

**Martin Fincke**

## Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen.

### Das Verhältnis zwischen Recht und Geschichte bei der Bewältigung der Vergangenheit mit Mitteln des Rechts

Unter dem Titel „Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen – Der juristische Umgang mit der Vergangenheit in den Ländern Mittel- und Osteuropas“ fand in der Zeit vom 30. Juni bis 2. Juli 2010 die reguläre „Fachtagung Recht“ der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde in Köln statt, konzipiert und organisiert vom Kölner Institut für Ostrecht unter der Leitung von Frau Professorin *Angelika Nußberger*, die seit Jahresbeginn 2011 Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ist. Ihr ist es gelungen, für die recht unterschiedlichen Teilbereiche unter dem thematischen Dach jeweils hervorragende Referenten aus Theorie und Praxis zu gewinnen.

Trotz der Heterogenität der betrachteten Staaten Ost- und Mitteleuropas und trotz der Heterogenität der betroffenen Rechtsgebiete ist das Verhältnis zwischen Recht und Geschichte als Generalthema dieser Tagung außergewöhnlich stark beachtet und nur selten (z.B. bei einzelnen Berichten im Bereich des Minderheitenschutzes oder in der Sektion über Staatsgrenzen) in den Hintergrund gedrängt worden. Deshalb ließe sich in einer zusammenfassenden Betrachtung der Antworten auf die Frage nach dem bewussten Erinnern und/oder dem bewussten Vergessen fast jedes der 19 Referate einbeziehen, ohne sich zu verzetteln, was sich aus Platzgründen natürlich verbietet.

Schon das Eingangsreferat des Historikers *Schulze Wessel* zur „Instrumentalisierung der Geschichte“ steckte den Rahmen ab, der sich für jedes Referat als mehr oder weniger relevant erwies. Nach ihm gibt es keine „objektive“ Geschichtsschreibung, weil bereits die Quellen mit Deutungen versehen sind. Wohl aber sei eine möglichst weite, alles umfassende (*Ranke*), zweckfreie und wertungsferne Perspektive erstrebenswert. Wenn sich heutige Historiker mit „Gerechtigkeit“ beschäftigen, so führe der nationalpädagogische Zweck dagegen zur Verengung des Blickfeldes. Allerdings sei der Totalitarismus von der allgemeinen historischen Methode ausgenommen, da hier juristische und historische Befassung nahe zusammenliegen und womöglich sogar der Gesetzgeber Schranken für die Thesenbildung aufrichte.

Die Diskussion erbrachte für Ost- und Mitteleuropa Beispiele sowohl bewussten Erinnerns an Unrechtssachverhalte der Vergangenheit (museale Ausgestaltung von MVD-Folterkammern) als auch für Richtersprüche, die den Anschein erwecken, mit Rechtskraft historische Streitfragen zu entscheiden (z.B. Bosnien gegen Serbien<sup>1</sup>). Schon jetzt setzte sich allerdings die Ansicht durch, dass Gerichte selbst dann nicht „autoritativ Geschichte schreiben“, wenn die Rechtskraft ihrer Entscheidungen *inter omnes* wirkt; eben-

---

<sup>1</sup> ICJ judgement Nr. 91 vom 26.2.2007 ([www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf)).

so betätigt sich der Gesetzgeber selbst dann nicht als Geschichtsschreiber, wenn er gewisse historische Behauptungen verbietet (z.B. Auschwitzlüge).

Recht und Geschichte bedingen einander, das zumindest war die gemeinsame Grunderkennnis aller und wurde mit vielerlei Beispielen höchst eindrucksvoll bestätigt. Vor allem ist unbestreitbar, dass das Recht historisch bedingt ist. Inwieweit es aber mit der ihm eigenen Autorität geschichtliche Ereignisse bestätigen oder widerlegen kann, inwieweit also Geschichte rechtlich bedingt ist, erwies sich als vor allem problematisch. Schon unter dem ersten Aspekt, inwieweit nämlich die Geschichte auf das Recht einwirken könne, stellte sich als wesentlich die Relevanz-Frage (z.B. bei *Trunk*): Jedenfalls gibt es keine Zäsur, bis zu der Geschichte „zu alt“ sei, um heutige Rechtsentscheidungen bestimmen zu können, und ab der die „neuere“ Entwicklung rechtlich relevant sein könne. Eine Tendenz in diese Richtung zeigt sich allerdings in der Judikatur des EGMR, wie *Garlicki* berichtete: Die Geschehnisse des 2. Weltkriegs und seiner Besatzungsfolgen seien als „Geschichte“ hinzunehmen, aktuellere Geschehnisse dagegen justizierbar.

Das Recht ist kein Konkurrent der Geschichtsschreibung in Bezug auf die Gewinnung historischer Erkenntnisse. Und doch finden sich erstaunlich viele Ansätze in dieser Richtung sowohl auf Seiten des Gesetzgebers als auch im Bereich der Exekutive (Gedenkstätten, Verbot von Gedenkstätten „Hitlers Geburtshaus“, Autorisierung von Schulbüchern über Geschichte, Kommission des russischen Präsidenten zur Bekämpfung der „Geschichtsverfälschung“) als auch schließlich in der Rechtsprechung (besonders auffallend bei der juristischen Beurteilung von Grenzstreitigkeiten), wobei die Gerichte bekanntlich über Zwangsgewalt bei ihren Ermittlungsmethoden verfügen und ihre Entscheidungen sogar Rechtskraft genießen (die sich freilich auf den Streitgegenstand beschränkt), beides scheinbar Privilegien, von denen Historiker nur träumen können. Freilich hat die Tagung ergeben, dass die historische Erkenntnis kein Ziel, sondern nur erwünschtes Nebenprodukt bei der Herstellung individueller Gerechtigkeit sei und dass das Wahrheitsfindungsverfahren der Gerichte letztlich doch nicht überlegen ist. Als nicht unbeteiligt erwies sich übrigens auch die Rechtswissenschaft, etwa in ihrem Bemühen, die Grenzen der Rückwirkungsverbote und der Verjährung zu strukturieren und damit die Relevanz von Geschichte zu beeinflussen.

Es ist gar nicht so einfach, hierbei das Banal-Selbstverständliche vom Problematischen zu unterscheiden: Nicht Gegenstand der Erörterungen war die rechthistorische Betrachtung, d.h. nicht nur die Rechtsgeschichte sondern auch die Betrachtung des geltenden Rechts mit historischen Mitteln, wobei die historische Bedingtheit des (auch geltenden, auch künftigen) Rechts selbstverständlich ist. Ebenfalls nicht Gegenstand der Erörterung war die auch selbstverständliche Tatsache, dass die Gerichte in jedem Einzelfall immer mehr oder weniger historische Tatsachen feststellen müssen, besonders eklatant, wenn diese Feststellung einziges Ziel eines Gerichtsverfahrens ist, wie bei der Klage auf Feststellung juristisch relevanter Fakten oder auch bei Todeserklärungen. Es gilt immer, wenn Rechtsfolgen an Tatsachen der Vergangenheit (Vertragsschluss, Straftat) anknüpfen. Nicht Gegenstand war schließlich die banale Tatsache, dass umgekehrt das Recht „Geschichte machen“ kann, d.h. dass einzelne Rechtsakte nachhaltig großen Einfluss auf das Leben vieler Menschen haben können.

Behandelt wurden dagegen nach einführenden Vorträgen zur „Instrumentalisierung der Geschichte“ (*Schulze Wessel*) und „Vergangenheitsbewältigung und Recht“ (*Nußberger*) folgende Themenbereiche: „Staatenbildung und Grenzziehung“ (hierin *Luchterhandt* über den Staatenzerfall in der ehemaligen Sowjetunion, *Milej* über den Staatenzerfall im

ehemaligen Jugoslawien und *Czapliński* über Polens Grenzen), „Minderheitenrecht auf historischer Grundlage“ (hierin behandelten *Vaškau* die Wolgadeutschen, *Kražkov* die Ureinwohner des russischen Nordens, *Geistlinger* Völker des Nordkaukasus, *Schmidt* das Minderheitenrecht Russlands und *Küpper* die ungarischen Minderheiten in den Nachbarstaaten Ungarns), „Argumentation der Verfassungsgerichte auf historischer Grundlage“ (hierin *Holländer* über Tschechien, *Halmai* über Ungarn und *Kononov* über Russland), die „Durchsetzung historisch begründeter Eigentumsrechte“ (hierin *Garlicki* über eigentumsrechtliche Rechtsprechung des EGMR und *Trunk* über intertemporales Recht Russlands im Privatrecht), „Recht und Geschichtsverständnis“ (hierin *von Gall* über russische Gesetzentwürfe zur Strafbarkeit der „Geschichtsverfälschung“, *Sproede* über die Strafbarkeit der Leugnung des „Holodomor“ in der Ukraine und *Schroeder* allgemein über den Einsatz des Strafrechts zur Durchsetzung historischer Gerechtigkeit).

Um alle behandelten Aspekte hier unterbringen zu können, wähle ich aber den umfassenden systematischen Rahmen, der die Geschichte als das wirklich Geschehene von der Geschichtsschreibung und ihren Erkenntnissen unterscheidet. Zu beiden hat das Recht ein je eigenes Verhältnis.

## I. Verhältnis des Rechts zur Geschichte

Recht und Geschichte beeinflussen einander. Man kann den Einfluss des Rechts auf die Geschichte von dem Einfluss der Geschichte auf das Recht getrennt betrachten. Natürlich ist das Recht *Teil* der Geschichte, was es bisweilen schwer macht, das Recht der Geschichte *gegenüber* zu stellen.

### 1. Historische Bedingtheit des Rechts

a) Selbstverständlich sind *Rechtsakte abhängig von historischen Fakten*, insbesondere finden sich letztere typischerweise in der Tatbestandsseite von Rechtsnormen, im materiellen Recht ganz unabhängig von der Schwierigkeit oder Möglichkeit der *Erkenntnis* dieser Fakten. Entscheidungen des Gesetzgebers und Rechtsakte der Regierung werden typischerweise von historischen Entwicklungen und Gegebenheiten ausgelöst, wiederum unabhängig von der richtigen Erkenntnis und Bewertung dieser Anlässe.

b) *Methoden zur Auslegung* von Rechtsnormen und Verträgen rekurrieren weitgehend auf die Geschichte, auch ohne dass die Texte das ausdrücklich tun. Die Relevanz dieser an sich banalen Erkenntnis zeigte sich in der Sektion über die historische Argumentation der Verfassungsgerichte. So betonte *Holländer*, dass das tschechische Verfassungsgericht im Streit zwischen „Originalismus“ und „Aktualismus“ der historischen Auslegung anhinge, die ohnehin unausweichlich sei. Denn bei teleologischer Auslegung habe ein Text nie eine Bedeutung „an sich“, sondern immer nur unter dem Aspekt einer *Frage*. Meines Erachtens ist diese Feststellung allerdings eher bei der Selektion historischer Feststellungen unter dem Gesichtspunkt der *Entscheidungsrelevanz* als bei der Auslegungsmethode anzusiedeln, denn die jeweilige „Frage“ ist schlicht der jeweilige Prozessgegenstand. Aber natürlich hat die Geschichte der Entstehung des auszulegenden Textes die bekannte Auslegungsrelevanz. Auch *Kononov* stellte eindrücklich dar, wie intensiv sich das Verfassungsgericht Russlands mit der Geschichte auseinanderzusetzen hatte, wobei es für seine historische Argumentation keine theoretische Grundlegung liefert, sondern sie einfach praktiziert habe. Dabei finde sie sich im Fall des Verbots der Fusion von MVD und KGB gar nicht in der Entscheidung selbst, wohl aber im Vortrag der Parteien und Sachverständigen. Besonders erschütternd war Kononovs Bericht über

den „Archivboom“ im Fall um das Verbot der KPdSU, in dem er als Berichterstatter mit einer Fülle von kaum glaublichen Originalbelegen der Brutalität des Stalin-Regimes konfrontiert war.

c) Umgekehrt wurde auch die *normative Kraft von Fakten* konstatiert, was man unter die Überschrift bringen könnte „Geschichte schafft Recht“. Besonders deutlich wurde dies in der Sektion über Staatenbildung und Grenzziehung. Dort gingen sowohl *Luchterhandt* (Bsp.: Nachfolgestaaten der Sowjetunion) als auch *Milej* (Bsp.: Nachfolgestaaten Jugoslawiens) vom *uti-possidetis*-Grundsatz aus, nach dem die Grenzen unverrückbar bleiben sollten, wie sie sich durch faktische Besetzung zur Zeit eines Friedensschlusses ergeben hatten. Beide Referenten äußerten sich eher kritisch zu diesem Prinzip, allerdings aus sehr unterschiedlicher Perspektive. Während *Luchterhandt* nach akribischer Analyse der Quellen die bis heute gängige Annahme widerlegte, Stalin habe die Grenzen zwischen den zentralasiatischen Unionsrepubliken absichtlich nicht nach ethnischen Siedlungsgebieten, sondern nach dem Prinzip „*divide et impera*“ gezogen (nachgewiesen am Beispiel der kirgisisch-usbekischen Grenze im Fergana-Tal), legte *Milej* den Finger auf eine tragische Konsequenz einer Kombination des *uti-possidetis*-Prinzips mit dem Selbstbestimmungsrecht: sie (die Kombination) schließe nämlich das Staatsgründungsrecht kleiner Ethnien aus.

Weniger von „faktischer Geschichte“ als durch Verträge, aber immerhin teilweise auch durch Gewohnheitsrecht sind die Grenzen *Polens* bestimmt. *Czapliński* zählte viele noch heute damit verbundene Probleme auf, die freilich hinsichtlich der Westgrenze ganz anderen Charakter haben als bezüglich der Ostgrenze, wo die Geschichte entsprechende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dominiert, etwa zum Kombattantenstatus der Partisanen und zur Entschädigung für Vertreibungen.

## 2. Recht macht Geschichte

Es gilt aber nicht nur, dass Geschichte das Recht bestimmt, sondern auch umgekehrt: *Recht macht Geschichte*. Selbstverständlich gibt es bedeutende Rechtsakte aller drei Staatsgewalten oder internationale Verträge, die durch ihre Geltung und Durchsetzungskraft lange historische Epochen beherrschen. Aus den auf der Tagung behandelten Themenbereichen könnte man den Rechtsstatus von *Minderheiten* in Russland und Ungarn unter diesem Aspekt einordnen. Denn Minderheiten wurden zu Minderheiten nicht nur durch Kriege mit Eroberungen, sondern auch durch vertragliche Grenzziehung wie im Falle Ungarns durch den Vertrag von Trianon.

a) Aus *Russland* wurde über ganz unterschiedliche Arten von ethnischen Minderheiten berichtet. Übergreifend behandelte *Carmen Schmidt* die historische Prägung, mehr aber noch die jetzige Ausgestaltung des Minderheitenrechts, das in der Bundesverfassung nur in Zuständigkeitsnormen Erwähnung findet. Am ehesten maß sie den aufgrund eines Gesetzes von 1966 geschaffenen ca. 500 Kulturregionen Bedeutung zu, während die autonomen Gebietseinheiten weniger relevant seien: diese schützen auch dann keine Minderheitenrechte, wenn die Titularnation selbst Minderheit ist. Der zusätzliche Hinweis darauf, dass die autonomen Gebietseinheiten (im Unterschied zu den Republiken) keine Verfassungen besitzen, ist allerdings kaum überzeugend, da ihre Statuten (wie die aller Subjekte der Föderation) juristisch gleichen Rang wie die Republikverfassungen haben.

Nicht alle Minderheiten haben ein eigenes Territorium. So berichtete *Kražkov* über die Ureinwohner des russischen Nordens ganz unabhängig von der Territorialfrage. Diese „kleinen Völkerschaften“ werden nicht als Minderheiten betrachtet; vielmehr habe Russ-

land schon lange vor der „Erfindung“ von Minderheitenrechten diesen indigenen Völkern einen Sonderstatus eingeräumt und beachtet, lange vor Europa und Kanada und im Unterschied zu letzteren ohne Schuldgefühle.

Eine völlig andere Situation ist im *Nordkaukasus* anzutreffen, über dessen Völker *Geistlinger* berichtete. Er hält es für unmöglich, jedem von ihnen ein eigenes Territorium zu geben, dafür siedeln sie zu vermischt. Dennoch wird die *Stalinsche* Politik der Territorialaufteilung heftig kritisiert und am Beispiel der Čerkessen deutlich gemacht: im Gegensatz zu dem, was *Luchterhandt* zu den Grenzen im Ferganatal herausfand, hat hier nach *Geistlinger* das Prinzip „*divide et impera*“ den Maßstab geliefert und sogar dazu geführt, einzelne Völker aufzuteilen und diese Teile unter verschiedenen Namen (Adygeer, Kabardinen) mit anderen Völkern in ein Territorialgebilde gezwungen.

In wieder einer ganz eigenen Situation befinden sich bekanntlich die *Rußlanddeutschen*, die *Nina Vaškau* am Beispiel der Wolgadeutschen behandelte. Mit emotionaler Verve berichtete sie von Verletzungen der Rechte der Wolgadeutschen bis heute. Unklar blieb, inwiefern deren schließliche Rehabilitierung trotz Veröffentlichung im Gesetzblatt „geheim“ geblieben sein soll.

b) Neben Russland wurde durch *Herbert Küpper* auch *Ungarn* behandelt, aber nicht dessen Minderheiten im eigenen Land, sondern der Rechtsstatus der ethnischen Ungarn außerhalb der Grenzen des durch den Vertrag von Trianon radikal verkleinerten Vaterlandes. Hier ist in der Tat ein Rechtsakt (Vertrag) nicht nur Produkt der Geschichte (1. Weltkrieg), sondern hat seinerseits Geschichte gemacht, indem sich die Ungarn für unabsehbare Zeit in mehreren Staaten wiederfinden. Küpper berichtete eindrucksvoll von den Jahrzehnten des erzwungenen Schweigens über Trianon hin zur heutigen Lage, in der Rechtsradikale sich dieses Themas bemächtigen könnten. Allerdings zeigt eine pragmatische und besonnene Politik der Verträge mit den Nachbarländern vom erfolgreichen Eintreten Ungarns für eine Sicherung der sozialen und kulturellen Rechte der Auslandsungarn und deren weitgehende Gleichstellung mit den Inländern, und zwar schon vor der EU-Erweiterung, die die Grenzen unsichtbar gemacht und dadurch die Brisanz des Themas gemindert hat.

## II. Verhältnis des Rechts zur Geschichtsschreibung

Ging es oben um das Verhältnis des Rechts zur Geschichte, deren Teil das Recht ja ist, so geht es nun um das Verhältnis des Rechts zu *Erkenntnissen* der historischen Forschung. Damit entsteht ein Dreieck zwischen Gericht (allgemeiner: Jurist), Historiker und Geschichte, letztere als Bezugspunkt des den beiden Akteuren gemeinsamen Interesses.

### 1. Einfluss der Historiker auf Rechtsentscheidungen

Nicht besonders thematisiert wurde die Frage der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der juristischen Akteure von historischen Sachverständigen in allen relevanten Staatsgewalten. Selbstverständlich folgen Gerichte häufig historischen Sachverständigen bei der Feststellung entscheidungsrelevanter historischer Tatsachen. Vermutlich noch häufiger verzichten Gerichte, aber auch Gesetzgeber und Exekutive (z.B. bei Grenzziehungen, Entschädigungsregelungen, bei der Einrichtung von Gedenkstätten), auf Sachverständige und informieren sich aus allgemein zugänglichen Quellen oder speziell erhobenen ande-

ren Beweisen selbst. Inwieweit sachverständiger Rat geboten oder als Verschwendungen abzulehnen ist, bleibt Sache der nationalen Prozessrechte.

## 2. Kann Recht historische Erkenntnisse determinieren?

Dagegen tangieren die Beiträge durchaus die umgekehrte Frage, ob der juristische Akteur kraft seiner Machtmittel bestimmte historische Annahmen und Bewertungen kanonisieren darf.

### a. Legislative Zementierung gewisser Annahmen

Am grundsätzlichsten themisierte *Caroline von Gall* diese Frage anhand der Lage in *Russland*. Zwar konstatierte sie Ansätze zu einer gesetzlichen Kanonisierung historischer Annahmen auch im Westen (Kriminalisierung der Leugnung des Holocaust in Frankreich und Deutschland sowie in einem noch schwebend unwirksamen EU-Rahmenbeschluss von 2007<sup>2</sup>), stellte aber einen prinzipiellen Unterschied zu entsprechenden legislativen Bestrebungen in Russland fest: Während nämlich im Westen der gegenwärtige Rechtsfrieden als Rechtsgut geschützt wird, gehe es in Russland um die Angst vor Pluralismus und „*Unausgewogenheit*“ (letzteres war Grund für die gerichtliche Einziehung eines Lexikobandes in *Čečenien*!) aus der Grundüberzeugung, dass der Staat die Geschichte der Nation gegen „*Fälschung*“ zu schützen habe.

*Alfred Sproede* setzte die Reihe der Beispiele mit dem Bericht über den *Holodomor* als Straftatbestand in der *Ukraine* fort: Mit der Bewertung, dass es sich um Genocid gehandelt habe (so *Juščenko* gegen *Janukovič*), sodass die EMRK (Art. 7 II) die Rückwirkung erlaube, wurde 2006 ein entsprechender Straftatbestand in das ukrainische Strafgesetzbuch aufgenommen.

### b. Exekutive Wertung

Wohl jede Regierung versucht mehr oder weniger, mit Haushaltssmitteln Politik gegen „*Geschichtsfälschung*“ zu machen, und sei es auch nur über die Schulbücher, regierungsumfältliche Publikationen zur politischen Allgemeinbildung, im Museumswesen, der Öffnung oder Verschließung von Archiven, selektiver Akteneinsicht, Lustration. In *Russland* endeten die durch *von Gall* geschilderten legislatorischen Versuche mit der Einsetzung einer präsidialen Kommission, die Vorschläge machen soll, wie man mit Mitteln der Verwaltung die vaterländische Geschichte gegen Verfälschungen schützen kann. Der Konflikt mit der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit wird dabei nicht gesehen, übrigens auch zu wenig in Westeuropa.

<sup>2</sup> Rahmenbeschlussvorlage, befürwortet vom EU-Justizministerrat am 19.4.2007 (EU@UN – EU Justice Ministers agree on racism and xenophobia proposal.mht) und vom EU-Parlament, allerdings mit aufschiebend bedingter Wirksamkeit, da einige Mitgliedstaaten sich einen Parlamentsvorbehalt ausbedungen hatten. Hiergegen richtete ein europäischer Historikerkongress im Oktober 2008 einen „*Appell von Blois*“, in dem es u.a. heißt: „*In einem freien Staat ist es nicht die Aufgabe irgendeiner politischen Autorität zu definieren, was die historische Wahrheit sei, geschweige denn darf sie die Freiheit des Historikers mittels der Androhung von Strafsanktionen einschränken*“ (zit. nach *Bertram*, Wider die Erinnerungspolizei, MHR 4/08, 12).

### c. Judikative Feststellung historischer Tatsachen

Jeder Prozess stellt Fakten fest, die Tatbestandsvoraussetzungen für verfahrensgegenständliche Rechtsfolgen sind. Das ist selbstverständlich, wird aber als auffallend wahrgenommen, sobald es um die juristische „Aufarbeitung“ jüngerer Geschichte durch Gerichte geht. Diese ist in West- und Mitteleuropa stark, in der ehemaligen Sowjetunion schwach ausgeprägt. Das geht vermutlich auch auf einen kulturellen Unterschied zurück: In Russland ist man eher bereit, Regierungskriminalität nicht als verfolgbare Kriminalität zu betrachten, sondern als politisches bzw. historisches Schicksal hinzunehmen, in dem die ganze Nation unausweichlich befangen ist.

Allerdings zeigte der Bericht von *Kononov*, dass es auch im russischen Verfassungsgericht Prozesse gegeben hat, bei denen das materielle Recht allgemeinhistorische Sachverhalte oder Wertungen voraussetzt (insbesondere der Prozess zum KPdSU-Verbot). Solche Prozesse, in denen allgemeinhistorische Vorkommnisse im Zentrum der Beweisaufnahme stehen, sind freilich in Westeuropa häufiger (Auschwitzprozess, Restitutionsklagen, Grenzstreitigkeiten, Genocid-Vorwurf). Hier macht das Gericht dem Historiker quasi Konkurrenz.

### 3. Jurist als Konkurrent des Historikers

Der Entscheider, ob sachverständig beraten oder nicht, schreibt Erkenntnisse und Bewertungen von historischen Fakten fest.

a) Als *Richter* hat der Jurist im Vergleich zu dem Historiker überlegene Methoden zur Wahrheitserforschung, weil er zur Beweiserlangung Zwangsgewalt besitzt. Andererseits ist er ihm unterlegen, weil er auf relevante Fragestellungen beschränkt und an die Justizförmigkeit gebunden ist.

aa) So sind es denn auch die *Vorteile* des Prozessrechts die *Friedrich-Christian Schroeder* in den Vordergrund rückte: Speziell erwähnte er das kontradiktoriale Prinzip, zumal zusammen mit einer kürzlichen Aufwertung der Stellung des Verletzten, das Beweisantragsrecht, die Strafdrohung gegen Falschaussage, die Rechtsmittel und das Wiederaufnahmerecht. Auch sei das Erfordernis einer Klage („wo kein Kläger, da kein Richter“; *Nußberger* zählt dieses Erfordernis zu den Selektionsfaktoren) in Strafsachen kein ernsthaftes Hindernis, da fast überall Anklagepflicht herrsche („Legalitätsprinzip“). Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass das Anklageprinzip auch im Strafrecht selektiv wirkt, insofern die Anklage mangels Überführungsaussicht unterbleibt, wenn kaum noch Zeugen zur Verfügung stehen oder Beweismittel schon nach Auffassung der Staatsanwaltschaft aus rechtlichen Gründen unverwertbar sind. Schroeder schränkte auch die Selektionswirkung der Verjährung ein unter Hinweis darauf, dass diese durch Ruhen zu Zeiten staatlichen Unrechts weitgehend ausgehöhlt sei. Wenn man allerdings, wie ich, die Verhinderung von Selbstjustiz als Strafzweck betrachtet und den gegenwärtigen Rechtsfrieden daher als Schutzgut, so besteht an der grundsätzlichen Selektionswirkung der Verjährung kein Zweifel, die ja ihrerseits dem Rechtsfrieden dient, den Historiker aber genauso wenig in seinen Forschungen einschränkt wie die Abwesenheit eines Klägers. Dagegen sind zu den Vorteilen des Richters bei der Wahrheitserforschung ferner zu rechnen: die Zwangsmittel zur Informationserlangung, Telefonabhören etc., Zeugniszwang und Zeugenschutz, Herausgabeverlangen gegenüber Behörden bzgl. Regierungsarchiven u.v.a.

bb) Als *Nachteil* des Richters nannte *Schroeder* den Erwartungsdruck von Politik und Öffentlichkeit, dem aber auch einmal (zugegeben: selten) ein Historiker ausgesetzt sein mag. Im Vordergrund steht aber die Selektion anhand der Entscheidungsrelevanz und die Bindung des Gerichts durch die Justizförmigkeit: dem Strafverfolger sind Täuschung und andere Tricks versagt, ja ihn treffen im Gegenteil Informationspflichten, die eine sonst gegebene Aussagebereitschaft vernichten können. Zwar darf auch ein Historiker seine Zeugen nicht foltern, aber die Sanktion wäre nicht etwa die Unverwertbarkeit seiner Erkenntnisse. Dagegen ist die Unverwertbarkeit von Beweismitteln ein erhebliches Hindernis bei der Feststellung der Wahrheit, die eben im Justizbereich „nicht mit allen Mitteln“ erforscht werden darf. Ferner schränken die von *Nußberger* genannten Selektionsmechanismen schon die „justizielle Thesenbildung“ ein, wo der Historiker volle Themenfreiheit hat, nämlich das Erfordernis eines Klägers oder Beschwerdeführers, die Staatenimmunität, „*pacta sunt servanda*“, Rückwirkungsverbot und Verjährung (alle vier freilich mit Ausnahmen, wie *Nußberger* betont; dazu alsbald mehr), hohes Alter des Beschuldigten (z.B. *Honecker*) sowie die Rechtsstaatlichkeit. Der wesentlichste Selektionsfaktor ist m.E. die *Entscheidungsrelevanz* der justizförmig festzustellenden Tatsachen: sie können *sub specie* des historischen Interesses völlig nebensächlich und jedenfalls lächerlich punktuell sein, während es für den Prozessgegenstand gerade (nur) auf sie ankommt.

Die „*Durchlöcherung*“ der Hürden Rückwirkungsverbot und Verjährung wurde in mehreren Beiträgen deutlich. So berichtete *Pavel Holländer*, wie das tschechische Verfassungsgericht Restitutionsgesetze mit rückwirkenden Elementen akzeptierte und dabei Ruhen der Verjährung bis zur Wende annahm; auch *Gábor Halmai* berichtete vom ungarischen Verfassungsgericht, dass es das Gesetz über die Verfolgung der seit 1956 begangenen (allerdings nicht früheren) Straftaten, gebilligt habe, weil das Rückwirkungsverbot die Verjährung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht verlangt (Art. 7 EMRK). *Lech Garlicki* berichtet von der EMRK-Judikatur zur Restitution, dass man zwar mangels Rückwirkung der EMRK „*Altansprüche*“ in Straßburg nicht geltend machen kann, dass aber (straßburgfähige) „*Neuansprüche*“ entstehen, sobald nationale Gesetze oder Gerichte Entschädigung versprechen. *Alexander Trunk* brachte am Beispiel des russischen Zivilrechts das Problem von Rückwirkung und Verjährung in ein System des „*Intertemporalen Rechts*“. Anhand von 50 Entscheidungen des russischen Bundesverfassungsgerichts hat er dafür zahlreiche Gesetze untersucht mit dem Ergebnis, dass 20 Prozent dieser Gesetze intertemporale Regeln enthalten, die die Relevanz „*alter*“ Sachverhalte bestimmen. Die Eigenschaft als „*alt*“ im Sinne des Rückwirkungsverbots der Verfassung bestimme sich nicht nach Zeitablauf, sondern allgemein nach ihrer Relevanz aus der Sicht der jeweiligen Rechtsnorm, um deren Anwendung es geht. Im Übrigen gelte das Rückwirkungsverbot im Zivilrecht immer, weil die Entscheidung stets notwendig eine der Parteien belaste. Hierbei bleibt allerdings die Frage offen, ob dies auch in dem Fall anzunehmen sei, wenn das Gericht (normrelevante) historische Fakten nicht nach eigener Überzeugung feststellt, sondern nach Beweislast. Auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung bei gestreckten Sachverhalten wurde in der Diskussion hingewiesen.

cc) Unterschiedlich sind auch die *Folgen* der getroffenen Feststellungen. So ist die *Rechtskraft* einer gerichtlichen Entscheidung, an der gewisse Faktenfeststellungen teilhaben oder die sogar Hauptinhalt der Entscheidung sein können, selbst bei Wirkung *inter omnes* beschränkt. Häufig gilt sie nur *inter partes*, zuweilen ist die Faktenfeststellung gar nicht Gegenstand einer Beweisaufnahme (etwa bei Unstetigkeit in Verfahren mit „*formeller Wahrheit*“ oder bei Entscheidungen nach Beweislast im Falle eines *non liquet*

oder bei Entscheidungen *in dubio pro reo*). Einen gewissen Unterschied macht auch das Zustandekommen einer Entscheidung aus, bei Kollegien etwa die Mehrheitsentscheidung. Infolgedessen verlangt die Rechtskraft zwar Respekt zumindest der Parteien bei drohender Zwangsvollstreckung, keineswegs aber erhebt sie die „rechtskräftigen“ historischen Annahmen zu Dogmen. Nur in puncto der konkreten Rechtsfolgen müssen sie – um des Rechtsfriedens willen – als „richtig“ hingenommen werden, durchaus aber nicht als wahr im Sinne eines Verbots, sie fürderhin in Frage zu stellen. *Nußberger* kommt daher zu der eindrucksvollen Formulierung, dass die Gerichte die Geschichte zuweilen neu „vermessen“, aber nicht neu schreiben.

dd) Unterschiedlich ist schließlich der Zweck der Feststellung. Zwar kann auch der Historiker einen Zweck verfolgen, darunter auch den der Gerechtigkeit (*Schulze Wessel* sprach in diesem Zusammenhang von einem „staatsanwaltschaftlichen approach“ einiger Historiker wie *Goldhagen* und *Reemtsma*), aber dem Gericht ist „zweckfreie“ Forschung genauso untersagt wie historische Wahrheit und Gerechtigkeit *keine* legitimen Ziele von Strafprozessen sind (*Schroeder*): das Gericht darf nur das Ziel richtiger Entscheidung verfolgen. Gerade das Ideal des Historikers i.S. von *Rankes* gesamthistorischer Betrachtung (*Schulze Wessel*) ist dem Juristen also versagt.

b) Den *Gesetzgeber* kann man sich kaum als Konkurrenten des Historikers vorstellen, weil die Fakten ja nicht legislativ „erforscht“ werden sollen. Allenfalls geht es, wie oben gesehen, um die gesetzliche Fixierung einer von anderen gefundenen historischen Annahme. Allerdings fehlt es m.E. an einer Legitimierung des Gesetzgebers zur Kanonisierung bestimmter Forschungsergebnisse. Vielmehr kann die Rede allenfalls davon sein, den gegenwärtigen Rechtsfrieden dadurch zu schützen, dass abweichende Behauptungen oder Bewertungen in einer den Rechtsfrieden gefährdenden Art und Weise, also zumindest öffentliche Äußerungen, zu verbieten. Hierbei geht der Gesetzgeber freilich davon aus, dass die mittelbar faktisch geschützte historische Annahme wahr sei; aber illegitim wäre es, sie um deswillen unmittelbar zu tabuisieren. Daher ist die Feststellung von *Galls* so beunruhigend, dass in Russland und vielleicht auch anderen Nachfolgestaaten der Sowjetunion die Aufgabe des Staates und damit auch des Gesetzgebers darin bestehen könnte, die Nationalgeschichte *selbst* zu schützen.

c) Als *Regierung/Verwaltung* wird der Jurist seltener in Versuchung sein, historische Erkenntnisse zu produzieren oder zu schützen. Eine systematische Behandlung des umfassenden Themas hätte aber die rechtlichen Grenzen einer diesbezüglichen staatlichen Forschungs- und Propagierungspolitik, insbesondere die für Schulen verbindliche inhaltliche Festlegung von Lehrmaterialien, zu thematisieren. Mir scheint eine diesbezügliche „nationalpädagogische“ Zielrichtung, jedenfalls als von Staats wegen mit rechtlichen Mitteln verordnete, viel problematischer zu sein als bei Historikern, bei denen sie aber auch teilweise verpönt ist (*Schulze Wessel*).

### III. Fazit

#### 1. Gebot der Zurückhaltung

Trotz einiger zutage getretener Kontroversen scheint mir aus der Gesamtheit der Referate hervorzugehen, dass das Recht *kein* Konkurrent der Geschichtsschreibung ist, sondern nur der individuellen Gerechtigkeit dient, wenn auch als sehr wünschenswerter Nebeneffekt, etwa einschlägiger Strafprozesse, ein Beitrag zur Aufarbeitung der jüngeren Ge-

schichte geleistet werden kann.<sup>3</sup> Trotzdem besteht eine gewisse Gefahr für die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit darin, dass sich der Gesetzgeber oder auch die Exekutive bemüht fühlt, ein bestimmtes Geschichtsbild rechtlich verbindlich zu machen und zu schützen. Daher ist *Zurückhaltung* geboten; zwar besteht kein Grund zu einem *judicial self-restraint* der Gerichte,<sup>4</sup> weil sich die enge Beschränkung auf Entscheidungsrelevanz von selbst ergibt, wohl aber für Gesetzgeber und Exekutive: Nur bei Friedensgefahr, nicht als Schutz für Nationalstolz oder für die „vaterländische Geschichte“,<sup>5</sup> dürfen friedensgefährdende historische Behauptungen verboten werden, aber wohl auch nur solche, von deren Unwahrheit eine bedeutende Mehrheit der seriösen Historiker überzeugt ist. Diese letztere Voraussetzung wurde auf der Tagung nicht angesprochen, geschweige denn juristisch präzise gefasst. Aber die Diskussion des Beitrags von *Sproede* über den *Holodomor* ergab, dass die Gefahr des Missbrauchs „staatlicher Pädagogik“ abzuwägen sei gegen die individuelle Ehre der Opfer von Taten, deren Leugnung verboten werden soll, und ihrer Nachkommen (neben der Gefahr für den Rechtsfrieden).

## 2. Lernen aus der Geschichte?

Zum Schluss klang die allgemeinere Frage an, ob wir aus der Geschichte lernen können und ob das Recht hierzu beitragen kann. Die Antwort lautet verhalten: Vermutlich gelingt das jedenfalls nicht kurzfristig. So berichtet *Tamara Morščakova*, dass in Russland die als Antwort auf die eigene jüngste Geschichte konzipierten Werte der Verfassung nicht verinnerlicht worden seien, weder im Volk noch unter den meisten politischen Akteuren. Auch habe man bei Erlass der Verfassung nicht vorausgesehen, dass sich ausgegerechnet das Parlament als Reformbremse erweisen könnte.<sup>6</sup> In Ungarn ist zwar eine weitgehende Aufarbeitung der Vergangenheit unter Achtung rechtsstaatlicher Barrieren erfolgt (*Halmai*), es wurde aber auch die Gefahr rechtsradikalen Missbrauchs des Wegfalls des Trianon-Tabus genannt (*Küpper*). Die Diskussion des Beitrags von *Kononov* ergab, dass offenbar nur in der ehemaligen Sowjetunion jede juristische Aufarbeitung unterblieben ist (weder Verfolgung von Regierungskriminalität noch Lustration von Beamten noch organisierte Einsicht der Opfer in Geheimdienstakten). Es ist wohl zu früh, um beurteilen zu können, ob das Recht, namentlich die Justiz, beim Lernen aus der Geschichte ein effektiver Lehrmeister sein kann.

<sup>3</sup> So schon das Ergebnis der Diskussion des Beitrags von *Schulze Wessel*, ferner namentlich *Nußberger* und *Schroeder*.

<sup>4</sup> Nach *Garlicki* zeigt der EGMR auch keine Neigung in dieser Richtung; immerhin aber tendiere er dazu, die Kriegs- und Besetzungsmaßnahmen in und nach dem 2. Weltkrieg eher als „Geschichte“ – und damit tabu – zu betrachten als „aktuelles Geschehen“.

<sup>5</sup> Von *Gall* berichtet von Russland, dass man dort unter Berufung auf *Hegel* eine solche Schutzpflicht annehme, und zitiert den Chef der Präsidentenadministration *Naryškin*: „Es gibt keine Geschichte nach eigenem Geschmack“.

<sup>6</sup> Trotz dieser Enttäuschung sei die Verfassung allerdings nützlich, weil sie wenigstens die *Möglichkeit* der bewussten Durchsetzung biete.