen des Scheidungsrechts vorzugehen: Hier konnte man Pflichtverletzungen zugeben bzw. durch eine entsprechende Erklärung selbst begehen und musste keine Trennungsfrist abwarten. Das hieß andererseits aber nicht, dass unter dem Zerrüttungsprinzip eine eingehendere gerichtliche Prüfung stattgefunden hätte. Eigentlich hatten sich die Gerichte dort, nachdem sie die dreijährige Trennung festgestellt hatten, mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Zusammenleben der Parteien gemäß dem „Wesen der Ehe“ noch in Aussicht stand. Widerspruch ein unschuldiger Ehegatte, war zudem zu klären, ob die Aufrechterhaltung der Ehe „sittlich gerechtfertigt“ war. Beide offenen Begriffe wurden aber vom Gericht zunächst nicht erfüllt. Stattdessen erklärte es den Widerspruch stets für beachtlich, weil er vom unschuldigen Teil stammte – nach der gesetzlichen Konzeption eigentlich nur notwendige, nicht hinreichende Bedingung. Zusätzlich wurden manchmal die Interessen minderjähriger Kinder (ebenfalls ohne nähere Auseinandersetzung) als Grund für die Aufrechterhaltung der Ehe angeführt.

Insgesamt fand in den ersten Nachkriegsjahren also nur dort eine eingehende gerichtliche Prüfung statt, wo die Parteien über Ehepflichtverletzungen stritten. Wo sie sich einig waren oder wo eine grundsätzliche Beurteilung der Ehe selbst angezeigt gewesen wäre, fehlte eine solche Prüfung.

10 6 R 138/46 vom 28.9.1946, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 156.

11 6 R 276/48 vom 29.10.1948, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 158.

2. Kontext und Verständnis

Das änderte sich jedoch. Ungefähr ab 1948 erweiterten die Gerichte ihr Blickfeld: Sie begannen, bei der Beurteilung von Scheidungsgründen auch den Kontext des Verhaltens einzubeziehen:

„Es war wohl bei gelegentlichen Besuchen der Zeugin G. in der Wohnung der Parteien nicht peinlich sauber, das aber lag nach ihrer Meinung daran, daß die Beklagte ganztags arbeiten ging [...]. Die von der Beklagten vorgebrachten Gründe für die gelegentliche Unsauberkeit und verspätete Zubereitung des Essens erscheinen dem Gericht durchaus glaubhaft.“¹²

„Lieblosigkeit, Unsauberkeit und Arbeitsunlust des Klägers hat die Beklagte zwar behauptet, aber nicht bewiesen. Selbst wenn diese Behauptungen als wahr unterstellt werden, können sie als schwere Eheverfehlung nicht gewertet werden, da der Kläger infolge seiner Gefangenschaft nicht in Vollbesitz seiner Körperkräfte war.“¹³

Eine Pflichtverletzung konnte nun nicht mehr nur durch eine Pflichtverletzung des anderen Ehegatten gerechtfertigt werden, sondern auch durch Umstände, die außerhalb des unmittelbaren Ehekonflikts lagen. Das letzte Beispiel, in dem die Kontextualisierung sogar vorgenommen wird, obwohl die Pflichtverletzung nicht einmal bewiesen ist, zeigt, wie wichtig diese Betrachtungsweise wurde.

Sie erscheint auch heute noch einleuchtend. Wem vorgeworfen wird, nicht aufgeräumt zu haben, will einwenden können, den ganzen Tag auswärts gearbeitet zu haben.

Aber das Blickfeld des Gerichts wurde nicht nur geweitet, sondern auch vertieft. In dieser Zeit tauchte ein Lieblingswort auf, das sich viele Jahre in den Urteilen halten sollte: „Verständlich“. Oder sogar: „Menschlich verständlich“. Eine Pflichtverletzung war nun nicht mehr nur durch eine Pflichtverletzung des anderen Gatten zu rechtfertigen, oder durch äußere Umstände, sie ließ sich auch dadurch entschuldigen, dass das Gericht die *inneren* Beweggründe für nachvollziehbar hielt. In einem Fall beispielsweise hatte die Beklagte ihrem Ehemann Untreue-Vorwürfe gemacht, die sie nicht beweisen konnte, – und trotzdem sah das Gericht die Schuld eher bei ihm:

12 6 R 54/47 vom 2.1.1948, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 157.

13 6 R 218/47 vom 19.11.1948, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 157.

„Dass die Beklagte unter all diesen Umständen dem Kläger Vorhaltungen gemacht und ihn auch des Ehebruchs bezichtigt hat, ist verständlich. Ein Verschulden der Beklagten kann darin nicht erblickt werden. Dem Kläger wäre es möglich gewesen, die Ehe in geordnete Bahnen zu lenken, indem er Frau Z. gemieden und sein tage- und nächtelanges Ausbleiben aufgegeben hätte.“¹⁴

Wie hier auch zu sehen ist, ging die gerichtliche Empathie häufig mit einem Hinweis auf das eigentlich richtige Verhalten einher:

„Der Kläger hatte die Pflicht gehabt, sich mit der Beklagten erst einmal in Verbindung zu setzen und sich mit ihr auszusprechen.“¹⁵

„Hatte der Kläger die guten Tage mit der Beklagten geteilt, so war es seine Pflicht, nach der Erblindung der Beklagten zum Guten auf den Gemütszustand der Beklagten einzuwirken.“¹⁶

„Wäre die Beklagte mit etwas Einsicht an die Aufgaben einer bäuerlichen Wirtschaft herangegangen, wäre es niemals zu einem solchen hartnäckigen Streit zwischen den Parteien gekommen.“¹⁷

Diese Hinweise waren aber keineswegs nur in die Vergangenheit gerichtet. Ab ca. 1950 begann das Gericht, den Parteien im Urteil eine abschließende Moral an die Hand zu geben – für diese Ehe oder für eine neue, je nachdem, ob geschieden wurde.

„Mögen sich die Parteien von ihren Müttern trennen und einen eignen Haushalt führen, in dem sie nicht den Einflüssen der Mütter unterworfen sind.“¹⁸

„Er möchte nur gern von seiner Frau los kommen, um freie Bahn zu haben. Diesem Verlangen des Klägers kann das Gericht nicht zustimmen. Mag der Kläger die häusliche Gemeinschaft mit seiner Frau wieder herstellen und sich um das Wohl seiner Familie und um die Erziehung seiner Kinder kümmern.“¹⁹

Warum diese Hinweise?

14 6 R 173/48 vom 23.9.1949, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 158.

15 6 R 201/49 vom 7.11.1949, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 159.

16 6 Ra 74/49 vom 1.2.1950, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 159.

17 6 Ra 343/49 vom 6.4.1951, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 159.

18 6 Ra 215/49 vom 6.9.1950, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 159.

19 6 Ra 24/50 vom 2.8.1950, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 160.

3. Gesellschaftliche Ehezwecke

Die Ehe als Institution ist nie unabhängig von der Gesellschaft. In der DDR wurden beide sogar ganz ausdrücklich miteinander in Beziehung gesetzt: Die Gesellschaft diene der Ehe, etwa über den Schutz durch die Verfassung, und umgekehrt sollte die Ehe der Gesellschaft dienen.²⁰ Das geschah auf drei Arten.²¹

Erstens sollten Ehen die Arbeitsfreude steigern.²² Wer sich zuhause wohlfühlt, schöpft dort Kraft für die Arbeit. Wer umgekehrt häusliche Sorgen hat, arbeitet schlechter. Im Interesse der Wirtschaftsleistung galt es also, Menschen aus schlechten Ehen zu holen. Entweder verbesserte man bestehende Ehen (das war, im Interesse allgemeiner Stabilität und „Sauberkeit“, staatliche Zielsetzung)²³ oder man löste rettungslos verlorene Ehen auf (was tatsächlich der gerichtliche Regelfall wurde). Die Arbeitsfreude war ausdrücklich für beide Gatten zu steigern.²⁴ Die Berufstätigkeit auch von Frauen war nicht nur im Sinne des Sozialismus, sondern angesichts von toten, verletzten, gefangenen, geflohenen Männern und einer ungünstigen Industriestruktur schlicht unentbehrlich für den Staat.²⁵

Der Ehezweck Arbeitsfreude führte meistens zur Scheidung, mit Begründungen wie diesen:

„Der Kläger hat glaubwürdig vorgetragen, daß er im Rahmen seiner Möglichkeiten zum Gelingen des Fünfjahresplanes beiträgt. Die Auf-

20 Grundlegend das Urteil des Obersten Gerichts vom 1.12.1950 zum gesellschaftlichen Wert der Ehe, 1 Zz 52/50 = NJ 1951, 222–224. S außerdem Schubert (Fn 4) 105–106; B Klose, Ehescheidung und Ehescheidungsrecht in der DDR – ein ostdeutscher Sonderweg? (Nomos 1996) 111–113, 156.

21 Diese schlugen sich auch in der späteren Ehegesetzgebung nieder, nämlich im Entwurf des Familiengesetzbuches von 1954 und in der finalen Fassung 1965. S dazu G Obertreis, Familienpolitik in der DDR 1945–1980 (Opladen 1986) 258–259; Klose (Fn 20) 200; Schneider (Fn 7) 188.

22 OG (Urt v 1.12.1950, 1 Zz 52/50), NJ 1951, 222, 223; näher dazu Klose (Fn 20) 128.

23 H Nathan, Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie (1954) Staat und Recht 567, 570; Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1976) (Fn 7) 205; Schubert (Fn 4) 97; Obertreis (Fn 21) 263–264; Klose (Fn 20) 108; Schneider (Fn 7) 186–187, 196, 266–267.

24 H Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1949–1961 (Staatsverlag der DDR 1980) 371–372.

25 Schubert (Fn 4) 149; Obertreis (Fn 21) 48–49, 138–139; Douma (Fn 4) 596–597, 599–602, 619; Klose (Fn 20) 115, 117–118; Großekathöfer (Fn 4) 57; Schneider (Fn 7) 3, 79–80.

rechterhaltung einer zerrütteten Ehe ist jedoch für viele in voller Leistungsfähigkeit stehende Menschen ein Hindernis, sich voll entfalten zu können. [...] Die ideellen Anschauungen der Beklagten [dass eine Ehe für das ganze Leben gelte, A.B.] zur Begründung ihres Widerspruchs können die Aufrechterhaltung der Ehe nicht rechtfertigen. Es ist sittlich nicht gerechtfertigt, an einer nur der Form nach bestehenden Ehe festzuhalten.“²⁶

„Diese ungetrennte Ehe bei getrenntem Leben der Parteien würde aber nicht nur die Parteien, sondern auch die Gesellschaft belasten. Dieser Umstand würde die Leistungsfähigkeit der Parteien hemmen und sie wären nicht in der Lage, die Anforderungen zu erfüllen, die unser Staat an sie stellt.“²⁷

Dass keine bloß formale Ehe aufrechterhalten werden sollte, um die Parteien und die Gesellschaft nicht zu belasten, führte dazu, dass unter dem Zerrüttungsprinzip nun grundsätzlich geschieden wurde, wie in den beiden Beispielen. Ein Widerspruch – auch eines Unschuldigen – wurde, in Abwendung vom bisherigen Vorgehen, grundsätzlich nicht mehr beachtet. Der Zustand der Ehe war wichtiger als Schuld oder Unschuld des widersprechenden Gatten.

„Obgleich ein Verschulden der Beklagten nicht festgestellt worden ist, hat sich das Gericht entschlossen, dem Scheidungsbegehren des Klägers stattzugeben, da es zu der Überzeugung gelangt ist, dass ein gedeihliches Zusammenleben der Parteien nicht mehr in Aussicht steht und dass demzufolge die Ehe nur noch dem Namen nach weiterbestehen würde. Eine Ehe, die aber nur dem Namen nach noch besteht, kann nicht mehr als Ehe angesehen werden.“²⁸

Nur in seltenen Ausnahmen wurden Ehen umgekehrt im Interesse der Arbeit erhalten. Dann ging es nicht mehr um Freude, sondern schlicht um Hände, die sonst – zum Beispiel auf einem Neubauernhof – fehlen würden. In einem besonders krassen Fall hatte der Beklagte die Klägerin und das gemeinsame Kind mit einer Peitsche angegriffen.²⁹ Zeugen bestätigten diesen und weitere Vorfälle. Das Gericht stellte zwar zunächst fest, dass „schon

26 6 Ra 186/51 vom 27.3.1952, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 161.

27 6 Ra 392/50 vom 20.9.1951, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 160.

28 6 Ra 343/50 vom 13.7.1951, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 160.

29 6 Ra 300/50 vom 16.3.1951, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 160.

seit den ersten Jahren der Ehe Tötlichkeiten innerhalb des Familienlebens üblich waren.“³⁰ Es hielt dem Mann aber die nervliche Belastung durch zwei Weltkriege und den Wirtschaftsplan zugute („verständlich“!), in dessen Interesse die Ehe dann auch aufrechterhalten wurde:

„Da die Klägerin diese Klagebehauptung [der Gewalttätigkeit, A.B.], die sie aufgestellt hat, nicht grundlegend beweisen konnte, und durch ihr Verhalten es ohne weiteres möglich wird, daß die Erfüllung des Dorf-wirtschaftsplanes beim Verlassen des Beklagten gefährdet werden kann, ist dem Klagebegehren der Klägerin nicht stattgegeben worden.“³¹

Immerhin hatte sie es ja schon 30 Jahre mit ihm ausgehalten.

Der zweite gesellschaftliche Zweck der Ehe war die sozialistische Erziehung der Kinder.³² Entgegen den Zukunftsvorstellungen sozialistischer Theoretiker³³ gelang es in der SBZ und DDR nicht, die politische Erziehung allein oder auch nur hauptsächlich gesellschaftlichen Einrichtungen wie Schule, FDJ usw. zu übertragen. Die Familie blieb als Sozialisationsfaktor bestehen und rückte schließlich ab Mitte der 50er-Jahre ins Zentrum der familienpolitischen Aufmerksamkeit, welche bis dato vor allem der Stellung der Frauen gegolten hatte.³⁴ Schon nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 16 waren die Interessen minderjähriger Kinder eigentlich bei der Scheidung zu berücksichtigen, was aber, wenn überhaupt, nur formelhaft geschah. Diese Interessen konnten sowohl für die Erhaltung der Ehe als Erziehungsfaktor sprechen als auch für die Scheidung, um klare Verhältnisse zu schaffen und zu verhindern, dass Kinder schlechte Ehe-Vorbilder fanden. Die Urteile im Untersuchungszeitraum vermitteln den Eindruck, als glichen sie das Interesse der minderjährigen Kinder, falls überhaupt berücksichtigt, einer bereits getroffenen Entscheidung über die Ehe an. Wurde geschieden, erlangte in den allermeisten Fällen die Mutter das Sorgerecht, unabhängig von ihrem Verhalten in der Ehe.³⁵ Das galt vor allem bei Kleinstkindern und selbst, wenn der Mutter Vernachlässigung oder Misshandlung der Kin-

30 *ibid.*

31 *ibid.*

32 OG (Urt v 1.12.1950, 1 Zz 52/50), NJ 1951, 222, 223; G Görner, Die erzieherische Rolle des Gerichts bei der Behandlung von Zivil- und Familiensachen (1953) NJ 271, 274; Klose (Fn 20) 113.

33 Schubert (Fn 4) 20; Obertreis (Fn 21) 15–16, 19–20; Schneider (Fn 7) 25.

34 Obertreis (Fn 21) 197, 212–214, 242–243; Klose (Fn 20) 113.

35 Das zeigen die Urteile aus Frankfurt/Oder, die entsprechend der gesetzlichen Grundkonzeption seit Ende 1948 mit der Scheidung auch das Sorgerecht regelten. Der Be-

der oder politische Verfehlungen vorgeworfen worden waren. Hartnäckig scheint sich die Vorstellung gehalten zu haben, Kinder gehörten vor allem zur Mutter.

Dritter gesellschaftlicher Zweck der Ehe war schließlich die *gegenseitige* Erziehung der Gatten.³⁶ Man hatte sich den rechten, das heißt sozialistischen, Weg zu weisen:

„Der Kläger beruft sich weiterhin darauf, daß er dadurch, daß seine Frau eine Haftstrafe verbüßen muss, in seinem Fortkommen gehindert würde. Die Zivilkammer war anderer Meinung. [...] Hier ist es die Aufgabe des Klägers, wenn die Beklagte nach Strafverbüßung wieder zurückkommt, ihr den nötigen Halt und Unterstützung zu geben, daß sie den Weg findet und ein ordentliches Glied unserer Gesellschaft wird. Er muss es sein, der ihr helfen wird, neue Wege zu finden.“³⁷

In diesem Fall beispielsweise war die Frau durch Haft genug gestraft, der Gatte sollte die Sozialisierung übernehmen.

Das Gericht legte Wert darauf, dass die gegenseitige Erziehung auf die richtige Art und Weise vonstattenging. Häusliche Gewalt hatte stets als Ehepflichtverletzung gegolten. In den ersten Nachkriegsjahren wurde sie jedoch in Ausnahmefällen noch durch das Verhalten der Gegenseite für gerechtfertigt erklärt. Danach gelang das nicht mehr. Denn häusliche Gewalt, die, wie in den allermeisten Fällen, gegen eine Frau ausgeübt wurde, wurde nun auch als eine Verletzung ihrer weiblichen Würde betrachtet – und als falsche Erziehungsmethode:

„Das Verhalten des Klägers und Widerbeklagten zeigt, daß er seine Ehefrau als Sklavin wie in der kapitalistischen Gesellschaftsordnung behandelt hat. Mann (sic) kann eine Frau nicht durch Schläge, sondern nur durch Belehrungen und Liebe zueinander erziehen.“³⁸

Solche Einordnungen wurden häufig (außer wo der Wirtschaftsplan gefährdet war, s.o.).

Der Ehezweck sozialistischer Erziehung führte auch dazu, dass in Verfehlungen des einen Gatten eine Mitschuld des anderen Gatten ausgemacht werden konnte, der nicht gut genug erzogen hatte:

fund scheint verallgemeinerbar zu sein, s nur Benjamin, *Geschichte der Rechtspflege* (1980) (Fn 24) 371, 374.

36 OG (Urt v 1.12.1950, 1 Zz 52/50), NJ 1951, 222, 223; Nathan (Fn 23) 573.

37 3 Ra 171/54 vom 13.1.1955, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

38 3 Ra 85/54 vom 18.1.1955, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

„Beide Parteien haben es nicht verstanden, ihre Ehe so aufzubauen, wie es in unserem Staate erforderlich ist. Liebe und Vertrauen bestanden unter den Parteien nicht, denn sonst hätte es nicht vorkommen können, wenn der Beklagte sich am gesellschaftlichen Leben beteiligte, daß die Klägerin ihm darüber Vorhaltungen machte. Es wäre besser gewesen, wenn sich die Klägerin ebenfalls gesellschaftlich betätigt hätte. Zum anderen muss aber auch gesagt werden, daß der Beklagte durch sein liebloses Verhalten gegenüber der Klägerin es nicht verstanden hat, obwohl er gesellschaftlich tätig ist, die Klägerin im Sinne unserer neuen Gesellschaftsordnung zu erziehen.“³⁹

Der Ehe gesellschaftliche Zwecke zuzusprechen, bildete eine deutliche Parallele zum Nationalsozialismus, wie auch in der DDR auffiel. Zwar war das nationalsozialistische „Wesen der Ehe“ eher auf rasche Erzeugung „arischen“ Nachwuchses gerichtet gewesen, aber die Ähnlichkeit war doch auffällig genug, um das Oberste Gericht der DDR (OG) zu der expliziten Abgrenzung zu bewegen: Die gesellschaftlichen Auslegungen sähen sich zwar ähnlich, aber man befinde sich in einem neuen Staat, mache also etwas Neues.⁴⁰

4. Aufgabe der Gerichte

Die Aufgabe der Gerichte war es, beim Erreichen der gesellschaftlichen Ehezwecke zu unterstützen. Sie sollten also die Parteien (und Zeugen, Zeuginnen, Ratsuchende usw.) ihrerseits erziehen.⁴¹ Dazu dienten die Ratschläge, welche den Parteien in den Urteilen an die Hand gegeben wurden. Die einfache, lebensnahe Sprache, wie sie in den Beispielen zu lesen ist, war beabsichtigt: Zur Erziehung musste man schließlich verstanden werden.⁴²

39 3 Ra 138/54 vom 14.9.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

40 OG (Urt v 1.12.1950, 1 Zz 52/50), NJ 1951, 222, 223. Eingehend zu Parallelen und Unterschieden zwischen der Rechtsprechung von Reichsgericht, OG und Bundesgerichtshof: B Rüthers, Wir denken die Rechtsbegriffe um... (Edition Interfrom 1987).

41 Görner (Fn 32) 276; Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1976) (Fn 7) 205; Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1980) (Fn 24) 276, 360–361; R Schröder, Zivilrechtskultur der DDR, Bd 4 (Duncker & Humblot 2008) 66.

42 Zur einfachen Sprache von Gesetzestexten: Nathan, Familienrecht als Faktor (Fn 23) 577; I Markovits, Sozialistisches und bürgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR (Verlag Wissenschaft und Politik 1969) 163; Großekathöfer (Fn 4) 66–67.

Um aber geeignete Ratschläge geben zu können, mussten die Gerichte herausfinden, was überhaupt die Ursachen eines Konflikts waren und wie sinnvolle Lösungsmöglichkeiten aussehen könnten.⁴³ Prozessual betrachtet durften sie keinesfalls mehr beim Vorbringen der Parteien stehen bleiben, sondern mussten selbst ermitteln.⁴⁴ Insbesondere zur Konfliktlösung mussten sie dabei auch z.B. das Arbeitsumfeld oder die Nachbarschaft einbeziehen. Gab es ein Alkoholproblem? Dann konnten Kollegen und Kolleginnen möglicherweise vom Trinken abhalten. Eine Affäre am Arbeitsplatz? Vielleicht ließ sich ja eine neue Stelle finden. Jedenfalls durfte man sich nicht mehr mit der formellen Wahrheit der Parteien begnügen. Im Prozess war, moralisch unterfüttert, die materielle Wahrheit zu klären.⁴⁵

So die Theorie. Das Gericht in Frankfurt/Oder nahm diese seine neue Aufgabe aber nicht ohne Weiteres an. Noch weit in die 50er-Jahre hinein liest man:

„Nach Auffassung der Zivilkammer mag noch mehr dahinterstecken, aber bereits nach dem Vorhergesagten haben beide Ehegatten sich durch ihr Verhalten einer schweren Eheverfehlung schuldig gemacht.“⁴⁶

„Es sei dahingestellt, wessen Verhalten die unheilbare Zerrüttung der Ehe herbeigeführt hat. Dies zu klären ist eine Aufgabe, die das Gericht objektiv kaum zu lösen vermag.“⁴⁷

Stattdessen behalf man sich mit formelhaften Verweisen auf den gesellschaftlichen Wert der Ehe.

Leichter als die Ermittlung der wahren Wahrheit fiel es, die gesetzlich nicht festgelegten Ehepflichten anders zu definieren, um die gesellschaftlichen Ehezwecke erreichen zu können.

„Da die Beklagte selbst arbeitete und dadurch den Tag über außer dem Hause war, kann die Vernachlässigung des Haushaltes nicht nur ihr Verschulden sein. Auch der Kläger hätte sich um den Haushalt kümmern

43 H Benjamin, Die gesellschaftlichen Grundlagen und der Charakter des FGB-Entwurfs (1965) NJ 1965, 225, 230; Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1980) (Fn 24) 232, 360–361; Markovits, Zivilrechtsdenken (Fn 42) 167–169; I Markovits, Gerechtigkeit in Lüritz (2. Aufl, CH Beck 2014) 242; Dahlmann (Fn 4) 475–476.

44 Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1980) (Fn 24) 232, 360–361; Schröder, Zivilrechtskultur, Bd 4 (Fn 41) 66; Markovits, Gerechtigkeit (Fn 43) 242.

45 Schröder, Zivilrechtskultur, Bd 4 (Fn 41) 66; Markovits, Gerechtigkeit (Fn 43) 242.

46 3 Ra 230/52 vom 6.5.1954, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 162.

47 3 Ra 227/52 vom 27.5.1953, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 162.

müssen. Vor allem aber wäre es die Pflicht beider Ehegatten gewesen, sich darüber zu einigen, wie der gemeinsame Haushalt von beiden in vernünftiger Arbeitsteilung hätte geführt werden können.⁴⁸

Zu einer grundsätzlich neuen Rollenverteilung in der Ehe kam es nicht. Frauen hatten neben der staatlich erwünschten Berufstätigkeit weiterhin primär die Verantwortlichkeit für Haushalt und Kinder.⁴⁹ Im Interesse ihrer Arbeitsleistung wurden ihre Männer aber zumindest zur Unterstützung angeregt. Das obige Beispiel geht unter den Urteilen am weitesten; in ihm klingt an, dass es nun ohnehin wichtiger als die hergebrachte Rollenverteilung war, sich irgendwie zu einigen (und vermutlich: damit die Arbeitsfreude nicht zu gefährden).

Ab 1954 wurde das Frankfurter Gericht aktiver. Man beschränkte sich nicht mehr auf Phrasen über den gesellschaftlichen Wert oder die Neujustierung der Ehepflichten. Es wurden jetzt auch Ehen entgegen der Wünsche beider Gatten aufrechterhalten, wenn das Gericht der Meinung war, sie ließen sich noch retten:

„Unter strengster Auslegung des Begriffes ‚schwere Eheverfehlung‘ ist die Zivilkammer der Auffassung, daß dies bei beiden Parteien, insbesondere auch nicht bei der Klägerin vorliegt. Beide Parteien sind noch sehr jung [...] und offensichtlich haben beide noch nicht die gesellschaftliche Bedeutung der Ehe in unserem demokratischen Staat erkannt, wonach sie auch verpflichtet sind, gesellschaftliche Ziele und Ideale zu fördern. [...] Beide Parteien sollten nunmehr aus der Vergangenheit ihre Lehre ziehen und sind aufgrund des persönlichen Erscheinens der Parteien nach Auffassung der Zivilkammer trotz allem in der Lage eine gute und gesellschaftliche Ehe zu führen.“⁵⁰

Wenn beide Parteien einen lernwilligen Eindruck machten, war die Ehe also noch nicht verloren. Beide mussten nur in sich gehen und an sich arbeiten. Oder schlicht: „Die Ehe der Parteien ist noch nicht so tief zerrüttet, daß die Ehe unbedingt geschieden werden muß.“⁵¹

48 6 Ra 272/52 vom 2.4.1953, BLHA, 260 AG Frankfurt (Oder) 162.

49 Das galt generell: Klose (Fn 20) 119, 125–126; Schneider (Fn 7) 179–180; I Markovits, „The Road from ‘I’ to ‘We’”: Family Law in the Communitarian State (1996) Utah Law Review 487, 517–518.

50 3 Ra 163/53 vom 23.10.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 372.

51 3 Ra 213/53 vom 2.2.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 372.

Das Gericht begann in dieser Zeit auch, sich selbst und die Parteien seiner Erziehungsaufgabe zu vergewissern:

„Die Ehe in unserem Staat hat einen ganz anderen Sinn als die in einem bürgerlichen Staat. Die Ehe in unserem Staat ist die kleinste Keimzelle zur Festigung unseres Staates. Sie bildet gleichzeitig die Grundlage unseres Gemeinschaftslebens. Es ist nicht immer Aufgabe der Demokratischen (sic) Gerichte die Ehen zu scheiden, sondern zu versuchen, die Menschen davon zu überzeugen, daß sie es noch einmal versuchen sollen, eine Ehe in unserem Staat Sinne (sic) aufzubauen.“⁵²

Wie kommt es zu diesem Wandel und warum so spät? Zur Antwort lohnt ein kurzer Blick auf das Gerichtspersonal in Frankfurt/Oder. Wie bereits erwähnt, hatten die Gerichte bei der Entnazifizierung einen Großteil ihres Personals eingebüßt. Um diese Lücken zu füllen, wurden beschleunigte Jura-Lehrgänge eingerichtet.⁵³ So auch Arbeitern, Angestellten, Frauen den Weg in die Justiz zu erleichtern, war eine Idee, die schon nach Weimar zurückreichte und dementsprechend in der Nachkriegszeit nicht eindeutig sozialistisch ausgerichtet war.⁵⁴ Mit der Zeit aber gewann politische Bewusstseinsbildung gegenüber klassisch-juristischer Ausbildung die Oberhand.⁵⁵ Ausbildungskontrolle wurde auch Bewusstseinskontrolle. Die Einbindung in die SED und andere Netzwerke sollte ebenfalls dafür sorgen, Richter und Richterinnen als politisch zuverlässig genug mit den Urteilen „allein lassen“ zu können.⁵⁶ In den Frankfurter Scheidungsprozessen finden sich

52 3 Ra 145/54 vom 26.7.1955, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

53 Zu den Lehrgängen: Zeitgenössisch: H Benjamin, Volksrichter – Träger einer demokratischen Justiz, in M Fechner (Hrsg), Beiträge zur Demokratisierung der Justiz (Dietz 1948) 163–190. Weitere Quellen bei H Wentker (Hrsg), Volksrichter in der SBZ/DDR 1945 bis 1952 (Oldenbourg 1997). Später: A Feth, Die Volksrichter, in H Rottleuthner (Hrsg), Steuerung der Justiz in der DDR (Bundesanzeiger 1994) 351–377; Amos (Fn 6) 152–173; H Wentker, Justiz in der SBZ/DDR 1945–1953 (Oldenbourg 2001) 134–171, 315–367.

54 Benjamin, Volksrichter (Fn 53) 166; Feth (Fn 53) 356.

55 Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1980) (Fn 24) 90–92; Wentker, Justiz (Fn 53) 350–354; Markovits, Gerechtigkeit (Fn 43) 211–212.

56 Zeitgenössisch: Benjamin, Geschichte der Rechtspflege (1976) (Fn 7) 139; A Pleniowski, Die Aufgaben der Parteiorganisationen in der Justiz (Dietz 1952) 46. Später: W Künzel, Das Ministerium der Justiz im Mechanismus der Justizsteuerung 1949–1976, in H Rottleuthner (Hrsg), Steuerung der Justiz in der DDR (Bundesanzeiger 1994) 167, 181–183, 196; H Rottleuthner, Zur Steuerung der Justiz in der DDR, in H Rottleuthner (Hrsg), Steuerung der Justiz in der DDR (Bundesanzeiger 1994) 9, 22–25, 27–29, 38–39, 49–50, 52–60; A Armèlin, Die Einflußnahme der Kreis- und

keine Spuren eines direkten Eingriffs von Außenstehenden (was natürlich nicht heißen muss, dass es nie einen gab). Die Einflechtung der Justiz in politische Steuerungsstrukturen und der Wechsel des Personals lassen sich auch in Frankfurt/Oder beobachten. Nach dem Krieg wurde dort nicht wie andernorts ein zuverlässiger Laie oder ein Anwalt, Verwaltungsjurist oder Polizist, Referendar oder Richter aus dem Ruhestand als Ersatz herangezogen,⁵⁷ sondern der bisherige Richter blieb im Amt. 64 Jahre alt, evangelisch, geboren in Schlesien, bis 1933 DVP-Mitglied.⁵⁸ Ihn rettete wohl, dass er nicht der NSDAP angehört hatte, außerdem lässt sich seine Herkunft bauerlich auslegen. Seine frühen Urteile erscheinen nicht nationalsozialistisch geprägt, ein Kommunist war er aber noch weniger. Zunehmend von Alter und Krankheit eingeschränkt, war dieser Mann ein gutes Jahr allein das Gericht in Frankfurt/Oder und dominierte die Scheidungsurteile auch noch danach. Die ersten Urteile, denen man in ihrer Einbeziehung staatlicher Interessen und in ihrer etwas unbeholfenen Sprache „Volksrichter“ anzusehen meint, gab es erst sehr viel später. Und die Urteile, die souverän und selbstbewusst die Hintergründe der Ehekonflikte auszuleuchten suchten, noch einmal später.

Der langsame Wandel liegt also zum einen daran, dass erst nach und nach neues Personal ans Gericht kam. Zum anderen brauchte es Zeit, eine sozialistische Scheidungsrechtsprechung zumindest in Grundzügen zu entwickeln. Schriften wie die von Marx und Engels gaben dazu nicht viel her und überhaupt war das Verhältnis von Sozialismus und Recht kompliziert. Ursprünglich war das Recht als Ausdruck der herrschenden Verhältnisse verstanden worden.⁵⁹ Das übernommene Recht galt somit eigentlich als Produkt überholter bürgerlicher Machtstrukturen. Für ein sozialistisches Recht hätte man dagegen theoretisch zunächst die Veränderung der Gesellschaft in eine sozialistische abwarten müssen.⁶⁰ Gleichzeitig brauchte

Bezirksleitungen der SED auf die Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtsverfahren der Kreis- und Bezirksgerichte, in R Schröder (Hrsg), *Zivilrechtskultur der DDR*, Bd 2 (Duncker & Humblot 2000) 51, 56, 79–80; Schröder, *Zivilrechtskultur*, Bd 4 (Fn 41) 30, 42–44.

57 Plenikowski (Fn 56) 14; Amos (Fn 6) 152–153; Wentker, *Justiz* (Fn 53) 119; Markovits, *Gerechtigkeit* (Fn 43) 20.

58 RJM Personalakte R.N., Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde R/3001/69352.

59 Markovits, *Zivilrechtsdenken* (Fn 42) 24; Schröder, *Marxismus* (Fn 4) 1160–1161; Dahlmann (Fn 4) 463.

60 K Polak, *Justizerneuerung – Wege zu einer demokratischen Justiz* (1947), in *Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht“* (Hrsg), Karl Polak,

man für die Übergangszeit auch irgendeine Art von Recht, möglichst eine, welche die Veränderung unterstützte.⁶¹ Wie solches Recht aussah, das nicht mehr bürgerlich sein durfte und noch nicht sozialistisch sein konnte, war erst einmal unklar.⁶² Dass das Gericht phrasenhaft auf gesellschaftliche Interessen verwies und an den Ehepflichten herumschraubte, anstatt die Scheidungsprozesse grundsätzlich neu anzugehen, mag auch daran liegen, dass unsicher war, wie ein sozialistisches Scheidungsurteil überhaupt konkret auszusehen hatte, wie sich also die gesellschaftlichen Ehezwecke im Einzelnen auswirkten. Mit einer Einbindung des gesellschaftlichen Umfelds über Zeugenbefragungen hinaus, etwa bei Verhandlungen am Arbeitsplatz, scheint sich das Gericht in Frankfurt/Oder zurückgehalten zu haben, während andere Gerichte so weit vordrängten, dass das OG zur Zurückhaltung mahnen musste.⁶³ Anscheinend gab es also nicht nur in Frankfurt/Oder eine Phase des Austarierens.

Ob die Richter und Richterinnen dabei sozialistisch überzeugt waren oder wurden? Ob die formelhaften Beschwörungen der neuen sozialistischen Gesellschaft daher kommen, dass man an sie glaubte – oder dass man nicht an sie glaubte? Oder dass man sich absichern wollte? Ist es schwacher Widerwillen oder um Entschuldigung heischende Offenheit, zu erklären, man könne nicht mehr Wahrheit herausfinden? Das lässt sich aus den Urteilen nicht erkennen, anhand von Lebensläufen und Berichten nur mutmaßen.

5. Urteile über alles

Wenn auch die Scheidungsprozesse nicht grundsätzlich umgestaltet wurden – der Blick des Gerichts bei der Entscheidung weitete sich immer mehr und ging bald über die angesprochenen äußeren Faktoren und inneren Beweggründe bei Konflikten hinaus. Schließlich prüfte das Gericht die Erfolgsaussichten der Ehe ganz grundsätzlich. Wie es also zu einzelnen Konflikten gekommen war, war zwar wichtig, aber – selbst bei einer weiten

Reden und Aufsätze (Staatsverlag der DDR 1968) 79, 124; Markovits, *Zivilrechtsdenken* (Fn 42) 24; Schröder, *Marxismus* (Fn 4) 1162–1163.

61 Schröder, *Marxismus* (Fn 4) 1162.

62 Zum Versuch einer sozialistischen Zivilrechtstheorie: Markovits, *Zivilrechtsdenken* (Fn 42).

63 Benjamin, *Geschichte der Rechtspflege* (1980) (Fn 24) 377–378; Markovits, *Road* (Fn 49) 493–494; B Braczyk, (Selbst-)Erziehung der Gesellschaft, in R Schröder (Hrsg), *Zivilrechtskultur der DDR*, Bd 1 (Duncker & Humblot 1999) 530.

Betrachtung, die viele Faktoren und Motive einbezog – nicht entscheidend. Vielmehr musste die gesamte Entwicklung der Ehe berücksichtigt werden. Welche Menschen führten diese Ehe eigentlich? Wie beeinflussten sich ihre Persönlichkeiten gegenseitig? Das Gericht begann, auch den Charakter der Parteien auszuwerten:

„Der Kläger ist ein Mensch, der nicht ‚Dein‘ und ‚Mein‘ unterscheiden kann.“⁶⁴

„Das Verhalten des Beklagten gegenüber der Klägerin und seinen Kindern ist nicht nur ehewidrig, sondern zeugt auch von einer großen Charakterlosigkeit.“⁶⁵

Das letzte Beispiel zeigt besonders deutlich, dass es dabei eben nicht nur um einzelne Verfehlungen ging, sondern um die grundsätzliche Beschaffenheit der Menschen.

Zu dieser Beschaffenheit gehörte auch die Einstellung der Gesellschaft gegenüber. Sie war nicht nur als Charakterzug von Bedeutung, sondern konnte auch über den engen Zusammenhang von Ehe und Gesellschaft selbst eine Verfehlung darstellen: Wer Ehepflichten verletzte, verletzte damit Pflichten der Gesellschaft gegenüber. Wer eine schlechte Ehe führte, gab damit ein schlechtes Vorbild ab. Es finden sich zuhauf Beurteilungen wie:

„Der Kläger ist Volkspolizist. Er muss allen anderen Menschen mit gutem Beispiel vorangehen. Sein unmoralisches Verhalten zeigt jedoch, daß er den Sinn der Ehe in unserer Gesellschaftsordnung noch nicht erkannt hat. [...] Der Kläger wird selbst einsehen müssen, daß sein Verhalten gegenüber unserem Staat und seiner Familie nicht richtig war. Es muss seine Aufgabe sein, seiner Ehefrau, der Beklagten, mehr Liebe und Achtung zu schenken.“⁶⁶

„Gerade von unseren Funktionären im Staatsapparat muss man erwarten, dass sie in ihrer Ehe allen anderen ein Vorbild sind, dass sie selbst darum kämpfen und alles versuchen, eine unserer Anschauung entsprechende Ehe zu führen. Dies hat der Kläger nicht getan, im Gegenteil, für ein Verhältnis mit einer anderen Frau hat er leichtsinnig Ehe und Familie

64 3 Ra 173/54 vom 7.12.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

65 3 Ra 157/54 vom 9.11.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

66 3 Ra 152/54 vom 5.10.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

aufs Spiel gesetzt. Die Zivilkammer kam zu der Überzeugung, dass mit Abweisung der Klage der Kläger gezwungen wird, in aller Objektivität den ganzen Sachverhalt zu durchdenken und selbst zu dem Schluss kommt, dass keine derartigen tiefen Zerrüttungen der Ehe vorliegen, sondern im Gegenteil, dass es bei einigermaßen gutem Willen zu einem neuen ehelichen Zusammenleben kommen wird.“⁶⁷

Wie zu sehen ist, waren die Anforderungen an Menschen in gesellschaftlich besonders relevanten Tätigkeiten besonders hoch. Die beiden Beispiele zeigen die Auffassung des Gerichts: Gerade diese Personen müssten (in aller Objektivität!) eigentlich selbst sehen, was richtig ist. Das erziehende Gericht ist enttäuscht. Beinahe automatisch knüpft es an die gesellschaftliche Stellung an:

„Die Ehe und Familie ist nicht nur die kleinste Keimzelle unseres Staates, sondern bildet auch die Grundlage unseres Gemeinschaftslebens. Dies mußte der Beklagten, die sich gesellschaftlich betätigt, auch bekannt sein.“⁶⁸

„Die Beklagte ist z.Zeit als Lehrerin in unserer Grundschule tätig. Ihr mußte bekannt sein, daß die Ehe und Familie die Grundlagen unseres Gemeinschaftslebens in unserer Gesellschaftsordnung sind. Sie hat die Pflicht, nun danach zu handeln und das Ansehen ihres Mannes als Staatsfunktionär zu festigen und zu unterstützen.“⁶⁹

Die Versuche der Parteien, mit ihrem wichtigen Beruf oder ihrem gesellschaftlichen Engagement zu punkten, gingen deshalb meistens nach hinten los. Jemand mochte beispielsweise behaupten, die Ehe sei schon vor seiner Affäre dadurch zerrüttet gewesen, dass seine Frau versucht habe, ihn von gesellschaftlicher Tätigkeit abzuhalten und er brauche nun für seine Arbeitsfreude die Scheidung. Dann wurde ihm mit großer Wahrscheinlichkeit erstens vorgeworfen, er habe die Ehefrau nicht gut erzogen, und zweitens, gerade von ihm habe man keine Affäre erwartet. Er müsse nun, drittens, versuchen, seine Ehe zu retten, um anderen wieder ein Vorbild sein zu können.

Eheverfehlungen waren gesellschaftliche Verfehlungen. Das ging auch umgekehrt. Nach dem Aufstand des 17. Juni 1953, auf den verstärkte staat-

67 3 Ra 114/54 vom 2.12.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

68 3 Ra 99/54 vom 29.7.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

69 3 Ra 60/54 vom 29.7.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

liche Repressionen folgten, wurden in den Scheidungsurteilen vermehrt Pflichtverletzungen gegen den Staat angesprochen. Das traf natürlich insbesondere Parteien, die in den Westen gegangen waren. Auch hier aber nicht alle; manche Urteile behandelten diese Tatsache so pragmatisch wie die vorangegangenen. Überwiegend wurde jedoch versucht, Fehlvorstellungen geradezurücken:

„Ein Grund dafür, daß der Beklagte nach Westdeutschland gegangen ist, ist der, daß er dort günstigere Arbeitsbedingungen bekommen würde. Hier ist zu erwähnen, daß bei uns in der Deutschen Demokratischen Republik die Arbeitsbedingungen günstiger sind als in Westdeutschland. In Westdeutschland sind Hunderttausende von Menschen arbeitslos, wogegen bei uns in der Deutschen Demokratischen Republik Arbeitskräfte mangeln. Das Verhalten des Beklagten zeigt, daß er nicht nur die Lebensbedingungen in der Deutschen Demokratischen Republik verkannt hat, sondern darüber hinaus auch den Sinn einer Ehe in unserer neuen Gesellschaftsordnung nicht erkannt hat.“⁷⁰

Hier konnte wiederum die gesellschaftliche Stellung von Bedeutung sein, diesmal auf der anderen Seite:

„Der Klägerin kann nicht zugemutet werden, mit dem Beklagten die Ehe weiterzuführen, nachdem dieser durch seine Republikflucht und Anerkennung als politischer Flüchtling bei den westberliner Agentenzentralen sich eindeutig gegen die demokratische Ordnung in der Deutschen Demokratischen Republik entschieden hat. Dies gewinnt besondere Bedeutung unter dem Aspekt, daß die Klägerin als Erzieherin tätig ist, und unsere Jugend im Geiste der Achtung und Liebe zu unserem Staat und unserer Regierung zu erziehen hat.“⁷¹

Manchmal rückten spezifische Eheverfehlungen gegenüber gesellschaftlichen Pflichtverletzungen ganz in den Hintergrund. Diese Trennung ist sowieso eine gewissermaßen ahistorische, da es im Verständnis der DDR-Rechtsprechung keinen Unterschied gab:

„Demnach haben sich beide Parteien schwere Eheverfehlungen zu Schulden kommen lassen und die Beklagte deshalb, da das Abholen von 4 sogen. Bettelpaketen zweifellos eine schwere Eheverfehlung bedeutet.

70 3 Ra 97/54 vom 30.9.1954, BLHA, 681 KG Frankfurt 373.

71 3 Ra 36/55 vom 21.4.1955, BLHA, 681 KG Frankfurt 374.

Dies ergibt sich daraus, daß die Feinde unserer DDR insbes. die Anglo-Amerikaner seit langem durch viele Maßnahmen unseren Aufbau in der DDR stören. So schicken sie nicht nur seit Jahren Agenten und Saboteure in die DDR, sondern führten auch am 17.6.1953 den faschistischen Putschversuch durch, um unsere Regierung zu stürzen. Nachdem am 9.6.1953 der Ministerrat der DDR auf Vorschlag des Politbüros des ZK der SED den neuen Kurs unserer Regierung beschlossen hatte, um eine rasche Verbesserung des Lebensstandards der Werktätigen eintreten zu lassen, trafen sie sofort Gegenmaßnahmen, um die weiteren Erfolge unseres Aufbaus zu stören, die ihnen ein Dorn im Auge sind. Zu diesen Maßnahmen, die die Anglo-Amerikaner gegen unsere Regierung durchführten, gehörte auch das Verteilen dieser Amipakete. Obwohl sie heuchlerisch nach außen erklärten, ‚diese Hilfsmaßnahme sei zur Unterstützung der Bewohnung unserer Republik gedacht,‘ richtete sich diese Aktion in Wirklichkeit gegen unsere DDR. Die Praxis hat gezeigt, daß alle Paketabholer sofort registriert wurden und ihre Namen bei den westberliner Agentenzentralen eingetragen wurden und mit Recht haben die Vertreter unserer Regierung vor Abholen dieser Bettelpakete gewarnt. Die Verhandlungen vor den Bezirksgerichten der DDR und die Erklärungen eines ehem. stellv. Leiters einer westlichen Spionageorganisation haben ergeben, daß man viele der Bettelpaketabholer unter Druck setzte und sie zu Spionagezwecken mißbraucht hat. Demnach ist das Abholen von 4 solcher Pakete durch die Beklagte eine schwere Eheverfehlung. Ihr Verhalten war umso verwerflicher, da ihr Mann seit längerem Mitglied einer Arbeiterpartei ist. Der Kläger hat seinerseits ebenfalls schwere Eheverfehlungen begangen, da er nicht nur die Beklagte geschlagen, sondern auch ehewidrige bzw. ehebrecherische Beziehungen zu anderen Frauen fortgesetzt unterhalten hat und noch unterhält. Die Zivilkammer ist der Auffassung, daß die Schuld des Klägers gegenüber der Schuld der Beklagten überwiegt und nicht zuletzt deshalb ist sie dieser Auffassung, da es besonders verwerflich ist, wenn ein Ehemann seine Ehefrau schlägt.“⁷²

Dieser Auszug aus einem *Scheidungs*urteil zeigt in seiner vollen Länge, wo das Gericht mehr Erziehungsbedarf sah: Beim Abholen von Westpaketen statt bei häuslicher Gewalt und Ehebruch. Bemerkenswert ist, dass dennoch das Verhalten des Ehemannes schwerer gewichtet wurde als das der Frau. Auch das lässt sich wieder verschieden auslegen: Deuten die

72 3 Ra 173/53 vom 20.11.1953, BLHA, 681 KG Frankfurt 372.

Ausführungen zu den Paketen auf sozialistische Überzeugung hin, die (erst? schon?) an den hergebrachten Gewichtigungen der Eheverfehlungen zum Halt kommt? Sollten sie gerade in ihrer Länge nur zur Absicherung dienen? Oder war vielleicht überhaupt unklar, was in einem sozialistischen Scheidungsurteil mehr zählen sollte: Das Verhältnis zum Westen oder die Gleichberechtigung der Frau?

6. Fazit

Wenn alles in das Urteil einfließt, kann das Urteil auch alles betreffen. Das erstinstanzliche Gericht in Frankfurt/Oder bezog unterschiedliche Bereiche ein: Zunächst nur das Verhalten der Parteien, dann äußere Umstände, innere Beweggründe, schließlich Charakterzüge, Beruf und politisches Verhalten. Die relative, auf konkrete Konflikte bezogene Wahrheit der Parteien wurde als Grundlage der Scheidungen ausgetauscht gegen die materielle, absolute Wahrheit; vom Gericht zu ermitteln und auszuwerten.⁷³ Der Erziehungsanspruch, die offene Verbindung von Ehe und Gesellschaft machten es nötig, die Parteien von dieser Wertung zu überzeugen – oder vielmehr, sie dazu anzuregen, diese Wertung auch in ihrem eigenen Bewusstsein zu finden. Das alles geschah zunächst innerhalb desselben Normbestandes und unabhängig von Verschuldens- oder Zerrüttungsprinzip. Noch aus heutiger Sicht einleuchtende Ansprüche, wie dass das Gericht auch die Gründe für ein Verhalten einbeziehen möge, wurden dabei auf die Spitze getrieben: Es gab schließlich keinen Umstand mehr, der *nicht* irgendwie für eine Scheidung relevant sein konnte.

Das zeigt, wie sehr die Rolle einer Partei im Prozess einen Schutz bedeuten kann. Wer Partei ist, steht nicht in allen persönlichen Facetten vor Gericht. Sieht das Gericht dagegen den ganzen Menschen, dann kann es auch über den ganzen Menschen urteilen.

Freilich möchte ich nicht dazu anregen, Scheidungen möglichst unmenschlich zu gestalten. Aber es bedarf einer differenzierten und aufmerksamen Antwort auf die Frage, welche Wahrheit vor Gericht geklärt werden kann und sollte – und welche besser nicht.

73 In diese Richtung auch Markovits, *Zivilrechtsdenken* (Fn 42) 100: Das verletzte Individualrecht sei prozessual in erster Linie „als ein Anlaß zu einer gründlichen gesellschaftlichen Aufräumungsaktion“ betrachtet worden.