

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg23>

Rg **23** 2015 277 – 281

Jakob Zollmann

»Rechtshistoriker als Revisionsrichter«? Über die Frage nach der Moral im Blick auf das Recht der jüngeren Vergangenheit

Jakob Zollmann

»Rechtshistoriker als Revisionsrichter«? Über die Frage nach der Moral im Blick auf das Recht der jüngeren Vergangenheit

Aus den vielen Überlegungen, die Peter Oestmann ausgeführt hat, sei hier nur eine, vielleicht nicht einmal die wichtigste, herausgegriffen: seine Warnung vor dem »Rechtshistoriker als Revisionsrichter« (1).

Sie klingt überzeugend. Oestmanns geradezu amüsierlich-zuspitzende Fallbeispiele von den »Rechtshistoriker[n der Gegenwart, die sich] berufen [fühlen], der juristischen Wahrheit zum Sieg zu verhelfen« (6), indem sie über juristische Dispute aus dem 18. und 19. Jahrhundert ein (zweites) Urteil fällen, weisen zugleich auf tieferliegende Fragen hin: Wo hört historische ›Tatsachen‹-Darstellung auf und wo fängt das Urteilen an? Handelt es sich dabei um unterschiedliche Textformen – oder nicht? Aus diesen Fragen allein schon kann sich die Einsicht ergeben, dass es mitunter leichter gesagt als getan zu sein scheint, als (Rechts-)Historiker kein »Revisionsrichter« sein zu wollen.

I. Sprache und Erkenntnisinteresse

Es ist wohl mehr als eine Binsenweisheit, wenn man daran erinnert, dass Historiker ihren Forschungsgegenstand (die ›Tatsachen‹) nicht vorfinden, sondern ihn mittels der Sprache, im Akt des Schreibens überhaupt erst konstituieren.¹ Welche Sprache aber ist dafür angemessen? Zunächst sind da die Quellen, deren Inhalt zitiert oder referiert werden kann – »neutral«, will man meinen. Dann aber sollte eine historisch-kritische Analyse dieser Quellen folgen, mittels der »Fragen, die wir ihnen stellen«. Die dafür gebrauchten Formulierungen

sind abhängig davon »welche Erkenntnisse [der Historiker] aus seinen Quellenfunden zieht«. Welchen Erkenntnisinteressen aber folgt der (Rechts-)Historiker? Es gibt Relevanzkriterien, aber darüber kann jede und jeder nur für sich selbst entscheiden. So mag etwa der Wunsch, »lange verschüttetes Unrecht auf[zudecken]« (1) eine Rolle spielen.

Wenn nun der »Rechtshistoriker« kein »Revisionsrichter« sein soll, aber doch mehr als nur ein Referent von Quellentexten, so bleibt die Frage, wie und mit welchen sprachlichen Mitteln er die dazwischen liegende ›goldene Mitte‹ erreichen kann. Die Darstellung des Forschenden sollte – so kann man Oestmanns Warnung verstehen – nicht von den rechtlichen Maßstäben (und dies sind oft auch moralische) der Gegenwart ausgehen. Die Feststellung, das Urteil gegen Räuberhauptmann Grasel sei »sicher ein Fehlurteil« (1), habe demgegenüber »einzelne Quellengruppen gegeneinander aus[ge]spiel[t]« (6), also Normen (Theorie) gegen die (Rechts-)Praxis abgewogen und das eine höher gewichtet als das andere.

Diesem Ausspielen von Theorie gegen Praxis in der Rechtsgeschichte hält Oestmann die Mahnung entgegen, die eigenen Grenzen historischer Erkenntnis ernster zu nehmen. Er warnt vor »Hürden«, die man »nicht überspringen« dürfe (3) oder davor, »methodische oder quellenmäßige Begrenzungen zu sprengen« (4), wenn es um die Beurteilung der (juristischen) Vergangenheiten geht. Andernfalls würden Historiker »[u]nsere heutige Vorstellung von Normativität ... leichthin in die Vergangenheit [projizieren]«, damit aber verlöre man »zugleich das Gefühl für die uns fremde Komplexität früherer Zeiten« (6).

¹ Vgl. HERBST (2004) 31. Herbst spricht von der »unausrottbaren Neigung vieler Historiker, sich auf historische Ereignisse als auf Tatsachen zu berufen und sie als Gegenstand ihrer Forschungsbemühungen zu bezeichnen. Dies ist jedoch nicht möglich; denn diese ›Tatsachen‹ konstituiert der Historiker selbst.« (41 f.).

II. Der emotional involvierte Rechts-
historiker und das 20. Jahrhundert –
zwei Beispiele

a) *Nationalsozialismus*

So überzeugend Oestmanns Aufruf zur Selbstbescheidung wirkt; hier blitzt *auch* etwas auf, das wie der Wunsch nach einem betont reservierten, insofern ›neutralen‹ Historiker klingt. Der Historiker also, der – wie ein neutral beobachtender Dritter (kein Richter!) – einen objektiven Überblick gewähren kann, indem er sich der vorhandenen Quellen bedient, bestenfalls in einer klugen Kombination aus »Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte«?

Es ist eine alte Erkenntnis über die Arbeit des Historikers, dass dieser, in seinem Schreiben über die Vergangenheit, »standortgebunden sei und vergangene Lebenswelten nur von seinem jeweiligen ›Sehe-Punkte‹ aus betrachten könne und dabei von äußeren Faktoren wie seinem Stand und seinen Interessen abhängen«. ² Auch Oestmann räumt ein, dass seine »Einschätzung auf der Sicht eines deutschen Rechtshistorikers mit besonderem Interesse an der Gerichtspraxis des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit« beruhe und die »Problemeinschätzung ... also tief persönlich geprägt« sei (7 f.). Wandelt sich aber das Bild, wenn man die von Oestmann aufgeworfenen Fragen an die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts stellt? Anders gefragt: Was ändert sich, wenn sich das Problem von »sperrig und fremd« erscheinenden Texten, deren »Sinn [sich] nicht auf Anhieb erschließt«, nicht stellt? Zunächst einmal steht die damit verbundene Einschätzung einer auszuhaltenden »Fremdheit« nicht mehr zur Verfügung. Um es am Beispiel zuzuspitzen: Eine deutsche Verordnung, die 1942 die Ausweisung »aller Juden« aus einem Bezirk bestimmt, ist einem Leser des Jahres 2015 ohne weiteres verständlich. Statt der Fremdheit stellt sich, so lässt sich vermuten, ein Berührtsein ein: Was nicht fremd ist, kann nahe gehen, gar emotional wirken. »Fremdheit« kann insofern einen Schutz davor bieten, sich als »Rechtshistoriker [zum] Revisionsrichter« aufschwingen zu wollen.

Fern liegende Forschungsgegenstände – inhaltlich, aber vor allem zeitlich gesehen – bieten sich für eine Untersuchung *sine ira et studio* an; sie fordern die Emotionen des Schreibenden weniger heraus. Anders sieht es bei zeithistorischen Analysen aus. Dies schließt die Rechtsgeschichte ein. Über die jüngste Geschichte (des eigenen Landes), wenn sie mit den Schrecken des 20. Jahrhunderts verbunden ist, schreibt man schwerer in einem neutralen Ton – oder sie wird beschwiegen. Eine Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus hatte es, als sie noch unzweifelhaft zur Zeitgeschichte gehörte, an deutschen Forschungseinrichtungen schwer. Ein an ein allgemeines Publikum adressiertes Überblickswerk wie Gerhard Köblers *Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte* beschränkte sich noch 1988 auf die dürre Feststellung, Adolf Hitler sei es »in kürzester Zeit gel[ungen], sie [die Weimarer Reichsverfassung] völlig auszuhöhlen«. Während »Baufreiheit und Bauplanung« eine eigene Überschrift wert sind, fehlt jede Auseinandersetzung mit dem Recht des Nationalsozialismus. ³ Auch das ist eine Möglichkeit zu vermeiden, als Historiker kein Revisionsrichter zu sein.

Alternativ konnte das Argument der »Fremdheit« und insofern ›Unverständlichkeit‹ pervertiert werden, indem es der Apologie dienstbar gemacht wurde. Die heutigen Betrachtern »fremde Komplexität früherer Zeiten« wurde im 20. Jahrhundert zur gern gebrauchten Schutzbehauptung: »Bereits fünf Jahre nach Kriegsende ... verwiesen NS-Täter und deren Verteidiger vielfach darauf, daß man ihnen keine Schuld zusprechen könne, weil man den Kontext der Taten inzwischen nicht mehr verstehe.« Historiker wie Raphael Gross haben viel Energie darauf verwendet, diesen »Kontext« einer »nationalsozialistischen Moral« auszuloten. ⁴ Noch jüngst berief sich der 93-jährige ehemalige SS-Mann Oskar Gröning vor Gericht auf diesen »Kontext«, wenn er über seinen Dienst in Auschwitz betonte »Wir haben das für vernünftig gehalten, dass die Feinde des deutschen Volkes ausgerottet werden.« ⁵

Derartigen Versuchen, (moralische) Normen mittels ihrer vorgeblichen »absoluten Relativität«

2 HERBST (2004) 56 unter Verweis auf CHLADENIUS (1752).

3 KÖBLER (1988) 327; vgl. aber zeitgleich (!) RÜTHERS (1988).

4 GROSS (2000) 169; GROSS (2010).

5 FRIEDRICHSEN.

(im Wandel der Zeit) aufzulösen, kann der Historiker vor allem die »Empirie« entgegensetzen. Es liegt auf der Hand, dass die »fremde Komplexität früherer Zeiten« für den Historiker vor allem eines darstellen sollte: eine Herausforderung, diese Komplexität nicht nur zu benennen, sondern sie darstellerisch zu durchdringen und damit nachvollziehbar, erklärbar zu machen. Es kann nicht das Ziel sein, Fremdes als Fremdes stehen zu lassen und sich auf die Position zurückzuziehen, eine Erklärung vergangener Komplexität sei nicht das Ziel. Maßgeblich bleiben stets die wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden »Überprüfungskriterien«. ⁶ Dass sich aus derartigen Erklärungen auch eindeutige Urteile des Historikers ergeben, liegt gleichfalls auf der Hand: Michael Stolleis beschrieb – im Rückblick auf die eigene »Beschäftigung mit dem Unrechtssystem des Nationalsozialismus« – den »Wunsch, Untaten irgendwie geahndet zu sehen [, als einen] zutiefst menschlich[en]«. ⁷

b) Völkerrecht und Kolonialismus

Mag für die Frühe Neuzeit gelten, dass die »Normengeschichte ... nicht der Korrekturmaßstab für die Praxis sein [kann]« (7), und zwar deshalb, weil »[u]nsere heutige Vorstellung von Normativität« nicht ohne weiteres »leichtthin in die Vergangenheit« projiziert werden könne (6), so kann die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts kaum dieserart mit *zwei* Maßstäben operieren. Vielmehr sind Historiker gefordert, nicht nur ihre Methoden, sondern auch ihre Wertmaßstäbe darzulegen und damit wiederum der Kritik zugänglich zu machen. Ein Grund dafür mag die nicht nur durch Politik und Öffentlichkeit gern gebrauchte Formel von der »historischen Gerechtigkeit« sein, ⁸ der sich auch die professionelle Rechtsgeschichte nicht entziehen kann.

Dazu ein weiteres Beispiel: Die Geschichte des Völkerrechts wird seit einigen Jahren lebhafter erforscht denn je zuvor. Während manche Autoren weiterhin völlig »systemimmanente« Analysen zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft vorlegen, greifen Andere Anregungen aus den *post-colonial*

studies auf, die auch nach den kolonialen Rückwirkungen fragen. Diese Autoren *wollen* »[n]ach Recht und Unrecht« (Oestmann 5; 7) in der historischen Entwicklung hin zur Weltgesellschaft fragen. Für sie ist die historische »Tatsachen«-Darstellung unmittelbar mit einem moralischen Urteil verknüpft. Und sie greifen dafür, ähnlich den *post-colonial studies*, auf die moralischen Maßstäbe des 21. Jahrhunderts zurück, unabhängig davon, ob sie über Völkerrechtler des 16. oder des 20. Jahrhunderts schreiben. Folglich wird der Beitrag der Völkerrechtslehre und -praxis zu dem nach heutigem Recht illegitimen (vgl. UN General Assembly resolution 1514 (XV) vom 14.12.1960) Kolonialismus Europas hervorgehoben. So schreibt Anthony Angie, »much of the international law of the nineteenth century was preoccupied with colonial problems«. ⁹ Auf strafrechtliches Vokabular zurückgreifend sieht er das Völkerrecht bis weit in das 20. Jahrhundert hinein durch seine »complete complicity with the colonial project« charakterisiert. Angie und andere Anhänger der *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) bezeichnen daher das »regime of international law ... [als] illegitimate«, bzw. als ein »predatory system that legitimizes ... subordination«. ¹⁰ Hier sind die »persönlichen Sympathien und Abneigungen«, von denen Oestmann (2) als notwendige Voraussetzungen für die Wissenschaft spricht, mit den Händen zu greifen.

So spricht etwa Arnulf Becker Lorca am Ende eines langen Aufsatzes über »the work of non-Western jurists who studied international law in Europe« und deren Aneignung und Transformation des Völkerrechts hin zu einer gleichberechtigteren Weltordnung freimütig davon, dass er diese Männer in einem »sympathischen Licht dargestellt« habe. ¹¹ Auch Lorca projiziert eine »heutige Vorstellung von [völkerrechtlicher] Normativität« (prinzipielle Gleichheit der Staaten) in die Vergangenheit – und jene, die schon damals dafür stritten, sind ihm »sympathisch«. Was aber wäre die Alternative? Wie würde es auf den Leser wirken, würde man die unbestreitbare Ungleichbehandlung nicht-europäischer Staaten und Völker durch Völkerrechtslehre und -praxis mit der »uns fremde[n]

6 GROSS (2000) 169. In diesem Sinne schon die Kritik von KOCKA (1989) 156 an dem Literaturwissenschaftler Karl-Heinz Bohrer.

7 STOLLEIS (2000) 180.

8 GROSS (2000) 180.

9 ANGHIE (1999) 5.

10 ANGHIE (1999) 74; MUTUA (2000) 31.

11 BECKER LORCA (2010) 552 Fn. 241.

Komplexität früherer Zeiten« erläutern? Wie eine Apologie damals bestehender Ungerechtigkeiten? Stattdessen aber wollen viele Historiker des Völkerrechts die bestehenden Strukturen dekonstruieren. Sie sprechen von der »Eurocentric story of international law ... [and] this history of international law was a history of conquerors and victors, not of the victims«. ¹²

Dieser kurze Blick auf jüngste Tendenzen in der Völkerrechtshistoriographie, die Verstrickung der eigenen Wissenschaft mit dem als anrühlich erachteten Kolonialismus (und seiner bis heute anhaltenden Rückwirkungen) zu betonen, zeigt einmal mehr, wie zutreffend die Feststellung ist: »Der eigentliche Gegenstand des Historikers ist ... die Gesellschaft in der er lebt. Für sie sucht er in der Vergangenheit nach Erklärungen.« ¹³ Nun ist zwar nicht zu erwarten, dass, etwa von Seiten der Vereinten Nationen oder des IGH, demnächst eine Wahrheits- oder Historikerkommission beauftragt wird, die (koloniale) Geschichte des Völkerrechts aufzuarbeiten. Aber es scheint offensichtlich, dass einige Historiker des Völkerrechts, in der Art und Weise ihrer Darstellung, sich zu Revisionsrichtern über völkerrechtliche Streitfälle (vor allem aber über den zeitgenössischen Konsens, die »herrschende Meinung«) der Vergangenheit machen. Ist dies eine politische Funktionalisierung der Geschichtsschreibung zu dem Zweck, die gegenwärtige internationale Rechtsordnung zu de-legitimieren, da sie ihnen wenig »sympathisch« ist? Die

wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Völkerrecht unter politischen Vorzeichen folgt hiermit einer Tendenz, die der Afrika-Geschichtsschreibung bereits vor 40 Jahren als »resistencialism« zur Last gelegt wurde. ¹⁴

Gleichwohl: Die Qualität der ausgesprochenen Kritik an der Vergangenheit, der »Urteile«, die sich der Historiker bildet, bemisst sich vorrangig am Grad der durch sie vermittelten historischen Erkenntnis. Schon vor Jahren beschrieb Jürgen Kocka, was für ihn zu einem »aufklärerischen Umgang mit Geschichte gehör[t]«: der »wertend-interpretierende Bezug auf die Gegenwart unter aufklärungskonformen, zukunftsorientierten Zielsetzungen, [die] Analyse und nie abbrechende Kritik«. ¹⁵ Das bedeutet nun keineswegs, dass hier einer Rechtsgeschichte in volkspädagogischer Absicht das Wort geredet werden soll, die mit dem erhobenen moralischen Zeigefinger vergangenes Unheil nicht nur aufklärt, sondern auch verurteilt. Aber es sollte doch deutlich geworden sein, dass es, erstens, mitunter leichter gesagt als getan zu sein scheint, als (Rechts-)Historiker kein »Revisionsrichter« sein zu wollen; und dass es, zweitens, sich auch moralisch mitunter nicht vermeiden lässt, »richtig« und »falsch« in der Geschichte zu benennen. Diese Kritik an der Geschichte muss sich freilich selbst immer wieder der Kritik und der empirischen Überprüfung stellen. ■

Bibliographie

- ANGHIE, ANTHONY (1999), Finding the Peripheries. Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, in: Harvard International Law Journal 40, 1–80
- BECKER LORCA, ARNULF (2010), Universal International Law. Nineteenth-Century. Histories of Imposition and Appropriation, in: Harvard International Law Journal 51, 475–552
- CHLADENIUS, JOHANN MARTIN (1752), Allgemeine Geschichtswissenschaft, Leipzig
- DE ALENCASTRO, LUIZ FILIPE (2015), Introduction. The Ethiopic Ocean – History and Historiography, in: DERS. (Hg.), The South Atlantic, Past and Present, in: Portugese Literary and Cultural Studies 27, 1–79
- FASSBENDER BARDO, ANNE PETERS (2012), Introduction. Towards a global history of international law, in: FASSBENDER, BARDO, ANNE PETERS (Hg.), Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford, 1–26.
- FREI, NORBERT u. a. (Hg.) (2000), Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München
- FRIEDRICHSEN, GISELA, Auschwitz-Prozess. »Wer nicht arbeiten konnte, wurde entsorgt«, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/auschwitz-prozess-in-lueneburg-prozessaufakt-gegen-oskar-groening-a-1029844.html> [22.4.2015]

12 FASSBENDER, PETERS (2012) 2.

13 HERBST (2004) 42.

14 DE ALENCASTRO (2015) 42 verweist auf Jean-Luc Vellut 1977.

15 KOCKA (1989) 157.

- GROSS, RAPHAEL (2000), Mächtiger als die Gerichte? Geschichte und historische Gerechtigkeit, in: FREI, NORBERT u. a. (Hg.) (2000), 164–172
- GROSS, RAPHAEL (2010), Anständig geblieben. Nationalsozialistische Moral, Frankfurt am Main
- HERBST, LUDOLF (2004), Komplexität und Chaos. Grundzüge einer Theorie der Geschichte, München
- KÖBLER, GERHARD (1988), Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte, München
- KOCKA, JÜRGEN (1989), Geschichte und Aufklärung, Göttingen
- MUTUA, MAKAU WA (2000), What is TWAIL?, in: Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 94, 31–40
- RÜTHERS, BERND (1988), Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München, 3. Aufl. 1994
- STOLLEIS, MICHAEL (2000), Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker, in: FREI, NORBERT u. a. (Hg.) (2000), 173–182