



Thomas Vormbaum, Juristische Zeitgeschichte,

Version: 1.0, in: Docupedia-Zeitgeschichte, 22.03.2010

http://docupedia.de/zg/vormbaum_juristische_zeitgeschichte_v1_de_2010

DOI: <http://dx.doi.org/10.14765/zzf.dok.2.325.v1>



Honoré Daumier, Lithographie, Les gens de justice 7, 1845. © Dieter + Lilian Noack.

Juristische Zeitgeschichte

von Thomas Vormbaum

Juristische Zeitgeschichte als aktuelle Befragung der Rechtsgeschichte

Im Bereich der Rechtsgeschichte beginnt der von Diethelm Klippel kreierte Begriff „Juristische Zeitgeschichte“ sich als Bezeichnung für den jüngsten Zeitabschnitt durchzusetzen. Nicht endgültig geklärt ist allerdings die Erstreckung dieses Zeitabschnitts; und umgekehrt herrscht nicht einmal über die Frage, ob der Begriff „Juristische Zeitgeschichte“ überhaupt einen *Zeitabschnitt* bezeichnet, Einigkeit.

Die Schweizer Rechtshistoriker Marcel Senn und Lukas Gschwend vertreten einen Ansatz, der Juristische Zeitgeschichte überhaupt nicht als epochenbezogen versteht, sondern den gesamten Problemlösungsvorrat der Weltgeschichte heranziehen will, um aktuelle Fragen an das Recht zu beantworten. Das Spezifische der Juristischen Zeitgeschichte liegt nach dieser Auffassung in der Perspektive des Fragestellers, nämlich in der *Gegenwartsbezogenheit* der Fragestellung, nicht aber in der Bezugnahme auf eine bestimmte Epoche. Juristische Zeitgeschichte sei nicht bloß – so die pointierte Formulierung von Marcel Senn – Rechtsgeschichte, „die noch qualmt“.^[1] Vielmehr wirft das Lehrbuch von Senn und Gschwend zur „Juristischen Zeitgeschichte“^[2] Fragen auf wie „Gewalt, Macht und Recht“, „Elite und Recht“, „Rasse und Recht“, „Geschlecht und Recht“, „Anthropologie und Recht“ und „Wirtschaft und Recht“ und verfolgt sie anhand von Quellentexten über die Jahre und Jahrhunderte, in denen sie diskutiert worden sind, gegebenenfalls bis zur Antike zurück.

Der Vorteil des Ansatzes von Senn und Gschwend liegt darin, dass mit ihm Fragen an die Rechtsgeschichte gestellt werden können, aus deren

Beantwortung Erkenntnisse, vielleicht sogar Handlungsanleitungen für die Gestaltung des Rechts der Gegenwart gewonnen werden können.^[3] Jedoch erscheint es mir als Überanstrengung des Begriffs „Zeitgeschichte“, diesen in einer Bedeutung zu verwenden, der jeden auf den *Gegenstand* bezogenen Bezug zur Gegenwart aufgibt. Gewiss gibt es einen Kanon von Problemstellungen und Problemlösungsvorschlägen, der vermeintlich zeitlose menschliche und menschheitliche Bereiche umfasst; aber eben weil sie zeitlos sind, sind sie als solche nicht historisch, sondern eher der Rechtsphilosophie zuzuweisen. Kritische Fragestellungen im Rahmen einer Wissenschaft, die sich „Juristische *Zeitgeschichte*“ nennt, müssen, wie ich finde, auf einen nahen Zeitabschnitt bezogen sein; und da der Terminus „Zeitgeschichte“ nun einmal nach (fast) allgemeinem Sprachgebrauch einen zeitnahen, wenn nicht gar gegenwärtigen Zeitabschnitt bezeichnet, umfasst *Juristische Zeitgeschichte* eben jenen Zeitabschnitt, der das gegenwärtig geltende Recht einschließt.^[4]

Juristische Zeitgeschichte als Zeitabschnitt der Rechtsgeschichte

Methodische Ansätze

Für die Strukturierung des die Gegenwart einschließenden Zeitabschnitts kommt ein *subjektiv* und ein *objektiv* bestimmter Zeitabschnitt in Betracht. Nach dem ersteren wäre Juristische Zeitgeschichte die Rechtsgeschichte jener Zeit, an der heute lebende Menschen teilgehabt haben. Alternativ zu diesem subjektiven Ansatz lässt sich ein anderer formulieren, der auf *Strukturen* abstellt, also auf objektive Gegebenheiten. Eine Strukturgegebenheit, mit der historische Gegenstände zeitlich begrenzt werden, ist die *Epoche*. Eine Epoche kann verstanden werden als ein Zeitabschnitt, der aufgrund übereinstimmender dominanter (subjektiver und objektiver) Eigenschaften in Politik, Kultur, Sozial- und Wirtschaftsleben eine Einheit bildet. Zeitgeschichte ist nach diesem Ansatz die Geschichte der *gegenwärtigen Epoche*.

Da Definitions- und Periodisierungsfragen der Zeitgeschichte in anderen Beiträgen für *Docupedia-Zeitgeschichte* ausführlich erörtert werden, genügt hier der Hinweis, dass die folgenden Ausführungen davon ausgehen, dass jedenfalls für den Bereich der Rechtsgeschichte der objektive Ansatz den Vorzug verdient.^[5]

Die gegenwärtige Rechtsepoche

Suche nach dem Beginn: Ist nun Zeitgeschichte die Geschichte der gegenwärtigen Epoche, so ist Juristische Zeitgeschichte die Geschichte der gegenwärtigen Rechtsepoche. Damit stellt sich die Aufgabe, die gegenwärtige Rechtsepoche zu konturieren, das heißt, nach ihren zeitlichen Grenzen zu suchen. Um hier zu einem Ergebnis zu gelangen, wollen wir so lange rückwärts gehen, bis wir zu einem Zeitpunkt oder Zeitraum gelangen, in dem innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne – einer „Sattelzeit“ – Bedingungen und Elemente, welche das heutige Recht prägen, sich herausgebildet haben.

Hier ist zunächst festzuhalten, dass das oft als „Epochenjahr“ bezeichnete Jahr 1989 trotz seiner spektakulären Ereignisse und der von ihnen ausgegangenen Veränderungen (jedenfalls noch) nicht als Epochenschwelle der Rechtsgeschichte bezeichnet werden kann – umso weniger, als diese Ereignisse überwiegend nicht

dem Bereich des Rechts angehörten, und dort, wo dies doch der Fall war, nur als formalrechtliche Sanktionierung des in Politik und Gesellschaft Geschehenen. Was die deutsche Rechtsgeschichte angeht, kommt hinzu, dass ein Bruch in der Rechtsentwicklung allenfalls für die DDR stattgefunden hat; er bedeutete aber auch für ihr Gebiet im Allgemeinen nur, dass wieder an eine Entwicklung angeknüpft wurde, die sich 1945 im größeren Teil Deutschlands fortgesetzt hatte und nun (wieder) auf die DDR ausgeweitet wurde. Ob die Rechts- und Strafrechtsentwicklung in der DDR überhaupt einen „Bruch“ bedeutete, bedürfte freilich weiterer Erörterung.^[6]

Ob als nächste in Betracht kommende Schwelle – rückwärts schreitend – das Jahr 1945 und nicht eher noch das Jahr 1968 zu betrachten wäre, kann erwogen werden. Die im Gefolge des Jahres 1968 eingetretenen Veränderungen des Gesellschafts- und Alltagslebens sind immerhin recht tiefgreifend: beginnend bei der Kleidung, fortfahrend beim Verständnis von Familie, Autorität, Sexualität und Rolle der Frau und endend bei der nicht-ehelichen, schließlich sogar (gesetzlich anerkannten) gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft. Indes wird man das Jahr 1968 jedenfalls nicht als Schwelle einer *Rechtsepoche* bezeichnen können, denn das geltende Recht gewann weder in der Rechtswissenschaft noch in Gesetzgebung und Rechtsprechung wesentlich neue Grundgedanken oder Konturen hinzu.

Das Jahr 1945, vor allem dessen 8. Mai, wurde zwar von vielen Deutschen als „Stunde Null“ empfunden. Doch gilt dies für viele andere Völker nicht, auch wenn dieses Jahr für sie – wichtig genug – die Wiederkehr des Friedens und die Befreiung von deutscher Besatzung und Unterdrückung bedeutete, aber kein Bruch in ihrer politischen und kulturellen Entwicklung war. Auch kann für das Recht eine neue Epoche selbst dann nicht behauptet werden, wenn man im Verhältnis zwischen der NS-Zeit und der nachfolgenden Zeit eine Diskontinuität annimmt. Denn die Rechtsentwicklung nach 1945 bedeutete jedenfalls nicht in dem Sinne einen Neuanfang, dass Elemente, die bis dahin nicht bekannt waren, dem Recht hinzugefügt worden wären. Vielmehr knüpfte man, soweit man sich vom Recht der NS-Zeit distanzierte, an die Rechtsverhältnisse vor 1933 an.

Aus dem genannten Grunde bedeutet auch das Jahr 1933 mit der Machtübergabe an die Nationalsozialisten keine Epochenschwelle – schon deshalb nicht, weil die politischen Umwälzungen, die damit zweifellos verbunden waren, zwölf Jahre später weitgehend wieder rückgängig gemacht wurden.^[7]

Geht man also weiter zurück, so bietet sich als nächste Schwelle der Übergang vom Kaiserreich zur Weimarer Republik im Jahre 1918 an. Indes bedeutet dieser Übergang, abgesehen vom Wechsel der Staatsform, nicht einmal in den politischen Institutionen einen grundlegenden Umbruch. Einerseits war in der Endphase des Kaiserreiches noch das preußische Dreiklassenwahlrecht beseitigt und auf Reichsebene die Parlamentarisierung des Regierungssystems eingeführt worden.^[8] Andererseits bedeutete die Revolution nur (und auch dies nur teilweise) einen Austausch und eine Verbreiterung der politischen Elite. Der bürokratische Apparat und die Justiz blieben nahezu unverändert; im Zivil- und im Strafrecht gab es keinen grundlegenden Wandel. Der Erste Weltkrieg brachte gewiss einige Neuerungen; sie bestanden jedoch eher in einer Änderung des

Stils der Gesetzgebungstechnik als in einer langfristig wirkenden Änderung der Norminhalte.

Weiter rückwärts gleitend richtet sich der Blick auf die Zeit von 1870 bis zur Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert. Sie scheint sich schon deshalb als Schwelle einer Rechtepoche anzubieten, weil während dieser Zeit eine Fülle von Kodifikationen erlassen wurde.^[9] Indes erweist ein genauerer Blick, dass diese Kodifikationswelle nur in geringem Umfang (etwa mit der Einführung der freien Advokatur) zu Neuerungen führte, während ein großer Teil durch die Partikularrechte bereits vorweggenommen worden war, die Neuerung also vor allem in der *Vereinheitlichung* bestand. Dies allein kann indes m.E. nicht die Annahme einer „Epochenschwelle“ rechtfertigen, wenngleich sich zweifellos in den letzten drei Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts eine Wandlung der politischen und rechtlichen Verhältnisse vollzog, in der man einen *Wendepunkt* der Entwicklung erblicken kann, nicht jedoch eine Epochenschwelle.

Beim weiteren Rückwärtsschreiten findet sich im 19. Jahrhundert jahrzehntelang kein Anhaltspunkt, der die Annahme einer Epochenschwelle rechtfertigen könnte. Insbesondere hat die gescheiterte Revolution von 1848, abgesehen von der (beschränkten) Parlamentarisierung Preußens und einiger weiterer deutscher Staaten, mit der süddeutsche Staaten bereits vorangegangen waren, und der Einführung der Schwurgerichte in einer Reihe deutscher Staaten, keine *praktisch wirksame* neue Richtung gewiesen.

Festlegung des Beginns: So gelangt man denn an die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert. Und hier trifft man wirklich auf die gesuchte Häufung von Anhaltspunkten für eine Epochenschwelle in der Rechtsentwicklung. Äußerer Anhaltspunkt für den Wandel ist – rückwärtsschreitend – das Ende des Alten Deutschen Reiches im Jahre 1806 (Niederlegung der Deutschen Kaiserkrone durch Franz II.), drei Jahre zuvor der sogenannte Reichsdeputationshauptschluss, der mit dem Ende der geistlichen Fürstentümer und der Mediatisierung der meisten deutschen Duodezfürstentümer eine radikale Remedur der deutschen politischen und staatsrechtlichen Landkarte vornahm. Dies war freilich nur die institutionelle Konsequenz für Deutschland aus den Wandlungen auf europäischer Ebene; ist doch die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts eine Zeit umwälzender Änderungen, von denen das Ende des Alten Deutschen Reiches nur den Endpunkt markiert. Im Wesentlichen handelt es sich zwar um Elemente, die (auch) für die allgemeine Geschichte umwälzend sind; dies gilt jedoch auch für die *Rechtsentwicklung*, teilweise sogar nur oder überwiegend für sie.

Die *politischen Umwälzungen*, die mit dem Ende des Alten Reiches, letztlich erst mit dem Wiener Kongress (1815) und seiner für lange Zeit gültigen Neuordnung Europas endeten, begannen mit der Französischen Revolution (1789), der die Amerikanische Revolution von 1776 vorausgegangen war, und setzten sich fort mit der Eroberung des größten Teils Europas durch Napoleon, der die Ideen der Revolution und damit deren Rechtsdenken und Rechtssystem – wenn auch in abgemilderter und autoritär gebrochener Form – in seinem Herrschaftsbereich verbreitete. Zugleich vollzogen sich *soziale Umwälzungen*. Das Zeitalter des Feudalismus und des Adels und die ihnen gemäße Rechtsform gingen zu Ende,

die Bauern wurden befreit; der politische Aufstieg des Bürgertums begann.

In England schon eher begonnen, hielt gegen Ende des 18. Jahrhunderts die Industrielle Revolution ihren Einzug auf dem Festland. Mit ihr gingen *wirtschaftliche Umwälzungen* einher. Der Eisenbahnbau verlangte zum einen große Kapitalmengen, die auch von reichen Einzelpersonen nicht mehr aufzubringen waren. Es begann die Zeit der Aktiengesellschaften (die freilich in Frankreich durch das auf Jean-Jacques Rousseau zurückgehende Misstrauen gegenüber mächtigen Zwischengebilden zwischen Einzelnem und Staat, in Deutschland durch das – gerade umgekehrte – Misstrauen der Obrigkeit gegen nichtstaatliche Machtkonzentration zunächst gebremst wurden) und der großen Banken. Der Eisen- und Stahlbedarf (Eisenbahnen, Eisenbahnschienen) führte zu einer Expansion des Bergbaus und des Hüttenwesens und damit zu einer entsprechenden Vermehrung des Arbeiterstandes und mit zeitlicher Verzögerung zu Arbeiterschutz-Gesetzen (preußische Fabrikgesetzgebung).

Für das Recht naturgemäß besonders wichtig sind die *kulturellen und geistesgeschichtlichen Umwälzungen*. Die Aufklärungsphilosophie hat einen ihrer Hauptanwendungsbereiche im Bereich des Rechts und vor allem des Strafrechts. Eberhard Schmidt^[10] hat ihre Forderungen für den Bereich des letzteren mit den Schlagworten Säkularisierung, Individualisierung, Rationalisierung und Humanisierung zusammengefasst; diese gelten aber *mutatis mutandis* auch für das Privatrecht. Immanuel Kant als Vollender und zugleich Überwinder der Aufklärungsphilosophie stellte den Menschen als freies und autonomes Individuum in den Mittelpunkt seiner Lehre; von ihm – so kann man sagen – gingen die wesentlichen Impulse für die weitere Rechtsentwicklung aus. Schließlich gehört in diesen Zusammenhang auch die erstmalige Fixierung der Menschenrechte durch die „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“, welche die französische Nationalversammlung am 26. August 1789 nach amerikanischem Vorbild verkündete.

Insgesamt also handelt es sich um Umwälzungen, welche alle materiellen, kulturellen, ökonomischen und rechtlichen Bereiche erfassten. Da diese Faktoren untereinander im Zusammenhang standen und der Bruch mit der Vergangenheit von den Menschen auch empfunden wurde, sind wir berechtigt, von einer „Sattelzeit“ im eingangs angesprochenen Sinne zu sprechen. In der Geschichtswissenschaft und Philosophie wird im Hinblick auf diese Zeit auch vom Beginn der „Moderne“ gesprochen.^[11]

Natürlich gilt auch für diese Periodisierung, was für alle Periodisierungen gilt: Sie sind „nachträgliche Rationalisierungen, die den Ablauf des geschichtlichen Prozesses zu strukturieren und die Fülle der Geschehnisse und Zusammenhänge begrifflich zu fassen versuchen“.^[12] Allerdings sind die Faktoren, mit denen diese Interpretation untermauert wurde, immerhin objektiv von großem Gewicht. Das Ergebnis der bisherigen Überlegungen lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Juristische Zeitgeschichte ist die Rechtsgeschichte der gegenwärtigen Rechtsepoche. Diese beginnt mit der Sattelzeit am Ausgang des 18. Jahrhunderts, umfasst also (bislang) das 19. und 20. Jahrhundert.

Methodenfragen

Die herkömmliche Rechtsgeschichte war bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein zwar nicht ausschließlich, aber doch überwiegend Dogmen- und Theoriegeschichte, das heißt die Geschichte von Rechtsinstituten, Rechtskonstruktionen, Gesetzen und deren Diskussionen und Veränderungen. Wenn sie diese Grenze einmal überschritt, dann noch am ehesten in Richtung zur Kulturgeschichte^[13] und – vor allem im Bereich der Verfassungsgeschichte – zur politischen Geschichte.

Diese Beschränkung wurde seit den 1970er-Jahren zunehmend kritisiert. Bevor auf diese Kritik und die aus ihr resultierenden Forderungen kurz eingegangen und ihre Berechtigung geprüft (und bejaht) wird, sei klargestellt, dass die juristische Dogmengeschichte nach wie vor ihre Bedeutung besitzt und wohl auch bewahren wird. Als Geschichte der Konstruktion und der allmählichen Verschiebungen und Wandlungen der dogmatischen Theoriegebäude vermag sie manches zum Verständnis der rechtsdogmatischen Figuren der Gegenwart beizutragen – aber auch zu ihrer Relativierung: Die Dogmatik des geltenden Rechts neigt dazu, ihre Ergebnisse als zwingend hinzustellen. Die Dogmengeschichte dagegen kann nachweisen, dass ein Rechtsproblem schon einmal (gesetzlich und rechtsdogmatisch) anders gelöst worden ist, dass also die gegenwärtig favorisierte Lösung nicht die einzig mögliche ist.

Einbeziehung der Geschichtswissenschaft

Rechtsgeschichte als Aspektgeschichte: Mit der Kritik an der (reinen) Dogmengeschichte wird zum einen die Einbeziehung oder doch wenigstens die Berücksichtigung der allgemeinen Geschichte durch die rechtsgeschichtliche Forschung gefordert. Isolierte Dogmengeschichte liefert ein verkürztes Bild der Rechtsentwicklung. Recht als Element politischer, kultureller, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklungen kann auch in seiner eigenen Entwicklung nur als Teil dieser Gesamtentwicklung angemessen verstanden werden. Rechtsgeschichte soll sich daher den sozialen und politischen Implikationen des Rechts öffnen und sich in dessen sozial- und allgemeineschichtlichen Kontext einfügen.

Diese aus der Kritik der reinen Dogmengeschichte resultierende Forderung entstand parallel zur Kritik an der starken Ausrichtung und Beschränkung der Allgemeineschichte auf eine Politikgeschichte im engeren Sinne bzw. auf eine staatsbezogene Geschichte. Im schulischen Geschichtsunterricht nahmen Herrschaftsdaten von Kaisern und Königen sowie staatspolitische, diplomatische und kriegerische Ereignisse wie Schlachten und Friedensschlüsse einen überwiegenden Teil ein. In den letzten Jahrzehnten wurde jedoch die politische Ereignisgeschichte um strukturgeschichtliche Elemente bereichert, teils durch diese zurückgedrängt. Große Teile der Sozialgeschichte wurden in die Politikgeschichte einbezogen, wie zum Beispiel das mit der Heranführung bis zum Jahr 1990 auf fünf voluminöse Bände angewachsene Standardwerk von Hans-Ulrich Wehler zur „Deutschen Gesellschaftsgeschichte“ zeigt.

Akzeptiert man die Forderung nach einer Perspektiverweiterung der Rechtsgeschichte, so bedeutet dies freilich nicht, dass diese sich in der

allgemeinen Geschichte auflösen soll; vielmehr ist sie – wie dies auch für die Sozialgeschichte und Kulturgeschichte vertreten wird – als eine *Aspektgeschichte* zu verstehen, das heißt als Geschichtsbetrachtung aus der speziellen Perspektive des Rechts.

Ein Beispiel: Die Emminger-Verordnung vom 4. Januar 1924: Eine solche Erweiterung des Blickfeldes liefert, wie sich an einem Beispiel zeigen lässt, erweiterte Erkenntnismöglichkeiten auch für rechtliche Entwicklungen. Im Januar 1924 wurden in Deutschland die Geschworenengerichte durch die sogenannte Emminger-Verordnung abgeschafft. Deutschland besaß diese Gerichte nach angloamerikanischem Muster seit 1877 auf Reichsebene, freilich nur in einem eingeschränkten Zuständigkeitsbereich und ohne Zuständigkeit gerade für jene Delikte, für die sie ursprünglich von der bürgerlichen revolutionären Bewegung des 19. Jahrhunderts gefordert worden waren: politische Delikte und Pressedelikte. Eine Dogmengeschichte des Strafverfahrens würde diesen Vorgang in die Darstellung der zahlreichen Argumente pro und contra der in der Strafrechtswissenschaft intensiv und heftig geführten Diskussion einbinden.^[14] Ein angemessenes Bild ergibt sich allerdings erst, wenn man die weiteren durch die Emminger-Verordnung eingeführten Änderungen der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens berücksichtigt und – worauf es in unserem Zusammenhang ankommt – die politischen und sozialen „Begleiterscheinungen“ berücksichtigt. (Der Begriff ist in Anführungszeichen gesetzt, weil man eher sagen müsste, dass die Regelungen der Emminger-Verordnung Auswirkungen dieser politischen Entwicklungen waren.)

Die wichtigsten weiteren Änderungen neben der Beseitigung der Schwurgerichte waren: massive Verlagerung der erstinstanzlichen Zuständigkeiten auf den Strafrichter als Einzelrichter und erste Durchbrechungen des bis dahin – jedenfalls auf dem Papier – ausnahmslos geltenden Legalitätsprinzips im Strafverfahren (Anklagezwang bei hinreichendem Tatverdacht, § 152 StPO). Die politischen Begleitumstände werden deutlich, wenn man bedenkt, dass das Jahr 1923 eines der spektakulärsten und krisenhaftesten Jahre der deutschen politischen Geschichte gewesen ist.^[15] Und so spricht denn vieles dafür, dass von konservativen Kräften^[16] unter dem *politischen* Vorwand der Inflationsbekämpfung und unter dem *juristischen* Vorwand rechtlicher Bedenken eine Situation, in der der Reichstag sich in Urlaub begeben und der Reichsregierung durch ein Ermächtigungsgesetz weitgehende Vollmachten hinterlassen hatte, genutzt wurde, um durch eine Notverordnung eine Institution abzuschaffen, die ihnen (nicht zu Unrecht) als eine Folge der Revolution von 1848 galt und immer schon ein politischer Dorn im Auge gewesen war.

Einbeziehung der Rechtswissenschaft

Normative Erweiterung: Kann man in der Forderung nach Einbeziehung der allgemeinen Geschichte in die Juristische Zeitgeschichte eine Betonung des Elements *Zeitgeschichte* erblicken, so betont die zweite Forderung, die von Seiten der Rechtswissenschaft zu stellen ist, das Element *juristisch*. Meint die Einbeziehung der Allgemeingeschichte die Erweiterung des Blicks in *tatsächlicher* Hinsicht, also eine Stoff- und Gegenstandserweiterung, so meint die Einbeziehung rechtswissenschaftlicher Aspekte eine *normative* Erweiterung.

Die Eingrenzung der Juristischen Zeitgeschichte auf eine *Rechtsepoche*, das heißt auf einen Zeitabschnitt, der durch Gemeinsamkeit wesentlicher Merkmale charakterisiert ist, bedeutet notwendigerweise auch, dass in dieser Rechtsepoche gewisse Rechtsgrundsätze als geltend verkündet werden. Dies eröffnet nun die Möglichkeit, die Umsetzung (oder Nichtumsetzung) dieser Grundsätze in ihrer Entwicklung (oder Rückentwicklung) zu verfolgen. Es gibt also Ansprüche des Rechts selbst bzw. Ansprüche, welche rechtstheoretisch an dieses gestellt werden müssen, an denen man das Recht und seine Entwicklung messen kann. Tut man dies historisch, so kann man spezifische Entwicklungslinien einer Epoche sichtbar machen. Und man kann – was von Fachhistoriker/innen im Allgemeinen zwar mit großer Skepsis beurteilt, faktisch aber auch von ihnen nicht selten praktiziert wird – Bewertungen von Entwicklungen als positiv oder verhängnisvoll (gemessen an den zu Beginn der Rechtsepoche formulierten Ansprüchen des Rechts) vornehmen und unter Umständen daraus Handlungsanleitungen für die Gegenwart ableiten.

Der Haupteinwand gegen ein solches Vorgehen lautet, es sei naiv zu glauben, man könne aus historischen Vorgängen einfach eine Entwicklung oder gar eine „Lehre“ ablesen. Ein voraussetzungsloses Verstehen oder gar Bewerten vergangener Zeiten und ihrer (rechts-)historischen Texte sei nicht möglich, weil jeder derartige Vorgang mit der „Brille“ des Interpreten erfolge und durch diese wahrgenommen werde. Der Interpret lege bewusst oder unbewusst sein „Vorverständnis“ in die Interpretation hinein, sodass schon die Fragestellung, die er formuliere, die (stets unvermeidliche) Stoffauswahl steuere. Da das damit angesprochene Problem des sogenannten hermeneutischen Zirkels in einem anderen Beitrag für *Docupedia-Zeitgeschichte* angesprochen wird, braucht es hier nicht vertieft zu werden. Erwähnt sei nur, dass es, wie die sogenannte Wissenssoziologie gezeigt hat, auch *kollektive* Vorverständnisse gibt, auf die sich eine Gesellschaft und eine Rechtsordnung immerhin „verständigen“ kann.^[17]

Ein Beispiel: Die Kontinuitätsdebatte im Strafrecht

Ein Beispiel für den Ertragreichtum der Einbeziehung der Rechtswissenschaft bietet die Kontinuitätsdebatte im Bereich des Strafrechts. In der allgemeinen Geschichtsschreibung wie in der Rechtsgeschichte und insbesondere der Strafrechtsgeschichte schien bis vor kurzem ausgemacht: Die zwölf Jahre der nationalsozialistischen Herrschaft sind zwölf dunkle Jahre, die einen Bruch in der deutschen Geschichte darstellen – die Bezeichnung „Zivilisationsbruch“ hat sich seit einiger Zeit etabliert. An diesem Verständnis ist zweifellos richtig, dass sich damals Ereignisse abspielten, welche diese Zeit in einer in jeder Hinsicht katastrophalen Weise aus dem Fluss der deutschen Geschichte herausheben. Wie in der allgemeinen Geschichte im Rahmen der Modernisierungsdebatte hat jedoch auch in der Strafrechtsgeschichte in den letzten Jahren eine intensive Diskussion über Kontinuitätselemente eingesetzt. Neben den generell diskutierten „Normalitätsanteilen“ des Alltagslebens wird nach spezifisch strafrechtlichen Faktoren gefragt, mit denen sich das Strafrecht der NS-Zeit – ungeachtet der auch in ihm anzutreffenden verbrecherischen Exorbitanz – in eine Entwicklungsstruktur einfügt, die bereits vor 1933 angelegt war und nach 1945 nicht abgerissen ist. Dies lässt sich an Beispielen aus der Strafgesetzgebung plausibilisieren.

1. **§ 23 Abs. 2 StGB** normiert für die versuchte Straftat eine bloß fakultative Strafmilderung, das heißt, Versuchstäter können auch aus dem Strafrahmen, der für die vollendete Straftat gilt, bestraft werden. Hingegen schrieb das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 die Milderbestrafung zwingend vor. Der heutige Rechtszustand geht – in leicht veränderter Form – zurück auf die Strafrechtsangleichungsverordnung von 1943. In dieser Verordnung wurde realisiert, was der 1936 fertig gestellte Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches vorgesehen hatte und was in mehreren Spezialgesetzen auch bereits angeordnet worden war. Der letzte Strafrechtsreform-Entwurf der Weimarer Zeit, der sogenannte E 1930, hatte hingegen noch obligatorische Strafmilderung vorgesehen. Trotz Strafrechtsreform ist es bei der 1943 entstandenen Regelung geblieben.

2. Die gesetzliche Regelung der **Maßregeln der Besserung und Sicherung** (heute §§ 61-72 StGB) geht auf eine der ersten Strafgesetzgebungsaktionen der Nationalsozialisten, das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, zurück. Dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 war die „Zweispurigkeit“ der strafrechtlichen Rechtsfolgen – schuldabhängige Strafen und prinzipiell schuldunabhängige Maßregeln – unbekannt. Schuldunabhängige, am bloßen Präventionszweck ausgerichtete Maßregeln als Folgen strafrechtswidriger Taten hatten in diesem System keinen Platz. Auch hier findet sich also eine Verschärfung bzw. Ausweitung des Strafrechts, und zwar eine der gravierendsten der letzten 100 Jahre – auch sie fand ihre erste gesetzliche Regelung während der NS-Zeit.

3. Der Nötigungstatbestand **§ 240 StGB** bedroht mit Strafe denjenigen, der einen anderen mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einem Handeln, Tun oder Unterlassen nötigt, verlangt allerdings in Absatz 2 – als ausnahmsweise positiv formulierte Rechtswidrigkeitsregel –, dass die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Diese Regelungsstruktur geht abermals zurück auf die Strafrechtsangleichungsverordnung von 1943. Die Regelung von 1871 hingegen bedrohte in § 240 (nur) denjenigen mit Strafe, der einen anderen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. Die AngleichungsVO von 1943 gab somit einem bis dahin klar umrissenen Merkmal („Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“) eine viel weitere und vagere Fassung („Bedrohung mit einem empfindlichen Übel“). Diese wurde auch 1943 schon als sehr weit empfunden, deshalb fügte man die Rechtswidrigkeitsregel an. Sie lautete 1943: „Die Tat ist nur rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt oder des angedrohten Übels dem gesunden Volksempfinden widerspricht.“ Der BGH stand 1951 vor der Frage, ob der Tatbestand und die zugehörige Rechtswidrigkeitsregel des § 240 noch anwendbar seien. Während er über die tatbestandliche Unbestimmtheit hinwegging, erblickte er im gesunden Volksempfinden – so wörtlich – „einen alten Grundsatz rechtsstaatlicher Strafrechtspflege“, nämlich den, dass der Richter „bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Nötigung auf das wirkliche Rechtsempfinden des Volkes zu schauen“ habe. Zwei Jahre später, 1953, bescheinigte er der heutigen Regelung, sie unterscheide sich von der alten „im wesentlichen durch die sprachliche Fassung“.

Es gibt natürlich strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch anerkannte Erklärungen und Rechtfertigungen für die meisten der dargestellten Regelungen: Die Möglichkeit, den Versuchstäter wie den Vollendungstäter zu bestrafen, lässt sich auch mit strafrechtsdogmatischen Auffassungen begründen, die den Strafgrund des Versuchs in der betätigten rechtsfeindlichen Gesinnung des Täters, also im Intentionsunwert seines Verhaltens erblicken. Dieser ist ja beim Versuch und bei der Vollendung gleich. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung lassen sich aus der spezialpräventiven Rechtfertigung des Strafrechts ableiten. Der Nötigungstatbestand in seiner auf die Novelle von 1943 zurückgehenden Fassung mag – wenigstens in der Tendenz – eine kriminalpolitisch angemessene Antwort sein auf vermehrte Möglichkeiten der Zwangseinwirkung und der größeren Störanfälligkeit des modernen Verkehrslebens.

Um jedoch zu ermitteln, ob diese Begründungen womöglich von Denkgewohnheiten abgestützt werden, die sich in der NS-Zeit herausgebildet oder doch wenigstens entfaltet haben, muss man weiter zurückgehen und nach dem Verhältnis der NS-Strafgesetzgebung zum Recht aus der Zeit vor 1933 fragen. Und dort stellt man fest, dass die problematischen Tatbestände durchweg bereits in den Strafrechtsreformatoren der Weimarer Zeit, teilweise schon früher diskutiert worden sind. (Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, insbesondere die Sicherungsverwahrung, finden sich beispielsweise ansatzweise bereits im Vorentwurf von 1909 und dann besonders ausgeprägt im Radbruchschen Entwurf von 1922). Sie sind eingebettet in Tendenzen der Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, die man auf die Elemente *Materialisierung*, *Ethisierung*, *Subjektivierung* und *Flexibilisierung* des Strafrechts zurückführen kann. Und eben diese Elemente sind es, aus denen die problematischen Züge der erwähnten Tatbestände resultieren.

Flexibilisierung heißt: Dominanz der Zweckidee anstelle der Rechtsidee. Jeder halbwegs plausible Zweck, meistens als Schutzzweck oder als Bekämpfungszweck formuliert, hat Aussicht, strafrechtlich Unterstützung zu bekommen. *Moralisierung* heißt: Zurückdrängung der seit Immanuel Kant anerkannten strengen Trennung von Legalität einerseits und Moralität andererseits, von Recht einerseits und Ethik andererseits, von sittlicher Verurteilung einerseits und Verurteilung wegen Störung des menschlichen Zusammenlebens andererseits. Häufig versteckt Moralisierung sich hinter emotional aufgerüsteten Schutzzweckformulierungen. *Materialisierung* heißt: Abbau schützender rechtsstaatlicher Formen und „Durchgriff“ auf inhaltliche Bewertungen. Ein beliebter Weg zu diesem Ziel ist das Argumentieren mit „Strafbarkeitslücken“. *Subjektivierung* hängt mit der *Ethisierung* eng zusammen und heißt: Zunehmende Bewertung der Tat nach Maßstäben, die im Innern des Täters gefunden werden; gesetzgebungstechnisch ausgedrückt: Zunahme subjektiver Tatbestandsmerkmale gegenüber objektiven Tatbestandsmerkmalen; strafrechtstheoretisch ausgedrückt: Zunahme gesinnungsstrafrechtlicher Elemente gegenüber tatstrafrechtlichen Elementen. Zwar werden glücklicherweise die Tätertypenlehre und das Täterstrafrecht offiziell nicht mehr vertreten, im Grenzbereich von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, vor allem im Bereich des derzeit heftig diskutierten „Feindstrafrechts“ spielen jedoch

Personalisierungen („Terrorist“, „Dealer“, „Kinderschänder“, „Raser“, neuerdings auch „Steuerhinterzieher“ bzw. „Steuerbetrüger“) eine durchaus gewichtige Rolle.

In der Strafgesetzgebung konvergieren alle vier Merkmale in zwei Punkten: in der Zunahme der Zahl von Straftatbeständen – also in *Kriminalisierung* – und in der Zunahme *unbestimmter Strafrechtsnormen*. Und dieser Zug der Strafgesetzgebung ist auch nach 1945 nicht verloren gegangen. Der Zusammenhang mit den vier genannten Elementen, insbesondere mit der Funktionalisierung des Strafrechts, ergibt sich aus einer Kette von Bekämpfungs-Gesetzen. Der Beginn dieses Stils der Gesetzgebung ist, von Vorläufern abgesehen, in der Mitte der 1930er-Jahre anzusetzen. Seither entdeckt der Gesetzgeber in immer kürzeren Abständen „Schutz-“ und „Bekämpfungs“-Bedarf. Seit den 1970er-Jahren werden fast nur noch derartige Gesetze erlassen. Es geht um Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bekämpfung der Umweltkriminalität, Bekämpfung des Terrorismus, Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels, Bekämpfung der Korruption, Bekämpfung von Sexualdelikten, Bekämpfung der organisierten Kriminalität und seit kurzem auch um die Bekämpfung gefährlicher Hunde.

Mit dieser Entwicklung korrespondiert die Intensität der gesetzgeberischen Tätigkeit: Von den weit über 200 Gesetzesänderungen des Strafgesetzbuchs von 1871 bis zur Gegenwart fallen insgesamt 32 in die Zeit von 1871 bis 1933, 59 in die Zeit von 1871 bis 1949 und weit über 180 allein in die rund 60 Jahre der Bundesrepublik. Dabei ist nicht einmal berücksichtigt, dass der größere Teil neuer Strafrechtsnormen nicht mehr im Strafgesetzbuch, sondern in strafrechtlichen Nebengesetzen zu finden ist und dass deren Zunahme (ebenso wie die Zunahme der Ordnungswidrigkeitentatbestände) mit dieser Entwicklung Schritt hält. Änderungen, welche zur Streichung von Straftatbeständen geführt haben, bilden trotz der Strafrechtsreform der 1960er-Jahre eine *quantité négligeable*.

Mit der Betonung von Kontinuitätslinien werden die NS-Herrschaft und deren Strafrecht keineswegs verharmlost. Im Gegenteil: Beim Herausarbeiten von Kontinuitätslinien wird deutlich, dass auch nach Abzug ihrer Monstrositäten die NS-Zeit eine schreckliche Zeit für rechtsstaatliche Verhältnisse – und konkret: für rechtsstaatliche *Strafrechtsverhältnisse* – gewesen ist. Es gibt aber auch die spiegelbildliche Einsicht: Wenn das Strafrecht jener Zeit mit dem heutigen Strafrecht so weitgehend kompatibel ist, dann müssen wir kritische Fragen an das letztere richten.

Offenbar erfuhr nun allerdings die kritisierte Entwicklung des Strafrechts während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft einen besonders kräftigen Schub. Dies kann man mit dem Begriff der Radikalisierung oder Beschleunigung der Entwicklung erfassen, was den Vorteil hat, die Kontinuitätslinien im Blick zu behalten, gleichzeitig aber Besonderheiten jener Zeit zu berücksichtigen. Immerhin waren viele fragwürdige Normen, die von den Nationalsozialisten in Kraft gesetzt worden sind, zwar in der Zeit vor der NS-Herrschaft bereits diskutiert worden, aber damals eben *nicht* in Kraft gesetzt worden. Es war das NS-Regime mit seinen weniger skrupulösen rechtspolitischen Maximen, seiner größeren Hermetik und seiner durch kein Wählervotum

unterbrochenen Herrschaftskontinuität, welches diese Gesetzgebungspläne leicht realisieren konnte.^[18]

Auch die Radikalisierungsthese ändert freilich nichts daran, dass die manifeste Rechtsstaatswidrigkeit des nationalsozialistischen Regimes und seine exorbitanten Untaten auch durch eine Tradition vorbereitet gewesen sind, dass also das „Anormale“ des Nationalsozialismus zu einem großen Teil nicht als Unterbrechung der Tradition, sondern als grausige Konsequenz wichtiger Traditionselemente zu verstehen ist, die bis heute fortwirken. Die Feststellung der Herkunft einer Strafvorschrift aus der Zeit des Nationalsozialismus erscheint daher jedenfalls heuristisch für die aktuelle kriminalpolitische Diskussion gewinnbringend. Dass eine Strafrechtsnorm oder eine strafrechtliche Denkfigur mit dem Nationalsozialismus kompatibel war, gibt allemal Anlass, diese kritisch zu befragen.

Die Einbeziehung juristischer Fragestellungen gestattet daher insgesamt die Feststellung, dass die Strafrechtsentwicklung der vergangenen 200 Jahre den häufig behaupteten Trend des modernen Strafrechts zu Milde und Humanisierung nicht zu bestätigen vermag. Das Strafrecht mag in dieser Zeit moderner geworden sein – liberaler, humaner und milder ist es allenfalls in einigen sachlichen Bereichen und in kurzen zeitlichen Phasen gewesen, und zu diesen Phasen gehört die Gegenwart durchaus nicht.

Anmerkungen

1. † Thomas Vormbaum/Marcel Senn, Dialog über Juristische Zeitgeschichte, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte (JJZG) 6 (2004/2005), S. 219-232, hier S. 224.
2. † Marcel Senn/Lukas Gschwend, Rechtsgeschichte II - Juristische Zeitgeschichte, Zürich, 2. Aufl. 2004.
3. † Zu diesem von der Mehrzahl der Historiker höchst skeptisch beurteilten, ungeachtet dessen von ihnen aber häufig doch praktizierten Vorgehen siehe weiter unten: Einbeziehung der Rechtswissenschaft.
4. † Vgl. ausführlich zur Auseinandersetzung mit dem Ansatz von Senn/Gschwend: Senn/Vormbaum, Dialog über juristische Zeitgeschichte, S. 219 ff.
5. † Ausführliche Begründung bei Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Heidelberg 2009, S. 11 ff.
6. † Siehe dazu zunächst nur den Hinweis bei Thomas Vormbaum, Buchbesprechung von: Gerhard Pauli: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1992); in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 142 (1995), S. 92-94, hier S. 94.
7. † Für die Kontinuitätsfrage, vor allem im Bereich des Strafrechts, im Hinblick auf die Zeit der NS-Herrschaft wird auf die eingehende Darstellung bei Vormbaum, Einführung, S. 269 ff., verwiesen.
8. † Dazu eingehend: Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bd. V: Weltkrieg, Revolution und Reichsemerierung, Stuttgart 1978, S. 388 ff.
9. † 1870: Reichsstrafgesetzbuch - 1877/1879: sogenannte Reichsjustizgesetze (Zivilprozessordnung, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Konkursordnung, Rechtsanwaltsordnung) - 1896/1900: Bürgerliches Gesetzbuch - 1897: Überarbeitung des (noch vom Deutschen Bund erstellten, 1871 zum Reichsgesetz transformierten) Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, nunmehr „Handelsgesetzbuch“, ferner 1884 das Aktiengesetz und 1892 das GmbH-Gesetz.
10. † So Eberhard Schmidt, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 73 (1958), S. 341-360.
11. † Diese Eingrenzung deckt sich weitgehend mit dem, was zeitweise auch als Geschichte der „neuesten Zeit“ bezeichnet worden ist.
12. † So Rudolf Vierhaus, Aufklärung und Reformzeit. Kontinuitäten und Neuansätze in der deutschen Politik des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts, in: Eberhard Weis (Hrsg.), Reformen im rheinbündischen Deutschland, München 1984, S. 287-301, hier S. 288.
13. † Ein glänzendes, nach wie vor unübertroffenes Beispiel bietet Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 2. Aufl. 1967.
14. † Dazu Thomas Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, Berlin 1988, S. 134 ff.
15. † Vgl. Vormbaum, Lex Emminger, S. 21 ff.

16. † Allerdings unter wohlwollender Duldung sozialdemokratischer Kräfte, wie zum Beispiel von Gustav Radbruch; vgl. Vormbaum, Lex Emminger, ebd.
17. † Der Berliner Strafrechtler und Rechtshistoriker Klaus Marxen hat in einem – leider nicht publizierten – Diskussionsbeitrag vorgeschlagen, zwischen „juristischer Zeitgeschichte“ und „Zeitgeschichte des Rechts“ zu unterscheiden. Zeitgeschichte des Rechts werde erst durch Einbeziehung des soeben erörterten Interpretations-Elements zu „juristischer Zeitgeschichte“.
18. † Die Radikalisierungsthese wird ausführlich erörtert und unterstützt von Joachim Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berlin 2000.

Empfohlene Literatur zum Thema

Hans Peter Haferkamp u.a. (Hrsg.), *Schriftenreihe "Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts"*, Mohr Siebeck, Tübingen seit 1988, ISSN 0934-0955.

Justizministerium des Landes NRW (Hrsg.), *Schriftenreihe "Juristische Zeitgeschichte NRW"*, Düsseldorf seit 1997, ISSN 1615-5718.

Diethelm Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Brühl, Gießen 1985, ISBN 3-922300-28-6.

Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Duncker & Humblot, Berlin 1975, ISBN 3-428-03307-8.

Wolfgang Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 2000, ISBN 3-7890-6571-4.

Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitgeschichte – ein neues Fach?*, Nomos, Baden-Baden 1993, ISBN 3-7890-3012-0.

Thomas Vormbaum (Hrsg.), *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte (JJZG)*, de Gruyter, Berlin seit 1999/2000, ISSN 1869-6899.

Thomas Vormbaum (Hrsg.), *Journal der juristischen Zeitgeschichte (JoJZG)*, de Gruyter, Berlin seit 2007, ISSN 1863-9984.

Thomas Vormbaum (Hrsg.), *Schriftenreihe "Juristische Zeitgeschichte"*, BWV, Berlin seit 1997.

Thomas Vormbaum, *130 Jahre Strafgesetzgebung - Versuch einer Bilanz*, in: Thomas Vormbaum, Jürgen Welp (Hrsg.), *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*. Suppl.bd. 1, BWV, Berlin 2004, ISBN 978-3-8305-0935-6.

Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin 2009, ISBN 978-3540759546.