Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive*)

I. Die Historikerkommission

A. Vorbemerkung

Die *Historikerkommission der Republik Österreich* hat am 27. Jänner 2003 nach viereinhalbjähriger Tätigkeit ihren Bericht vorgelegt – ein Gesamtwerk von 14.000 Seiten. Doch nicht die Ergebnisse dieser Forschungen sind Gegenstand der folgenden Betrachtung,[1]) sondern die Einrichtung der Historikerkommission, ihre Konstruktion und die spezifische Form der interdisziplinären Bewältigung ihres Auftrags. Am Ende folgt noch eine kurze Einschätzung ihrer Wirkungen aus heutiger Sicht.

B. Entstehung

Die Einsetzung der Kommission im Herbst 1998 hatte verschiedene Motive und Anlässe. Der wesentliche Faktor war ein Paradigmenwechsel: Im Nachkriegs-Österreich hatte ja bis in die 1980er Jahre die so genannte Opferthese vorgeherrscht, der zufolge die Republik Österreich 1938 überfallen worden war und daher bis 1945 nicht existierte, weshalb ihr die Untaten des NS-Regimes nicht zugerechnet werden könnten. Nun war dieser Standpunkt sowohl völkerrechtlich korrekt als auch außenpolitisch sinnvoll, weil mit ihm Angriffe auf das Deutsche Eigentum in Österreich und Gebietsansprüche abgewehrt werden konnten und die Opferthese überdies auf einer ideellen Ebene zur Festigung der österreichischen Identität beitrug. Die Opferthese wurde jedoch nicht nur außenpolitisch ins Treffen geführt, sondern auch gegen die tatsächlichen Opfer des Nationalsozialismus angewendet. Darin lag ein bedenklicher Fehlschluss. So zweckmäßig die juristisch-außenpolitische Kon-

---

*) Für wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung dieses Beitrags habe ich *Eva Blimlinger* zu danken.

[1]) *Clemens Jabloner* u.a., Schlussbericht der Historikerkommission (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 1, Wien u. München 2003. Die Veröffentlichungen der Historikerkommission umfassen 49 Bände, die nunmehr alle erschienen sind. Für eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse vgl. *Clemens Jabloner*, Die Historikerkommission – Ergebnisse und Einschätzungen, in: Das Jüdische Echo 2003, 151–158, sowie Gedächtnis und Gegenwart. HistorikerInnenkommissionen, Politik und Gesellschaft, Band 20, 2004.

struktion war, so unzulässig war sie innenpolitisch und moralisch. Sie erwies sich nämlich sehr bald als geeignet, Rückstellungs- und vor allem Entschädigungsansprüche so weit wie möglich abzuwehren oder deren Effizienz zu mindern. Und dies, obgleich die *Moskauer Deklaration* vom 1. November 1943 Österreich nicht nur als erstes Opfer „der typischen Angriffspolitik Hitlers" angesprochen, sondern auch die österreichische Verantwortung „für die Teilnahme am Kriege an der Seite Hitler-Deutschlands" geltend gemacht hatte.[2]) Erst im zeitlichen Umfeld der Waldheim-Diskussion und des Gedenkjahres 1988 rückte man schrittweise von der Opferthese ab. Bereits in der Fernsehrede des Bundespräsidenten Waldheim am 10. März 1988, vor allem aber dann in den Erklärungen des Bundeskanzlers Vranitzky vor dem Nationalrat am 8. Juli 1991 und des Bundespräsidenten Klestil vor dem israelischen Parlament, der *Knesseth*, am 15. November 1994 wurde die „moralische Mitverantwortung" Österreichs immer deutlicher ausgesprochen.

Wenn die Rede von Österreich als einem „Opfer" des Nationalsozialismus so anstößig wirkt, dann deshalb, weil damit auch die Mittäterschaft, Sympathie oder doch zumindest Zustimmung von Österreichern und Österreicherinnen entschuldigt wird. Denn Opfer waren doch jene Menschen, die nach dem 13. März 1938 unter den – von einem großen Teil der einheimischen Bevölkerung begrüßten oder gar begangenen – Verbrechen gelitten hatten. Es ist deshalb zu betonen, dass nach dem „Anschluss" Österreichs an das Deutsche Reich *Österreicher und Österreicherinnen* zu Opfern wurden. Auch die Juden und Roma und all die anderen Verfolgten waren Österreicher und Österreicherinnen. Viele Österreicher und Österreicherinnen wurden aber auch zu *Tätern und Profiteuren*. Die Rede von Österreich als dem ersten Opfer Hitlers diente nach 1945 letztendlich dazu, alle Gruppen in nivellierender Weise in ein Nachkriegsösterreich zu integrieren. Da waren die Opfer des Februar 1934 und der Zeit des Ständestaats, die Opfer der illegalen Nationalsozialisten vor 1938, die Opfer des NS-Terrors nach 1938, die Opfer des Krieges und die Opfer der Besatzung, gar die so genannten Entnazifizierten als Opfer – und somit konnten nahezu alle in der Zweiten Republik individuell und dem subjektiven Empfinden nach Opfer werden und sein. Von der extremen Rechten wurde die Opferthese übrigens kaum je vertreten, ihrem Verständnis entsprach es, und entspricht es wohl auch heute eher, den Kampf gegen Juden, Bolschewisten und andere Gruppen als einen gemeinsamen Kampf der „Anständigen" zu sehen. Dass man diesen Kampf verloren hat und daher eine von den „Siegermächten" diktierte Einstellung übernehmen musste, führt in diesem Denkschema zur Auffassung, dass man heute „Schutzgelder" zahlen muss.

Der hier angedeutete Paradigmenwechsel allein hätte wohl noch nicht zur Einsetzung der Historikerkommission geführt. Als weitere Faktoren kamen nun das *selbstbewusstere Auftreten der Opfer* und ihrer Organisationen sowie der *Fortschritt der zeitgeschichtlichen Forschung* und die *Öffnung von Archiven* in den ehemals kommunistischen Ländern hinzu. Schließlich setzten die

[2]) Vgl. Moskauer Erklärung über Österreich, 1. November 1943, abgedruckt in: *Gerald Stourzh*, Um Einheit und Freiheit, Wien, Köln u. Graz 1998, 607.

Internationalisierung der Sache und die Eigenheiten des US-amerikanischen Rechts – diverse „Sammelklagen“ und die Ausdehnung des räumlichen Bedingungsbereichs der Gesetze – die österreichische Bundesregierung unter beträchtlichen Zugzwang. Die Ereignisse kulminierten bis zum Herbst 1998, wie nun dargestellt werden soll.

In *Österreich*, wo die Diskussion um Entschädigung und Restitution vor allem Dank der Aktivitäten von Albert Sternfeld[3]) während der 1990er Jahre am Köcheln blieb, gewann das Thema Ende des Jahres 1997 mit der Beschlagnahme von vier Kunstwerken hohe Publizität.[4]) In der *Schweiz* ging es seit 1996 um nachrichtenlose Konten und Goldtransaktionen. Eine „Unabhängige Expertenkommission“ („Bergier-Kommission“)[5]) wurde eingesetzt. In *Deutschland* mündete die Zwangsarbeiterdiskussion in die Gründung der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ und der Entschädigung von Zwangsarbeitern und Zwangsarbeiterinnen.[6]) Im Februar 1998 wurde von der *Österreichischen Postsparkasse* eine Historikerkommission eingesetzt, die die Rolle dieses Instituts im Dritten Reich untersuchen sowie nachrichtenlose Konten ausforschen sollte. Im August 1998 drohte der US-Anwalt Ed Fagan der *Bank Austria* – die 1997 die *Creditanstalt* übernommen hatte – mit einer Sammelklage. Im Juni waren bereits Klagen gegen die *Dresdner Bank* und die *Deutsche Bank* eingebracht worden, die ausgedehnt werden sollten. Nach Diskussionen während des Sommers 1998 über die Notwendigkeit der wissenschaftlichen Aufarbeitung von Zwangsarbeit, Vermögensentzug und Entschädigung und einer ziemlich konkreten Initiative des neu gewählten Präsidenten der *Israelitischen Kultusgemeinde Wien* im September 1998 wurde die Historikerkommission der Republik Österreich dann tatsächlich eingesetzt.

Dies erfolgte, indem die Bundesregierung einen gemeinsamen Vortrag des Bundeskanzlers und des Vizekanzlers über die Einsetzung einer weisungsfreien und unabhängigen Kommission zur Kenntnis nahm. Berichtet wurde, dass vom Bundeskanzler, Vizekanzler, Präsidenten des Nationalrates und Präsidenten des Bundesrates gemeinsam eine Kommission eingesetzt worden sei und in deren Auftrag tätig werde. Das Mandat der Kommission sollte lauten: „Den gesamten Komplex Vermögensentzug auf dem Gebiet der Republik Österreich während der NS-Zeit sowie Rückstellungen bzw. Entschädigungen (sowie wirtschaftliche oder soziale Leistungen) der Republik Österreich ab 1945 zu erforschen und darüber zu berichten“. Vorsitzender der Kommission sei der amtierende Präsident des *Verwaltungsgerichtshofes*, also der Verfasser

[3]) Vgl. *Albert Sternfeld*, Betrifft: Österreich. Von Österreich betroffen, Wien, Köln u. Weimar 2001. *Albert Sternfeld* trug maßgeblich zur Errichtung des Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus bei (BGBl. Nr. 432/1995).

[4]) Das „Bildnis Wally“ von *Egon Schiele*, im Jänner 1998 beschlagnahmt, ist nach wie vor Gegenstand eines Rechtsstreits und in einem Depot in New York bis zur Klärung verwahrt.

[5]) Siehe dazu die im Chronos Verlag erschienenen 25 Bände der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz-Zweiter Weltkrieg.

[6]) Siehe dazu: http://www.stiftung-evz.de/. (18. 12. 2004)

dieses Beitrags, ein weiteres Mitglied der Generaldirektor des *Österreichischen Staatsarchivs*, Lorenz Mikoletzky. Die Willensbildung über die Historikerkommission erfolgte somit zunächst im politischen Raum, der erste formal fassbare Akt war die Beschlussfassung im Ministerrat.

C. Die Konstruktion der Historikerkommission

Für die Bestellung der übrigen vier Mitglieder der Kommission wurde ein recht kompliziertes, doch demokratisches Auswahlverfahren vorgesehen, mit Dreiervorschlägen der Institute für Zeitgeschichte und der Institute für Wirtschafts- und Sozialgeschichte der österreichischen Universitäten sowie einer Auswahl aus diesen Vorschlägen durch die Bundesregierung. Besonders die Bestellung des ausländischen Experten sorgte anfänglich für Turbulenzen, da Raul Hilberg und Avraham Barkai wegen Arbeitsüberlastung absagten, letzterer nach seiner Teilnahme an der konstituierenden Sitzung der Historikerkommission. Schließlich gelang es aber, mit Robert Knight einen Experten für die österreichische Nachkriegsgeschichte zu finden. Überhaupt galt es zunächst, ein berechtigtes Misstrauen mancher Zeithistoriker gegen eine staatliche Kommission zu überwinden, die noch dazu von einem Juristen geleitet wurde und dessen Stellvertreter der Generaldirektor des Staatsarchivs war, der mit dem allerdings unrichtigen Vorwurf konfrontiert wurde, jahrzehntelang den Zugang zu den relevanten Akten verhindert zu haben.[7]) Schließlich wurden Brigitte Bailer-Galanda, Bertrand Perz und Roman Sandgruber zu weiteren Mitgliedern der Historikerkommission bestellt.

Die Historikerkommission konstituierte sich am 26. November 1998. In ihrer ersten Sitzung wurde eine wichtige Entscheidung über eine Quasi-Erweiterung getroffen: Zur Verbreiterung der Expertise beschloss die Kommission, drei „Ständige Experten“ als außerordentliche Mitglieder in die Kommission aufzunehmen, die Wirtschaftshistorikerin Alice Teichova, Cambridge, den Zeithistoriker Karl Stuhlpfarrer, Klagenfurt, und den Zivilrechtler Georg Graf, Salzburg.

Recht rasch konnte die Kommission das „Arbeitsprogramm“ präsentieren. In diesem ersten Dokument finden sich die grundsätzliche Positionierung der Historikerkommission, die Strukturierung des Stoffes, forschungsstrategische Abgrenzungen, präzise Fragestellungen als Grundlage für Ausschreibungen etc. Mit Schreiben der Auftraggeber vom 28. April 1999 erhielt die Kommission ihren definitiven Auftrag im Sinne des Arbeitsprogramms und ein Budget von 89 Millionen Schilling. Die Historikerkommission fungierte als Organ der Republik Österreich. Die Mitglieder waren weisungsfrei und unabhängig. Das Innenverhältnis zu den Auftraggebern wurde durch Werkverträge geregelt, die alle Garantien enthielten, insbesondere zur Veröffentlichung. In weiterer Folge wurden die Forschungsaufträge der Historikerkommission international ausge-

[7]) Vgl. *Lorenz Mikoletzky*, Als Archivar in der Historikerkommission – Betrachtungen, in: Jahrbuch des Vereins für Geschichte der Stadt Wien, Band 60, 2004, 207–210.

schrieben und das entsprechende Auswahlverfahren durchgeführt. Insgesamt gab die Kommission nach mehreren Ausschreibungen 47 Projekte und Gutachten in Auftrag. Über 160 Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen waren in der Folge in diesen Projekten tätig.

Die Mitglieder und Ständigen Experten der Historikerkommission sahen ihre Aufgabe vor allem darin, die einzelnen Projekte wissenschaftlich zu leiten und die regelmäßigen Forschungsberichte zu bearbeiten und gemeinsam mit den Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen zu diskutieren. In einzelnen Fällen arbeiteten auch die Kommissionsmitglieder selbst an Forschungsvorhaben und Gutachten. Der Diskussion und Evaluierung der Ergebnisse sowie den sonstigen Verfahrensaufgaben der Kommission (z.B. Budgetcontrolling, Erschließung und Koordination der Quellen) dienten die bis zur Vorlage des Schlussberichtes durchgeführten 57 Sitzungen. Die eigentliche Forschungskoordination lag dabei in den Händen des Sekretariates[8]) der Historikerkommission.

Die besondere Herausforderung war es, ein Forschungsprogramm zu entwickeln, das eine wissenschaftliche Vorgangsweise sicherstellte. Lag doch die Bestimmung der Historikerkommission darin, durch die systematische Zusammenstellung methodisch einwandfrei erworbenem Expertenwissen und korrekt eingesetzter Bewertung eine – soweit wie nur möglich – objektive und von äußeren Einflüssen freie Behandlung des Gegenstandes zu garantieren. Vor allem durch den Zeitdruck, die Vielzahl der Projekte und die manchmal unklare Aktenlage war es aus Sicht der Historikerkommission erforderlich, die Ergebnisse laufend zu begutachten. In den halbjährlichen Zwischenberichten wurden die Ergebnisse und der weitere Forschungsplan dargelegt. Dadurch war es der Historikerkommission möglich, bereits in einer sehr frühen Phase zu beurteilen, ob die Arbeiten dem Auftrag entsprechen, wo Schwerpunkte zu setzen wären, was noch zu machen wäre, welche Aktenbestände bevorzugt bearbeitet werden sollten, usw. Die Berichte wurden von zumindest zwei Mitgliedern der Kommission schriftlich begutachtet und nach Diskussion in der Kommission den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern als Feed-back übermittelt.[9]) Der *Schlussbericht der Historikerkommission der Republik Österreich* enthält nicht nur Zusammenfassungen und Einschätzungen aus den übrigen Berichten, sondern auch die notwendigen methodischen Einleitungen und die zeithistorische Kontextualisierung der Historikerkommission selbst.[10])

---

[8]) Dies waren: Dr. *Reinhard Binder-Krieglstein* M.A.I.S., Mag. *Eva Blimlinger* sowie *Irene Elsner* und *Nicole Schönweis*.

[9]) Einige Zahlen sollen die Dimension der Arbeit vorstellbar machen: In rund drei Jahren verfasste die Forschungskoordinatorin im Auftrag der Kommission rund 300 Feed-back-Schreiben an die Projektnehmer und -nehmerinnen. Die Mitglieder der Kommission schrieben rund 400 Gutachten zu den Berichten. Sie lasen rund 200 Zwischen- und Endberichte. Siehe dazu auch: *Eva Blimlinger*, „. . . das geht sich nie aus, das könnt ihr nicht verlangen, Wahnsinn!“ Konzeption und Organisation von Auftragsforschungsprojekten am Beispiel der Historikerkommission, in: Zeitgeschichte 30, 2003, 281–292.

[10]) Vgl. Anm. 1.

Alle Berichte der Historikerkommission wurden zunächst im Internet publiziert und nach redaktioneller Bearbeitung als Bände der Veröffentlichungen der Historikerkommission publiziert.

II. Historische und juristische Methode[11])

A. Einsetzung der Kommission

Strafverfahren gegen NS-Täter finden kaum mehr statt. Heute geht es eher um historische „Aufarbeitung" im Vorfeld möglicher Entschädigungsverfahren. Die Einrichtung von *Historikerkommissionen* zur Bearbeitung der NS-Zeit und ihrer Nachkriegsfolgen hat die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Historikern und Juristen in neuer Form intensiviert. War nach 1945 zunächst die Justiz am Zug, die der erst später einsetzenden zeitgeschichtlichen Forschung vorarbeitete,[12]) kam es in den frühen 1960er Jahren in Deutschland[13]) zu einer engen Kooperation etwa bei der Vorbereitung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses.[14]) Doch während damals Historiker und Historikerinnen als Sachverständige in strafgerichtlichen Verfahren tätig wurden, wirken heute Juristen und Juristinnen als Sachverständige an geschichtswissenschaftlichen Projekten mit.

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

---

[11]) Die folgenden Ausführungen fußen auf *Clemens Jabloner*, Der Jurist in der Zeitgeschichte (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie) Baden-Baden, Heft 31, 2004.

[12]) Vgl. *Martin Broszat*, Juristische und zeitgeschichtliche Bewältigung der Vergangenheit, in: *Hermann Graml* u. *Klaus-Dieter Henke*, Hg., Nach Hitler. Der schwierige Umgang mit unserer Geschichte, Oldenburg u. München 1987, 42–49, hier 43.

[13]) In Österreich setzte diese Entwicklung erst viel später ein.

[14]) Vgl. *Irmtrud Wojak*, Die Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 29–45, hier 29.

Eine verwandte Entwicklung zur „Ethisierung“ fördert auch das heute weithin geäußerte Bekenntnis zu „historischer Gerechtigkeit“. Vielen Menschen ist ein wertender Umgang mit der Vergangenheit ein drängendes Anliegen. Gerade weil sich rechtliche Instrumente bei zunehmender zeitlicher Distanz zum fraglichen Ereignis immer weniger dafür eignen, treten Institutionen wie „Historikerkommissionen“ oder „Wahrheitskommissionen“ in den Vordergrund. Gelegentlich wird sogar kritisch von einer neuen Staatsfunktion der „Geschichtsbarkeit“ gesprochen.[15])

Schon im Arbeitsprogramm der österreichischen Historikerkommission fand sich die Erklärung, dass sie weder ein Gericht noch eine Verwaltungsbehörde sei und nicht tausende Einzelfälle behandeln könne, noch seien die Ergebnisse ihrer Untersuchungen in einem rechtlichen Sinn bindend – und schon gar nicht sei die Kombination beider Aufgaben möglich. Man könnte dem noch hinzufügen, dass die Historikerkommission auch keine Ethikkommission zur Nachbesserung von Gerichtsurteilen oder zur Bewertung von Lebensschicksalen sein konnte. Diese Ausrichtung war allerdings für die Öffentlichkeit, vor allem aber auch für die Opfer des Nationalsozialismus, enttäuschend. Sie sind – nur zu verständlich – zunächst nicht an weiteren historischen Einsichten interessiert, sondern an der Herstellung von Gerechtigkeit. In diesem Spannungsfeld war es daher umso wichtiger, methodische Fragen zu reflektieren und wissenschaftlich kontrolliert vorzugehen.[16])

B. Geschichtswissenschaft und Rechtsanwendung

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu beleuchten, welche Parallelen und welche Differenzen es zwischen der *Geschichtswissenschaft* und der *Rechtsanwendung* gibt. Oberflächlich gesehen scheinen beide Disziplinen parallel vorzugehen: Die Geschichtswissenschaft rekonstruiert früheres Geschehen so, dass sich die Existenz von Quellen, die gerade so beschaffen sind wie die vor-

[15]) *Raphael Gross*, Mächtiger als die Gerichte?, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 164–172, hier 166. In diesen weiteren Kontext gehören auch Phänomene wie die „Russel-Tribunale“ und dergleichen.

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

handenen, aus der Annahme eines Geschehens dieser Art erklären lässt.[17]) Stets handelt es sich dabei um eine hypothetische Rekonstruktion des Vergangenen an Hand der in der Gegenwart vorfindbaren Quellen bestimmter Art unter dem Vorbehalt der Falsifikation, wenn eine zu den vorhandenen Quellen schlüssigere Deutung gefunden wird, neue, bisher unerschlossene Quellen eine andere Deutung nahelegen oder neue wissenschaftliche Methoden zu neuen Ergebnissen führen. In diesem Sinn sind die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft allerdings Konstruktionen.

Aus dem so gewonnenen Grundgerüst wird durch Auswahl und Kontextualisierung die Erzählung des Vergangenen erstellt.[18]) Der Historiker und die Historikerin werden dann danach streben, das Geschehen zu interpretieren und historische Urteile wachsender Allgemeinheit abzugeben. So lässt sich etwa ein zeitgenössischer Augenzeugenbericht über eine gewaltsame Wohnungsausräumung mit einer „wilden Arisierung" durch die SA in eben diesen Tagen und an jenem Ort erklären, in eine Erzählung über die Erscheinungsformen der Arisierung nach dem „Anschluss" zusammenfassen und schließlich etwa als Maßnahme einer bestimmten Sozialpolitik durch gewaltsame Vermögensverschiebung interpretieren. Wesentlich ist, dass der Historiker seine Feststellungen auf einer Skala der Sicherheit treffen kann. Er kann eine Vermutung aussprechen oder eine plausible Erklärung abgeben, er kann die verschiedenen Quellen gegeneinander abwägen und die Sache gegebenenfalls als unentschieden darstellen.

Aus dieser relativen Gestaltungsmöglichkeit des Historikers folgt aber keineswegs Beliebigkeit. Auch nach dem maßgebenden Rechtshistoriker Stolleis wären die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft nur durch Sprache erst wirklich geschaffene gesellschaftliche Konstruktionen.[19]) Unter einem betont Stolleis aber auch, dass der Unterschied zwischen „Historiographie und Fiktion" in der „Kontrollierbarkeit an Hand von Quellen" respektive der Falsifizierbarkeit an Hand „besserer Zeugnisse"[20]) begründet sei. Auf diese Kriterien kommt es aber entscheidend an! Nichts spricht dagegen, in den so gewonnenen Konstrukten – wohlverstandene – historische Tatsachen zu erkennen. Zu diesem Ergebnis gelangt letztlich auch Stolleis, wenn er betont, dass man „diese Konventionen des Unbezweifelbaren ‚Tatsachen' nennen kann".[21]) Die sinngemäß gleiche Situation besteht ja auch hinsichtlich des positiven Rechts: Dass Rechtsnormen Deutungskonstrukte sind, ändert nichts an der Möglichkeit einer objektiven Rechtswissenschaft.

---

[17]) Vgl. *Hans Albert*, Kritik der reinen Erkenntnislehre. Das Erkenntnisproblem in realistischer Perspektive, Tübingen 1987, 130.

[18]) Vgl. *Volker Sellin*, Einführung in die Geschichtswissenschaft, 2. Auflage, Göttingen 2001, 28.

[19]) *Michael Stolleis*, Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von „Begriff" und „Tatsache" (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie) Baden-Baden, Heft 22, 1997, 15.

[20]) Ebd., 19.

[21]) Ebd., 20.

Für den österreichischen Kontext hat diese Diskussion freilich noch einen anderen Einschlag: Unter Hinweis auf den stets konstruktiven – und damit gemeint: subjektivistischen und interessengeleiteten – Charakter der Geschichtswissenschaft wurde nämlich den Forschungen der Historikerkommission bisweilen der wissenschaftliche Wert abgesprochen. Jede Generation schriebe die Geschichte neu und nun sei eben jene der „Vergangenheitsbewältiger" am Ruder. Nun liegt dies auf einer ganz anderen Ebene als die vorhin behandelte erkenntnistheoretische Skepsis. Doch sieht man deutlich, wohin der postmoderne „Dekonstruktivismus" führen kann.[22])

Hier wird somit die Ansicht vertreten, dass nach Setzung bestimmter Annahmen und bei Einhaltung exakter Methoden die Geschichtswissenschaft zu rationalen, nachvollziehbaren Ergebnissen gelangen kann. Einer postmodernen Dekonstruktion der Geschichte in diverse Erzählungen von verschiedenen Standpunkten oder Lebenserfahrungen aus – unter Absage an jedes Streben nach Objektivität – kann hier nicht das Wort gesprochen werden. Das bedeutet nicht, dass der Historiker und die Historikerin keine Werthaltung haben sollen, doch zeigt sich diese primär in der Wahl des Forschungsgebietes. Es ist auch richtig, dass der subjektive Faktor in der Geschichtswissenschaft wie auch sonst nicht ausschaltbar ist. Aber im Sinne eines wissenschaftlichen Vorgehens sollte getrachtet werden, subjektive Befangenheiten zu beherrschen und vor allem durch stetige Kontrolle und Kritik innerhalb von Forschungsteams und im Rahmen der scientific community überhaupt auszuschließen. Keinesfalls sollte aus der „Not" des unumgänglichen subjektiven Faktors eine „Tugend" gemacht werden.[23])

Nimmt man nun die *Rechtsanwendung* in den Blick und orientiert sich idealtypisch am richterlichen Subsumtionsmodell,[24]) so rekonstruiert der Rechtsanwender aus dem genannten Zeugenbericht eines Passanten sowie aus mannigfachen weiteren Beweismitteln ein Geschehnis, das er schließlich durch Subsumtion als Spezialfall der in den strafgesetzlichen Vorschriften über den Raub abstrakt umschriebenen „Tatbestände" fixiert.[25]) Auf den ersten Blick scheinen also Rechtsanwender und Historiker ganz ähnlich vorzugehen, denn auch der Rechtsanwender kann sich nur an jene Quellen halten, die auch dem

[22]) Vgl. dazu eindringlich auch *Izhak Englard*, Nazi Criticism Against the Normativiste Theory of Hans Kelsen – Its Intellectual Basis and Postmodern Tendencies, in: *Dan Diner* u. *Michael Stolleis*, Hg., Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, Gerlingen 1999, 133–188, hier 154.

[23]) Vgl. auch *Sellin*, Einführung, wie Anm. 18, 187.

[24]) Vgl. etwa *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, RNr. 677 ff.

[25]) Man darf sich diesen – für die juristische Praxis essentiellen – Vorgang keineswegs als einen logischen Automatismus vorstellen. Vielmehr kommen in allen Phasen Ermessens- bzw. Entscheidungskomponenten dazu. Der Rechtsvollzug ist von einem Prozess der stetigen „Rechtsschöpfung" begleitet. *Adolf Julius Merkl* hat dafür den Begriff des „Doppelten Rechtsantlitzes" geprägt (Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. Nachdruck, in: *Adolf Julius Merkl*, Gesammelte Schriften, Bd. I/1, hg. von *Dorothea Mayer-Maly*, *Herbert Schambeck* u. *Wolf-Dietrich Grussmann*, Berlin 1993, 227–252).

Historiker zur Verfügung stehen. Untersucht man das Vorgehen des Rechtsanwenders jedoch näher, zeigen sich charakteristische Differenzen:

Die Feststellung des Sachverhaltes durch den Rechtsanwender ist keine rein *wissenschaftliche* Tätigkeit,[26]) die in eine – wahrheitsfähige – Behauptung mündet. Vielmehr ist sie die *Anwendung verfahrensrechtlicher Regelungen*, namentlich der Beweisregeln und damit letztlich auf einen Willensakt, auf ein Urteil hin orientiert.[27]) Auch von Juristen wird dies nicht immer deutlich gesehen: Etwa das Strafprozess- oder das Verwaltungsverfahrensrecht können mehr oder weniger intensiv vorschreiben, welche Quellen herangezogen werden dürfen und welche nicht („Verwertungsverbote"),[28]) allenfalls auch in welcher Hierarchie. Es kann also sowohl die Beweisaufnahme als auch die Beweiswürdigung näher geregelt sein. Die manchmal positivierten Grundsätze der Findung der „materiellen Wahrheit" und der „freien Beweiswürdigung" sind nur Spielarten, die eine Steigerung des richterlichen Ermessens zum Ausdruck bringen.[29]) Das bedeutet nicht, dass der Rechtsanwender bei der freien Beweiswürdigung willkürlich vorgehen darf; vielmehr ist er zur Schlüssigkeit im „Sinne der Denkgesetze" verpflichtet.[30]) Doch ist es erst ein Charakteristikum moderner Verfahrensordnungen, „wahre Sachverhalte" und logisch-empirisches Vorgehen zu normieren und nicht etwa auf das unter Folter erpresste Geständnis abzustellen. In diesem Sinn besteht zwischen dem methodischen Verfahren des Historikers und dem Vorgehen des Rechtsanwenders Parallelität, freilich auf verschiedenen Seiten des Zaunes.

Der wissenschaftliche Zug moderner Ermittlungsverfahren zeigt sich insbesondere daran, dass sich der Rechtsanwender wissenschaftlicher Hilfsmittel bedienen kann. Ein „klassisches" Beweismittel im gerichtlichen Verfahren ist der Sachverständige. Er wirkt an der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes dadurch mit, dass er Tatsachen erhebt (Befund) und daraus auf Grund besonderer Fachkundigkeit Schlussfolgerungen zieht. Der Sachverständige ist seinerseits an Quellen orientiert. Wegen der großen praktischen Bedeu-

---

[26]) Vgl. *Robert Walter* u. *Heinz Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 7. Auflage, Wien 1998, Rz. 315 ff. Hingegen rechnet *Michael Stolleis*, Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 173–182, hier 177, die Feststellung des Sachverhalts nicht zur juristischen Tätigkeit im engeren Sinn.

[27]) Vgl. nur *Walter/Mayer*, Grundriss, wie Anm. 26, Rz. 325.

[28]) Ein im heutigen Sinn rechtsstaatliches Verfahren kann nur rechtmäßig gewonnene Beweise zulassen. In anderen denkbaren Verfahrensordnungen sind Gottesbeweise entscheidend, kommt es allein auf das Geständnis an etc. Für die Geschichtswissenschaft existieren solche Beschränkungen nicht. Zwar macht sich strafbar, wer Dokumente stiehlt, auch wenn er sie wissenschaftlich verwenden will, an deren Verwertbarkeit ändert dies aber nichts.

[29]) Vgl. grundlegend *Kurt Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechts, Wien 1966, 25; *Rüthers*, Rechtstheorie, wie Anm. 24, RNr. 670. Es soll nicht verkannt werden, dass Juristen ein bestimmtes – vielleicht idealisiertes – Bild insbesondere der Naturwissenschaften voraussetzen.

[30]) Vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss, wie Anm. 26, Rz. 325.

tung der Sachverständigen namentlich im naturwissenschaftlich-technischen Bereich ist die Abgrenzung zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und der richterlichen Festsetzung des Sachverhaltes nicht immer klar. Es ist ein aus juristischer Sicht oft gerügter Mangel von gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren, dass einerseits der Sachverständige über seinen angestammten Bereich hinausgeht und rechtliche Konsequenzen zieht, andererseits die Behörde ohne erkennbaren Willensakt den Ausführungen des Sachverständigen folgt.[31]) Die Rolle des Sachverständigen kann auch der Historiker oder die Historikerin einnehmen.[32])

In der Rechtsanwendung wird das Geschehnis unter einer bestimmten Perspektive zum Sachverhalt „verdichtet“: Damit aus den Ereignissen die relevanten Tatsachen herausgearbeitet werden können, muss die Wirklichkeit bereits aus der Perspektive eines oder mehrerer in Frage kommender Tatbestände betrachtet werden (also das berühmte Hin- und Herwandern des Blicks zwischen dem Tatbestand und dem Sachverhalt). Der Rechtsanwender wird die Ereignisse, von denen er ja zunächst nur eine ungenaue Kenntnis hat, von Vornherein bereits unter der Perspektive bestimmter strafrechtlicher Tatbestände untersuchen. Am Ende dieses Prozesses steht dann die Subsumtion oder Nicht-Subsumtion des Sachverhaltes unter einen oder mehrere Tatbestände. Im positiven Fall hat der Richter dann die Rechtsfolge zu verhängen. Der Sachverhalt besteht zwar auch in einer Art „Erzählung“, aber eben in einer, die die ganz spezifische „Zurichtung“ hat, unter einen rechtlichen Tatbestand subsumiert werden zu müssen.[33])

Die Sachverhaltsfeststellung als Teil der Rechtsanwendung ist stets personal orientiert: Ein wichtiger Unterschied zwischen geschichtswissenschaftlicher Methode und der Technik der Rechtsanwendung liegt gewissermaßen in der Einstellung der Linse, mit der die Wirklichkeit betrachtet wird. Michael Wildt hat diese unterschiedlichen Gesichtspunkte plastisch beschrieben: Juristische Wahrheitssuche sei stets personal, wissenschaftliche Erklärungen historischer Wirklichkeiten seien hingegen größtenteils überpersonal und suchten mit dezidierter Absicht die Gründe für geschichtliche Entwicklungen nicht in einzelnen Personen.[34]) Wir dürfen auch nicht übersehen, dass die Rechtsvollziehung im Strafrecht über eine differenzierte „Verurteilungstechnik“ mit einer subtilen Auffächerung des Schuldelementes verfügt, ganz zu schweigen von den Grundsätzen eines „fairen Verfahrens“. In der strafrechtlichen Rechtsan-

---

[31]) Vgl. etwa ebd., Rz. 358 ff.

[32]) Vgl. *Stolleis*, Historiker als Richter, in: *Frei* u.a., Hg., Geschichte vor Gericht, wie Anm. 14, 176.

[33]) *Michael Wildt*, Differierende Wahrheiten. Historiker und Staatsanwälte als Ermittler von NS-Verbrechen, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 46–59, hier 54. Freilich verdichtet auch der Historiker das Geschehen im Lichte bestimmter Parameter. Anders als der Jurist ist der Historiker bei der Setzung dieser Parameter aber (nur) der wissenschaftlichen Zweckmäßigkeit verpflichtet.

[34]) Ebd., 52. Dies trifft jedenfalls auf die moderne Geschichtswissenschaft nach Überwindung des Historismus zu.

wendung interessiert vor allem, ob genau bestimmte Personen Handlungen gesetzt haben, mit denen Tatbestände bestimmter strafrechtlicher Delikte „verwirklicht“ wurden. Die sich hier ergebende Schwierigkeit darf nicht unterschätzt werden. Gerade bei jenen Kriegsverbrechern, die als so genannte Schreibtischtäter in relativ abgehobener Funktion tätig waren, ergaben sich für die Staatsanwaltschaft beträchtliche Probleme, eine allgemeine Verwicklung in das verbrecherische Geschehen auf konkrete Anklagepunkte zu konkretisieren.[35]) Das ist die typische Problematik, der sich gegenwärtig auch das *Haager Tribunal* in Kriegsverbrecher-Prozessen gegenüber sieht.

Der bei der Rechtsanwendung festgestellte Sachverhalt unterliegt in der Außenperspektive nicht mehr dem Kriterium der Wahrheit, sondern jenem der *Geltung*: Mit dem Urteil wird eine „Sollens-Tatsache“ geschaffen, im Sinne der Geltung als der spezifischen Existenz von *Normen*.[36]) Grundsätzlich ist die so erfolgte *Dogmatisierung* eines bestimmten Fragments des historischen Geschehens unabänderlich.[37]) In den modernen, rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen ist dies freilich eingeschränkt; so stellen Fehler bei der Sachverhaltsermittlung einen typischen Grund dafür dar, ein Rechtsmittel einzulegen; sehr schwere Fehler können sogar zu außerordentlichen Rechtsmitteln, wie etwa der Wiederaufnahme des Verfahrens nach langer Zeit führen. Aber trotz dieser Modifikationen bleibt der immanente Sinn der juristischen Sachverhaltsfeststellung die „Außerstreitstellung“ bestimmter Tatsachen. Wenn vorhin im Zusammenhang mit der Geschichtswissenschaft davon die Rede war, dass der Historiker und die Historikerin seine bzw. ihre Feststellungen auf einer Skala der Gewissheit treffen kann, so ist dies im juristischen Prozess gerade nicht der Fall. Der Richter und die Richterin muss, soll er bzw. sie verurteilen, *Gewissheit* über einen bestimmten Sachverhalt haben, dieser darf nicht bloß möglich sein.[38])

C. Rechtliches Urteil und historische Erklärung

Die hier betonte Differenz zwischen historischer und juristischer Tatsachenfeststellung gewinnt auf der Ebene des rechtlichen oder historischen Urteils fundamentale Bedeutung. Die Rechtsordnung ist dadurch charakterisiert, dass

---

[35]) Vgl. dazu anschaulich *Wildt*, ebd. 47 mit Bezug auf das Strafverfahren gegen *Bruno Streckenbach*, dessen „Täterbild . . . mühsam Stück für Stück zusammengesetzt werden“ musste.

[36]) Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960, 9.

[37]) Vgl. dazu *Walter/Mayer*, Grundriss, wie Anm. 26, Rz. 316: „Im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts ist die Willensfunktion der zur Entscheidung berufenen Organe weitestgehend zurückgedrängt; das Ziel ist die Feststellung der ‚objektiven Wirklichkeit‘. Freilich ist für das Verfahren letztlich das ‚objektive Wirklichkeit‘, was das zuständige Organ als solche feststellt.“

[38]) Oder doch zumindest „überragende Wahrscheinlichkeit“; vgl. die bei *Walter/Mayer* wiedergegebene Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes. Das positive Verfahrensrecht sieht regelmäßig weitergehende Abschwächungen vor, etwa wenn bereits die „Glaubhaftmachung“ oder der „erste Anschein“ etc. genügen; vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss, wie Anm. 26, Rz. 315.

an die Wirklichkeit ein normatives Deutungsschema herangetragen wird, das durch Elemente wie „Zurechnung“ und „Schuld“ etc. konstituiert ist. Dagegen kommt es in den modernen Wissenschaften auf die Einsicht in objektive, vornehmlich in kausale Zusammenhänge an. Für die normative Betrachtung endet die Erklärung darin, einem bestimmten Menschen ein Geschehnis „zuzurechnen“. Für eine geschichtswissenschaftliche Betrachtung muss die Erklärung prinzipiell weiter gehen.[39]) Wie alle wissenschaftlichen Ergebnisse entziehen sich auch die Aussagen des Historikers und der Historikerin jeder Dogmatisierung. In den Worten von Harold James besteht die geschichtswissenschaftliche Disziplin in einem „ununterbrochenen Revisionismus“.[40])

Nun ist die Einsicht, dass es die Aufgabe der Justiz ist, Schuldige zu verurteilen und Unschuldige freizusprechen, und die Aufgabe der Geschichtswissenschaft, die Vergangenheit zu klären und zu erklären, keineswegs originell. Wenn man beide Disziplinen als Techniken der Befassung mit der Vergangenheit sieht, so sollte immerhin die Arbeitsteilung deutlicher geworden sein: Einerseits eine – in bestimmter Weise zufällig zu Stande gekommene[41]) –

[39]) Sehr zutreffend bei *Gerald Feldman*, Unternehmensgeschichte im Dritten Reich und die Verantwortung der Historiker, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 103–129, hier 121: „Historiker sind keine Richter und können dies auch nicht sein. Sicherlich fällen sie wie die Richter auch Urteile, die auf den zur Verfügung stehenden Beweisen aufbauen und einer Revidierung unterzogen werden können; doch sie betreiben keine Entscheidungsfindung, denn ihr oberstes Ziel ist nicht, über die Frage ‚schuldig oder unschuldig‘ zu befinden, als vielmehr zu historisieren, in anderen Worten, die Frage von Schuld und Unschuld zu überschreiten und zu Erkenntnissen über das menschliche Verhalten in einem bestimmten Kontext zu kommen. Die Fragen, die sich Historiker stellen, sind von dieser Zielsetzung bestimmt.“

[40]) *Harold James*, Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission, in: *Norbert Frei*, *Dirk van Laak* u. *Michael Stolleis*, Hg., Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, München 2000, 130–140, hier 139. Hier ist anzumerken, dass es in Ausnahmefallen dazu kommen kann, dass der Gesetzgeber bestimmte historische Wahrheiten positiv oder negativ „dogmatisiert“. Das ist der Fall, wenn die so genannte Auschwitz-Lüge unter Strafe gestellt wird oder umgekehrt wenn dem Täter die Tatsache einer getilgten Verurteilung nicht vorgehalten werden darf. Das Motiv hinter solchen Verbotsnormen ist nicht die Unterdrückung von Lügen oder Wahrheiten, sondern die Abwehr der Gefahr, die vom Gebrauch bestimmter Feststellungen ausgeht. Damit soll selbstverständlich nicht die Möglichkeit einer personenzentrierten Geschichtswissenschaft bestritten werden. Gerade etwa die epochale Arbeit von *U1rich Herbert* über *Werner Best* ist ein gutes Beispiel für das hier Gemeinte (*Ulrich Herbert*, Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, 1903 bis 1989, Bonn 1996). Stets geht es dem Autor darum, die Mentalität seiner Figur aus objektiven Faktoren zu erklären bzw. aus dem biographischen Sonderfall allgemeine Einsichten zu gewinnen. Der Untertitel lautet denn auch: Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903 bis 1989. *Herbert* geht mit *Best*, dessen Lebenslauf er minutiös nachvollzieht, nicht ins Gericht. Damit ist nicht gemeint, dass nicht klare moralische Bewertungen ableitbar wären und auch explizit gemacht werden können. Aber der Sinn der Untersuchung liegt nicht darin, eine „Personifizierung“ des geschichtlichen Geschehens zu erreichen.

[41]) „Zufällig“ bezieht sich hier darauf, dass etwa weil Täter gestorben sind oder nicht gefasst werden, eben nur bestimmte Verfahren stattfinden können.

Sammlung mehr oder weniger „atomisierter“ und „dogmatisierter“, einzelnen Menschen zugerechneter Geschehnisse,[42]) andererseits eine systematisch vom einzelnen Geschehnis zur allgemeineren Erklärung strebende, in ständiger wissenschaftlicher Diskussion stehende eigentliche Geschichte.

III. Interdisziplinäre Zusammenarbeit

A. Retrospektive Rechtsdogmatik

Viele haben gefragt, wieso denn in einer Historikerkommission so viele Juristen tätig waren. Die Antwort ergibt sich aus dem Mandat, denn der Untersuchungsgegenstand bestand eben auch aus *Rechtsnormen*, die schließlich Deutungskonstrukte sind. Dies gilt schon für den Vermögensentzug. Es entsprach gerade der Eigenart des NS-Staates, seine Angriffe auf mehreren Ebenen zu führen. So standen auch damals strafrechtswidrige Beraubungen neben minutiös und pedantisch geregelten Verfahren der Vermögensentziehung und Neuinterpretationen geltender allgemeiner Gesetze im nationalsozialistischen Geist durch die Justiz. Unter den rechtsstaatlichen Verhältnissen der Zweiten Republik, in der dann – wie auch immer – „Rückstellungen“ und „Entschädigungen“ erfolgten, war dies notwendigerweise das Ergebnis der Erlassung und Vollziehung von Gesetzen. Vor allem für die zweite Phase trat daher der juristische Aspekt sehr deutlich in den Vordergrund. Die Historikerkommission entschloss sich deshalb dazu, vier Hauptgebiete von vornherein auch *juristisch-dogmatisch* zu analysieren, nämlich die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Republik Österreich zu Rückstellung und Entschädigung,[43]) die Rückstellungsgesetzgebung insbesondere aus zivilrechtlicher Sicht,[44]) die Entschädigungselemente im Sozialrecht[45]) und Untersuchungen zu einzelnen Verwal-

---

[42]) Festzuhalten ist, dass Gerichts- und Verwaltungsakten im Allgemeinen und insbesondere Strafprozessakten eine historische Quelle ersten Ranges sind. Aus dieser Sicht erfüllen also etwa die Vernehmungsprotokolle einen doppelten Zweck. Dabei sollte der Historiker das Gerichtsmaterial, wenn ihn nicht das Verfahren als solches, sondern die dahinter stehende Wahrheit interessiert, mit Vorsicht verwenden – so *Wildt*, Differierende Wahrheiten, in: *Frei* u.a., Hg., Geschichte vor Gericht, wie Anm. 14, 54.

[43]) *Bruno Simma* u. *Hans-Peter Folz*, Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Republik Österreich zu Rückstellung und Entschädigung nach dem Zweiten Weltkrieg (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 6, Wien u. München 2004.

[44]) *Georg Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 2, Wien u. München 2003.

[45]) *Walter J. Pfeil*, Die Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus im österreichischen Sozialrecht. Entschädigung im Sozialrecht nach 1945 in Österreich 1 (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug

tungsmaterien,[46]) insbesondere zum Staatsbürgerschaftsrecht[47]) und Steuerrecht.[48])

Die Aufgabe der juristischen Gutachter bestand dabei darin, eine kritische Analyse dieser Rechtsnormen zu liefern. Dies führte nicht etwa dazu, dass die Historikerkommission ihre historische Perspektive verlor. Aber einige der von der Historikerkommission behandelten Gegenstände gehörten eben nicht zur Sphäre des „Seins", sondern zu jener des „Sollens". In einem bestimmten Sinn stellt das vergangene positive Recht eine Tatsache dar, freilich normativer Art. Für die Beschreibung dieser Tatsachen dienten Juristen als Sachverständige in der Historikerkommission.[49])

Schließlich unternahmen es die Gutachter, das positive Recht – methodisch explizit ausgewiesen – auch zu *bewerten*. Dafür wurden verschiedene Maßstäbe herangezogen. Primär wurde versucht, die Gesetze anhand der von ihnen offiziell verfolgten Zwecke daraufhin zu beurteilen, ob sie besser als andere denkbare Regelungen diese Zwecke umzusetzen vermochten. Eine bedeutende Rolle im Rahmen der Bewertung spielte aber auch der *Vergleich* mit sonstigen Regeln des jeweiligen Rechtsgebietes; auf dem Gebiet der Rückstellung also mit den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Rückstellungsgesetze mit Problemen beschäftigt haben, die an und für sich eine Regelung im ABGB erfahren

während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 29/1, Wien u. München 2004.

[46]) *Dieter Kolonovits*, Rechtsfragen der „Rückstellung" ausgewählter öffentlich-rechtlicher Ansprüche nach 1945 am Beispiel von entzogenen Banken-, Apotheken- und Gewerbekonzessionen sowie der Reorganisation von Vereinen nach 1945 (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 32, Wien u. München 2004.

[47]) *Dieter Kolonovits*, Rechtsfragen des Wiedererwerbs der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Opfer des Nationalsozialismus (Vertriebene) nach österreichischem Staatsbürgerschaftsrecht, in: Staatsbürgerschaft und Vertreibung. Mit Beiträgen von *Dieter Kolonovits*, *Hannelore Burger* und *Harald Wendelin* (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 7, Wien u. München 2004, 7–237.

[48]) *Michael Tanzer*, „Arisierte" Vermögenswerte im Steuerrecht der Zweiten Republik (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 30, Wien u. München 2004.

[49]) Im Projekt der Historikerkommission wurde zwischen „Forschungsberichten" und „Gutachten" unterschieden. Forschungsberichte – an deren Erstellung auch Juristen mitwirkten – hatten einen empirischen Kern, Gutachten dienten der – allenfalls retrospektiven – dogmatisch-kritischen Aufarbeitung von Rechtslagen. Diese Gutachten erwiesen sich als notwendig, eben weil der Forschungsgegenstand juristische Konstrukte enthielt und in diesem – hier nicht prozessual gemeinten – Sinn fungierten Juristen als Sachverständige im Forschungsprozess.

haben.[50]) Diese allgemeinen Regelungen, die es auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts gibt, haben sich für die Bewertung der einschlägigen Rechtsnormen deswegen als in hohem Maße relevant erwiesen, weil sie auf Grund ihrer allgemeinen und weitgehend unbestrittenen Geltung die Vermutung der sachlichen Angemessenheit für sich haben, sodass eine Abweichung der Rückstellungs- oder Entschädigungsgesetze von diesen allgemeinen Regelungen ohne sachliche Rechtfertigung als problematisch angesehen werden müsste.

Schließlich gibt es einen *rechtsimmanenten* Bewertungsmaßstab, nämlich den Gleichheitssatz der Bundesverfassung. In seiner heutigen Ausprägung durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist der Gleichheitssatz zum Maßstab einer allgemeinen „Sachlichkeitsprüfung" von Gesetzen geworden.[51]) Hier ist allerdings eine gewisse Vorsicht geboten: Dass bestimmte Regelungen nicht mehr sachlich im Sinne des heutigen Verständnisses des Gleichheitssatzes sind, kann den damals handelnden Personen nicht angelastet werden. Es ist hier sehr genau anzugeben, von welchem Wertungsmaßstab ausgegangen wird.[52])

B. Rechtsgeschichte

Die Bereitstellung juristisch-dogmatischer Expertise blieb aber keineswegs der einzige juristische Beitrag zur Historikerkommission. So erwies es sich als äußerst relevant, die *Entstehungsgeschichte* etwa der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung darzustellen.[53]) Weiters kann eine dogmatische Darstellung die *Wirksamkeit des Rechts*, also seine tatsächliche Vollziehung, nur sehr beschränkt darstellen. Die Abgrenzung zwischen der rechtsdogmati-

---

[50]) Dieses enthält beispielsweise detaillierte Regelungen darüber, wie bei Rückabwicklung eines auf Grund von Zwang oder Drohung unwirksamen Vertrages vorzugehen ist.

[51]) Vgl. nur *Theo Öhlinger*, Verfassungsrecht, 5. Auflage, Wien 2003, 328.

[52]) Vgl. dazu *Daniel Thürer*, Im Schatten des Un-Rechts-Staates: Reaktionen auf den Nationalsozialismus im schweizerischen Rechtssystem, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenverbandes, 137er Sonderband, 2002, 5, hier 9. Relevanz erhält diese Bewertung im Lichte des Bundesgesetzes über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz), BGBl. I Nr. 12/2001, das in §§ 15 Abs. 1 und 28 Abs. 2 davon spricht, dass frühere Entscheidungen oder einvernehmliche Regelungen allenfalls eine „extreme Ungerechtigkeit" darstellen können – vgl. insbesondere zu diesem Problemkreis *Georg Graf*, „Arisierung" und Restitution, in: Juristische Blätter 2001, 746, hier 751.

[53]) *Brigitte Bailer-Galanda*, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 3, Wien u. München 2003. Es ist anzumerken, dass diese Arbeit von einer Historikerin und nicht von einer Juristin verfasst wurde. Trotzdem ist die Arbeit eine der wesentlichsten Beiträge zur neueren österreichischen Rechtsgeschichte aus den letzten Jahrzehnten.

schen und der rechtssoziologischen Analyse verläuft dabei etwa entlang der veröffentlichten bzw. nicht veröffentlichten Judikatur. Die veröffentlichte Judikatur ist ja ein ganz wesentlicher Untersuchungsgegenstand der Rechtsdogmatik, nur gelegentlich wird auch die nicht veröffentlichte Judikatur miteinbezogen.[54]) Dabei richtet sich das Interesse des Juristen auf die gleichsam „pathologischen" Fälle, die also juristisch ergiebig sind und verschiedene Instanzen beschäftigen. Dadurch kann aber gerade der Regelfall der Vollziehung des Gesetzes in den Hintergrund treten. Die nicht veröffentlichte Judikatur vor allem der ersten Instanz und die Verwaltungsakten geraten der Rechtswissenschaft daher meist schon aus dem Blickfeld.

Für die Historikerkommission war es daher notwendig, aus den Gerichts- und Verwaltungsakten heraus die tatsächlich durchgeführten Verfahren systematisch zu untersuchen. Diese juristisch-historische Zusammenarbeit wurde durch zwei Aspekte besonders bestimmt: Die Gerichts- und Verwaltungsakten müssen in bestimmter Weise „befragt" werden. Das setzt aber einerseits voraus, dass juristisch formulierte Fragestellungen an die Akten herangetragen werden, andererseits, dass die untersuchenden Historiker und Historikerinnen in der Lage sind, juristische Auffälligkeiten zu erkennen, die nicht schon von Anfang an vorhanden sind. Weiters können bei größeren Aktenbeständen statistische Methoden angewendet werden.[55]) Für eine intensive – multisystematische – Zusammenarbeit, die aber nie zu einem „Methoden-Synkretismus" missriet, kann auf folgende Schwerpunkte hingewiesen werden: Die Erforschung der Rückstellung am Beispiel einzelner Kategorien wie Un-

[54]) Siehe dazu *Graf*, Rückstellungsgesetzgebung, wie Anm. 44; *Franz-Stefan Meissel*, *Thomas Olechowski* u. *Christoph Gnant*, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommission. Die Verfahren vor den österreichischen Rückstellungskommissionen 2 (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 4/2, Wien u. München 2003. Im Lichte der modernen elektronischen Judikaturdokumentationen ist das Phänomen der veröffentlichten bzw. nicht veröffentlichten Judikatur bereits historisch. Es ist zu betonen, dass die Aufnahme von Judikatur in Entscheidungssammlungen nicht nach einem fixen, allgemein verbindlichen Maßstab durchgeführt wird. Leitbild ist die – juristisch – „wichtige" oder „interessante" Entscheidung. Schon von daher ist es von Bedeutung, dass sich eine rechtshistorische Analyse der nicht veröffentlichten Judikatur, vor allem auch der Unterinstanzen, annimmt.

[55]) *Michael Pammer*, Die Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien. Die Verfahren vor den österreichischen Rückstellungskommissionen 1 (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 4/1, Wien u. München 2003; *Peter Böhmer*, Die Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und das Burgenland, in: Die österreichische Finanzverwaltung und die Restitution entzogener Vermögen 1945 bis 1960. Mit Beiträgen von *Peter Böhmer* und *Ronald Faber* (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 5, Wien u. München 2003, 204–235.

ternehmen im Sinne von Falldarstellungen[56]) oder quantitativ/statistisch wie etwa beim Liegenschaftseigentum.[57]) Die Themen Staatsbürgerschaft, Bankenwesen oder Vereine/Stillhaltekommissar wurden sowohl mit qualitativen wie quantitativen Methoden von Historikern und Historikerinnen bearbeitet.[58])

---

[56]) *Ulrike Felber* u.a., Ökonomie der Arisierung, Teil 1: Grundzüge, Akteure und Institutionen. Zwangsverkauf, Liquidierung und Restitution von Unternehmen in Österreich 1938 bis 1960 I (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 10/1, Wien u. München 2004; *Ulrike Felber* u.a., Ökonomie der Arisierung, Teil 2: Wirtschaftssektoren, Branchen, Falldarstellungen. Zwangsverkauf, Liquidierung und Restitution von Unternehmen in Österreich 1938 bis 1960 II (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 10/2, Wien u. München 2004; *Daniela Ellmauer*, *Michael John* u. *Regina Thumser*, „Arisierungen", beschlagnahmte Vermögen, Rückstellungen und Entschädigungen in Oberösterreich (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 17/1, Wien u. München 2004; *Albert Lichtblau*, „Arisierungen", beschlagnahmte Vermögen, Rückstellungen und Entschädigungen in Salzburg (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 17/2, Wien u. München 2004; *Gerhard Baumgartner* u.a., „Arisierungen", beschlagnahmte Vermögen, Rückstellungen und Entschädigungen im Burgenland (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 17/3, Wien u. München 2004; *Peter Melichar*, Verdrängung und Expansion. Enteignungen und Rückstellungen in Vorarlberg (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 19, Wien u. München 2004.

[57]) *Gerhard Melinz* u. *Gerald Hödl*, „Jüdisches" Liegenschaftseigentum in Wien zwischen Arisierungsstrategien und Rückstellungsverfahren (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 13, Wien u. München 2004.

[58]) *Harald Wendelin* u. *Hannelore Burger*, Vertreibung, Rückkehr und Staatsbürgerschaft. Die Praxis der Vollziehung des Staatsbürgerschaftsrechts an den österreichischen Juden, in: Staatsbürgerschaft und Vertreibung. Mit Beiträgen von *Dieter Kolonovits*, *Hannelore Burger* und *Harald Wendelin* (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 7, Wien u. München 2004, 239–504; *Peter Melichar*, Neuordnung im Bankwesen. Die NS-Maßnahmen und die Problematik der Restitution (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 11, Wien u. München 2004; *Verena Pawlowsky*, *Edith Leisch-Prost* u. *Christian Klösch*, Vereine im Nationalsozialismus. Vermögensentzug durch den Stillhaltekommissar für Vereine, Organisationen und Verbände und Aspekte der Restitution in Österreich nach 1945. Vereine, Stiftungen und Fonds im Nationalsozialismus I (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 21/1, Wien u. München 2003.

Diese drei Themenbereiche wurden jeweils durch die juristisch-dogmatischen Gutachten ergänzt.[59]) Ein gutes Beispiel für diese Zusammenarbeit ist auch die Aufarbeitung der *Causa Habsburg*, einerseits im rechtsdogmatischen Gutachten von Graf, dann als Problem der Wiedererrichtung einer Stiftung behandelt,[60]) und schließlich in der Monographie über die Finanzprokuratur.[61])

C. Multidisziplinärer Zugang

Die dargestellte wissenschaftliche Zusammenarbeit in der Historikerkommission gibt dem Juristen auch Anlass, über die universitäre Weiterentwicklung seines Fachs zu reflektieren. Allenthalben werden ja heute mehr Praxisbezug und ein interdisziplinärer Zugang gefordert. Entsprechende Vorstellungen finden Eingang in reformierte Studienpläne. Im Zuge dieser Entwicklung kommt es einerseits zum Abbau von Fächern, die traditioneller Weise im Rahmen des Rechtsstudiums betrieben wurden: Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, auch Dogmengeschichte der Nationalökonomie. Andererseits kommt es zu Verengungen, die etwa im Leitbild des Wirtschaftsjuristen ihren Ausdruck finden.

Ein Rechtspositivist – und als ein solcher versteht sich der Verfasser – steht zu dieser Entwicklung prinzipiell in kritischer Distanz. Zwar könnte man meinen, gerade dem Rechtspositivisten ginge es doch ausschließlich um die Beherrschung des „positiven Rechts“ und nicht etwa um dessen Reflexion, doch nichts wäre falscher als diese Einschätzung. Denn ein „kritischer Rechtspositivismus“ im Sinne Kelsens bedeutet das sorgfältige analytische Auseinanderhalten der verschiedenen Annäherungsweisen an das Recht. Wer sich rechtsdogmatisch mit dem Recht befasst, d.h. dieses beschreibt, wer es auslegt oder vollzieht, hat darauf zu achten, dass rechtliche und rechtspolitische Überlegungen einander nicht überlagern. Wie das Recht *ist*, nicht wie es sein sollte, ist zu erfassen. Wertentscheidungen, die es bei der Rechtskonkretisierung notwendig geben muss, sind nicht mit scheinrechtlichen Erwägungen zu verhüllen, sondern als solche kenntlich zu machen und rational zu begründen. Dieses methodische Postulat ist aber nicht zu verwechseln mit der Frage, wie Studienpläne zu gestalten sind. Würde man nur die Handhabung des positiven Rechts lernen, ohne etwas *über* das positive Recht zu erfahren, wäre das Ganze nur ein öder Bastelkurs. Das Recht kann auch nicht verstanden werden, wenn man es aus seinem Entstehungszusammenhang löst. Erst die Rechtsgeschichte verdeutlicht, dass gerade die Positivität des Rechts, d.h. die Einsicht, dass es Menschenwerk ist, auch seine Veränderbarkeit zum Ausdruck bringt. Ein verantwortungsvoller Jurist hat sich daher auch über die gesellschaftliche Realität des Rechts Gedanken zu machen, über den Zugang zum Recht, über das

[59]) *Kolonovits*, Rechtsfragen des Wiedererwerbs, wie Anm. 47.

[60]) *Pawlowsky*, Vereine, wie Anm. 58.

[61]) *Peter Böhmer*, *Ronald Faber* unter Mitarbeit von *Michael Wladika*, Die Finanzprokuratur, in: Finanzverwaltung, wie Anm. 55, 251–516; siehe dazu auch: *Peter Böhmer* u. *Ronald Faber*, Die Erben des Kaisers. Wem gehört das Habsburger-Vermögen? Wien 2004.

Verhältnis von Recht und Sprache, über die sozialen Rollenbilder der Juristen u.a.m.

Die Arbeit in der Historikerkommission hat gezeigt, dass kein vages Konzept von Interdisziplinarität angebracht ist, sondern methodisch kontrollierte *Multidisziplinarität*. Deutlich wurde die praktische Relevanz methodenbewussten Vorgehens, denn dass die Aufarbeitung des Themas der Historikerkommission von größter praktischer Relevanz war und ist, wird wohl niemand bestreiten.

IV. Der Umgang mit vergangenem Recht

A. Recht oder „Recht“

Schon die juristisch-dogmatische Beschreibung von aus guten Gründen verpönten Rechtslagen ist ein heikles Unterfangen. Vor allem Nichtjuristen, die in der Regel von einem naiven, zwischen Recht und Moral nicht unterscheidenden Rechtsbegriff geleitet sind, geben ihrem Unbehagen Ausdruck, indem sie von „gesetzlichem Unrecht“ sprechen oder den Ausdruck „Recht“ unter Anführungszeichen setzen. Wer diese Redeweise nicht befolgt, der kann bisweilen zu hören bekommen, dass er die abgelehnte Zwangsordnung rechtfertige. Für einen kritischen Rechtspositivisten ist dies schon deshalb unsinnig, weil aus der ihrerseits nur unter der Voraussetzung einer geltungsstiftenden Annahme (Grundnorm) möglichen Beschreibung einer Zwangsordnung als Rechtsordnung nur deren Geltungsanspruch folgt, nichts aber für die Entscheidung des Einzelnen, diesem zu gehorchen, ableitbar ist.[62]) Aber selbst Vertreter eines rechtstheoretisch reflektierten, grundsätzlich moralisch gesättigten Rechtsbegriffes räumen für die von ihnen „Beobachterperspektive“ genannte Beschreibungsebene Wertfreiheit ein.[63]) Wie auch anders: Etwa in der Historikerkommission ging es ja gerade darum, vergangenes Recht zu beschreiben, um es danach bewerten zu können. Man verfehlte das Thema, schriebe man ständig mit einem akkusatorischen Beiklang, ist doch das Dargestellte ohnedies schlimm genug.

---

[62]) Vgl. z.B. *Robert Walter*, Hans Kelsens Rechtslehre (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie) Baden-Baden, Heft 24, 1999, 11.

[63]) Vgl. etwa *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg im Breisgau 1992, 55. Für einen Rechtspositivisten ist ein derart „gespaltener“ Rechtsbegriff – je nachdem ob es sich um einen Teilnehmer handelt, der innerhalb, oder um einen Beobachter, der außerhalb eines Rechtssystems argumentiert, methodisch unvertretbar (vgl. zutreffend *Norbert Hoerster*, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, in: Neue juristische Wochenschrift 1986, 2480). Eine wesentliche Schwäche dieser Theorie liegt in der mangelnden Trennschärfe der Perspektiven: Einerseits muss nämlich auch der Teilnehmer zunächst beobachten, was ohne einen reinen Rechtsbegriff nicht denkmöglich ist. Andererseits steht, zumal im Zeitalter der Globalisierung, niemand außerhalb irgendeines Rechtssystems, ist also, in diesem freilich trivialen Sinn, stets Teilnehmer.

B. Rechtstechnik

Auf der Ebene der Rechtsetzung und -anwendung geht es allerdings nicht mehr um reine Semantik, sondern um die Wahl der Rechtstechnik zur Behandlung vergangenen Rechts. Ich komme etwas später darauf zurück. Zunächst ist vorauszuschicken, dass – wie dies Bernhard Schlink formuliert hat – mit dem Recht nicht das vergangene, sondern nur das gegenwärtige und zukünftige Leben gestaltet und in Ordnung gebracht werden könne.[64]) Das Recht ist ein sozialtechnisches System zur Steuerung menschlichen Verhaltens. Dieser Auffassung vom Rechtszweck entspricht die Konstruktion des Rechtsbegriffs bei Kelsen: Ist man vom zentralen Begriff der „Zwangsnorm" geleitet,[65]) so steht im Zentrum der Rechtsordnung die Anordnung, unter welchen Voraussetzungen Menschen Zwang ausüben sollen – und das kann nur in der Zeit nach der Setzung der Norm erfolgen. Wir müssen uns also darüber im Klaren sein, dass die Redeweise von der „Rückwirkung" des Rechts grundsätzlich metaphorisch ist. Es geht stets darum, wie in der künftigen Rechtsanwendung, also bei der Setzung von Zwangsakten durch ermächtigte Menschen, auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, zu denen als Untergruppe auch Rechtsakte gehören, reagiert werden soll.

In den mitteleuropäischen Rechtsordnungen mit ihren systembedingten Verwerfungen und Diskontinuitäten haben wir uns – abgesehen vom strafrechtlichen Kern – die Art des Umgangs mit vergangenem Recht zumeist „zusammengebastelt", darin eher ein notwendiges Übel sehend. Neuerdings wird indessen in Phänomenen des Übergangsrechts (im weitesten Sinn) geradezu der Schlüssel zur Bewältigung von Systembrüchen und Diskontinuitäten gesehen. Arbeiten zu diesem Thema in den USA firmieren unter dem Begriff *„transitional justice"*.[66]) Während rechtstechnische Überleitungsfragen insbesondere in Mitteleuropa zum Alltag des Rechts gehörten, sind sie für die USA mit ihrer nun schon lange dauernden Rechtskontinuität ein Novum und in gewisser Weise die Folge eines Exportes ihres Rechts, wobei ein frühes Beispiel schon die „Nürnberger Prozesse" waren. *Transitional justice* soll den Prozess zwischen Rechtssicherheit und Revolution steuern, wobei als Maßstab dann universelle Grundrechte etc. angenommen werden. Hier tritt die Funktion des Rechts, die Wirklichkeit zu deuten, gegenüber der reinen Steuerungsfunktion in den Vordergrund, freilich noch immer im Rahmen der Rechtsanwendung.[67])

---

[64]) *Bernhard Schlink*, Die Bewältigung der Vergangenheit durch Recht, in: *Bernhard Schlink*, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht, Frankfurt am Main 2002, 89–123, hier 90.

[65]) Vgl. *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen. Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von *Kurt Ringhofer* und *Robert Walter*, Wien 1979, 115.

[66]) Vgl. *Ruti G. Teitel*, Transitional justice, Oxford u.a. 2000, passim.

[67]) Vgl. *Kelsen*, Theorie, wie Anm. 65, 118.

C. Fortwirkung vergangenen Rechts

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

Vergangenes Recht wirkt aber auch infolge Verweisung (Rezeption) fort oder bei Konstruktionen einer „Anknüpfung", wenn es – allenfalls auch implizit – zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung neuer Rechtsetzung (oder -anwendung) eingesetzt wird: Jede Verweisung kann auch als (mittelbare) Erweiterung des Geltungsbereiches der verwiesenen Norm gedeutet werden, jede „Anknüpfung" an eine Rechtsnorm als Rezeption dieser.[68]) So etwa wenn an eine alte Staatsbürgerschaft angeknüpft wird oder auch bei Eigentumsfragen.[69]) Die Zuordnung privatrechtlicher Güter an einzelne Menschen wird nämlich zivilrechtlich meist implizit so geregelt, dass ein aktuelles Eigentumsrecht genau dann besteht, wenn in der Vergangenheit ein rechtswirksamer Erwerbsakt stattgefunden hat. Solange sich der gegenwärtige Eigentümer nur auf derivativen Eigentumserwerb berufen kann, bedarf es streng genommen eines Zurückgehens innerhalb der Kette seiner Vormänner bis zu jenem Zeitpunkt, in dem ein originärer Eigentumserwerb stattgefunden hat. Dieses Zurückgehen kann dazu führen, dass Rechtsgeschäfte relevant werden, die vor dem zeitlichen Wirkungsbereich der nunmehr geltenden Privatrechtsordnung stattgefunden haben. Hier kommt es dann wieder darauf an, wie sich die derzeit geltende Rechtsordnung zu diesen vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossenen Verträgen verhält, was eine Frage des positiven Rechts ist. In der Regel wird dieses jene Kriterien für maßgeblich erachten, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts relevant gewesen waren. Das ist aber keineswegs begriffsnotwendig. Denkbar ist auch, dass die aktuelle Rechtsordnung nur jenen in der Vergangenheit liegenden Rechtsgeschäften die Kraft zuerkennt, einen Eigentumserwerb zu rechtfertigen, die bestimmten Mindestanforderungen entsprechen. Wir landen hier auf dem schwierigen Gelände etwa der legalisierten Enteignungen in der ČSR nach dem Zweiten Weltkrieg.

Es bringt wenig, sich an die vagen und mehrdeutigen Begriffe des „toten" oder „obsoleten" Rechts anzuklammern.[70]) Wesentlich ist, dass die Frage der

---

[68]) Vgl. dazu die eingehende Analyse einschlägiger Rechtsphänomene bei *Andreas Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht. Übergangsfragen bei Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht (= Forschungen aus Staat und Recht 129) Wien u.a. 1999, passim; für hier vgl. 139.

[69]) Für die Diskussion darüber habe ich *Georg Graf* zu danken.

[70]) Vgl. dazu *Clemens Jabloner*, Das Denksporterkenntnis des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: *Bernd-Christian Funk*, Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels (= Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag) Wien u.a. 1992, 189–201,

Fortwirkung vergangenen Rechts anhand der jeweils geltenden positiven Rechtsordnung zu beurteilen ist. Und insoweit entscheidet also etwa das heutige tschechische Privatrecht über die Fortgeltung der Beneš-Dekrete.[71])

D. Rehabilitierung

Diffizile Fragen wirft die Fortwirkung von individuell-konkreten Akten, etwa von Urteilen der Militärgerichtsbarkeit der NS-Zeit auf. Es scheint mir problematisch, eine strafgerichtliche Verurteilung, die ja in einem bestimmten konkreten Verfahren erfolgt ist, durch einen generellen Akt des Gesetzgebers nachträglich aufzuheben. Dazu Folgendes: In Österreich wird gegenwärtig die Frage diskutiert, ob – dem Beispiel Deutschlands folgend – eine generelle Aufhebung der Urteile der NS-Militärgerichtsbarkeit erfolgen soll („Rehabilitierung"). Nach schon längerer Diskussion ist das Bundesministerium für Justiz nun darauf gestoßen, dass es eine solche Vorschrift bereits in der unmittelbaren Nachkriegszeit gegeben hat. Sie wurde aber vergessen oder ist von Haus aus unbekannt geblieben.[72]) Nun könnte man diese Bestimmung heute anwenden, aber das will nicht befriedigen: Wir erkennen hier das Problem, dass eine sozial wirksame „Rehabilitierung" durch einen Formalakt anscheinend nur schwerlich zu erzielen ist.[73]) Auch wenn man geneigt wäre zu sagen, dass einschlägige Verurteilungen in der NS-Zeit einen geradezu auszeichnenden Charakter haben, wird man das rechtstechnische Bedürfnis nach einer Beseitigung der Folgen dieses vergangenen Rechts nicht verkennen können.

Eine weitere Stufe des Problems erreichen wir allerdings dort, wo mit einem Rechtsakt – sei es ein Gesetz oder ein Urteil – keine rechtlich fassbaren Fortwirkungen mehr verbunden sind.[74]) Hier steht das in Rechtsform ergangene gesellschaftliche Unwerturteil vor uns. Hat es etwa Sinn, Verurteilungen aufzuheben, die Menschen galten, die nicht mehr leben oder von denen auch kein Angehöriger mehr am Leben ist? Hat es Sinn, die Ehrenbürgerschaften toter NS-Politiker aufzuheben? Da die bloße Geltung einer Norm zeitlos ist, kann ihre Existenz als historische Tatsache nicht mehr aus der Welt geschafft werden. Recht wird zum geschichtlichen Faktum. Auch wenn die Ehrenbürgerschaft „aufgehoben" wird, bleibt sie eine Schande. Wir betreten hier den Bereich *symbolischer* Rechtsetzung. Als Juristen werden wir von derlei abra-

hier 198 <in diesem Band ab Seite 47. Anm. der Hrsg.> und *Dirk Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997, 439.

[71]) Vgl. dazu etwa Neue Zürcher Zeitung vom 5., 6. Juli 2003, 3. Damit man mich nicht missversteht: Die mögliche Völker- oder Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Rechtslage oder die vom gegenwärtigen Rechtsetzer rechtspolitisch einzunehmende Haltung sind ganz andere Themen.

[72]) §§ 7 f des Bundesgesetzes über die Einstellung von Strafverfahren, die Nachsicht von Strafen und die Tilgung von Verurteilungen aus Anlass der Befreiung Österreichs (Befreiungsamnestie), BGBl. Nr. 79/1946.

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

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

ten, aber hin und wieder müssen wir zur Kenntnis nehmen, dass das Recht nicht allein uns gehört.[75])

E. Expliziter Umgang mit vergangenem Recht

Die hier vertretene Ansicht läuft keineswegs auf die Aussage „Recht muss Recht bleiben“ hinaus. Gerade weil die Geltung eines Rechtsaktes nur relativ zum Deutungsschema einer gegebenen Verfassung besteht, steht es jeder späteren Rechtsetzung frei, die Vergangenheit und damit auch das Schicksal vergangener Rechtsakte neu zu bewerten. Dabei kann auch das Verhalten jener Menschen, die an der Erzeugung der Rechtsnormen beteiligt waren, neu beurteilt werden. So kann etwa der Richter des Todesurteils in der NS-Zeit nach dem Maßstab der neuen Rechtsordnung genau dafür, dass er diesen Rechtsakt gesetzt hat, zur Verantwortung gezogen werden. Gerade eine rechtspositivistische Anschauung macht für eine solche Neubewertung den Weg frei: Der Grundsatz „Recht muss Recht bleiben“ ist *pseudo*-positivistisch und kann rechtstheoretisch nicht begründet werden. Freilich wurde dieses Argument namentlich in der Nachkriegszeit oft dazu verwendet, das Verhalten von Richtern und anderen Juristen, die im NS-Staat an der Rechtserzeugung, insbesondere der Urteilsfindung, teilhatten, zu rechtfertigen. Was einmal Recht gewesen war, könne nicht zu Unrecht werden, wurde argumentiert. Wir sehen jetzt deutlich, dass sich diese Argumentation gerade nicht auf den Rechtspositivismus berufen kann.[76])

Hat man erkannt, dass verpöntes vergangenes Recht als historische Tatsache für immer bleibt, so kann es, wie schon eingangs dieses Kapitels gesagt, „nur“ um die Rechtstechnik gehen, Fortwirkungen dieses Rechts zu beseitigen. Möglich ist einerseits der Weg der Reprojektion naturrechtlicher oder unter dem Titel *ordre public* firmierender materieller Standards mit dem Ergebnis der absoluten Nichtigkeit *ex tunc*, oder aber die explizite rechtliche Neubewertung des alten Rechts. Meiner Überzeugung nach ist der explizite Umgang mit vergangenem Recht transparenter und realistischer als die naturrechtliche Verschleierung.[77])

---

[75]) Vgl. zum Thema *Clemens Jabloner*, Vergangenes Recht, in: *Carl Baudenbacher*, Ein Leben in Praxis und Wissenschaft (= Festschrift für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag) Wien 2002, 113–126 <in diesem Band ab Seite 171. Anm. der Hrsg.>.

[76]) Besonders *Hoerster*, Verteidigung, wie Anm. 63, 2482, hat deutlich gemacht, dass gerade die Trennung von Recht und Moral dem Einzelnen die moralische Verantwortung für sein Handeln verdeutlicht.

[77]) Vgl. dazu *Horst Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: *Heinz Mayer*, Hg., Staatsrecht in Theorie und Praxis (= Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag) Wien 1991, 117–135, hier 133.

V. Der Jurist als zeitgeschichtlicher Akteur

Zuletzt wurde schon ein Thema berührt, das die Historikerkommission nur ganz am Rande beschäftigt hat, nämlich die Rolle der Juristen[78]) im Nationalsozialismus und in der Nachkriegszeit.[79]) Die oft diskutierte Frage, welcher methodische Standpunkt Juristen eher gegen ihre Instrumentalisierung in einem totalitären System schützt, wird – so meine ich – in ihrer Bedeutung überschätzt. Der eingangs geschilderten Komplexität des nationalsozialistischen Vorgehens bei der Beraubung entsprach auch eine Komplexität der rechtstechnischen Methoden auf allen Gebieten. So wurde einerseits „legalistisch" vorgegangen, wenn das Regime generelle diskriminierende Maßnahmen durchsetzen wollte, andererseits im Wege der Umdeutung allgemeiner Gesetze im Sinne des Nationalsozialismus. Es waren also sowohl die aus einem „naiven" Gesetzespositivismus erfolgende Gehorsamkeit des Rechtsstabes, als auch wieder gerade die „freiere" richterliche Rechtsfindung, die gleichermaßen zur Durchsetzung des nationalsozialistischen Zwangssystems führten. Zur Abwehr dessen konnte im Einzelfall die eine oder andere Strategie erfolgreich sein, also bisweilen der Positivismus geradezu als „Abwehrstrategie" gegen nationalsozialistische Anmutungen dienen,[80]) in anderen Fällen mochte ein beherzter Richter durch exzessive Auslegung nationalsozialistische Gesetze entschärfen können. Im Großen und Ganzen leisteten Juristen, so sie nicht verfolgt wurden, keinen spezifischen Widerstand gegen den Nationalsozialismus, sie sind – wie dies Bernd Rüthers so sarkastisch ausgedrückt hat – alle Mal „Wende-Experten".[81]) Diese Instrumentalisierbarkeit teilen sie allerdings mit anderen akademischen Berufsgruppen, die im Deutungsgeschäft tätig sind, mit Historikern, Medizinern und Theologen.

---

[78]) Vgl. dazu *Alexander Mejstrik* u.a., Berufsschädigungen in der nationalsozialistischen Neuordnung der Arbeit. Vom österreichischen Berufsleben 1934 zum völkischen Schaffen 1938 – 1940 (= Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich) Band 16, Wien u. München 2003, insbesondere die Kapitel 3.1. Notare, 3.2. RechtsanwältInnen, 3.3. PatentanwältInnen sowie 4.1.1. WissenschafterInnen an Universitäten und Hochschulen und 4.1.2. Öffentliche Bedienstete in Justiz, Exekutive und Militär.

[79]) Siehe dazu die kürzlich fertiggestellte Diplomarbeit: *Wolfgang Stadler*, „. . . juristisch bin ich nicht zu fassen". Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945 – 1955, unveröffentlichte phil. Diplomarbeit, Universität Wien 2004.

[80]) Noch immer richtungweisend: *Everhardt Franßen*, Positivismus als juristische Strategie, in: Juristische Zeitung 1969, 766. Unter allen Aspekten verfehlt, doch noch immer wirksam ist die Auffassung, der Rechtspositivismus habe zur Etablierung des NS-Regimes geführt. Vgl. dazu nur *Dreier*, Radbruchsche Formel, wie Anm. 77, 135.

[81]) *Bernd Rüthers*, Die Wende-Experten – Zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen, 2. Auflage, München 1995. Das ist eben die Rückseite der „transitional justice"!

VI. Persönliches Resümee

Mit der Vorsitzführung in der Historikerkommission ist der Verfasser – trotz der Düsternis des Forschungsgegenstandes – durch eine faszinierende Phase seines Berufslebens gegangen. Was mich dabei am meisten beeindruckt hat, war zunächst die Dimension des Ganzen. Die Historikerkommission hat dafür den plakativen Ausdruck „staatlich-organisierte Kriminalität“ verwendet. Damit ist gemeint, dass das nationalsozialistische System seinen Angriff auf die Vermögenswerte der Opfer – und dies unbeschadet viel größerer Verbrechen, aber mit diesen untrennbar verbunden – in wahrlich „großem Stil“ führte. Dabei bediente man sich jener Doppelstrategie, die für das System insgesamt bezeichnend war. Auf der einen Seite der Einsatz des staatlichen Zwangsapparates mit den Möglichkeiten der formalen Legalität: Erlassung von generellen Normen, gehorsame Befolgung dieser Normen durch Menschen im bürokratischen Apparat; auf der anderen Seite aber auch der Einsatz informeller Mittel, der Motivation und Führung der Menschen, nicht nur ihrer Manipulation, sondern auch der Verstärkung und Verdichtung dessen, was unter einer dünnen zivilisatorischen Hülle ohnedies schon zum Ausbruch drängte. Wenn wir das System des nationalsozialistischen Vermögensentzuges betrachten, dann mutet manches sehr modern an: Die Einbeziehung der Opfer in Form von erpressten „Vereinbarungen“, eine scheinbare „Selbstverwaltung“ der Judenheit – Eichmanns berüchtigtes Wiener System –, die Vorgabe verschwommener Ziele – Kershaw[82]) hat treffend davon gesprochen, es habe gegolten, „dem Führer entgegenzuarbeiten“ –, all das hat eine erschreckend moderne Seite.

[82]) *Ian Kershaw*, Hitler 1936 – 1945, Stuttgart 2000, 189.