

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 2040
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen^ZZeitung

10

76. Jahrgang
21. Mai 2021
Seiten 477–528

Aus dem Inhalt:

Frauke Rostalski
Freiheit und Sterben

Jochen Hoffmann

Drittes Geschlecht, die „Gleichbehandlung von Männern und Frauen“ und das AGG

Jens Gal

Rechtliche Herausforderungen bei der digitalen Verbreitung von Videos

Sebastian Schwab

Historische Ambiguität und Recht

BAG mit Anmerkung von

Abbo Junker

Crowdworker als Arbeitnehmer gemäß § 611a Abs. 1 BGB

BGH mit Anmerkung von

Alexander Bruns

Mitteilung der Gründe einer Prämien erhöhung in der privaten Krankenversicherung



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

10 76. Jahrgang
21. Mai 2021



Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professorin Dr. Dr. **Frauke Rostalski**
Freiheit und Sterben **477**

Professor Dr. **Jochen Hoffmann**
Drittes Geschlecht, die „Gleichbehandlung von
Männern und Frauen“ und das AGG **484**

Privatdozent Dr. **Jens Gal**
Rechtliche Herausforderungen bei der digitalen
Verbreitung von Videos **490**

Sebastian Schwab
Historische Ambiguität und Recht **500**

Umschau

Glückwunsch
Stanley L. Paulson zum 80. Geburtstag
Professor Dr. **Matthias Jestaedt** **508**

Glosse
„Staatsbürgerinnen aller Geschlechter“ – vereinigt Euch!
Professor Dr. **Christian Hillgruber** **509**

Literatur

Andreas Kulick: Horizontalwirkung im Vergleich.
Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte
zwischen Privaten
Professor Dr. Dr. h.c. **Stefan Muckel** **510**

Entscheidungen

BAG, 1.12.2020 – 9 AzR 102/20
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Abbo Junker**
Crowdworker als Arbeitnehmer gemäß
§ 611a Abs. 1 BGB **512**

BGH, 16.12.2020 – IV ZR 294/19
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Alexander Bruns**, LL.M. (Duke Univ.)
Mitteilung der maßgeblichen Gründe einer Prämien-
erhöhung in der privaten Krankenversicherung **522**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **302***
Gesetzgebung **303***
Entscheidungen in Leitsätzen **305***
Neuerscheinungen **318***
Zeitschriftenübersicht **329***
Festschrift **334***
Impressum **334***

Sebastian Schwab, Göttingen*

Historische Ambiguität und Recht

Zur Frage der Ausgleichsleistungen für die „Hohenzollern“ und der Stellung historischen Wissens im Prozessrecht

Die Debatte, ob die Nachfahren des deutschen Kaisers die Rückgabe von Kulturgütern beanspruchen können, zeigt den prekären Status historischen Wissens im Recht: Die Rechtsprechungspraxis wird geschichtstheoretischen Standards oft nicht gerecht. Bezieht man dagegen historischen Sachverstand im Rahmen des Prozessrechts ein, kann eine praktisch nicht einlösbarer Erwartungshaltung an die Homogenität historischer Darstellung abgelegt und dadurch die Leistungsfähigkeit der Judikatur erhöht werden.

I. Drei klassische Grundannahmen

(1.) Es gehört zu den klassischen Grundannahmen einer nachmetaphysischen Rechtsordnung, dass sie ihre Maßstäbe selbstständig und unabhängig von anderen Systemen bildet.¹ Was anständig ist, muss nicht auch von Rechts wegen geboten sein; was epidemiologisch sinnvoll wäre, muss nicht auch rechtlich möglich sein; das Recht kann Wirklichkeiten und Gegenwirklichkeiten in breitem Ausmaß schaffen. Dieses Phänomen wird gemeinhin unter den Stichworten der Positivität und Autonomie des Rechts behandelt.

(2.) Eine klassische Grundannahme der juristischen Methodenlehre in der Form, wie sie Studierenden auch heute noch zu Beginn ihres Studiums vermittelt wird, ist die Trennung von Obersatz und Untersatz, die eine Scheidung in die anzuwendenden Rechtssätze einerseits und den Sachverhalt andererseits impliziert. Dieses Auslegungs- und Subsumtionsparadigma ist schon länger – wie ein Großteil der Methodenlehre – in den Verruf geraten, etwas „Patina“ ange setzt zu haben.² Seiner Popularität als Idealbild der Rechtsanwendung hat das bislang keinen rechten Abbruch getan.³

(3.) Unmittelbar damit zusammen hängt das nicht nur unter Juristen verbreitete Sentiment, Tatsachen seien etwas Objektives, von dem subjektive Wertungen trennbar seien. Allenfalls ließe sich über Wertungen ein intersubjektiver Konsens herstellen, was sie indes nicht zu Tatsachen werden lasse.

II. Gewissheitsverlust? Die „Hohenzollern“-Debatte

Alle drei dieser klassischen Gewissheiten drohen im Fall des Ausschlusses von Restitutionsansprüchen wegen unwürdig-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staatskirchenrecht und Kirchenrecht, der Georg-August-Universität Göttingen (Professor Dr. Hans Michael Heinig).

1 In unterschiedlichen Ausprägungen Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 38ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Auflage), 2017, S. 28ff., 47ff., 354ff.

2 So Fleischer, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 1, 2 in Bezug auf die gängigen Methodenlehrbücher. Eine pointierte Historiographie von theoretischem Aufstieg und Niedergang des Subsumtionsideals findet sich bei Waldhoff/Neumeier, in: Grimm/König (Hrsg.), Lektüre und Geltung, 2020, S. 221, 234ff.

3 Vgl. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 60.

gen Verhaltens des früheren Kronprinzen *Wilhelm von Preußen* nach dem Ausgleichsleistungsgesetz (AusglLeistG) verloren zu gehen, wenn man der rechtswissenschaftlichen Debatte glaubt, die bislang vor allem auf den Seiten der F.A.Z. von renommierten Rechtswissenschaftlern geführt worden ist.⁴

Nach dem nämlichen Gesetz, das die Bringschuld des Gesetzgebers in Anbetracht eines bundesverfassungsgerichtlichen Urteils zur Bodenreform ist,⁵ wird für entschädigungslose Enteignungen von Grundbesitz durch die Sowjets oder deren Satelliten zwischen 1945 und 1949 ein Ausgleich in Geld gewährt; Fahrnis dagegen ist zurückzugeben. Jedenfalls⁶ einen solchen Rückgabebanspruch über zahlreiche Kunstgegenstände machte nach der deutschen Wiedervereinigung der jeweilige „Chef des Hauses Hohenzollern“, bürgerlicher und korrekter mithin der durch Erbvertrag⁷ eingesetzte Rechtsnachfolger des früheren preußischen Königs bzw. dessen potentieller Nachfolger aus der Familie Preußen,⁸ geltend.

Das zuständige Land Brandenburg hat das Bestehen der Ansprüche verneint. Ein Verfahren vor dem VG Potsdam ist anhängig, derzeit aber für Vergleichsverhandlungen ausgesetzt. Das Land beruft sich zur Rechtfertigung der Entscheidung auf einen Anspruchsausschluss wegen Unwürdigkeit nach § 1 Abs. 4 AusglLeistG. Nach ihm werden Ausgleichsleistungen im Wesentlichen jenen nicht gewährt, die Rechtsnachfolger⁹ einer Person sind, die

„gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstößen [...] oder dem nationalsozialistischen [...] System [...] erheblichen Vorschub geleistet hat.“

Einer der Rechtsvorgänger des derzeitigen „Oberhaupts des Hauses“ ist *Wilhelm Prinz von Preußen* (1882–1951), bis zur Abschaffung der Monarchie preußischer Kronprinz. Er habe, so das Land Brandenburg, dem NS-Regime erheblichen Vorschub geleistet. Der erstgeborene Sohn des letzten deutschen Kaisers war am Ende der Weimarer Republik und zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft recht präsent. Nicht nur traf er sich immer wieder, auch schon vor 1933, mit Personen wie Hitler, Göring und Röhm, sondern rief 1932 auch zur Wahl Hitlers im zweiten Wahlgang für das Amt des Reichspräsidenten auf und war der hochrangigste Gast des *Ancien Régime* beim „Tag von Potsdam“ am 21. März 1933.

4 Ch. Schönberger F.A.Z. v. 5.12.2019, S. 14; Gärditz F.A.Z. v. 24.9.2020, S. 6; Ernst F.A.Z. v. 14.10.2020, S. N3. Nun v.a. noch S. Schönberger ZfG 2020, 337, Holzhauer DÖV 2021, 24 und Hillgruber/Bender DVBl. 2021, 427.

5 BVerfGE 84, 90, 128 ff.

6 Die Bundesregierung hat in BT-Drs. 19/12871, S. 3 Auskunft gegeben, dass Entschädigungsansprüche wegen Immobilienenteignungen nicht Bestandteil der zwischen den Beteiligten laufenden Vergleichsverhandlungen sind. Jüngere Nachrichtenmeldungen lauten teilweise anders; danach sollen die Antragsteller durchaus auch Geldforderungen erheben.

7 Zu diesem siehe auch BVerfGK 3, 112.

8 Kritisch zur gedankenlosen Übernahme der Terminologie des „Hauses Hohenzollern“ durch die Bundesregierung auch S. Schönberger ZfG 2020, 337, 345.

9 Der Anspruchsausschluss gilt auch für originäre Rechteinhaber. Solche dürften aber kaum noch am Leben sein.

Im Zuge des Verwaltungsverfahrens holten die Beteiligten Privatgutachten ein. Diese insgesamt vier Privatgutachten, je zwei auf beiden Seiten, kamen zu drei unterschiedlichen Bewertungen der Rolle des einstigen Thronanwärters. In juristischen Auseinandersetzungen ist dergleichen gewöhnlich kaum der Rede wert. Doch die Privatgutachten stammen nicht von Juristen, sondern von renommierten Historikern: *Christopher Clark* und *Wolfram Pyta* mit *Rainer Orth* gutachteten zur Rolle des Kronprinzen für die preußische, *Stephan Malinowski* und *Peter Brandt* für die deutsche Seite. Die Gutachten wurden durch den Satiriker *Jan Böhmermann* im Internet veröffentlicht, wo sie bis heute abrufbar und für jeden einsehbar sind.¹⁰

Die gutachterliche Kontroverse sei kurz dargestellt:¹¹ Die von staatlicher Seite bestellten Gutachter stellen den einstigen Kronprinzen durch Zusammentragung zahlreicher Begebenheiten als medial präsente und gut vernetzte Person des Establishments dar, die ihr antirepublikanisches, geschlossen rechtsextremes Weltbild nicht verhehlte. Insbesondere sei er beim Tag von Potsdam prominent in Erscheinung getreten; sein Auftritt sei monarchisch eingestellten Bürgern gegenüber als wichtiges, die nationalsozialistische Herrschaft legitimierendes Zeichen anzusehen. Ganz anders liest sich das Gutachten von *Pyta* und *Orth*. In ihm präsentiert sich der Kronprinz als eigenständiger politischer Akteur, der Kontakte zu späteren Widerständlern gepflegt habe, die NSDAP insgeheim und auch öffentlich verabscheute und helfen wollte, Hitler zu verhindern. Der Tag von Potsdam tauge nicht zum Symbol bürgerlichen Schulterschlusses mit den Nationalsozialisten. Anders wiederum *Clark* in seinem Gutachten für die Familie Preußen: Bei ihm erscheint der Kronprinz als vor Selbstüberschätzung strotzender Taugenichts, der zwar das Regime unterstützte, dessen Beitrag aber weder größere Wertschätzung erfuhr noch sonderliche Wirksamkeit entfaltete.

Die Reaktionen ließen nicht lange auf sich warten. Rechtsgelehrte appellierte an die Disziplingrenzen: Der Kardinalfehler sei gewesen, im Verfahren Historiker zu beauftragen. Sie hätten es sich angemäßt, sich bei der Beantwortung der an den Wortlaut des § 1 Abs. 4 AusglLeistG eng angelehnten Gutachtenfragen des juristisch konnotierten Vocabulars zu bedienen. Das überschreite ihre Expertise. Es handle sich um eine juristische Frage; die Maßstäbe zum Paragraphen seien durch höchstgerichtliche Rechtsprechung längst geklärt, man müsse im Grunde nur noch subsumieren, wobei dies wenig spektakulär ausfiele. Die Voraussetzungen des Anspruchsausschlusses seien „offenkundig erfüllt“.¹²

Sowohl am Vorwurf gegenüber den Geschichtswissenschaftlern als auch an dem inhaltlichen Zertizitätspostulat sind Zweifel anzumelden. Tatsächlich ist das Rechtsproblem vielschichtig. Was in diesem Fall geschehen ist, ist keine Anomalie, sondern durch die Norm und die Rechtsprechung mehr oder minder provoziert worden. Dieser Beitrag möchte auf den Fall einige Schlaglichter werfen, indem er fragt, wie historische Ambiguität, die in den verschiedenen geschichtswissenschaftlichen Stellungnahmen deutlich aufgebrochen ist, im Recht im Allgemeinen und im Verwaltungsprozessrecht im Besonderen verarbeitet wird.

In einem ersten Schritt werden einige Immunisierungsstrategien gegen historische Unsicherheiten skizziert (III.). Sodann richtet sich der Blick auf die ergangene Rechtsprechung, die sich als bedeutend komplexer erweist, als dies bislang in der Debatte insinuiert wurde (IV.). Dabei greift die Rechtsprechung richtigweise auch auf geschichtswissenschaftliche „Wertungen“ zurück, nachdem das Konzept der historischen Tatsache geschichtstheoretisch ohnehin an Schlagkraft

eingebüßt hat (V.). Vor diesem Hintergrund kann dann die Stellung dieses historischen Wissens im Verwaltungsprozess problematisiert werden (VI.). Es zeigt sich ein defizitärer Umgang mit historischer Ambiguität. Abschließend (VII.) lassen sich konkrete Schlüsse für den Fall der „Hohenzollern“, aber auch für interdisziplinäre Potentiale von Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft ziehen.

III. Rechtstheoretische Immunisierungsstrategien

Zum Bild, das man sich von der Vergangenheit gemeinhin macht, gehört es, diese als bestimmt, aber ungewiss zu denken: *Irgendwie* war die Vergangenheit sicher, aber *wie* sie genau war, ist oftmals nicht mit endgültiger Sicherheit zu sagen. Die Vergangenheit ist unwiederbringlich vergangen. Dies stellt in der Rechtspraxis ein zwar häufiges und einigermaßen gewöhnliches, aber auch intrikates Problem dar. Denn es ist klar, dass das Recht nichtsdestoweniger allenthalben auf gewisse Sicherheiten und feste Annahmen verwiesen ist, schon um die Akzeptabilität und Legitimität der eigenen Entscheidungen gegenüber den durch sie Betroffenen und der Allgemeinheit sicherzustellen. Darum haben sich im Recht verschiedene Immunisierungsstrategien gegen historische Begebenheiten und die Unsicherheiten ihrer Feststellung etabliert.

So können positivierte Zweifelsregeln und Vermutungsvorschriften vorsehen, dass bestimmte Geschehensverläufe unabhängig von einer historischen Beweisführung als gewiss zu unterstellen sind, solange nicht das Gegenteil nachgewiesen wird. Doch schon dort verbindet sich die positiv-rechtliche Immunisierung mit einer nicht im selben Maße mit gesetzlichen Weihen ausgestatteten Strategie, historische Unsicherheiten abzufedern. Denn wann das Gegenteil als erwiesen zu gelten hat, ist oftmals richterlicher Ausformung überlassen, die dann auf ihrerseits intersubjektiv unterbestimmte Entitäten wie die „allgemeine Lebenserfahrung“ rekurrieren muss. Wann intersubjektiv vermittelbar von einer allgemeinen Lebenserfahrung oder Ähnlichem ausgegangen werden kann, ist in breitem Ausmaß abhängig von Narrativen. Sie entstehen beispielsweise durch das geschickte Arrangement vergangener Entscheidungen, aus denen das Gericht dann eine „Linie“ destilliert. Ein solches Vorgehen ist ungemein leistungsfähig. Es entbindet von einem eigenen, unvermittelten Zugriff auf vergangene Entscheidungen, Rechtstexte oder Geschehensabläufe, weil diese Narrationen einen präjudiziellen oder doch zumindest kanonisierenden Charakter entfalten, aus einer eigentlich unbestimmten Norm eine bestimmte Norm werden lassen¹³ oder einen Anscheinbeweis etablieren. Das alles erhöht die Rechtssicherheit und ist für eine komplexe, historisch gewachsene und auf Historizität verwiesene Rechtsordnung ein *Workaround*, der meist den gewünschten Austrag zeigt. Gleichzeitig eignen ihm eine Gefahr und ein Problem: Narrative, die historische Abläufe oder Begebenheiten erzählen, also ordnen und zugänglich machen,¹⁴ geraten in die Gefahr, sich zu verselbstständigen. Sie neigen zur Ideologisierung und damit dazu, eine Festigkeit zu erlangen,¹⁵ die ihnen qua fehlender Positivierung eigentlich nicht zukommen dürfte. Eine ständige Rechtsprechung zu ändern, kann immensen Aufwand erfordern. Nicht

¹⁰ Siehe die Webseite www.hohenzollern.lol (abgerufen am 26.3.2021). Die im Folgenden zitierten Gutachten sind über die Seite leicht zu erreichen.

¹¹ Ausführlich zu den Gutachten *Holzhauer* DÖV 2021, 24, 26ff.

¹² Ch. Schönberger F.A.Z. v. 5.12.2019, S. 14. Siehe auch Ernst F.A.Z. v. 14.10.2020, S. N3; vgl. Gärditz F.A.Z. v. 24.9.2020, S. 6 sowie ders. NJ 11/2020, S. III.

¹³ Das ist zum Beispiel die gängige Argumentationsfigur im Kontext der polizeilichen Generalklausel. Siehe nur *BVerfGE* 54, 143, 144f.

¹⁴ Zur Funktion historischer Narrative unten bei V.

¹⁵ Vgl. Habermas, Faktizität und Gel tung, 4. Aufl. 1994, S. 271 zur Wirkung von Paradigmen.

selten ist eine Änderung nur unter Selbstverleugnung möglich, indem eine grundstürzende Änderung als Fortschreibung kaschiert wird.¹⁶ Andererseits werfen Narrative ein spezifisches Problem auf, solange sie gerade keine quasi-ideologische Festigkeit erlangt haben: Sie können durch Gegen-narrative „sturmreif“ geschossen werden. Entscheidungen können kontextualisiert werden, so dass die reduktive Kraft einer Rechtsprechungstradition ihre Umkehroperation erfährt; neue Erkenntnisse über naturwissenschaftliche Abläufe oder statistische Erhebungen können die „allgemeine Lebenserfahrung“ hinfällig werden lassen. Dann verlieren die Narrative ihre Leistungsfähigkeit.

Am einfachsten scheint es darum zu sein, historische Begebenheiten und die unmittelbar mit ihnen verbundenen epistemischen Unwägbarkeiten schlicht als rechtlich irrelevant auszuschließen. Diese Option steht einer positiven Rechtsordnung insofern grundsätzlich offen, als dass sie – so die klassische Grundannahme – im Prinzip frei darin ist, die Rezeptionsbedingungen für andere Systeme selbst zu bestimmen. Praktisch dürfte unstreitig sein, dass es zwar rechtlicher Regelung bedarf, um „Interpenetration“¹⁷ überhaupt erst zuzulassen, und eine solche Einflussnahme auch nicht zum ungefilterten Einfluss extrajuridischen Wissens führen kann, als auch dieses beim Eingang in das rechtliche Feld eine Umformung erfährt.¹⁸ Aber ein *a-limine*-Ausschluss sämtlichen historischen Wissens führte letztlich dazu, dass das Recht seinen Gestaltungsanspruch einbüßte. Denn *dass* historische bzw. lebensweltliche Begebenheiten auf hoher Abstraktionsebene für das Verständnis einer Norm relevant sind, entspricht dem noch heute gültigen voluntaristischen Paradigma, wie es in den sogenannten objektiven und subjektiven „Auslegungstheorien“ zum Ausdruck kommt.¹⁹

Der Fall der „Hohenzollern“ illustriert, wie schwer die angerissenen rechtstheoretischen Strategien *in praxi* zu identifizieren und voneinander zu scheiden sind. Es ergeben sich allenfalls *blurred lines*, unscharfe Umrisse: Es ist klar, dass, wie *Barbara Stollberg-Rilinger* festgehalten hat, das geschichtswissenschaftliche Interesse an der Causa über das genuin Juristische weit hinaus geht. Für eine Historikerin stellt sie ein Panoptikum des Endes der Weimarer Republik und einen Baustein in der größeren Geschichte des post-monarchischen Umgangs mit einstigen europäischen Herrscherfamilien dar.²⁰ Jenseits dieser recht deutlich für den juristischen Fall nicht relevanten Fragestellungen herrscht aber alsbald Streit. Auf der einen Seite befindet sich, wer im Rahmen seiner gutachterlichen Tätigkeit glaubte, „neue wissenschaftliche Erkenntnis“ geliefert zu haben, indem er „eine neue Fragestellung mit [...] bislang unerschlossenen [...] Materialien kreativ [verband]“, so dass sich fast alles, was man bisher zum Wissensstand rechnete, als anders darstellte. Diesen gegenüber stehen jene, die diese Arbeiten im Grunde gar nicht zu Gehör bringen, sondern als der Sache ebenso fremd wie die soeben angeführten Beispiele ausscheiden wollen. Diese verschwommenen Grenzziehungen sind keine Eigenheit des Restitutionsfalls der Familie Preußen. Sie ziehen sich, wenigstens das scheint deutlich erkennbar, durch die gesamte bisherige Rechtsprechung.

¹⁶ Dazu *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 51ff.

¹⁷ Siehe zu Begriff und Sache *Luhmann* (Fn. 1), S. 90f.

¹⁸ Dazu nun ausführlich *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 215ff.

¹⁹ Vgl. dazu *Schröder*, Theorie der Gesetzesinterpretation im frühen 20. Jahrhundert, 2011, S. 13ff., 25ff.

²⁰ *Stollberg-Rilinger* DER STAAT 59 (2020), 155, 157.

²¹ *Pyta/Orth*, Gutachten, S. 143.

IV. Ein leerer Maßstab

Die Aussage, es handele sich bei der Anwendung des § 1 Abs. 4 AusglLeistG um eine rechtliche Frage, entbehrt nicht einer gewissen Trivialität. Auch dort, wo außerrechtliches Wissen fruchtbar gemacht werden soll und vielleicht auch kann, handelt es sich um die Fruchtbarmachung *für eine Rechtsfrage*. Ausgesagt ist damit wenig. Denn es sind sehr unterschiedliche Einflussgrade dieses extradisziplinären Wissens auf das Recht denkbar, ohne dass das Recht mit dieser Extradisziplinarität verschmolze. Wendet man sich der Judikatur zur Unwürdigkeitsklausel zu, so erhellt, in welchem Ausmaß sich Gerichte der Aufarbeitung makro- und mikrohistorischer Fragen zugewandt haben und wie eng diese mit dem rechtlichen Maßstab verknüpft sind.

Der Ausschluss von Leistungen wegen Unwürdigkeit kraft Systemunterstützung ist keine Novität des Ausgleichsleistungsgesetzes. Vielmehr konnte die 1994 in Kraft getretene Klausel bereits zu diesem Zeitpunkt auf eine über fünfzig Jahre andauernde Rechtsprechung zum Kriegsfolgenrecht aufbauen. So sah und sieht das Bundesentschädigungsgesetz (BEG) vor,²² dass jener nicht als Opfer nationalsozialistischer Verfolgung entschädigt wird, der selbst dem System „Vorschub“ geleistet hat. Ebenso liest sich § 5 Nr. 1 lit. a des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG).²³ Auf die Maßstäbe für § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des früheren Gesetzes „zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes“ (BGWÖD)²⁴, der ein „Fördern“ des Nationalsozialismus zum Ausschluss führen ließ, kann gleichfalls zurückgegriffen werden.²⁵

Gefestigt ist danach, dass für den Ausschluss wegen Unwürdigkeit das kumulative Vorliegen objektiver und subjektiver Umstände nötig ist. In objektiver Hinsicht ist eine gewisse Stetigkeit von geeigneten Aktivitäten zu verlangen, die die Bedingungen für die Entfaltung des nationalsozialistischen Regimes – auch schon vor dessen Machtübernahme – nicht nur unerheblich verbesserten.²⁶ Dieses Vorschubleisten muss sich „auf spezifische Ziele des nationalsozialistischen Systems“²⁷ bezogen haben. Subjektiv erfordert der Ausschluss „wissentliches und willentliches Handeln“,²⁸ wodurch einerseits nicht ausgeschlossen wird, dass im Vordergrund eigene politische Ziele gestanden haben mögen, auch wenn *deren* Verwirklichung letztlich erfolglos blieb,²⁹ andererseits aber jene außen vor bleiben, die zwar um die Ziele des Nationalsozialismus wussten, aber nach außen hin indifferent blieben.³⁰

Man mag von diesem Maßstab halten, was man will. Insbesondere könnte man die ostentative Wiederholung möglicher Indifferenz zum Regime kritisieren. Auch, dass bisweilen verlangt wird, die entfalteten Aktivitäten müssten *erfolgreich* gewesen sein, zeitigt keinen Mehrwert. Es ist nicht aus dem Erheblichkeitskriterium heraus zu rechtfertigen:³¹ Ak-

²² Siehe § 1 Abs. 4 Nr. 1 BEG i.d.F. vom 18. 9. 1953 (BGBl. I, S. 1387), nunmehr § 6 Abs. 1 Nr. 1 BEG.

²³ In der Erstfassung vom 19. 5. 1953 (BGBl. I, S. 201) genügte gemäß § 11 Nr. 1 noch, dass man die „durch die nationalsozialistische Gewaltherrschaft geschaffene Lage ausgenutzt hat“.

²⁴ BGBl. 1951 I, S. 291.

²⁵ Siehe *BVerwGE* 123, 142, 145f.

²⁶ ebd.

²⁷ *BVerwGE* 123, 142, 146.

²⁸ *BVerwGE* 123, 142, 147.

²⁹ So zu *Alfred Hugenbergs* Staatssekretär, dem das *BVerwG* in den Sechzigerjahren nicht frei vom Schein der grundsätzlichen Sympathie zugestand, dass er im ersten Kabinett *Hitlers* mit dem Ziel angetreten sein mag, diesen „einzukreisen“; siehe *BVerwGE* 15, 326, 330ff.

³⁰ Zitiert wird für dieses Merkmal *BGH*, Urteil v. 10. 7. 1986 – IX ZR 55/86, wobei die Begründung im damaligen Sachverhalt damit eher das Fehlen eines Handelns, also *aktiven Förderns*, adressierte.

³¹ So aber *BVerwGE* 135, 1, 3.

tivitäten, die die Bedingungen zur Verwirklichung des Systems verbesserten, können nicht als erfolglos gedacht werden – denn dann hätten sie schon keine Verbesserung bewirkt. Umgekehrt hat dieses Kriterium jedoch aus der historischen Außensicht offenbar zum Irrtum geführt, die Rechtsprechung würde hier relativ streng und der historischen Forschung im Grunde nicht zugängliche Kausalitätsanforderungen stellen.³² Derartige Erwägungen werden aber in der einschlägigen Rechtsprechung nicht angestellt. Die Kausalitätsfrage wird schlüssig übergangen. Insgesamt scheint eine solche Kritik ohnehin wenig zielführend: Der theoretische rechtliche Maßstab, auf dem in den bisherigen Beiträgen zur „Hohenzollern“-Debatte offenkundig die Hoffnungen ruhen,³³ zeichnet sich durch seine praktische Wirkungslosigkeit aus.

Denn in den Leitentscheidungen der mit dem Kriegsfolgenrecht betrauten Gerichte wird der Maßstab letztlich von einer überbordenden Betrachtung des Sachverhalts nivelliert. So nehmen Referate über zeitgeschichtliche Begebenheiten sowie Ursachen- und Wirkungszusammenhänge regelmäßig den breitesten Raum ein. Dabei steigen die Richterinnen und Richter in erstaunlichem Ausmaß selbst in die Auswertung historischer Literatur ein³⁴ und gehen zumindest teilweise mit erheblicher Skrupulösität vor. So wird verschiedentlich betont, dass die Erforschung eines Gebietes bei Weitem noch nicht abgeschlossen sei, so dass es sich zwangsläufig bei einer gerichtlichen Aussage um eine Momentaufnahme handeln müsste;³⁵ daneben stehen Passagen, in denen die Gerichte quellenkritische Einwände erheben oder die Unterschreitung fachwissenschaftlicher Standards beklagen.³⁶ Mithin droht ein Kernpunkt in der Beurteilung von § 1 Abs. 4 AusglLeistG zu entgehen, wenn man die Belanglosigkeit historischer Expertise insinuiert: Für die Rechtsprechung ist sie oftmals ausschlaggebend.³⁷

Das ist im Übrigen keine Besonderheit des Kriegsfolgenrechts. So wurde etwa beobachtet, dass das *BVerfG*, wenn es hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums bestimmen soll, im Grunde eigentlich immer nur breit die Traditionnalität (also das Merkmal des „Hergebrachten“), selten aber die Fundamentalität (also die Grundsätzlichkeit des „Grundsatzes“) ausführlich diskutiere.³⁸ Es deutet sich mithin eher an, dass es sich um ein allgemeines Problem des Hiatus zwischen abstrakter Maßstättlichkeit und konkretisierender Praxis handelt, sobald Normen besonders intensiv auf historische Sachverhalte Bezug nehmen.

V. Geschichtstheorie und Tatsachen

Die Benützung historischer Expertise in der Entscheidungspraxis beschränkt sich dabei nicht nur auf „Tatsachen“. Ein Insistieren auf der Trennung von Tatsachen und Rechtsfragen³⁹ entspricht dem klassischen Subsumtionsideal – ist aber

³² Vgl. Stollberg-Rilinger DER STAAT 59 (2020), 155, 156 f.

³³ Insbesondere Ch. Schönberger F.A.Z. v. 5.12.2019, S. 14 und S. Schönberger ZfG 2020, 337, 338f.

³⁴ *BVerwGE* 128, 155, 166 ff., 173 f. sowie – insoweit nicht abgedruckt – Rn. 27ff.; *BVerwGE* 143, 119, 127 ff.; siehe auch *BGH*, Urteil v. 10.7.1986 – IX ZR 55/86.

³⁵ *BVerwGE* 143, 119, 125, 130f., 135, 138.

³⁶ Siehe *BVerwG*, Urteil v. 28.2.2007 – 3 C 38.05, Rn. 27 ff. = *BVerwGE* 128, 155 (insoweit nicht abgedruckt).

³⁷ Darin mag sie sich von der Verwaltungsrechtswissenschaft auf mittlerer Abstraktionsebene unterscheiden, siehe die Bilanz bei Möllers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkubel (Hrsg.), *GVwR*, Bd. 1, 1. Aufl. 2006, § 3 Rn. 43 f.

³⁸ Blankenagel, Tradition und Verfassung, 1987, S. 35.

³⁹ So v.a. Ernst F.A.Z. v. 14.10.2020, S. N3.

damit auch geneigt, einen Begriff von Tatsache zugrunde zu legen, der epistemisch ins Kreuzfeuer geraten ist. So lassen sich Tatsachen und Rechtsfragen bereits im juristischen Feld nicht parallelisieren mit einer Dichotomie aus objektiver Gegebenheit und Wertung. Einerseits entspricht es der Redeweise von der „Rechtserkenntnis“, rechtlichem Urteil eine gewisse Selbst-Losigkeit [sic!] nachzusagen;⁴⁰ Gegenstand von Sachverständigengutachten, die auf Tatsachenebene in eine gerichtliche Entscheidung eingehen, sind andererseits zumeist wissenschaftliche Wertungen.⁴¹

Dass auch wissenschaftlichen Erkenntnissen eine von ihnen nicht zu trennende Standortabhängigkeit eignet, ist für die Epistemologie der Naturwissenschaften seit Thomas Kuhn „Structure of Scientific Revolutions“ bekannt;⁴² in der (übrigen) Geschichtswissenschaft dürfte diese Einsicht schon länger Legion gewesen sein. Die modernen Wegbereiter des *narrative turn*, Arthur C. Danto und – bekannter, aber praktisch wenig einflussreich geblieben⁴³ – Hayden White, haben dabei nicht nur mit verschiedenen wissenschaftstheoretischen Schlagseiten⁴⁴ auf einer abstrakten Ebene die Abhängigkeit der Historiographie von der Person des Historiographen betont, sondern zugleich herausgestellt, dass Wertungen für die Geschichtsschreibung keine auszumerzende Anomalie, sondern eine mehr oder minder gar anthropologische Grundkonstante sind. Denn Fakten allein sagten ziemlich wenig oder gar nichts aus; die Aufgabe des Historikers bestehe in ihrer deutenden Verarbeitung: Das Proprium der Geschichtswissenschaft sei es nicht, eine – so die Terminologie bei Danto – „Ideale Chronik“ zu führen, sondern Vergangenheit aus einer von ihr distinkten Gegenwart heraus zu organisieren.⁴⁵ Die sinnhafte Verknüpfung durch *emplotted*,⁴⁶ das „Narrativ“, leistet damit einerseits die Zugänglichkeit historischen Wissens durch Orientierung und produziert es andererseits auch selbst.

Folgerichtig stellt das *BVerwG* im Kriegsfolgenrecht keineswegs nur auf historisches „Faktenwissen“ in einem überkommenen Sinn ab, in dem Historiographie zur ehrlichen Maklerin und Leopold v. Ranke entsprechend seines oft missverstandenen Bonmots, er wolle „bloß sagen, wie es eigentlich gewesen“,⁴⁷ zum Faktenpositivisten wird.⁴⁸ In der Hugenberg-Entscheidung übernimmt es ausdrücklich nicht nur den Fakt des Wirkens *Hugenbergs* in der Harzburger Front, sondern greift für die Bemessung dessen Einflusses ausdrücklich auf eine „Wertung [...] im zeitgeschichtlichen Schrifttum“ zurück, die bereits die Vorinstanz anführt

⁴⁰ Die in diesem Zusammenhang immer wieder zitierte Formel *Montesquieu* vom Richter, der lediglich „Mund des Gesetzes“ sei, kann dafür indes nicht als Ahnherr angerufen werden. Siehe dazu Ogoręk RJ 2 (1983), 277, 280 ff.

⁴¹ Siehe Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 5, 23. Aufl. 2015, Vor § 402 Rn. 24; vgl. auch Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, S. 94.

⁴² Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions, 4. Aufl. 2012, insb. S. 111 ff.

⁴³ Vgl. Flajig, in: Kiesow/Simon (Hrsg.), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, 2000, S. 26, 33 f.; Bahners, in: Stückrath/Zbinden (Hrsg.), Metageschichte, 1997, S. 125, 137.

⁴⁴ Vgl. Danto, Analytische Philosophie der Geschichte, 1974 (engl. 1965), S. 162 einerseits; White, Metahistory, 1991 (engl. 1973), S. 555 andererseits. Kritisch zu Whites Wissenschaftstheorie u.a. Bahners Merkur 46 (1992), 506, 513.

⁴⁵ Danto (Fn. 44), S. 232 ff.

⁴⁶ Instruktiv zu diesem Konzept White, in: ders., Die Bedeutung der Form, 1990 (engl. 1987), S. 11, 20: „Beziehungsstruktur“ und ebd., S. 40, 61: „Systeme der Sinnproduktion“.

⁴⁷ Ranke, Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535, 1824, S. VI.

⁴⁸ Dazu etwa Iggers, Deutsche Geschichtswissenschaft, 2. Aufl. 1997 (engl. 1968), S. 86 ff.

te.⁴⁹ In der verwaltungsgerichtlichen Praxis ist man sich also offenbar sehr bewusst, dass relevantes historisches Wissen nicht ausschließlich – wenn überhaupt – in Gestalt „reiner Fakten“ gegenübertritt und man darum, wenn man historisches Wissen verarbeitet, auch nicht lediglich auf diese rekurrieren kann und muss, sondern auch historische Narrative zur Verfügung stehen.⁵⁰

Man könnte der Gerichtsbarkeit also eine subtile Annäherung an geschichtstheoretische Bestände attestieren, insofern bei ihr historische Wertungen und „reine“ Tatsachen amalgamieren. Doch bleibt der Anspruch, den historische Narrative auf Wahrheit und Sicherheit erheben können, notwendigerweise prekär. Auf die Herausforderungen dieser zurückgenommenen Zertititätsgewähr hat die Rechtsprechung aber noch keine überzeugende Antwort gefunden. Sie scheitert bislang darin, narrativer Kontingenzen adäquat Rechnung zu tragen. Das zeigt sich, wenn der Blick nun in das Verwaltungsprozessrecht verlagert wird.

VI. Historisches Wissen im Verwaltungsprozessrecht

Rekurse auf historisches Wissen vor dem Verwaltungsgericht können nur im Korsett des Prozessrechts stattfinden, das reguliert, welche Gesichtspunkte wie in ein rechtsförmiges Verfahren eingespeist werden können. Darin liegt ein bedeutender Unterschied zur insofern in Bezug auf die eigenen methodischen Rezeptionen und verwendeten Argumentationsfiguren freieren Verwaltungsrechtswissenschaft, deren bisweilen geschichtsphilosophische Tendenzen⁵¹ einem positiv-rechtlichen, externen Regulativ nicht im selben Maße ausgesetzt sind: Anwendungsgeneigtheit und -eignung geben für sie nicht zwingend ein Qualitätskriterium ab. Dagegen ist das, was im Prozess geschieht, Anwendung und wird danach beurteilt. Valide Aussagen über den Umgang mit historischer Ambiguität können darum auch nur im konkreten prozessualen Anwendungskontext getroffen werden.

1. Historische Ambiguität aus revisionsrechtlicher Sicht

Ausgangspunkt der Überlegungen, welche Stellung historisches Wissen im Verwaltungsprozess einnimmt, kann eine allfällige Beobachtung bei der Sichtung der hier und anderswo zur Ausschlussklausel zitierten Entscheidungen sein. Wir blicken § 1 Abs. 4 AusglLeistG – wie auch das meiste andere Recht oftmals – durch die Brille höchstrichterlicher Rechtsprechung an. Höchstrichterliche Rechtsprechung aber ist vor allem eines: Revisionsrechtsprechung.

Dass in der höchstgerichtlichen Revision keine Tatsachen erhoben und ausgewertet werden sollen, sondern lediglich Rechtsfragen zu klären sind, ist bekannt. Doch bleibt auf abstrakt-dogmatischer Ebene die eminent wichtige Abgrenzung schwierig;⁵² die Rechtsprechung agiert darum – durch-

⁴⁹ BVerwGE 123, 142, 149.

⁵⁰ So weist auch Goschler, ZfG 2020, 322, 332 darauf hin, dass in der bisherigen Judikatur nicht zuletzt verschiedene Deutungen des Nationalsozialismus übereinander geschichtet sind.

⁵¹ Möllers, VerwArch 93 (2002), 22, 26 ff.

⁵² Dazu aus der tonangebenden zivilprozessualen Literatur Jacobs, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 4, 23. Aufl. 2018, § 546 Rn. 3 ff. Für das Verwaltungsprozessrecht Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 39. Lfg., § 137 Rn. 117. Man darf wohl konstatieren, dass die wissenschaftliche Aufbereitung der Abgrenzungsfrage über die umfängliche Darstellung bei Henke ZZP 81 (1968), 196 nicht recht hinausgekommen scheint.

aus erfolgreich – mit fein ziselterter Kasuistik.⁵³ Die Verarbeitung historischen Wissens in der Revision geschieht insbesondere in zwei Fallgruppen.

a) Tatsächliche Vermutung

Erstens wird historisches Wissen revisionsrechtlich relevant, wenn Erfahrungssätze in Rede stehen. In der v. a. zivilgerichtlichen Diktion stellt deren Existenz keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage dar. Mit Blick auf die Existenz eines Anscheinsbeweises bzw. einer tatsächlichen Vermutung⁵⁴ entspricht das auch der Linie anderer Gerichtshöfe des Bundes.

So hat gerade die vom BVerwG als komplex gekennzeichnete Vermengung von Rechtsfragen mit lebensweltlichen Umständen und Bewertungen dazu geführt, weitreichenden Zugriff auf die Deutung von in den vorangegangenen Instanzen erhobenen Materialien zu nehmen.⁵⁵ Die raumgreifenden zeithistorischen Analysen des BVerwG finden sich denn vornehmlich im Rahmen der Frage, ob sich auf der Grundlage des geschichtswissenschaftlichen Forschungsstandes ein „Erfahrungssatz“ ergebe oder nicht. Ein solcher Erfahrungssatz fordert – analog zur Frage des Anscheinsbeweises – grundsätzlich nur eine Aussage über eine gewisse Typizität.⁵⁶ Aus dem Amtsermittlungsgrundsatz resultiert dabei nur, dass das Gericht auf die vertypten Erfahrungssätze erst dann zurückgreifen darf, wenn die eigeninitiativ vorgängig vorzunehmende Betrachtung des konkreten Einzelfalls keine hinreichende Klärung erbracht hat.⁵⁷ In Fragen zeitgeschichtlicher Forschung legt das BVerwG an die Feststellung von Typizität einen enorm hohen Maßstab an, welcher zu der in der geschichtswissenschaftlichen Forschung – wie in anderen Disziplinen auch – vorhandenen Ambiguität im Meinungsspektrum zu konkreten Fragen nicht recht passen mag. So lässt das Gericht tatsächliche Vermutungen regelmäßig scheitern, wenn sich im wissenschaftlichen Schrifttum eine andere Auffassung finden lässt, es an exakten zahlenmäßigen Quantifizierungen mangelt⁵⁸ oder die in zeithistorischer Forschung enthaltenen (wertenden) Aussagen nicht völlig deckungsgleich sind, sondern ein „heterogenes, vielschichtiges Bild“ zeichnen.⁵⁹ Gerade eine somit unter der Hand verlangte ubiquitäre Geltung zeichnet aber den Anscheinsbeweis nicht aus.⁶⁰ Der verwaltungs-

⁵³ Siehe Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider (Fn. 52), § 137 Rn. 147 ff., 168 ff., 178 ff.

⁵⁴ Die Terminologie ist vielfältig. Zu Zusammenhang oder Synonymität der beiden Kategorien *Dawin*, in Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 39. Lfg., § 108 Rn. 72; siehe auch Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 2011, Rn. 397 f. Ohne Differenzierung Peters/Kukk/Ritgen, Der Beweis im Verwaltungsrecht, 2019, S. 167 ff. Für eine stärkere Nuancierung Brunn NJOZ 2011, 1873.

⁵⁵ Siehe nur die Leitsentscheidung BVerwGE 88, 312, 321 ff. mit einem vertriebenenrechtlichen Sachverhalt. Mit ähnlicher Beobachtung zum Wiedergutmachungsrecht Schüler RzW 1967, 586, 587.

⁵⁶ In kriegsfolgenrechtlichen Entscheidungen ausdrücklich in weitreichender Annäherung an die Dogmatik des Anscheinsbeweises BVerwGE 143, 119, 126 f.; ähnlich BVerwGE 135, 1, 10 („typischerweise“).

⁵⁷ Vgl., im Detail abweichend, Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 103 ff.

⁵⁸ Siehe BVerwGE 143, 119, 138, wo „verlässliche Daten“ gefordert werden, wie hoch der Anteil an den Nationalsozialismus ablehnenden Militärjustizbeamten war. Dass konsentiert sei, dass es sich um eine „Minderheit“ gehandelt habe, genügte dem Gericht als Angabe der „Größenordnung“ nicht (133).

⁵⁹ BVerwGE 143, 119, 131. Vgl. auch BVerwG, Urteil v. 28. 2. 2007 – 3 C 38.05, Rn. 31 (= BVerwGE 128, 155, insoweit nicht abgedruckt), wo bezogen auf einen Einzelfall die Aussage eines renommierten Standardwerks durch das Fehlen derselben Angabe (damals unter Verweis auf ungesicherteren Forschungsstand) in einem acht Jahre zuvor erschienenen Artikel in Zweifel gezogen wurde.

gerichtlichen Rechtsprechung mangelt es mithin offenbar an einem bedeutungsvollen Begriff von historischer Typizität. Darin dürfte sich nicht zuletzt das Relikt einer Geschichtsvorstellung entdecken lassen, die der theoretischen Einsicht in die Narrativität von Geschichte – und die damit unvermeidliche Heterogenität in Abhängigkeit vom Erzähler – kaum gerecht wird.

b) Allgemeinkundige Tatsachen

So verschwimmt letztlich auch die Grenze zur zweiten wesentlichen Fallgruppe, die die Behandlung historischen Wissens in der Revisionsinstanz zulässt. Diese zweite Kategorie sind die sogenannten „allgemeinkundigen Tatsachen“, die auch in der Revision ohne vorherige Aktenkundigkeit eingebracht werden können⁶¹ und die als „Schulwissen“⁶² vom *BVerwG* folgerichtig i. d. Regel nicht belegt werden. Für allgemein bekannte Tatsachen genüge es nicht, dass es sich um Wissen aus allgemein zugänglichen Quellen handele, da sich in ihnen regelmäßig einander widersprechende Annahmen finden dürften.⁶³ Gefordert in ihrem Rahmen ist also allgemeingültige Richtigkeit, die „keinem vernünftigen Zweifel“ unterliegt. In kriegsfolgenrechtlichen Sachverhalten wurde von der Figur *expressis verbis* im Hinblick auf *Hugenberg* und dessen Staatssekretär Gebrauch gemacht, denen im Rahmen allgemein bekannter makrohistorischer Geschehensabläufe das Vorschubleisten *in persona* attestiert wurde.⁶⁴ Sie stellt damit dort den einzelfallbezogenen Komplementär zur tatsächlichen Vermutung dar, die auf die Beurteilung eines Einzelverhaltens kraft Zugehörigkeit zu einer (eigentlich nur: relativ) homogenen Gruppe abzielt und für deren Substantiierung wie gesehen ein größerer Aufwand getrieben wird.

Diese Judikatur läuft in der Kombination praktisch darauf hinaus, dass jenseits eines absoluten historischen Gemeinplatzes, der „vernünftigerweise von niemandem mehr in Zweifel gezogen werden kann“,⁶⁵ zumindest vor dem Revisionsgericht gar keine verlässlichen, dem Maßstab genügenden historischen Aussagen getroffen werden können – und dies umso mehr, je weiter man den Kreis der tatsächlich einbezogenen Literatur zieht.

c) Konsequenz: Kein einfacher Ausweg

Im Streit um Ausgleichsleistungen für die Familie Preußen führt der wegen der Vernachlässigung eines bedeutungsvollen Begriffs von Typizität bewirkte Gleichlauf mit allgemeinkundigen Tatsachen zur Implosion: Denn dass namhafte Historiker auf beiden Seiten unter Berufung auf neues Schrifttum gerade in Bezug auf die Bedeutung des „Tags von Potsdam“ zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangten und außerhalb der erstatteten Privatgutachten über die Person des einstigen Kronprinzen geschichtswissenschaftlich wenig bekannt ist,⁶⁶ dürfte dem Postulat von einzelfallbezo-

⁶⁰ Siehe auch die Kritik von Brunn LKV 2012, 543, 546 ff. an dem Urteil *BVerwGE* 143, 119, in der er zu Recht eine katastrophale Maßstabsverschiebung beklagt, als damit im Prinzip der Anscheinbeweis seine Wirkung völlig einbüßt und die Judikatur zum Persilschein für die im Fall streitgegenständlichen Kriegsrichter im Nationalsozialismus gerät.

⁶¹ Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider (Fn. 52), § 137 Rn. 194 m. w. N.

⁶² Vierhaus (Fn. 54), Rn. 151.

⁶³ *BVerwGE* 127, 236, 239. Anders, historische Ambiguität ausblendend, Schüler RzW 1967, 586, 587.

⁶⁴ *BVerwGE* 15, 326, 330f. für *Hugenbergs* Staatssekretär; für *Hugenberg* selbst, in unklarer Mischung von Tatbestandswirkung des Präjudizes und allgemeinem Geschichtswissen, *BVerwGE* 123, 142, 149f.

⁶⁵ *BVerwGE* 128, 155, 161.

⁶⁶ Siehe das Interview mit Clark F.A.Z. v. 4.11.2020, S. 11.

genem Schulwissen entgegenstehen. Die Sache ist ohnehin strukturell der – mangels Gruppenbezogenheit nicht direkt anwendbaren – tatsächlichen Vermutung ähnlicher, insoweit es um ein historisches Urteil über die Rolle des Kronprinzen in einem makrohistorischen, sich ambig und mit multikausalen Komplexität darstellenden Kontext geht. Es handelt sich damit gerade nicht um die gewöhnliche Interpretation einzelner Umstände, für die allein der Vorderrichter kraft Sachnähe⁶⁷ geeignet sein dürfte.

Auf dieser Linie wirft die geschichtswissenschaftliche Ambiguität hier größere Schwierigkeiten auf. Sie traten insbesondere in einer etwaigen Revisionsentscheidung offen zu Tage. Schließlich wäre die einfachste Möglichkeit, mit historischer Uneindeutigkeit umzugehen, aus Sicht des Revisionsgerichts klar die Verweisung der Frage in die Freiheit richterlicher Beweiswürdigung. Ob der Richter dann eine hinreichende Bedeutung des früheren Kronprinzen annähme oder nicht, würde dann für ihn eine Frage der (stets opak bleibenden) richterlichen Überzeugung. Dieser Weg ist aber in ausgleichsleistungsrechtlichen Fällen nicht eröffnet:⁶⁸ Nicht nur wurde oben ja ersichtlich, dass der rechtliche Maßstab insoweit leerläuft, als er permanent auf historische Wertungen verwiesen bleibt; das *BVerwG* ist selbst in dieser Weise zu verstehen, wenn es zur Ausweitung der eigenen Revisionskompetenz verschiedentlich betont, es handele sich – angesichts des enormen historischen Aufwandes, den das Gericht treibt, auf den ersten Blick durchaus überraschend – um rechtliche, und nicht um tatsächliche bzw. historische Fragen.⁶⁹ Handelt es sich aber um eine rechtliche Frage, müsste das *BVerwG* in dieser Frage auch entscheiden, sollte der Fall zu ihm gelangen.⁷⁰ Für die in ihm sich aufdrängende Schwierigkeit, zeithistorisch-fachwissenschaftlich mit einiger Kontroversität bewertete Einzelsachverhalte zu beurteilen, wenn Schulwissen nicht zur Verfügung steht, fehlt es derzeit an einem kriegsfolgen- und beweis- bzw. revisionsrechtlichen Maßstab – zumindest dann, wenn man eine geschichts- und wissenschaftstheoretisch überzogene Homogenitätserwartung, wie sie im Rahmen der tatsächlichen Vermutung für die Beurteilung von Gruppenzugehörigkeiten zu bilanzieren war, nicht fortschreiben möchte.

2. Historischer Sachverständ und richterliche Kompetenz

In der Rechtsprechung des *BVerwG* bildet sich ein Symptom interdisziplinärer Überforderung⁷¹ ab. Es sieht sich regelmäßig einer großen Anzahl an historischer Forschung mit im Einzelnen differierenden Aussagen gegenüber, aus denen einen übergreifenden Konsens zu bilden es sich regelmäßig schwer tut. Diese überfordernde Vielfalt ist freilich auch selbstverschuldet. Denn anders als bei stark naturwissenschaftlich geprägten Sachverhalten scheinen sich die Verwaltungsgerichte den Zugriff auf historisches Wissen zumindest im absoluten Regelfall selbst zuzutrauen. Eine Entscheidung,

⁶⁷ Zur Bedeutung und Fruchtbarkeit dieses Kriteriums für die Reichweite der Revisibilität Henke ZZP 81 (1968), 321, 323 ff.

⁶⁸ Zu einer Entscheidung des 8. Senats des *BVerwG* als potentiellen *game changer* siehe unten VII. 1.

⁶⁹ *BVerwGE* 123, 142, 149; 143, 119, 126; noch anders akzentuiert zum BWGöD *BVerwGE* 30, 225, 228.

⁷⁰ Das *BVerwG* würde instanziell direkt auf das Verwaltungsgericht folgen, weil die Berufung gegen Urteile nach dem Ausgleichsleistungsgesetz ausgeschlossen ist (§ 6 Abs. 2 AusglLeistG i. V. mit § 37 Abs. 2 Satz 1 VermG).

⁷¹ Zu den Dimensionen dieses „Komplexitätsproblems“ Stark (Fn. 18), S. 220 ff.

in der die Vorinstanz ein geschichtswissenschaftliches Gutachten eingeholt hat, deren Ersteller mutmaßlich einen besseren Überblick über die Debattenlage zu einem bestimmten historischen Ereignis und dessen Bedeutung besäße, hätte es jedenfalls – so sie existiert – nicht zu größerer Bekanntheit gebracht. In der Hugenberg-Entscheidung gab das *BVerwG* wegen der über den Politiker allgemein bekannten Tatsachen einer auf Einholung eines Gutachtens gerichteten Verfahrensrüge nicht statt.⁷²

a) Möglichkeit historischer Gutachten: Bleibende Rechtsfragen

Daraus folgt freilich nicht die Unzulässigkeit eines solchen Gutachtentraufs. Nur zu Fragen des inländischen Rechts dürfen durch Gerichte keine Sachverständigen konsultiert werden.⁷³ Im Übrigen aber sollten Gerichte hinsichtlich der Annahme eigener Sachkenntnis, die über den eng umgrenzten Bereich juristischer Expertise hinausgeht, Vorsicht walten lassen. Diese Ermahnung findet sich in der einschlägigen Literatur praktisch allerorten.⁷⁴ Dass der rechtliche Maßstab für § 1 Abs. 4 AusglLeistG reichlich blass geblieben ist, führt nicht dazu, dass zwischen historischem Wissen und rechtlicher Bewertung nicht getrennt werden könnte. Insbesondere Fragen des *Distinguishing* mit anderen Fällen, etwa der Vergleich mit dem Vorwurf an *Hugenberg* einerseits, den verantwortlichen Redakteur einer an die konservative Elite adressierten Zeitschrift, deren tragendem Kreis nach Aussage *Malinowskis* auch der Kronprinz nahestand,⁷⁵ andererseits,⁷⁶ bleiben dem richterlichen Judiz überlassen und können durch historischen Sachverstand nicht substituiert werden.

Deshalb verfängt das Argument, Historiker seien im restitutionsrechtlichen Rahmen zur Gutachtenerstellung ungeeignet, weil es um rechtlich konnotierte Begriffe gehe, nicht. Der Einwand steht in ironischer Spannung zur im selben Zug zu Recht betonten Autonomie des Rechts, die sich von einem gleichlaufenden Sprachgebrauch in der Geschichtswissenschaft nicht irritieren lassen dürfte. Denn wird in einem Gutachten oder einem anderen Beweismittel ein Begriff benutzt, der im Recht eine spezifische Verwendung erfährt, bindet dies das Gericht nicht. Weder muss es abweichen, noch darf es sich nicht ebenfalls auf der Linie bewegen. Es gehört zu den feststehenden Sätzen der freien richterlichen Beweiswürdigung, dass die Gutachten einer eigenen und abweichenden Wertung unterzogen werden können und gegebenenfalls müssen;⁷⁷ dass mithin erst auf dem Ertrag der Gutachten aufbauend sich rechtliche Schlussfolgerungen ergeben können. Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung dagegen in die Hände der Sachverständigen selbst zu legen, führte zu Friktionen mit dem verwaltungsprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz und der verfassungsrechtlichen Gewaltengliederung.⁷⁸ Dieser rechtliche Vorbehalt lässt aber den Raum für historisch-fachwissenschaftliche Expertise nicht verschwinden.

⁷² *BVerwGE* 123, 143, 148.

⁷³ Berger, in: *Stein/Jonas* (Fn. 41), Vor § 402 Rn. 17.

⁷⁴ Peters/Kukk/Ritgen (Fn. 54), S. 144f.; Kothe/Redeker, Beweisantrag und Amtsermittlung im Verwaltungsprozess, 2012, S. 89; Berger, in: *Stein/Jonas* (Fn. 41), Vor § 402 Rn. 33.

⁷⁵ Malinowski, Gutachten, S. 19f.

⁷⁶ *BVerwG NJ* 2018, 304.

⁷⁷ Anstatt aller Peters/Kukk/Ritgen (Fn. 54), S. 169f. Freilich stößt man in der Praxis hier an reale Grenzen: *Nußberger AÖR* 129 (2004), 282, 298; siehe auch Berger, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Bd. 5, 23. Aufl. 2015, § 412 Rn. 2.

⁷⁸ Zu Spannungen des Einsatzes von Sachverständigen zum Rechtsstaats- und Demokratieprinzip siehe *Nußberger AÖR* 129 (2004), 282, 297ff.

b) Austrag historischer Gutachten: Sensibilität für Pragmatismus

Das tatsächliche historische Schulwissen, etwa, dass der frühere Kronprinz beim Tag von Potsdam anwesend war, reicht nämlich nicht hin, um die Bedeutung dieses und anderer Engagements einzuschätzen. Eine diesbezügliche Bewertung, die mit Plausibilitäten, Probabilitäten und unter Verzicht auf monokausale Erklärungsmuster zu arbeiten hätte, ist eine, für die die Geschichtswissenschaft angesichts ihrer hohen Komplexitätsverarbeitungsfähigkeit durchaus geeignet ist. Gerade im Bereich der tatsächlichen Vermutung ist ihr zuzutrauen, den nötigen vergleichenden Überblick über die fachwissenschaftlichen Beurteilungen zu verschaffen, der zur Entwicklung eines bedeutungsvollen Begriffs von Typizität durch die Rechtsprechung nötig ist.

So beklagte *Stollberg-Rilinger*, es gehe bei der politischen Behandlung der „Hohenzollern“-Causa unter, dass nicht alle Positionen in der *scientific community* als einander ebenbürtig anzusehen seien, dass es auch in der Geschichtswissenschaft Mehrheits- und Minderheitenpositionen gebe.⁷⁹ In der politischen Debatte werde dagegen vielmehr Kommensurabilität der einzelnen Positionen unterstellt. Das Monitum ist auf den gerichtlichen Umgang mit historischer Ambiguität auszuweiten: Erwägungen über die Struktur des disziplinären Diskursfeldes haben in den Entscheidungen zumindest nicht ausdrücklich Platz gefunden. Doch in Anbetracht dessen, dass es im Gerichtsverfahren nicht um historische Wahrheit gehen kann, sondern das *BVerwG* in einer (möglicherweise zu) skrupulösen Entscheidung nachdrücklich betont hat, dass es stets nur auf den Stand der zeitgeschichtlichen Forschung ankommen könne,⁸⁰ wäre es auch unter wissenschaftssoziologischen Auspizien statthaft, die im Prozess sich stellenden Fragen auf der Meta-Ebene anzusiedeln, welche Plausibilität verschiedenen geschichtswissenschaftlichen Positionen in der fachwissenschaftlichen Landschaft beigemessen wird.

Das mag auf einen „Hammelsprung der Historiker“ hinauslaufen und zunächst Unbehagen wecken. Doch es ist für die Darstellung wissenschaftlicher Debatten in rechtlichen Bezügen, die qua Interpenetration keinen eigenen Richtigkeitsmaßstab anlegen können, eine statthafte Kategorie, in Außenseiter und Mainstream zu unterscheiden. Entfernte Verwandtschaften lassen sich aufspüren: So ist bei – hier nicht vorhandenen – sachverständigen Gremien, die selbst verwaltungsrechtliche Entscheidungen treffen, der gerichtliche Überprüfungsmaßstab bei einer fachlich kontroversen Frage bekanntlich zurückgenommen,⁸¹ wenn und soweit die Mehrheits- und Minderheitspositionen in diesem in repräsentativer Weise abgebildet werden.⁸² Auch das funktional auf das Autoritätsargument abstellende Institut des „Obergutachtens“, das von einer Person erstattet wird, die „aufgrund überragender Sachkunde und fachlicher Autorität“⁸³ dazu besonders geeignet ist, weist in diese Richtung.

⁷⁹ *Stollberg-Rilinger DER STAAT* 59 (2020), 155, 158.

⁸⁰ Siehe oben Fn. 35. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe Fn. 60.

⁸¹ Abzuwarten bleibt, ob die Entscheidung des *BVerwG*, die jüngst der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien den Beurteilungsspielraum aberkannt hat, daran etwas im Ergebnis ändern wird. So hat das Gericht die Äußerungen des sog. „Zwölfer-Gremiums“ in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung als sachverständige Äußerungen angesehen, die zugrunde zu legen das Verwaltungsgericht im Regelfall „verpflichtet“ (!) (*BVerwGE* 167, 33, 53) sei – was angesichts § 108 Abs. 1 VwGO eine bemerkenswerte Aussage ist.

⁸² Vgl. *Nußberger AÖR* 129 (2004), 282, 300, 304, 307.

⁸³ Peters/Kukk/Ritgen (Fn. 54), S. 152.

Durch ein solches Vorgehen würde insbesondere der bei-nahe fundamental-skeptizistischen Einstellung der Rechtsprechung gegenüber dem Erkenntnisaustrag von im Fluss befindlicher historischer Forschung etwas entgegengesetzt. Denn aus pragmatischer Perspektive scheinen sowohl die (randständigen) Postmodernisten aus den eigenen, geschichtstheoretischen Reihen,⁸⁴ wie auch die Akteure auf Seiten der rezipierenden Rechtspraxis die epistemischen Unwägbarkeiten historischen Arbeitens radikal zu überschätzen. Die „normale Geschichtswissenschaft“⁸⁵ hat sich schon zur Zeit des Historismus wesentlich bescheidenere Ziele gesetzt als die umfassende, einhellige und völlig sichere Erkenntnis, die ihr als stupider Quellenpositivismus gern nachgesagt wird und sowohl den internen wie den externen Skeptikern als Folie zur Absetzung eigener Standpunkte zu dienen scheint. Schon *Droysen* war sich sehr bewusst, dass es „die ‚eigentliche historische Tatsache‘“⁸⁶ nicht gibt, sondern alles, was man erreichen könne, sei, „eine verhältnismäßig sichere und korrekte Auffassung zu ermöglichen“.⁸⁷ Dazu gehört es auch, fachliche Pluralität auszuhalten und sich in dem durch sie aufgespannten Feld – das häufig weniger weit ist, als man glaubt⁸⁸ – zu positionieren, ohne schließlich „historische Wahrheit“ in Anspruch nehmen zu müssen.

3. Fazit: Licht und Schatten

Dass, wie oben dargestellt,⁸⁹ das *BVerwG* dazu neigt, ausdrücklich an geschichtswissenschaftliche Wertungen rechtliche Folgerungen zu knüpfen, ist nicht nur geschichtstheoretisch zu begründen, weil sich eine Trennung zwischen historischem Fakt und historischer Wertung ohnehin kaum durchhalten lässt; gegen diese Praxis ist auch zunächst nichts zu erinnern, als der rechtliche Maßstab kaum Selbststand erlangt hat.⁹⁰ Probleme ergeben sich in den beschriebenen Fällen aber aus zwei anderen Umständen. Erstens greifen die Gerichte häufig selbst auf historisches Wissen zu, ohne sich für dessen Verarbeitung durch externen Sachverstand helfen zu lassen. Dabei überschätzen sie mitunter die Schwierigkeit, epistemisch satisfaktionsfähige Aussagen zu treffen. Denn stellen sich die flottierenden Narrative als vermeintlich oder tatsächlich besonders mannigfaltig dar, ergibt sich sodann zweitens das Problem, dass verwaltungsprozessual eine Gleichförmigkeit historischen Wissens gefordert wird, die unter dem narrativen Paradigma kaum zu leisten ist. An dieser Stelle fällt man offenbar zurück in eher faktpositivistische Geschichtsvorstellungen, mit denen man die tatsächliche Komplexität historischer Darstellungen nicht bewältigen kann. Ein Vorgehen, das auf disziplinäre Pluralität Rücksicht nimmt und sich pragmatisch, statt selbst Geschichtswissenschaft treiben zu wollen, von der fachwissenschaftlichen Strukturierung des Diskursfeldes interpenetrieren lässt, tut Not – und ist zulässig, als es in die richterliche Kompetenz nicht eingreift.⁹¹

⁸⁴ Aus jüngerer Zeit v.a. das in der Disziplin sehr kritisch betrachtete Lehrbuch von *Tschiggerl/Walach/Zahlmann*, Geschichtstheorie, 2019, S. 120.

⁸⁵ In entfernter Anlehnung an die „normal science“ bei *Kuhn* (Fn. 42), S. 23 ff.

⁸⁶ *Droysen*, Historik, 5. Aufl. 1967, S. 335.

⁸⁷ *Droysen* (Fn. 86), S. 339. Vgl. auch *Evans*, Fakten und Fiktionen, 1998 (engl. 1997), S. 208.

⁸⁸ In diesem Kontext hat auch *Clark* betont, dass die Auseinandersetzung um die „Hohenzollern“ nicht das Zeug zu einem neuen Historikerstreit habe, siehe F.A.Z. v. 4. 11. 2020, S. 11.

⁸⁹ Siehe V.

⁹⁰ Dazu oben IV.

⁹¹ Vgl. oben VI. 2.

VII. Ausblick

Welche Schlussfolgerungen lassen sich aus dem Gesagten für den konkreten Fall ziehen und welche Perspektiven ergeben sich für Interdisziplinaritätspotentiale von Rechts- und Geschichtswissenschaft?

1. Gutachtenpflicht und Wertungsoffenheit

Durch die von den Parteien eingeholten Privatgutachten ist im Streit um Ausgleichsleistungen für die „Hohenzollern“ eine Konstellation entstanden, die andere als die bisher beschrittenen Wege im Umgang mit historischem Wissen erfordern dürfte. Im Zivilprozessrecht, dessen Maßstäbe grundsätzlich im Recht des Sachverständigenbeweises gelten (siehe nur § 98 VwGO), ist anerkannt, dass bei fehlender eigener Sachkunde für den Richter aus der Widersprüchlichkeit der Privatgutachten die Pflicht zur Einholung eines gerichtlichen Gutachtens folgt.⁹² Dass sich das *VG Potsdam* hier, wie im Verwaltungsprozessrecht möglich, stattdessen allein auf die behördlich in Auftrag gegebenen Gutachten verlegt und diese zu gerichtlichen Sachverständigengutachten avancieren lässt,⁹³ während es jene von preußischer Seite nur als qualifiziertes und substantiiertes Parteivorbringen wertet,⁹⁴ ist zumindest unwahrscheinlich. Es dürfte sich schon aus gehörsrechtlichen Gründen und solchen der prozessualen Waffengleichheit die Notwendigkeit zu einem weiteren Gutachten aufdrängen⁹⁵ – zumindest dann, wenn das Gericht nicht ausnahmsweise selbst über die erforderliche historische Expertise verfügt. Auch die zwischenzeitliche Distanzierung eines Gutachters für die Familie Preußen von den eigenen Thesen kann daran nichts Grundstürzendes ändern. Dass *Clark* sich von *Malinowskis* jüngerem Gutachten mit neu ausgewerteten Quellen hat überzeugen lassen,⁹⁶ illustriert nur die Unabgeschlossenheit historischer Forschung und mag im Aufriss des Diskursfeldes durch einen wahrscheinlich zu bestellenden, gerichtlichen Gutachter und die Würdigung durch das Gericht eine Rolle spielen.

Eine daran anschließende heuristische Bewertung hätte zugleich gute Chancen, vor dem *BVerwG* zu bestehen. Mittlerweile ist dort der 8. Senat für Fragen des Ausgleichsleistungsrechtes zuständig; dieser hat in der offenbar einzigen bislang publizierten relevanten Entscheidung zum Kriterium des Vorschubleistens⁹⁷ wenig Interesse gezeigt, die Reichweite der abstrakten Rechts- zulasten der Tatsachenfragen, die durch *Distinguishing* rechtlich zu beurteilen sind, auszuweiten. Folgerichtig ließ er die Revision gegen das in der Argumentation starke Urteil der Vorinstanz,⁹⁸ das juristisch mit der Verantwortlichmachung eines Publizisten durchaus Neuland betrat, nicht zu. Ein darin zu erblickender *judicial*

⁹² *Thole*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Bd. 4, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 19; *Berger*, in *Stein/Jonas* (Fn. 41), Vor § 402 Rn. 76; *Huber*, in *Musielak/Voit* (Hrsg.), ZPO, 17. Aufl. 2020, § 402 Rn. 6 je m. w. N.

⁹³ In der Sache ist diese Möglichkeit Relikt eines überkommenen Bildes vom Staat als „Ehrenmann“. Darum zurecht sehr kritisch *Vierhaus* (Fn. 54), Rn. 203 ff.

⁹⁴ Dazu *Kotthe/Redeker* (Fn. 74), S. 82 m. w. N.

⁹⁵ Mit diesem Maßstab *Peters/Kukk/Ritgen* (Fn. 54), S. 153.

⁹⁶ Siehe das Interview mit *Clark* in der F.A.Z. v. 4. 11. 2020, S. 11.

⁹⁷ *BVerwG NJ* 2018, 304. Eine andere Entscheidung des Senats zum Vorschubleisten (*BVerwG*, Beschluss v. 11. 7. 2016 – 8 B 5.16) ist angesichts der hochrangigen Funktionärsstellung des Rechtsvorgängers der Klägerin hier nicht einschlägig. Die übrigen Entscheidungen betrafen v.a. den Vorwurf menschenrechts- und rechtsstaatswidrigem Verhaltens beim Einsatz von Zwangsarbeiten, also § 1 Abs. 4 Alt. 1 und 2 AusglLeistG. Die Revision wurde jedes Mal nicht zugelassen.

⁹⁸ *VG Gera*, Urteil v. 11. 10. 2016 – 6 K 1372/14 Ge.

self-restraint wurde im Kriegsfolgenrecht bereits gefordert⁹⁹ und ist zu begrüßen.

2. Interdisziplinaritätspotentiale

Der Bedarf an Vergangenheitsbewältigung ist ungebrochen. Aktuell ist zu beobachten, dass sich im Zuge verstärkter Provenienzforschungen der Fokus etwa auf die Aufarbeitung des kolonialen Erbes Deutschlands verschiebt. Die bislang oft immaterielle Symbolpolitik erfährt dadurch eine materielle Wende – dadurch kommt es genau zur Umkehroperation des materialisierten Sammelns, das die europäische Museumskultur seit der französischen Revolution kennzeichnete.¹⁰⁰

Die Forderungen der „Hohenzollern“ scheinen da ein wenig aus der Zeit gefallen. Sie sind aber Vorbote jener spezifischen Fragestellungen, die auftauchen, wenn sich gleichläufig zur materialen Wende auch eine Wendung ins Rechtliche vollziehen sollte. Denn dann prallt die plural ausdeutbare Vergangenheit auf ein Rechtssystem, das, wie bereits andernorts konstatiert wurde,¹⁰¹ geschichtstheoretisch nicht nur einfach nicht stets auf der Höhe der Zeit ist, sondern desungeachtet auch einen nicht zu leugnenden Bedarf an Entscheidungen hat, die sich in möglichst eindeutigen Terminen darstellen lassen. Systemtheoretisch handelt es sich bei dem Problem, dass verwaltungsprozessual historische Ambiguität nicht überzeugend verarbeitet werden kann, ohne naiven Eindeutigkeitsparadigmen anzuhängen, um ein Problem mangelnder Ausdifferenzierung: Verwaltungsgerichte internalisieren den Zugriff auf Geschichte teilweise, indem sie selbst die Auswertung externen historischen Sachverstands unternehmen. Dafür fehlt ihnen aber sowohl Maßstab wie

Vokabular. Möchte man nicht die *blurred line* schärfer ziehen, indem man – was, nochmals, in der derzeitigen Judikatur keinen Rückhalt findet – historisches Wissen *a limine* exkludiert, dann empfiehlt es sich, die extradisziplinäre Anlage der bislang gewählten Vorgehensweise anzuerkennen und auf dieser Fluchlinie historische Fragestellungen stärker zu externalisieren, was den Unwägbarkeiten historischen Wissens einerseits besser gerecht wird und andererseits deren Auswirkungen auf rechtsinterne Operationen eindämmt.

Das Lamento, Geschichte und Recht verständen einander nicht (oder nicht mehr), ist alt.¹⁰² Es setzte bald nach der ersten, von Rechtshistorikern angestimmten Euphorie über die disziplinäre Emanzipation von dem Primat der Historischen Rechtsschule ein.¹⁰³ Nun war und ist es aber nicht so, dass das Recht nicht mehr auf Historizität Bezug nimmt. Es stillt seinen Bedarf nur anders – und zwar, in den meisten Fällen, dilettantisch.¹⁰⁴ Geschichtstheoretische Informiertheit vermag allzu schnelle Gewissheiten im Recht zu irritieren, wie auch anhand der hier mittelbar aufgerufenen Bodenreform bereits exerziert wurde.¹⁰⁵ In diesem Sinne besteht der erste Schritt zu einem wachsenden Interdisziplinaritätspotential für Geschichte und Rechtswissenschaft – und auch zu besserer juristischer Dogmatik – neben der Verabschiedung überkommener, doktrinärer Grundannahmen in der Anerkennung von je eigener Disziplinarität: Juristen sollten wissen, dass sie keine Historiker sind.

⁹⁹ Vgl. Brunn LKV 2012, 543, 548f.

¹⁰⁰ Dazu Savoy, Die Provenienz der Kultur, 2018, S. 22ff.

¹⁰¹ Siehe Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, S. 179.

¹⁰² So der Kirchenrechtshistoriker Stutz, Die kirchliche Rechtsgeschichte, 1905, S. 26: „Fast noch schlimmer [scil. als eine Dogmatik, die die Geschichte nicht kennt] ist aber eine historisierende Dogmatik; sie gibt der Vergangenheit nicht, was der Vergangenheit, und der Gegenwart nicht, was dieser gebührt.“

¹⁰³ Eine kurze Geschichte dieser Mentalität findet sich bei Eckert, in: Festschrift für Hattenhauer, 2003, S. 121, 128f.

¹⁰⁴ Vgl. auch Lahusen, Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S. 22.

¹⁰⁵ Küppers, Die wahre Wahrheit über die Bodenreform, 2014.