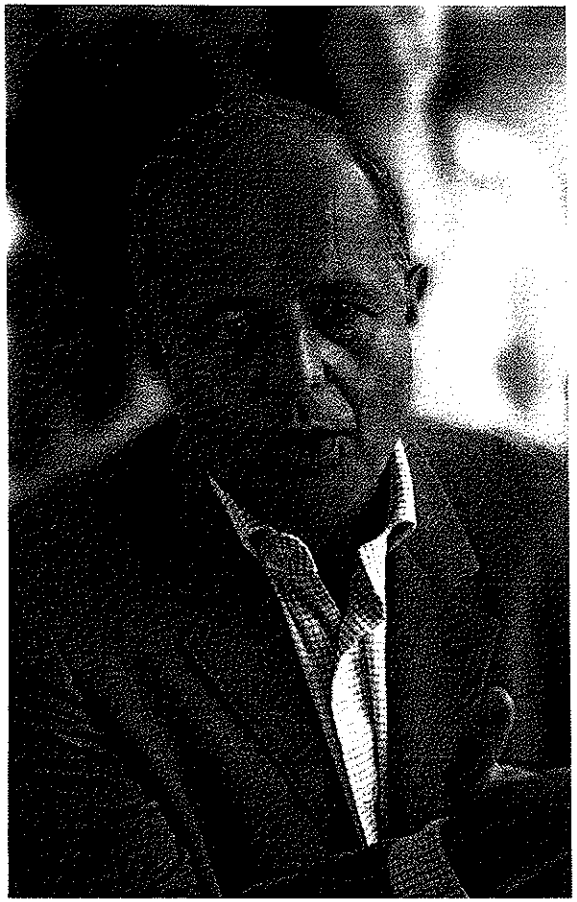

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

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

Zitiervorschlag: *Jabloner*, [Titel] in *Olechowski/Zeleny* (Hrsg), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt (2013) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

ISBN 978-3-214-14756-3

© 2013 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@MANZ.at
www.MANZ.at
Fotonachweis: Foto Clemens Jabloner: Privat
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Geleitwort

Seit rund zwanzig Jahren wirkt Präsident des Verwaltungsgerichtshofes Univ.-Prof. Dr.Dr.h.c. Clemens Jabloner überaus verdienstvoll als Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts. Aus Anlass seines 65. Geburtstages initiierte und publizierte das genannte Institut den vorliegenden Band.

Clemens Jabloner hat in seinem wissenschaftlichen Wirken in vielen Bereichen als Rechtsdogmatiker und als Rechtstheoretiker Überlegungen Hans Kelsens aufgegriffen, vertieft und weitergeführt. Davon legen auch die hier zusammengestellten 25 Aufsätze des Jubilars Zeugnis ab. In diesem Sinne darf der Hoffnung Ausdruck verliehen werden, dass noch viele Beiträge aus der Feder Jabloners folgen mögen.

Wien, im September 2013

Der Präsident des Kuratoriums
Werner Faymann
Bundeskanzler

Die hier sehr komplexen Kausalitätsbeziehungen veranlassen dazu, den Kausalitätsbegriff für normative Zwecke zu erweitern. Nach Wolfgang Köck stünde in der neueren Rechtsentwicklung „das Bemühen im Vordergrund, dem Geschädigten dabei zu helfen, mit den Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises fertig zu werden."[95]) Dies kann rechtstechnisch seinen Ausdruck in Beweisregeln finden, z.B. in einer Beweislastumkehr zu Ungunsten des „Verursachers", in Kausalitätsvermutungen u.a.m.[96]) Schließlich tauchen hinter den Zurechnungen auch Reminiszenzen an das Vergeltungsprinzip auf, etwa wenn bei der Anwendung von Biotechniken eine außerordentlich weite Schadenszurechnung stattfinden soll oder wenn – wie anscheinend im amerikanischen Schadenersatzrecht – enorme Haftungen nicht durch explizite Zurechnung im Wege genereller Normsetzung, also durch Willensakt, sondern über die Brücke (pseudo)kausaler Verknüpfungen auferlegt werden.

VII. Zusammenfassung

Mit dem gegenständlichen Beitrag sollten spezifische Berührungspunkte der Reinen Rechtslehre (im weitesten Sinn) und dem Logischen Empirismus aufgezeigt werden. Dafür wurde eine enge wissenschaftshistorische Perspektive gewählt, bei der außerordentlichen Weite der Themen unvermeidlich.

Solche Berührungspunkte lassen sich zwar nur an der Peripherie beider Strömungen ausmachen, erreichen dort aber eine beachtliche Intensität. Gemeinsam ist zunächst die Reflexion der Grundlagen des eigenen Denkens in einer historisch-soziologischen Perspektive. Abgesehen vom Erkenntniswert geht es dabei auch um eine Strategie zur wirksameren Durchsetzung der eigenen Methode. Beiden Strömungen ist daher das Element der *Ideologiekritik* in hohem Maße zu Eigen. Einzelne Konvergenzen konnten bei den Themen *Deutung der primitiven Naturauffassung, Geschichte des Begriffs des Naturgesetzes* und *Entwicklung des Kausalitätsprinzips* gezeigt werden.

den Bedingungen des technischen Fortschrittes: *Weyma Lübbe*, „Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion", in: *Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, S. 223 ff.

[95]) „Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht. Klassische und moderne Problemkonstellationen", in: *Lübbe*, ebd., S. 9 (S. 22).

[96]) Vgl. *Köck*, ebd., S. 23 ff.

Vergangenes Recht*)

I.

Um die Wende zum 20. Jahrhundert erregte der Prozess Hilsner in Österreich-Ungarn großes Aufsehen. Leopold Hilsner war ein schlecht beleumundeter jüdischer Schustergeselle, der 1899 vom Kreisgericht in Kutna Hora (Kuttenberg) in Mähren wegen der Mitwirkung an der Ermordung einer Frau zum Tod verurteilt wurde. Alles spricht dafür, dass der Strafprozess unter extrem unfairen Bedingungen ablief und Teil einer – mittelalterliche Züge annehmenden – antisemitischen Hetzjagd unter aktiver Teilnahme von Lokalpolitikern war. Hilsner hatte ganz offenkundig den Mord nicht begangen. Noch schlimmer als das Fehlurteil war aber der Umstand, dass Hilsner implizit ein „Ritualmord" vorgeworfen und das Urteil auch so verstanden wurde.[1]) Auf Grund einer Nichtigkeitsbeschwerde hob der „Oberste Gerichts- und Kassationsgerichtshof" (OGH) am 25. 4. 1900 das Urteil auf und delegierte das Verfahren an das Schwurgericht in Pisek. Im dort fortgesetzten Verfahren wurde Hilsner zusätzlich ein zweiter Mord zur Last gelegt, beiden Taten nunmehr sexuelle Motive unterlegt und Hilsner wegen der Mitwirkung an zwei Mordtaten zum Tode verurteilt. Das Urteil wurde rechtskräftig, nachdem der OGH mit Erkenntnis vom 23. 4. 1901 die Nichtigkeitsbeschwerde der Verteidigung verwarf. In weiterer Folge wurde Hilsner durch den Kaiser zu lebenslanger Haft begna-

*) *Walter Barfuß* hat – gerade auch aus profunder Kenntnis der juristischen Praxis – stets darauf hingewiesen, wie wichtig für den Juristen das Verständnis der historischen Voraussetzungen des Rechts ist – vgl. nur seine Besprechung der ZNR 1994, AnwBl 1995, 605. In diesem Sinn sei ihm der folgende Beitrag gewidmet.

[1]) Die Ritualmordlegende ist die seit dem 12. Jahrhundert auftretende Erzählung, Juden würden Christenmenschen, in der Regel Kinder oder Jungfrauen, qualvoll mit Messern töten, um zu ihrem Blut zu kommen. Ein berüchtigtes österreichisches Beispiel ist die Legende vom „Anderl von Rinn" in Tirol. Die mittelalterlichen Pogrome besonders zu Kreuzzugszeiten stehen in einem engen Zusammenhang mit dieser Anschuldigung. Der Ritualmordvorwurf ist ein zentrales antisemitisches Argument, das bis heute wirkt. In Österreich wurde der Kult um den „Anderl von Rinn" von der katholischen Kirche – dank dem entschiedenen Auftreten des Innsbrucker Bischofs *Stecher* – erst vor wenigen Jahrzehnten kirchenrechtlich verboten, folkloristisch wird er weiter betrieben. Noch kürzlich hat der Professor für Ethik und Gesellschaftslehre *Robert Prantner* in einem Zeitungsartikel („Zur Zeit", Dezember 1997) den Ritualmordvorwurf wiederholt – einer der schlimmsten antisemitischen Vorfälle im Österreich der Zweiten Republik! Eine literarische Behandlung des Themas in der Szenerie des Zarenreichs findet sich bei *Bernhard Malamud*, The Fixer (1966).

digt. Bemühungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens scheiterten. Hilsner wurde schließlich 1918 von Kaiser Karl begnadigt und freigelassen.[2])

Auf Grund des vorliegenden Materials kann man davon geleitet sein, dass es sich in der Tat um eine Reihe von „Fehlurteilen", beim ganzen Verfahren um einen judiziellen Skandal gehandelt hat,[3]) der sich im Übrigen zu einer Zeit ereignete, in der in Österreich-Ungarn durchaus rechtsstaatliche Verhältnisse herrschten.[4]) Der Fall Hilsner stellte sowohl eine Reminiszenz an das Mittelalter, als auch einen Vorgeschmack auf den zivilisatorischen Zusammenbruch wenige Jahrzehnte später dar. Eine Initiative setzt es sich zum Ziel, Leopold Hilsner nachträglich Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Dies soll einerseits durch die Pflege seines Andenkens, etwa durch die Instandsetzung seines Grabes erfolgen, andererseits soll – und damit kommen wir zum Thema – Leopold Hilsner durch die Revision des seinerzeitigen Urteils rehabilitiert werden.[5])

Die folgenden Betrachtungen sind der Frage gewidmet, ob und wie weit eine solche „Revision" von einem *juristischen Standpunkt* her gesehen möglich und sinnvoll ist. Die Problematik ist ein Element des Komplexes „Recht und Geschichte", näherhin geht es darum, wie das gegenwärtige Recht mit vergangenem Recht, das als „Unrecht" erkannt wird, umgehen soll. Dazu

[2]) Zum Fall *Hilsner* vgl. allgemein zunächst Encyclopaedia Judaica Vol. 8, 496 und Informationen im Internet unter „Leopold Hilsner"; weiters aus jüngster Zeit *Lohrmann*, Ritualmord-Hysterie zur Osterzeit, Die Furche vom 12. 4. 2001, 7. Die wichtigsten Materialsammlungen sind: *Paul-Schiff*, Der Prozess Hilsner. Aktenauszug (1908) (mit den beiden Nichtigkeitsurteilen des Obersten Gerichts- und Kassationsgerichtshofes vom 25. 4. 1900 und vom 23. 4. 1901) und *Auředniček*, Materiale zum Prozess gegen Leopold Hilsner (1910). Für eine Gesamtdarstellung vgl. *Nussbaum*, Der Polnaer Ritualmordprozess (1906). Dieses Werk ist vor allem auch wegen des Vorworts des berühmten deutschen Strafrechtslehrers *Franz von Liszt* bemerkenswert. Es zeigt, welches immense Aufsehen der Prozess auch in der Fachwelt erzeugte. *Liszt* schreibt folgendes: „Allerdings hat die Staatsanwaltschaft . . . in der Verhandlung zu Pisek die Annahme eines Ritualmordes entschieden abgelehnt; aber die ursprüngliche Beweisaufnahme und die ursprüngliche Verhandlung in Kuttenberg (1899) stand unter dem beherrschenden Zeichen der Blutbeschuldigung. Dieses dem Strafprozess gegen *Hilsner* von allem Anfang an gegebene Gepräge hat die Staatsanwaltschaft ihm nicht wieder zu nehmen vermocht. Indem sie das Motiv des Ritualmordes preisgab, beraubte sie sich der Möglichkeit, die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat psychologisch zu erklären; für die Annahme eines Lustmordes, auf die sich die Anklage in Pisek stützte, fehlte es an jeder ausreichenden Grundlage. Und dennoch die Verurteilung wegen Mordes!".

[3]) Im Hinblick auf das Anliegen des Autors, die allgemeine Problematik herauszuarbeiten, wird auf die nähere Darstellung der Sache selbst verzichtet.

[4]) Der Fall Hilsner war nicht der einzige Ritualmordprozess in der Österreichisch-Ungarischen Monarchie – vgl. auch *Nathan*, Der Prozess von Tisza-Eszlár (1892). Dieser Prozess, der in der transleithanischen Reichshälfte stattfand, endete freilich mit dem Freispruch des Angeklagten.

[5]) Initiative Dr. *Vasicek*; vgl. auch *Büchl*, Dokumentation über die Renovierungsarbeiten am Grab Leopold Hilsner-Heller (o.J.). Vgl. neuerdings auch *Ley*, „Gegen den Körper zu wüthen", „Die Presse" vom 16. 6. 2001, Spectrum III und vor allem die FB des BMJ vom 27. 7. 2001, 2510/AB, 21. GP, mit rechtlichen Ausführungen zur Frage der Wiederaufnahme.

möchte der Verfasser mit der folgenden Untersuchung, die dieser Frage auf verschiedenen methodischen Ebenen nachgeht, einen Beitrag leisten.

II.

Der Jurist wird zunächst die Frage stellen, ob das „Hilsner-Urteil" im Hinblick auf den mehrfachen Wechsel des Rechtssystems im letzten Jahrhundert überhaupt noch dem österreichischen Rechtsbestand angehören kann, ob es noch gelten kann. Unter „Geltung" wird die spezifische Existenz einer Norm verstanden, also ihr Vorhandensein in der Welt des rechtlichen „Sollens".[6]) Wird diese unter Einschluss vergangener Existenzen gedacht, dann ist die Geltung eines Rechtsaktes irreversibel: Für eine rechtshistorische Betrachtung bleibt ein Rechtsakt – wie jedes andere Ereignis – ein „zeitloses" Objekt.[7]) Der Rechtswissenschafter, der eine geltende Rechtsordnung beschreiben will, muss hingegen die Frage stellen, ob die Rechtsnorm noch immer Bestandteil der Rechtsordnung ist. In diesem Teil der Überlegungen soll diese Frage zunächst unbeschadet der inhaltlichen zeitlichen Relevanz des Rechtsaktes gestellt werden, in den Blick kommt also vorerst allein das gleichsam äußere Geschick des Urteils.

Der Rechtsakt, um den es primär geht, ist das Piseker Urteil vom 14. 11. 1900, GZ. Vr.171/00/776, das mit der Verwerfung der zweiten Nichtigkeitsbeschwerde durch den OGH rechtskräftig wurde. Der rechtliche Gehalt, die Rechtsnorm des Piseker Urteils, ist die Verurteilung Hilsners. Rechtskräftig wurde freilich auch das Nichtigkeitsurteil des OGH, dessen normativer Gehalt sich allerdings darin erschöpft, dass der Gerichtshof mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht noch einmal angerufen werden kann.[8])

Die auf der Dezember-Verfassung von 1867 beruhende Rechtsordnung, in deren Rahmen diese Urteile ergingen, besteht heute nicht mehr. Das Problem der formellen Diskontinuität der Rechtsordnung infolge revolutionärer Übergänge bei teilweise materieller Kontinuität des Rechtsmaterials spielte für das Österreich des 20. Jahrhunderts eine große Rolle, gab es doch vier Verfassungsbrüche: 1918, 1934, 1938 und 1945.[9])

Mit dem Entstehen einer neuen Verfassung verlieren grundsätzlich alle auf dem Boden der früheren Verfassung erzeugten Rechtsakte ihre Geltung. Eine – in diesem spezifisch juristischen Sinn – „historisch erste Verfassung" stellt einen neuen äußersten Delegationspunkt des positiven Rechts fest. Soll das alte Recht unter der neuen Verfassung „weitergelten", so bedarf es eines konstitutiven Aktes der „Überleitung". Regelmäßig ist es so, dass zwar jene Rechtsnormen nicht übergeleitet werden, die typische Einrichtungen oder typisches Gedankengut des früheren Regimes enthalten; in diesen Verände-

[6]) Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] (1960) 9.

[7]) Vgl. später IV.

[8]) In diesem Sinn „bestätigt" das Urteil des OGH das schwurgerichtliche Urteil.

[9]) Vgl. näher *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 28.

rungen der Rechtsinhalte liegt ja ein Hauptzweck jeder Revolution. Aber große Teile des Rechtsmaterials werden übergeleitet. Was nun gerichtliche Urteile betrifft, so findet man kaum ausdrückliche Vorschriften. Die Juristen denken die Überleitung individueller Akte mit jener der generell-abstrakten Vorschriften „stillschweigend" mit. Zum Ausdruck kam dies bei der Überleitung 1945, als das Gesetz über die Aufhebung von Strafurteilen und die Einstellung von Strafverfahren, StGBl. 1945/48, eben dadurch, dass bestimmte gerichtliche Urteile aufgehoben wurden, die implizite Überleitung von Gerichtsurteilen im Allgemeinen voraussetzte.[10])

An diesem Punkt der Überlegungen ist allerdings in Betracht zu ziehen, dass das Hilsner-Urteil von einem Gericht erlassen wurde, das nicht auf dem Gebiet der späteren Republik Österreich liegt. Es ist daher zu fragen, ob das Urteil nicht Bestandteil der Rechtsordnung der Tschechoslowakischen Republik wurde. Auch in der ČSR – wie in allen auf dem Gebiet Österreichs entstandenen Nachfolgestaaten – galt der Grundsatz der materiellen Kontinuität;[11]) eine Überleitung von Gerichtsurteilen trat auch nach dem Rechtsüberleitungssystem der ČSR ein.[12])

Nach hier vertretener Ansicht kann die Frage allerdings nicht darauf zugespitzt werden, ob das Hilsner-Urteil entweder Bestandteil der Rechtsordnung der Republik Österreich oder jener der ČSR wurde. Denn die Überleitung des Rechtsmaterials der Österreichisch-Ungarischen Monarchie in die Nachfolgestaaten umfasste wohl jeweils alle Rechtsakte – und somit auch Urteile –, die nicht ausdrücklich aufgehoben wurden oder sich nach dem örtlichen Geltungsbereich ausschließlich auf das Gebiet oder auf Gebiete eines Nachfolgestaates bezogen. Eine solche örtliche Beziehung ist häufig auch bei gerichtlichen Urteilen gegeben, man denke nur an das Grundbuchsrecht. Bei Strafurteilen besteht eine solche örtliche Relation im Allgemeinen nicht. Das Strafurteil Hilsner galt in und für das gesamte Gebiet der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. Dementsprechend erfolgte die sukzessive Überleitung des Hilsner-Urteils (und des Nichtigkeitsurteils des OGH) alle Verfassungsumbrüche hindurch sowohl in die Rechtsordnung der Republik Österreich als auch in jene der Nachfolgestaaten, insbesondere der ČSR. Das hat allerdings zur Konsequenz, dass das Urteil, wo es übergeleitet wurde, heute nur mehr im Rahmen jeweils einer Teilrechtsordnung eines Nachfolgestaates aufgehoben werden kann. Schon das allein relativiert die Frage nach der Aufhebung des Hilsner-Urteils und rückt sie in den Bereich des Symbolischen.

Als Ergebnis des ersten Schrittes ist somit festzuhalten, dass das Urteil Hilsner jedenfalls Bestandteil der geltenden österreichischen Rechtsordnung ist und – so darf vermutet werden – unter anderem auch der Rechtsordnung der gegenwärtigen Tschechischen Republik.

[10]) Vgl. *Walter* (FN 9) 35.
[11]) Vgl. *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 82.
[12]) Vgl. *Adamovich*, Grundriss des Tschechoslowakischen Staatsrechts (1929) 19.

III.

Die Frage nach der Revision des Hilsner-Urteils ist für die Rechtslage in Österreich – jene in der Tschechischen Republik muss hier unberücksichtigt bleiben – an Hand der Strafprozessordnung zu stellen.[13]) Für die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils kommen – abstrakt gesehen – die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 352 ff. StPO) und die Rechtsbehelfe der außerordentlichen Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 362 StPO) und der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 33 Abs. 2 StPO) in Betracht.[14])

Ob die Wiederaufnahmsgründe des § 353 Z. 1 und Z. 2 StPO vorliegen, insbesondere Veranlassung der Verurteilung durch falsches Zeugnis und/oder Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel, muss hier dahingestellt bleiben. Wesentlich ist, dass der Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Gunsten des Angeklagten – ohne zeitliche Begrenzung – *auch nach dessen Tod* gestellt werden kann. Antragsberechtigt sind bestimmte Angehörige sowie der Staatsanwalt, der dazu wohl auch verpflichtet ist. Wird die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens gegen einen bereits Verstorbenen bewilligt, so ist das Strafurteil aufgehoben, das wiederaufgenommene Verfahren nach der Bewilligung indessen sofort einzustellen.[15])

Diesem Rechtsweg steht allerdings anscheinend unverrückbar entgegen, dass nach § 357 Abs. 1 StPO die Wiederaufnahme bei dem Gerichtshof erster Instanz zu beantragen ist, bei dem es anhängig war. Da im Verfahren Hilsner kein österreichischer Gerichtshof das Verfahren durchgeführt hat – das Nichtigkeitsverfahren beim OGH kommt hier nicht in Betracht – und kein österreichischer Gerichtshof als Nachfolger des Schwurgerichts Pisek anzusehen ist, fehlt es an einem zuständigen Gerichtshof.[16]) Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann daher nur von jenem tschechischen Gericht bewilligt werden, das in der Nachfolge des Schwurgerichts in Pisek steht. Kommt es dort zu einer Aufhebung des Urteils von Pisek, so könnte man allenfalls auch die Abwei-

[13]) Die Frage der Bedeutung des Todes des Angeklagten (Beschuldigten) für den Strafprozess – unter Einschluss der hier relevanten Fragen – wurde von der älteren österreichischen Lehre intensiv diskutiert – vgl. zusammenfassend *Kadečka*, Der Einfluss des Todes des Beschuldigten auf das Strafverfahren, FS zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes (1950) 64.

[14]) Von vornherein außer Betracht bleiben können das Aufhebung- und Einstellungsgesetz, StGBl. 1945/48, weil es sich nur auf Urteile in der NS-Zeit bezieht, und die „Erneuerung des Strafverfahrens" gem. § 363a StPO, da dieses Verfahren ein Urteil des EGMR voraussetzt.

[15]) Vgl. *Foregger/Fabrizy*, Die österreichische Strafprozeßordnung[8] (2000) 616 und *Soyer*, Die (ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1998) 110, beide mit Hinweisen auf die Rechtssprechung.

[16]) Die analoge Heranziehung des § 54 StPO – Bestimmung eines zuständigen Gerichtes durch den OGH bei Auslieferung – kommt wohl mangels „echter Lücke" nicht in Betracht.

sung der Nichtigkeitsbeschwerde, über die der OGH in Wien entschieden hat, als hinfällig ansehen.[17])

Die – sehr selten stattfindende – „außerordentliche Wiederaufnahme des Verfahrens" (§ 362 StPO) sieht u.a. vor, dass die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu verfügen ist, wenn sich dem OGH bei einer auf besonderen Antrag des Generalprokurators vorgenommenen Prüfung der Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteile zugrundegelegten Tatsachen ergeben, die auch nicht durch einzelne vom OGH etwa angeordnete Erhebungen beseitigt werden. Von der Sache her wäre diese Verfahrensart insoweit geeignet, als sie im Gegensatz zur ordentlichen Wiederaufnahme nicht nur auf neue Tatsachen oder Beweismittel, sondern allgemein auf „erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteil zugrundegelegten Tatsachen" gestützt werden kann.

Über die Handhabung dieser Bestimmung durch die Gerichte kann mangels einschlägiger Judikatur wenig gesagt werden.[18]) Gegen die „außerordentliche Wiederaufnahme" zu Gunsten eines bereits verstorbenen Angeklagten spricht, dass – anders als bei der ordentlichen Wiederaufnahme – eine ausdrückliche Bestimmung über die Wiederaufnahme auch nach dem Tod fehlt. Dafür spricht die Lehre,[19]) die Judikatur zur Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes auch nach dem Tode des Verurteilten[20]) und eine verfassungskonforme Interpretation im Hinblick auf die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK.[21])

Schließlich wird die „Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes" (§ 33 StPO) zu beachten sein. Mit diesem Instrument kann der Generalprokurator Beschwerde gegen u.a. jedes Gerichtsurteil mit der Behauptung der unrichtigen Anwendung eines Gesetzes erheben. Die Judikatur bejaht die Anwendung des § 33 StPO zu Gunsten des Verurteilten post mortem.[22]) Die Beschränkung dieses Instruments liegt darin, dass Fehler in der Beweiswürdigung nicht geltend gemacht werden können, worin ein wesentlicher Unterschied zur außerordentlichen Wiederaufnahme liegt. Beim Urteil des OGH über die Nichtigkeitsbeschwerde vom 23. 4. 1901 ging es im Wesentlichen um die Nichtaufnahme von Beweisen, die die Verteidigung beantragt hatte. Darin sieht die Judikatur grundsätzlich einen Anwendungsfall der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 33 StPO.[23])

Allen hier angesprochenen Verfahrenswegen ist es gemeinsam, dass sie die genaue Kenntnis der Prozessakten voraussetzen. Nach vorliegenden Informationen können die Akten aber nicht mehr vollständig rekonstruiert werden, ihr Inhalt ergibt sich wohl nur mehr mittelbar aus seinerzeit veröffentlichten Dokumenten. Diese praktischen Schwierigkeiten, die im Hinblick auf die spärliche Judikatur nicht mit Sicherheit gegebene Anwendbarkeit der genannten Verfahren sowie der – dargestellte[24]) – nur relative Effekt einer Aufhebung legen es nahe in die nächste Stufe der juristischen Beurteilung einzutreten, nämlich in die Frage, ob eine Aufhebung des Hilsner-Urteils nicht auch durch einen *Akt des Gesetzgebers* erfolgen könnte. Dieser legislative Akt könnte auch in eine deklarative, feststellende Richtung gehen. Immerhin liegt mit dem bereits zitierten Gesetz aus 1945 ein Beispielsfall einer allgemeinen gesetzlichen Aufhebung von Strafurteilen vor.

Die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer solchen gesetzlichen Maßnahme geht aber über die bloß rechtsdogmatische Betrachtungsweise hinaus. Sie soll deshalb im Folgenden auf einer rechtstheoretischen und rechtspolitischen Ebene weiterverfolgt werden.[25])

IV.

Wenn bisher von der Geltung eines bestimmten Strafurteils die Rede war, so in einem ausschließlich formalen Sinn der andauernden Zugehörigkeit des Urteils zur österreichischen Rechtsordnung. Aber was ist damit eigentlich gemeint?

Rechtstheoretisch ist zwischen der „Geltung" einer Rechtsnorm und ihrem zeitlichen „Anwendungsbereich" zu unterscheiden, worunter man die

---

[17]) Diese Aussage ist allerdings zu relativieren: Wie oben ausgeführt besteht das Urteil ja in allen Nachfolgestaaten. Pragmatisch könnte man vielleicht von einer Aufhebung „pars pro toto" sprechen.

[18]) Vgl. im Übrigen *Foregger/Fabrizy* (FN 15) 625 und *Soyer* (FN 15) 106.

[19]) *Lohsing*, Strafprozessuale Fragmente VII, JBl 1911, 277 (279) und *Roeder*, Der Einfluss des Todes der Prozesssubjekte auf das Strafverfahren, JBl 1970, 497 (503, FN 31), beide m.w.N. Anders etwa noch *Glaser*, Der Einfluss des Todes des Angeklagten auf schwebende Rechtsmittel, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1881, 405 (406): § 354 sei die „exceptio, quae firmat regulam".

[20]) OGH vom 2. 9. 1980, 9 Os 76, 77/80.

[21]) Allerdings interpretiert der OGH die Urteilsrevision zu Gunsten des verstorbenen Angeklagten einschränkend: Mit dem Tode des Angeklagten erlösche der staatliche Strafanspruch. Auch eine Wiederaufnahme nach dem Tod des Verurteilten führe zu keiner materiellen Prüfung der Anklage, sondern bloß zur Aufhebung des Schuldspruchs und Beendigung des Verfahrens. Die Wiederaufnahme nach dem Tod des Verurteilten bezwecke keine abschließende materielle Beurteilung des Anklagevorwurfs, sondern bloß eine Verfahrensfinalisierung unter Wahrung der Unschuldsvermutung im Sinn des Art. 6 Abs. 2 EMRK – vgl. OGH vom 9. 3. 1995, 12 Os 8/95 (Fall Unterweger). Im grundrechtlichen Zusammenhang vgl. auch das Erk. des VfGH vom 6. 3. 2001, B 159/00 zur Beschwerdelegitimation von Angehörigen eines Toten bei Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK).

[22]) Vgl. OGH vom 2. 9. 1980, 9 Os 76, 77/80 mit der allgemeinen Aussage, dass „die Behebung eines verurteilenden Erkenntnisses auch nach dem Tod des Verurteilten . . . dem österreichischen Strafprozessrecht keineswegs fremd (ist), wie aus § 354 StPO hervorgeht".

[23]) Vgl. etwa OGH vom 19. 12. 1979, 12 Os 53, 54/79.

[24]) Vgl. FN 17.

[25]) Ein solches Gesetz würde allerdings auch verfassungsdogmatische Fragen aufwerfen. Da im österreichischen Rechtssystem aber stets auch die Erlassung einer Norm auf Verfassungsstufe möglich ist, soll diese Problematik hier nicht weiterverfolgt werden.

„zeitliche Relevanz" der Rechtsnorm zu verstehen hat.[26]) Diese wird bei generell-abstrakten Normen – Gesetzen und Verordnungen – dann besonders deutlich, wenn sie auf einem bestimmten Zeitraum hin gestaltet sind.[27]) Das ist etwa der Fall, wenn eine menschliche Handlung nur dann als Delikt qualifiziert wird, wenn sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gesetzt wird oder wenn staatliche Organe nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ermächtigt sind, eine Sanktion zu setzen. Die zeitliche Begrenzung kann dabei kalendermäßig ausgedrückt sein oder durch die Bezugnahme der Norm auf ein bestimmten unwiederholbares Ereignis. Eine so gestaltete Rechtsnorm wird nach Ablauf einer bestimmten Zeit irrelevant und somit „gegenstandslos". Da sich Rechtsnormen auf die Regelung menschlichen Verhaltens beziehen, eine „gegenstandslose" Norm aber kein menschliches Verhalten mehr regeln kann, gilt sie nicht mehr. Was verbleibt, ist der Text einer Vorschrift im Verlautbarungsorgan, der sich selbst als Rechtsnorm deuten mag, dem die objektive Geltung als Rechtsnorm aber nicht mehr zukommt. Wird ein solcher Rechtstext nicht explizit „bereinigt", so verbleibt er weiter im Textbestand.[28]) Das ist gemeint, wenn man in unpräziser Wendung sagt, dass eine solche „Vorschrift" noch dem „Rechtsbestand" angehört.

Auch ein individuell-konkreter Akt wie ein Strafurteil hat einen zeitlichen Geltungs- und Anwendungsbereich. Auf Grund eines Strafurteils sind eine bestimmte Zeit lang Rechtsfolgen zu setzen. Dieser Zeitraum ist bei der zentralen Rechtsfolge der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe genau begrenzt, bei anderen Rechtsfolgen, z.B. einem Aufenthaltsverbot kann er erst mit dem Tod des Verurteilten oder Betroffenen enden.[29]) Versteht man das Strafurteil technisch als Stufe der Rechtskonkretisierung, als Rechtsgrundlage der Vollstreckung als der eigentlichen Setzung des Zwangsakts, ist es danach „gegenstandslos". Gegenstandslose Strafurteile könnten zwar bereinigt werden, aber – anders als bei generellen Normen – besteht dafür kein Bedürfnis, da diese Texte zwar irgendwo erliegen mögen, aber keinen Raum im Gesetzblatt einnehmen. „Gegenstandslose" Urteile bleiben daher als „totes Recht" weiterbestehen, sie sind Urkunden ohne Rechtscharakter.

Diese „Gegenstandslosigkeit" muss allerdings nach zwei Richtungen hin noch näher untersucht und relativiert werden:

Die dargestellte Einrichtung der Wiederaufnahme nach österreichischem Strafprozessrecht ermöglicht es, Strafurteile auch nach dem Tod des Verurteilten aufzuheben. Eine solche Vorschrift bedeutet e contrario und ungeachtet rechtstheoretischer Erwägungen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Strafurteil gilt, um aufgehoben zu werden. D.h. dass die Urteilsrevision auch nach Vollstreckung, oder selbst wenn diese gar nicht mehr möglich ist, anscheinend einen Sinn ergibt. Dieser kommt daher, dass die von einem Rechtsakt ausgehende tatsächliche, gesellschaftliche Wirkung sehr weit gehen kann. Eine Eigenheit des konkreten (Straf-)Urteils gegenüber der abstrakten Gesetzesnorm liegt nämlich in der normativen Deutung eines Teils der sozialen Wirklichkeit als Delikt.[30]) Es ist Sache des positiven Rechts und damit der rechtspolitischen Gestaltung diese Relevanz aufzugreifen.[31]) Die rechtspolitischen Beweggründe liegen im fortdauernden Persönlichkeitsschutz des Verurteilten, in den Worten von Lohsing im „Schutz der Pietät für Verstorbene".[32]) Maßgebend ist die Gravität des gesellschaftlichen Unwerturteils, das in der strafgerichtlichen Verurteilung beschlossen ist. Dazu mag der generelle Gesichtspunkt kommen, dass es für die Allgemeinheit unerträglich ist, wenn offensichtlich fehlerhafte „ungerechte" Urteile weiterbestehen.[33])

Es ist somit festzuhalten, dass es über die rein rechtstechnische Funktion hinaus eine rechtliche Funktion gibt, fehlerhafte, wenn auch schon „gegenstandslose" Rechtsakte aufzuheben. Ob man dies im gegebenen Fall – und jenseits der rechtsdogmatischen Frage – als sinnvoll ansieht, ist eine Frage der Wertung:

Zunächst ist zu bezweifeln, ob durch die Revision in der Tat die Rehabilitierung Hilsners bewirkt wäre. Die Aufhebung des Urteils ist kein rückwirkender Freispruch, ein Toter kann nicht mehr freigesprochen werden.[34]) Nach

---

[26]) Zu dieser komplizierten Frage, die mit wechselnder Terminologie behandelt wird, vgl. grundlegend *Thaler*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung (1982) 45. Vgl. weiters *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[9] (2000) 216 und die dort angeführten Arbeiten.

[27]) Vgl. *Kelsen* (FN 6) 12.

[28]) Eine solche „Bereinigung" kann durch den Normsetzer erfolgen, der die Vorschrift erzeugt hat (vgl. z.B. das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz, BGBl. I 1999/191). Es kann aber dafür auch ein besonderes Verfahren vorgesehen sein. So findet sich in der österreichischen Bundesverfassung eine ausdrückliche Ermächtigung des Bundeskanzlers (Art. 49a Abs. 2 Z. 3 B-VG) im Rahmen einer Wiederverlautbarung „gegenstandslos" gewordene Gesetzesvorschriften – allgemein verbindlich – als „nicht geltend" festzustellen; sie sind nicht „wiederzuverlautbaren". Eine solche Ermächtigung ist deshalb zweckmäßig, weil das Vorliegen der „Gegenstandlosigkeit" strittig sein kann.

Man könnte solche Normen als „totes Recht" bezeichnen. Dieser Begriff ist allerdings im Hinblick auf seine Mehrdeutigkeit mit Vorsicht zu gebrauchen (vgl. *Jabloner*, Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, FS Adamovich [1992] 189 [198, FN 36] <in diesem Band ab Seite 47. Anm. der Hrsg.>).

[29]) Die Strafrechtsordnungen moderner Rechtsstaaten sehen keine „Sippenhaft", also keine Erstreckung eines Strafurteils auf weitere Personen als den Angeklagten vor. Regelmäßig mit dem Tod des Verurteilten wird daher der zeitliche Rechtsfolgenbereich des Strafurteils zu Ende gehen.

[30]) Vgl. *Kelsen* (FN 6) 244.

[31]) Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen vgl. VfSlg. 11.865.

[32]) *Lohsing*, Österreichisches Strafprozessrecht[2] (1920) 700.

[33]) Dieser Aspekt wird vor allem bei der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gem. § 33 StPO deutlich (vgl. *Lohsing* [FN 32] 695) und auch für die ordentliche Wiederaufnahme behauptet. So schreibt *Roeder* [FN 19] 503: „Darum hat auch § 354 . . . nicht so sehr die Rehabilitierung des Verstorbenen als die Wiederherstellung des durch einen Justizirrtum erschütterten Ansehens des Staates und seiner Gerichtsbarkeit im Auge".

[34]) Somit wird hier im freilich rechtspolitischen Kontext einer Ansicht gefolgt, der jener *Glasers* (FN 19, 406) zur Auslegung der StPO vertretenen nahekommt: „Selten hat die Nichtigkeitsbeschwerde den Erfolg, daß der Angeklagte sofort freigesprochen wird. Sie kann ihn nur unter der Voraussetzung haben, daß die Anklage, auf Grund

Ansicht des Verfassers ist es zu bezweifeln, ob bei der Frage der Aufhebung eines Gerichtsurteils, das über ein Jahrhundert alt ist, und nach mehrfachem Wechsel der Rechtsordnung, die rechtsethische Begründung für die Revision – ob in ihrer generellen oder individuellen Ausprägung – noch immer tragfähig ist. Diesem Zweifel kann man freilich entgegenhalten, dass die Ritualmord-Verleumdung zum innersten und bösartigsten Kern des Antisemitismus gehört. Wer zum Stichwort „*Hilsner*" das Internet durchsucht, stößt auf antisemitische Auflistungen behaupteter Ritualmorde unter besonderer Erwähnung des Falles Hilsner. Gerade der Umstand, dass sich dieses Geschehnis so spät – und unter vermeintlich rechtsstaatlichen Umständen – abspielte, liefert ein Argument für die Ritualmordlegende. Aber es wäre naiv zu meinen, eine Urteilsrevision über hundert Jahre später könnte daran etwas ändern. Diejenigen Kreise, die an der Ritualmordlegende festhalten, würden eben behaupten, der heute übermächtige jüdische Einfluss habe die Korrektur des Urteils erzwungen.[35])

Aber auch noch in eine andere Richtung hin ist zu überlegen:

Kehren wir noch einmal zum Geltungsbegriff zurück, mit dem wir diesen Abschnitt unserer Überlegungen begonnen haben. Die Setzung eines Rechtsaktes, die Erzeugung einer Rechtsnorm ist auch die Herstellung einer Tatsache (freilich ideeller Art). In der Rechtswissenschaft wird diese Art der „Normwirkung" als „Tatbestandswirkung" bezeichnet.[36]) Man meint damit, dass nicht die vom Rechtsakt „selbst" ausgehenden Wirkungen betrachtet werden, sondern das Faktum des Rechtsaktes wird von einer anderen – in der Regel generell-abstrakten – Norm rechtlich releviert. Eine Tatbestandswirkung liegt etwa bei der Auswirkung einer Vorstrafe für die Strafbemessung vor oder wenn eine verwaltungsbehördliche Vorschrift an die Tatsache einer gerichtlichen Verurteilung Rechtsfolgen knüpft.[37])

Diese Art von Wirkungen ist grundsätzlich von der Frage der Weitergeltung des Rechtsaktes unabhängig, da das geltende Recht ja auch an historische Gegenstände Rechtsfolgen knüpfen kann. Freilich kann das positive Recht auch hier bis zu einem gewissen Grad scheinbar in die „Wirklichkeit eingreifen". So bewirkt das „Tilgungsgesetz", dass ein Straftäter – trotz verbüßter

welcher die erste Instanz verurtheilte, nicht als thatsächlich ungegründet erklärt wird, daß die Handlung als eine solche angesehen wird, die nicht unter das Strafgesetz fällt oder aus juristisch-technischen Gründen nicht zu strafen war. Dieses juristische Resultat ist durch die Thatsache des eingetretenen Todes erreicht; welchen Einfluß es auf die Fleckenlosigkeit des Andenkens des Verstorbenen zu üben vermag, das hängt gar sehr von den Umständen des Falles ab. Zu einer wirklichen Reinigung des Andenkens würde daher nur eine solche Entscheidung führen, welche die thatsächliche Feststellung des ersten Richters definitiv beseitigt. Dazu aber ist erforderlich, daß eine Wiederholung der Hauptverhandlung angeordnet werde. Kann aber eine solche einem Verstorbenen gegenüber stattfinden?"

[35]) Wie schon eingangs geschildert war der Hilsner-Prozess spätestens ab dem Verfahren in Pisek kein Ritualmordprozess. Trotzdem blieb – historisch gesprochen – genau dieses Element unauslöschlich.

[36]) Vgl. z.B. *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts[7] (1999) 201 m.w.N.

[37]) Vgl. z.B. § 33 Abs. 2 StGB, § 8 Abs. 3 Waffengesetz.

Strafe – als „unbescholten" gilt.[38]) Aber eine weitergehend in die Wirklichkeit eingreifende Rechtsgestaltung ist wohl nur in einem diktatorischen System möglich. In einem solchen könnte allerdings die Anordnung getroffen werden, dass z.B. eine notorische, aber unerwünscht gewordene Person „niemals gelebt hat" oder ein gerichtliches Verfahren niemals stattgefunden und ein Urteil niemals existiert hat. Wir kommen mit dieser Überlegung aber sichtlich an eine Grenze. In einem die Wahrheit respektierenden Rechtssystem kann zwar die Bestreitung eines Faktums geahndet werden – denken wir an die „Auschwitz-Lüge" –, aber nicht seine Behauptung.

Es ist freilich richtig, dass das Urteil Hilsner in einer vergangenen Sollens-Welt noch existiert. Aber nach mehr als einem Jahrhundert ist der rechtshistorische Aspekt des Fehlurteils so dominant, dass der aktuelle juristische Aspekt völlig überdeckt ist. In diesem Sinn wird Recht zur Geschichte. Das Skandalon lag eben darin, dass zu dieser Zeit ein derartiges Fehlurteil gefällt werden konnte. Als solches – nämlich als historisches Faktum – kann es nicht aus der Welt geschafft werden. Es soll ja auch weiterhin darüber geforscht und diskutiert werden!

Allerdings, das Recht „gehört" nicht den Juristen und eine Betrachtung wie die vorstehende mag wegen des überwiegend rechtstechnischen Aspektes geradezu anstößig wirken. Geht es nicht eigentlich um „Gerechtigkeit für Leopold Hilsner" und müssen hier nicht alle Einwände zurückstehen? Mögen Juristen noch so oft die eigentliche Funktion der Rechtsordnung als einer Sozialtechnik betonen, die das künftige Verhalten von Menschen beeinflussen soll, so wird immer wieder der Wunsch artikuliert werden, über das Rechtssystem auch andere Inhalte, Botschaften und Deklarationen zu verbreiten. Dennoch ist der angestrebten Revision des „Hilsner-Urteils" entgegenzuhalten, dass die Möglichkeiten des Rechts, die Gesellschaft tatsächlich zu beeinflussen, nicht überschätzt werden dürfen.

V.

Der hier vertretene Rechtspositivismus darf nicht falsch verstanden werden. Er läuft keineswegs auf die Aussage „Recht muss Recht bleiben" hinaus. Gerade der von Hans Kelsen vertretene „kritische Rechtspositivismus" der Wiener Rechtstheoretischen Schule relativiert die Geltung von Rechtsnormen in zweifacher Hinsicht: Zum einen besteht die Geltung eines Rechtsaktes nur relativ zum Deutungsschema einer gegebenen Verfassung. Mit jedem Verfassungsbruch kommt es – wie schon ausgeführt – zum Zusammenbruch der bisherigen Rechtsordnung.[39])

[38]) Vgl. § 1 Tilgungsgesetz 1972, BGBl. 1972/68. Vgl. auch den pönalisierten Straftatbestand des Vorwurfs einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB).

[39]) Darüber hinaus relativiert das Kelsensche Denken die Geltung von Normen erkenntnistheoretisch durch die Einführung der Grundnorm: Die objektive Geltung des

Wenn auch der eigentliche sozialtechnische Zweck des Rechtes die Steuerung des zukünftigen Verhaltens von Menschen ist,[40]) so kann – vor allem nach einem Systemwechsel – der Aspekt der Neubewertung der Vergangenheit und daher auch von vergangenen Rechtsakten sehr deutlich in den Vordergrund treten. 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. Auch das strafrechtliche Rückwirkungsverbot stellt kein „Naturrecht" und auch keine wesensmäßige Eigenschaft des Rechts dar, sondern gilt nach Maßgabe des positiven (Verfassungs-)Rechts.[41])

Gerade eine rechtspositivistische Anschauung macht für eine solche Neubewertung den Weg frei: Der Grundsatz „Recht muss Recht bleiben" ist pseudopositivistisch und kann rechtstheoretisch nicht begründet werden.[42]) Gerade dies wird nicht immer zutreffend gesehen. So meint etwa Moos bei Erörterung der Rechtsqualität von NS-Urteilen unter Bezugnahme auf eine von Rittler vertretene Position, es sei ein typisches Produkt der Kelsenschen Reinen Rechtslehre, dass einmal gesetztes Recht für immer als Recht anzusehen sei.[43]) Nichts könnte falscher sein. So heißt es bei Kelsen: „Zwar, was geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden; aber die normative Deutung von längst Geschehenem kann auf Grund von Normen nachträglich geändert werden, die auch nach dem zu deutenden Geschehen gesetzt wurden."[44])

Dieses rechtstheoretisch wie -soziologisch unzutreffende Verdikt Moos' erklärt sich allerdings auch daraus, dass das Argument „Recht muss Recht bleiben" im Nachkriegsdeutschland dazu verwendet wurde, das Verhalten von Richtern und anderen Juristen, die im NS-Staat an der Rechtserzeugung, insbesondere der Urteilsfindung teilhatten, zu rechtfertigen. Was damals Recht gewesen war, könnte nicht zu „Unrecht" werden, so wurde argumentiert. Soweit es sich um strafrechtliche Vorwürfe gegen die Akteure des NS-Staates handelte, wurde dies auch mit dem Hinweis auf das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verbunden: In der neuen Rechtsordnung sei es nicht zulässig, Menschen rückwirkend für etwas bestrafen, das zur Zeit der Tatbegehung erlaubt oder gar geboten war. Da Moos diese These im Grunde zu teilen scheint,[45]) bleibt zur Auflösung der dann unerträglichen Spannung mit dem ethischen Unwert der in Frage stehenden Urteile nur die Flucht in das Naturrecht, in eine Rückprojektion der „Radbruchschen Formel" in die Rechtsordnung des NS-Staates. Wenn vor allem in der deutschen Rechtslehre unter der Herrschaft des Grundgesetzes nach 1945 ein vom positiven Recht unabänderlicher „naturrechtlicher Kern" behauptet wurde – ausgedrückt gerade in der berühmten „Radbruchschen Formel" – so geschah dies auch auf einen namentlich von Radbruch selbst in der Weimarer Zeit vertretenen naiven Gesetzespositivismus, der den unbedingten Befolgungsanspruch des positiven Rechts in naturalistischer Weise annahm.[46])

VI.

Wir leben unübersehbar in einer Zeit, in der „das Bekenntnis zur ‚historischen Gerechtigkeit' in Politik und Öffentlichkeit eine zunehmende Bedeutung gewinnt".[47]) Vielen Menschen ist ein wertender Umgang mit der Vergangenheit ein drängendes Anliegen. Gerade weil sich nun rechtliche Instrumente in zunehmender zeitlicher Distanz immer weniger dafür eignen, treten Institutionen wie „Historikerkommissionen" oder „Wahrheitskommissionen" in den Vordergrund. Gelegentlich wird sogar von einer neuen Staatsfunktion der „Geschichtsbarkeit" gesprochen. Dass mit der Arbeit an der Grenzlinie zwischen Recht und Geschichte besondere methodische Probleme verbunden sind, wird gerade erst andiskutiert.[48])

Zuvor ist bisweilen historische Expertise im juristischen Prozess gefordert, doch besteht zwischen der Schilderung der Vergangenheit durch den Historiker einerseits und der Tatsachenfeststellung durch den Juristen andererseits ein wesentlicher Unterschied: Der Historiker versucht das frühere Geschehen so zu rekonstruieren, dass sich daraus eine möglichst gute Erklärung

---

Rechts kann letztlich nur mittels Annahme vorausgesetzt werden (vgl. *Kelsen* [FN 6] 196).

[40]) *Schlink* spricht davon, dass das Recht nicht das vergangene, sondern nur das gegenwärtige und zukünftige Leben gestalten und in Ordnung bringen könne. Das Vergangene könne aber um seine Fortwirkung gebracht oder es könne seine Fortwirkung gesichert werden – vgl. Die Bewältigung der Vergangenheit durch Recht, in: *König/Kohlstruck/Wöll* (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts (1998) 433 (433).

[41]) Vgl. *Schlink* (FN 40) 446.

[42]) Die rechtspositivistische Trennung von Recht und Moral hat eben zwei Seiten: Ihre eine Seite ist die, dass aus der Perspektive der handelnden Personen die Frage der Übereinstimmung ihrer Handlungen mit der Moral (oder mit einer Moral) nichts für die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen aussagt; Maßstab dafür ist allein das je positive Recht. Die andere Seite ist aber die, dass – eben als Folge der Freiheit des Rechtsbegriffs von moralischen Gehalten – aus der bloßen Rechtmäßigkeit zu einem Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Handlung nach dem Maßstab einer späteren Rechtsordnung nichts zu gewinnen ist. Dass Handlungen als Rechtsakte zu deuten sind, immunisiert sie nur im Rahmen der Rechtsordnung ihrer Entstehung.

[43]) *Moos*, Recht und Gerechtigkeit. Die Kriegsdienstverweigerung im Nationalsozialismus und die Rolle der Zeugen Jehovas, in: *Rolf Steininger* (Hrsg.), Vergessene Opfer des Nationalsozialismus (2000) 23 (28).

[44]) *Kelsen* (FN 6) 13.

[45]) *Moos* (FN 43) 26.

[46]) Zur Problematik dessen vgl. aber *Schlink* (FN 40) 444, sowie eingehend *Horst Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? FS Walter (1991) 117, besonders 129.

[47]) So *Gross*, Mächtiger als die Gerichte?, in: *Frei/van Laak/Stolleis* (Hrsg.), Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit (2000) 164 (164).

[48]) Vgl. *Gross* (FN 47) 166.

der Quellenlage ergibt.[49]) Er kann seine Feststellungen daher auf einer ganzen Skala der Gewissheit, von der Behauptung, so und so sei es der Fall gewesen, bis zur vorsichtigen Vermutung treffen. Das Gericht, das in einem Verfahren – namentlich im Strafprozess – von einem sehr konkreten Sachverhalt ausgehen muss, hat zu einer „Entscheidung" über die Annahme dieses Sachverhaltes zu kommen. Maßstab dafür sind die zur Anwendung kommenden verfahrensrechtlichen Regelungen, insbesondere über das Beweisverfahren. Ein „non liquet" gibt es nicht.[50])

Sieht man diesen Unterschied, erkennt man deutlicher das vielfache Verlangen nach Rechtsakten. Anders als historische Beurteilungen scheinen Rechtsakte Gewissheit und Autorität auszustrahlen. Gelingt es den Fall Hilsner gleichsam juristisch zu bereinigen, so glaubt man ihn eben endgültig erledigt zu haben. Dass dies auch anders gesehen werden kann, wurde oben dargestellt.

Bei Beurteilung des Falles Hilsner geht es allerdings darum, dass die Fakten bereits durch das rechtliche Geschehen, nämlich den Prozess, vermittelt sind. Nur mehr dieser steht zur Diskussion. Noch immer sind die Unterlagen über den Fall Hilsner verstreut und schwer zu greifen. Nach Ansicht des Verfassers könnte die richtige Behandlung des Falles Hilsner in der heutigen Zeit darin bestehen, dass in präziser wie allgemein verständlicher Weise der Fall der Öffentlichkeit vermittelt wird. Der Fall Hilsner wäre noch immer ein „Schulbeispiel" für den verderblichen Einfluss von Vorurteilen und für die Erkenntnis, wie prekär die Situation der Justiz in einem aufgehetzten Umfeld sein kann. Dem Verfasser dieses Beitrags erscheint dieser Weg adäquater als jener der juristischen Revision.

---

[49]) Vgl. *Albert*, Kritik der reinen Erkenntnislehre (1987) 130.

[50]) Vgl. sehr anschaulich *Wild*, Differierende Wahrheiten. Historiker und Staatsanwälte als Ermittler von NS-Verbrechen, in: *Frei/van Laak/Stolleis* (FN 47) 46 (50).