

Historisches Seminar der Universität Zürich

Prof. Dr. Bernd Roeck; MAS Applied History, Modul 1.7 "Geschichte und Medien";
Frühlingsemester 2020

Der Historiker ist kein Richter – ein Plädoyer

Essay vom 31. März 2020

*Clio ist nicht Justitia**



Abwandlung von Clio, Muse der Geschichtsschreibung, Holzgravur, 19. Jahrhundert (durch Christin Terruzzi)

*zit. nach Kreis, S. 39)

von

Daniel Marugg

marugg@marugg-dr.ch

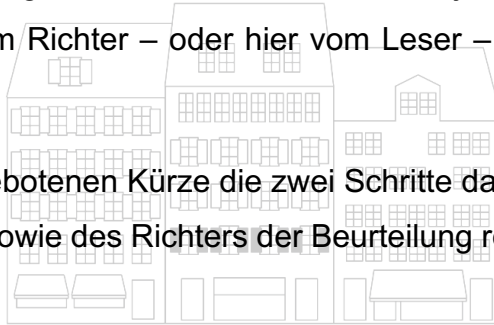
INHALTSVERZEICHNIS

1. EINLEITUNG	3
2. HAUPTTEIL.....	3
2.1. Erforschung der Geschichte – Abklärung des Sachverhalts	3
2.2. Historische Wahrheit – Juristische Wahrheit.....	4
2.3. Beurteilung – Urteil.....	5
3. FAZIT	8



1. Einleitung

- 1 Diese Arbeit diskutiert, zu welchen Wahrheiten der Historiker und der Richter¹ in ihrer Tätigkeit wie gelangen. Weiter ist vor ihrer beruflichen Verantwortung² zu fragen, welche Beurteilung oder Urteil ihre jeweilige berufliche Tätigkeit verlangt und zulässt.
- 2 Eine abschliessende Behandlung resp. Beantwortung dieser Fragen ist in diesem Essay selbstredend nicht möglich. Es ist vielmehr ein Plädoyer, zur Begründung der als Titel gesetzten These³. Wiewohl ein Plädoyer verkürzt und subjektiviert, müssen die erzählten Behauptungen und teilweise ihre Fiktion jedoch Hand und Fuss haben, ansonsten sie vom Richter – oder hier vom Leser – weder verstanden noch akzeptiert werden⁴.
- 3 Als Basis sind in der gebotenen Kürze die zwei Schritte darzustellen, welche in der Arbeit des Historikers sowie des Richters der Beurteilung resp. dem Urteil vorangehen.



2. Hauptteil

2.1. Erforschung der Geschichte – Abklärung des Sachverhalts

- 4 Beide Disziplinen befassen sich mit Vergangenenem, nicht Gegenwärtigem⁵. Der Historiker erforscht ein geschichtliches Ereignis aus eigener Initiative oder gemäss

¹ Gemeint ist vorliegend einerseits der urteilende staatliche Richter in Zivilsachen und der gemäss privatrechtlichem Schiedsauftrag tätige Schiedsrichter, mit dem grundsätzlichen Aufbau ihrer Verfahren: Behauptungs-/Beweis-/Urteilsstadium. Andererseits der urteilende Strafrichter, nicht jedoch der (Straf-)Untersuchungsrichter und sein spezielles Verfahren oder andere Verfahren des öffentlichen Rechts. Auf die in Teilen unterschiedliche Ausgestaltung der Richtertätigkeit in den Rechtskreisen des Civil Law und des Common Law kann vorliegend nicht eingegangen werden.

² Von der redlichen Tätigkeit beider Professionen wird ausgegangen.

³ Umgekehrt ist natürlich auch der Richter kein Historiker; s. u.a. Kreis, S. 35 *et seq.*

⁴ Hafter, NN 13, 626, 1977.

⁵ S. dazu u.a. die Gegenüberstellung "Juristische und historische Vergangenheitskonstruktionen"; Kreis, S. 32.

Auftrag⁶, und der Richter klärt einen ihm von den Parteien nach der Dispositionsmaxime vorgelegten Sachverhalt ab oder ein Geschehen in Ausübung seines Amts.

5 Erste Unterscheidungen ergeben sich in der Vorgehensweise sowie der angewandten Optik. Der Historiker wählt seine Quellen selber und wertet sie aus, wobei unterstellt werden darf, dass der Historiker sein definiertes Forschungsthema umfassend abklären will. Dagegen prüft der Richter nur den gegebenen oder ihm von den Parteien präsentierten Prozessgegenstand, ausserhalb des ihm vorgetragenen Sachverhalts mit den angerufenen Beweismitteln stellt er von sich aus grundsätzlich⁷ keine eigenen Nachforschungen an. Der Historiker übt also eine weitergefasste, aktivere Rolle aus, wogegen der Richter zunächst einmal passiv zuhört, namentlich den schriftlichen oder mündlichen Parteivorträgen⁸. Der Schiedsrichter verhält sich auch bei der Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen im Beweisverfahren noch eher zurückhaltend, was beim staatlichen Richter anders ist⁹.

2.2. Historische Wahrheit – Juristische Wahrheit

6 Ohne diesen beiden "grossen" Begriffen auch nur annähernd Genüge tun zu können, ist für diese Arbeit folgendes festhalten: Der Historiker wählt für seine Wahrheit aus den zusammengetragenen Quellen aus und interpretiert sie, womit er sein Forschungsthema beantworten kann. Für die Auswahl und Interpretation leitet ihn seine Sachkenntnis, er ist dabei jedoch mit seinem Thema vor Augen grundsätzlich frei bei seiner "Geschichtserzählung", unter Beobachtung der Unparteilichkeit¹⁰.

⁶ Hier der Tätigkeit eines Untersuchungsrichters nicht unähnlich, sogar u.U. mit Bezug auf die Befugnisse, wenn einem Historiker der Zugang zu Quellen mit prozessualen Zwangsmassnahmen möglich ist (so der Fall u.a. bei der Bergier-Kommission; s. Ziff. 13 nachstehend).

⁷ Ausnahmen bestehen u.a., soweit die Oficialmaxime greift (bspw. im Kinds- oder im Strafrecht).

⁸ U.a. Art. 228 ZPO und u.a. Art. 346 StPO; s. dazu auch Stolleis, S. 175.

⁹ Vereinfacht: Nicht nur in internationalen Schiedsverfahren gilt die Übung, dass die Parteien bzw. ihre Anwälte zuerst ihre Fragen stellen, mit der im Gegensatz zu unseren staatlichen Zivil- und Strafverfahren zusätzlichen Möglichkeit des Kreuzverhörs; der Schiedsrichter oder die drei Mitglieder eines Schiedsgerichts stellen ihre Fragen zumeist danach, wobei sie ihr richterliches Fragerecht jederzeit ausüben können. Man spricht hier vom "kontradiktorischen Verfahren". Der staatliche Richter stellt dagegen grundsätzlich zuerst die Fragen, die Parteien bzw. ihre Anwälte alsdann die ihrigen, entweder indirekt via Richter oder direkt. Der hierfür verwendete Begriff ist zumeist die "moderne Inquisitionsmaxime".

¹⁰ Bloch beschreibt das auf S. 155 treffend wie folgt: "*Ein Wissenschaftler registriert – oder besser noch – er unternimmt ein Experiment, das vielleicht gerade die Theorien umstossen wird, an denen ihm am meisten liegt.*" Gl. M. u.a. auch Kreis, S. 33.

7 Der Richter wertet die Parteibehauptungen und die abgenommenen Beweise nach der Beweislast im Hinblick auf den Prozessgegenstand/die Streitigkeit aus und wendet das Recht an (*iura novit curia*). Auch er tut dies unparteiisch¹¹. Die Subsumtion eines Tatbestands unter einen Rechtssatz folgt dann aber nie einem Automatismus, die Rechtsfindung ist immer auch Rechtsschöpfung¹². Der Richter sucht jedoch nicht nach der absoluten Wahrheit. Wenn der Staat dem Angeschuldigten seine strafrechtliche Schuld oder wenn die klagende Zivilpartei ihren Anspruch nicht nach- oder beweisen kann, sind der Strafvorwurf (*in dubio pro reo*) und/oder der Zivilanspruch (diesfalls mangelt es an der Anspruchsgrundlage) gescheitert. Dasselbe Schicksal kann ein allenfalls materiell begründeter Anspruch erfahren, wenn bestimmte Voraussetzungen¹³ nicht gegeben sind.

2.3. Beurteilung – Urteil

8 Der Historiker hat "*seine Aufgabe erfüllt, sobald er beobachtet und erklärt hat*"¹⁴. Er muss das genau und vollständig tun, die Zusammenhänge darlegen und sichtbar machen, mithin laut Bloch "*verstehen*", verständlich machen, selbstredend auch Analysen und Wertungen unter Angabe der angewandten Methodik¹⁵ vornehmen, jedoch nicht urteilen. Letzteres obliegt in der Regel der Politik¹⁶ oder im gegebenen Fall dem Richter. Experten fällen keine Urteile¹⁷; Expertisen sind Beweismittel wie alle anderen, und nur als solche hat sie der Richter für sein Urteil zu würdigen.

9 Und sowenig, wie der Historiker urteilen soll, ist er berufen, von sich aus Empfehlungen abzugeben für das weitere Vorgehen oder für allfällige Sanktionen aus dem von ihm historisch beobachteten und erklärten Sachverhalt, käme dies doch einer

¹¹ Art. 30 Abs. 1 BV.

¹² Imboden, S. 106 *et seq.*

¹³ Bspw. ist die Verjährung eingetreten. In formeller Hinsicht kann es bspw. an der Legitimation mangeln. Oder die Parteien vergleichen sich, womit der Anspruch nie entscheiden wird.

¹⁴ Bloch, S. 156 (beide Zitate).

¹⁵ Gross, S. 167.

¹⁶ Nach dem vorliegenden Verständnis Exekutive und Judikative umfassend, mit dem vorausgesetzten Dialog mit dem Volk (Souverän) und den Ständen (auf Bundesebene), s. im Weiteren nachstehend.

¹⁷ Gegenläufige, negative Beispiele, in welchen sich Richter hinter Expertisen "verstecken" und diese ohne sorgfältige, eigene juristische Reflexion zum Urteil erheben, gibt es allerdings zuhauf (bspw. bei Gutachten in Verwahrungsfällen, oder bei Schiedsrichtern die allzu unkritische Übernahme von Expertenaussagen in komplizierten kommerziellen Streitigkeiten).

"Verrechtlichung der Vergangenheit [gleich], die sich in der Verknüpfung von geschichtswissenschaftlichen Erkenntnissen mit politischer Moral und gesetzlichen Sanktionsmitteln manifestiert[e]"¹⁸.

10 Es gibt keine "Geschichtsbarkeit". Der Historiker wendet im Gegensatz zum Richter keine kodifizierten Rechtsnormen an, sondern seine und damit die Forschungsgrundsätze seiner Disziplin¹⁹. Der Historiker ist dabei jedoch nicht alleine verantwortlich zur Befolgung der ihm anempfohlenen Zurückhaltung²⁰. Auch die Politik ist gefordert. Es geht nicht an, dass sie ihre ureigenen Aufgaben an Historiker oder -gremien delegiert und von ihnen verlangt, die Geschichte bis hin zu einer Beurteilung aufzuarbeiten (allenfalls noch gemäss dem gerade herrschenden Zeitgeist), die dann so als "geltend" übernommen wird.

11 Ein jüngstes negatives Beispiel hierzu ist die "Unabhängige Expertenkommission Administrative Versorgungsungen" (UEK). Eingesetzt wurde sie vom Bundesrat, mit folgendem Auftrag: Sie "untersucht das Thema der administrativen Versorgungsungen und anderer fürsorgerischer Zwangsmassnahmen in der Schweiz bis 1981"²¹. Die gesetzliche Grundlage spricht von "Wissenschaftlicher Aufarbeitung und Öffentlichkeitsarbeit"²². Die UEK gab nun jedoch zu ihrem wissenschaftlichen Schlussbericht auch separate "Empfehlungen"²³ ab für u.a. die "Rehabilitierung der Opfer von fürsorgerischen Zwangsmassnahmen durch zusätzliche finanzielle Leistungen"²⁴, oder etwa für "[s]taatliche finanzielle Unterstützung des staatsbürgerlichen Engagements der Personen, die Opfer von fürsorgerischen Zwangsmassnahmen sind"²⁵.

¹⁸ S. u.a. Tribelhorn, S. 12.

¹⁹ Gross, S. 165.

²⁰ S. namentlich Bloch, S. 155.

²¹ <https://www.uek-administrative-versorgungsungen.ch/ueber-die-uek> (Abruf 30.3.2020).

²² Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 (AFZFG), Art. 15 (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20162609/index.html>; Abruf 30.3.2020); s. im Weiteren die Botschaft vom 4. Dezember 2015 zur vorangegangenen Volksinitiative.

²³ https://www.uek-administrative-versorgungsungen.ch/resources/Empfehlungen_UEK_DE_201909021.pdf (Abruf 30.3.2020); die UEK scheint sich in der Einleitung zu ihren – zweifellos gut gemeinten – Empfehlungen ab S. 5 *et seqq.* die Kompetenz zu deren Erteilung letztlich selber zu erteilen.

²⁴ Bspw. die "Finanzierung eines SBB-Generalabonnements auf Lebzeiten".

²⁵ "... damit diese sowohl auf materielle (Büroeinrichtungen, Computer, Drucker usw.) als auch auf personelle Ressourcen (Fachwissen und Beratung) zugreifen können".

Es wird selbstredend nicht bestritten, dass den Opfern von fürsorglichen Zwangsmassnahmen in der Schweiz massives Unrecht zugefügt worden ist, und gegen dessen Abgeltung, so dies überhaupt möglich ist, wird nichts eingewendet. Die auf den Schlussbericht der UEK gestützten, konkreten "*Empfehlungen*" sowie dann ohnehin deren Beschluss und Umsetzung waren resp. sind jedoch allein Aufgabe der Politik resp. der Legislative und der Exekutive. Selbst wenn eine rechtliche Grundlage dafür bestünde, dass solches in diesem Sinne "ausgelagert" die UEK tut (auch wenn darin neben Historikern auch einige Juristen einsassen), wäre dies aus den dargelegten Gründen nicht zulässig.

12 Die historische Arbeit der UEK ist auch in einem weiteren Punkt zu kritisieren: Selbst wenn u.U. unter die "*Öffentlichkeitsarbeit*" gemäss Art. 15 AFZFG subsumierbar, genügt der von der UEK auf ihrer Website aufgeschaltete Film²⁶ den Anforderungen an eine korrekt erklärende Historikerarbeit nicht. Wiewohl eindrückliche Aussagen von Betroffenen – von der UEK als "*Experten*"²⁷ bezeichnet – wiedergegeben werden, erreichen diese den Betrachter unkommentiert und, weil lediglich die Betroffenen zu Wort kommen, auch unausgewogen²⁸. Die Produktion eines solchen Dokumentarfilms kann zudem nicht Aufgabe von Historikern sein, sondern sollte einem Filmemacher übergeben werden, der dann auch wirklich "frei" erzählen kann.

13 Dieselben Fragen stellten sich bereits bei einem weiteren Beispiel für eine "*Institutionalisierung von Geschichtsschreibung*"²⁹, der in den 1990-er Jahren eingerichteten "Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg" ("Bergier-Kommission"): Die Politik hatte die Aufarbeitung dieser wichtigen Zeitperiode der Schweizer Geschichte (u.a. aus Bequemlichkeit?) ausgelagert und ihr quasi eine "*carte blanche*" mit weitreichenden Kompetenzen³⁰ erteilt. Die zentralen

²⁶ "Ein Film der Unabhängigen Expertenkommission (UEK) Administrative Versorgungs; ©UEK 2019"; <https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/begegnungen-projekte/film> (Abruf 30.3.2020).

²⁷ Was ebenso unzulässig ist: Ein Opfer ist kein unparteiischer Experte des ihm zugefügten Leids.

²⁸ Oder mit Bloch: "*Wenn sich die Leidenschaft für die Vergangenheit mit den Vorurteilen der Gegenwart mischt, trübt sich unwiderruflich der Blick*", und unter Verweisung auf Montaigne: "*Sobald das Urteil einer Seite zuneigt, kann man nicht anders, als die Erzählung in diese Richtung hin zu verzerren und zu verzeichnen.*" (Bloch, S. 157).

²⁹ Gross, S. 165.

³⁰ S. die von Kreis auf S. 37 zitierte Auftragspräzisierung des Bundesrats an die Bergier-Kommission vom 13. Dezember 1996: "*Die Untersuchung dient allgemein der historischen*

Erkenntnisse und teilweise auch Beurteilungen der entsprechenden Themen wurden durch die Mitglieder der Bergier-Kommission vorgenommen und damit für die anschliessende Beratung in den Räten zu einem grossen Teil vorgespurt.

3. Fazit

14 Das Dilemma des Historikers, den ihm mitunter von der Politik und der Öffentlichkeit gemachten, überhöhten Vorgaben gerecht zu werden, wird konzediert. Indem die Politik derart aufgeladene Aufträge wie derjenige an die Bergier-Kommission erteilt³¹, entzieht sie sich ihrer Verantwortung und gibt vorab an Deutungshoheit und Wirkungsmacht ab. Damit begibt sich die Politik den ihr gemäss Verfassung und Gesetzen zugeordneten Pflichten. Dem ist entgegenzutreten.

15 Umgekehrt ziemt dem Historiker die diskutierte Zurückhaltung. Ausgangslage und Methodik für historische Beurteilungen können sich verändern, und er muss sich bewusst sein, dass eine allfällig (durchaus in guten Treuen) beschränkte Unparteilichkeit nicht einfach einem kassierenden oder korrigierenden Rechtsmittel unterliegt wie ein gegebenenfalls parteiisches Urteil eines Richters³².

16 Aus aktuellem Anlass ist eine Besonderheit zum vorerwähnten Grundsatz "Experten fällen keine Urteile" festzuhalten: Krisen sehen Situationen, in denen die Politik bei gewissen Entscheidungen direkt Empfehlungen von Fachpersonen folgt³³. Aber auch das darf nicht ohne rechtsstaatliche Kontrolle im Moment und politischer Aufarbeitung danach sowie nur über eine begrenzte Zeit einer Notsituation geschehen.

Wahrheitsfindung und soll Klarheit schaffen [...]." und die in Fn 6 erwähnten prozessualen Zwangsmassnahmen.

³¹ S. zudem die überhöhte Bezeichnung "unabhängig" für die vorgenannten Expertenkommissionen, womit auch eine Anlehnung an die gemäss Verfassung institutionalisierte Unabhängigkeit der Justiz insinuiert wird, was Gross (S. 165) zu Recht kritisiert.

³² S. Kreis, S. 39.

³³ *In casu* den Naturwissenschaftlern – s. Aussage der deutschen Bundeskanzlerin Angela Merkel Mitte März 2020 (gemacht unter geltendem Notrecht): "*Wir folgen den Empfehlungen der Spezialisten.*"

LITERATURVERZEICHNIS

Bloch, M. (2016). *Apologie der Geschichtswissenschaft oder der Beruf des Historikers* (3. Ausg.). Stuttgart: Klett-Cotta.

Gross, R. (2000). Mächtiger als die Gerichte? Geschichte und historische Gerechtigkeit. In N. Frei (Hrsg.), *Geschichte vor Gericht: Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*. München: Beck.

Hafer, P. (2011). *Strategie und Technik des Zivilprozesses : Einführung in die Kunst des Prozessierens* (2. Ausg.). Zürich: Schulthess.

Imboden, M. (1974). *Politische Systeme - Staatsformen*. Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag.

Kreis, G. (2011). *Vorgeschichten zur Gegenwart* (Bd. 5). Basel: Schwabe.

Stolleis, M. (2000). Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker. In N. Frei, *Geschichte vor Gericht: Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*. München: Beck.

Tribelhorn, M. (31. Oktober 2019). Kriminalisierte Vergangenheit. *Neue Züricher Zeitung*, S. 12.

Weinke, A. (2016). *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit, Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert*. Göttingen: Wallstein Verlag.

Wesel, U. (2014). *Geschichte des Rechts Von den Frühformen bis zur Gegenwart* (4. Ausg.). München: Beck.