

EINIGE BEMERKUNGEN ÜBER DIE BEDINGUNGEN DER
HISTORISCHEN UND DER JURISTISCHEN
ARGUMENTATION

J. P. VAN TWIST

Summary

The sciences of jurisprudence and history both have as their function to do justice. Whereas, however, the lawyer is obliged to abstain from the too individual, this individuality is the very thing to be attained by the historian. Just as the law creates for a subject the conditions to be of historical importance, so the historian has to find out what subjects have realised a level of historical importance. Whereas the law is based on the equality of subjects, history presupposes their inequality. Both the outcome of historical research as the results of the judicial process appeal to plausibility criteria of contemporary man.

Sommaire

Les sciences du droit et de l'histoire ont pour objet de rendre justice. Tandis que le juriste est obligé de s'abstenir du trop individuel, c'est exactement cette individualité que cherche l'historien. C'est le droit qui crée pour le sujet les conditions d'obtenir quelque valeur historique; c'est la science de l'histoire qui veut découvrir quels sujets ont réussi à réaliser un niveau historiquement important. Le droit se fonde sur l'égalité des hommes, l'histoire présuppose leur inégalité. Et les résultats de la recherche historique et ceux du processus juridique font appel à des critères de plausibilité de l'homme contemporain.

1. *Einleitung*

Zur Besprechung der historischen und der juristischen Argumentations-Bedingungen fragen wir uns erst, wer die Subjekte dieser Beweisführungen sind. Der Historiker will wissen, wie bestimmte Ereignisse sich vollzogen haben, wie die Vergangenheit gerade die Vergangenheit geworden ist. Obwohl seine historische Interpretation zur Geschichte gehören wird und er auch selbst als menschliches Subjekt immer schon Geschichte mit-macht, kann man vom Historiker nicht sagen, daß er einen unmittelbaren Beitrag liefert zur Gestaltung der geschichtlichen Wirklichkeit.

Es ist wohl gewiß, daß die Geschichtswissenschaften keine im üblichen Sinne praktischen Zwecke erstreben. Außerdem betonen Habermas wie Hart, daß der Historiker, statt selbst Verallgemeinerungen und allgemeine Gesetze aufzustellen, vielmehr nur auftritt als Benutzer allgemeiner Sätze und diese anwendet um besondere, einmalige Vorfälle zu erklären. Man sieht den Historiker dann als Anwender, nicht von wissenschaftlichen Sätzen und Hypothesen, sondern von common-sense-Sätzen (¹).

Wenn er selbst den Entwurf allgemeiner Theorien erstrebte, wäre er mehr denjenigen Wissenschaftlern ähnlich, die versuchen allgemeine Theorien sozialen Handelns aufzubauen. Die Frage nach dem Historischen würde wahrscheinlich auch dann auftreten, nämlich als das Problem wie allgemeine Theorien des sozialen Handelns unabhängig von historischem Wissen formuliert werden könnten und ob die Grundannahmen über das soziale Handeln nicht schon immer ein nur hermeneutisch zu entfaltendes Sinnverständnis einschliessen (²).

Demgegenüber haben die Juristen einen deutlicheren Anteil an der Weiterbildung der Gesellschaft. Ein großer Teil von ihnen ist doch beteiligt entweder beim direkten Rechtswurf oder bei der Rechts-Zuteilung. Wenn die Juristen sich mit wissenschaftlichen Problemen beschäftigen, ist das letzten Endes um der Regelung der Gesellschaft und besonders der Lösung von Interessenkonflikten beizutragen (³). Diese Auseinandersetzung mit den Anforderungen der Gesellschaft ist oft

so dringlich und direkt, daß man sich fragen könnte, ob die Juristen die Recht anordnen und anwenden und so ihre Rolle im Rechts-Spiel spielen, noch wissenschaftlich tätig sind. Man kann ihre Wissenschaft am höchsten retten, wenn man von angewandter Wissenschaft spricht und wohl in demselben Sinne, worin der Historiker anwendend Wissenschaft betreibt.

Dem Räsonnieren von Historiker und Juristen ist gemeinsam, daß es sich nicht formalisieren läßt (⁴), daß es manche Züge aufweist die man im Sprechen und Beweisen des gewöhnlichen Mannes findet (⁵) und das es nicht nur explanatorischen, sondern auch attributiven Zwecken dient (⁶). Im Folgenden können diese bekannten Übereinkünfte der beiden Argumentationsarten nicht behandelt werden. Die Absicht dieser Mitteilung ist nur ein Versuch, zu zeigen, daß die Verwandtschaft zwischen den beiden Argumentationsarten noch mehr enthält.

2. *Der Historiker*

Wenn der Historiker mit einer Forschung anfängt, kann er nicht davon ausgehen, daß die Tatsachen und Gesetzmäßigkeiten die einen bestimmten Vorgang ausreichend erklären könnten, schon bekannt sind, weder als Gemeingut noch als spezialisiertes Studienmaterial für Historiker (⁷). Seine erste Aufgabe wird meistens sein, mehr Tatsachen ans Licht zu bringen als schon vorhanden sind (⁸). Gelingt es ihm viel neue, bis jetzt unbekannte Daten zum Vorschein zu bringen, dann wird eine Erklärung erleichtert. Wären bezüglich ein bestimmtes Geschehen keine neue Tatsachen mehr zu erwarten, dann könnte er einen fertigen historischen Bericht beabsichtigen, wenn hinsichtlich der bekannten Tatsachen nur eine einzige Interpretation möglich wäre.

Der wirkliche Vorgang ist nicht so einfach. Zuerst ist die Frage kaum beantwortbar, ob noch neue Tatsachen bekannt werden. Im übrigen ist dies nicht nur ein Problem des Umfangs (weil zum Beispiel noch nicht alle Ausgrabungen fertig oder noch nicht alle Archive veröffentlicht wurden), sondern auch ein Problem inhaltlicher Art, weil erst der weitere Verlauf der

Geschichte selbst allmählich deutlich macht, welche Tatsachen wichtig und triftig sind und also nach welchen Tatsachen der Historiker auf die Suche gehen muß.

Je nachdem die an einem bestimmten Zeitpunkt geübte Geschichts-Wissenschaft mehr Distanz zu einem bestimmten Teil der Vergangenheit hat als eine früher tätige Forschung, werden bestimmte Tatsachen leichter an den Tag kommen und verstanden werden. Nicht nur nehmen die Mittel zu, womit man immer ferner in die Vergangenheit zurückgreifen kann, aber auch die Wirkungsgeschichte selbst ermöglicht ein besseres Verständnis (⁹). Hier zeigt die Geschichtswissenschaft ihren größten Gegensatz zum natürlichen Bewußtsein, daß etwas vergißt in dem Maße worin es länger vorüber ist. In diesem Sinne könnte man die Geschichte die wissenschaftliche Bekämpfung des Vergessens nennen. Der Historiker befindet sich — wie im übrigen die meisten sonstigen Wissenschaftler — in der ein wenig paradoxalen Lage, begreifen zu müssen, auf der einen Seite daß seine Nachfolger mehr entdecken werden, auf der andern Seite, daß er heute doch eine Erklärung geben muß und will.

Wir können hier nicht ausführlich das Problem erörtern, welcher der feste Boden der Geschichtswissenschaft sei, wenn doch immer wieder neue Tatsachen an den Tag kommen werden, die die schon bekannten Tatsachen einer neuen Perspektive übergeben. Man wird einen Unterschied sehen müssen zwischen den Tatsachen als Ereignissen an bestimmten Augenblicken (Marx veröffentlichte 1848 das Kommunistische Manifest) — welche Tatsachen das unangefochtene historische Skelett bilden — und der Ordnung und Interpretation der Tatsachen, die immer jener Welt gehören, worin der Historiker arbeitet und worin eine Anzahl geläufiger Interpretationen der Vergangenheit zum größten Teil den heutigen Ausblick auf die Welt bestimmt. Der Historiker hat als Aufgabe den historischen Skelett zu vervollständigen, aber es ist kein Skelett, dessen Teile in Anzahl, Form und Umrisse schon bekannt sind. Die Voraussetzung, wovon der Historiker ausgeht — ausgehen muß — ist die unvollständige Bekanntheit des Skeletts (¹⁰).

Vollständiger Tatsachenkenntnis antizipierend, ergänzt er die

fehlenden Tatsachen mittels Hypothesen, modelliert nach aktuellen, völlig bekannten Situationen. Die Hypothesen enthalten nicht nur Andeutungen über mögliche Ereignisse, sondern auch über die Art wie darüber Bestätigung zu bekommen wäre ⁽¹¹⁾.

Gebraucht man den Terminus ‚historischer Skelett‘, dann muß man bedenken, daß die zum Skelett gehörigen Daten sowohl Daten sind in der ursprünglichen Bedeutung von ‚Gegebenheiten‘ wie auch in der entstandenen Bedeutung von ‚Zeitpunkten‘ (datum, data). Es ist die Frage ob es Daten gibt die nicht mit Zeitpunkten verbunden sind und also nicht historisch wären. Sobald man doch Gegebenheiten mitteilt oder in einem Gutachten fixiert, gehören sie schon der Vergangenheit an und so scheint es auf der Hand zu liegen, daß Kommunikation immer sich bezieht auf Vorübergegangenes und daß alles was nicht vorüber ist, auch nicht mitteilbar ist. Hier bietet sich ein Aspekt der Unaussprechlichkeit des Individuums dar ⁽¹²⁾.

Bevor eine Tatsache in das historische Skelett eingefügt wird, hat sie eine Art Neutralität: sie ist historisch gesprochen nicht wichtig genug oder sie wird in ihrer Tatsächlichkeit noch bestritten. Indem man von einer neutralen Tatsache die historische Wichtigkeit zeigt, bekommt diese Tatsache die neue Neutralität, daß sie Teil wird des historischen Skeletts.

3. *Der Jurist*

Der in Gesetzgebung wie in Rechtsprechung tätige Jurist arbeitet unter dem Druck der Zeit. Am meisten ist hiervon die Rede beim Richter der ein Urteil fällen soll, wofür der zur Verfügung stehende Zeitraum kurz ist in Vergleich mit dem des Historikers. Obendrein soll das Richter-Urteil das geltende Recht berücksichtigen und wird das Urteil selbst ein Bestandteil des geltenden Rechts.

Wenn der Richter verpflichtet ist sein Urteil zu begründen, dann bietet er damit der Verteidigung einen Anhaltspunkt,

ob diese appellieren wird. Am Ende aber ist der Rechtsstreit ganz entschieden und kann gegen ein bestimmtes Urteil nicht weiter verfahren werden⁽¹³⁾. Das Urteil gehört dann zu den Tatsachen die das oben genannte Skelett bilden, in diesem Falle der Rechtsgeschichte⁽¹⁴⁾.

Die Begründung des Richters wird im Prinzip gehört von denen, auf die sie sich bezieht: sie beabsichtigt eine Widerlegung einer jeden möglichen Verteidigung. Der Rechtsbetrieb ist unter dieser Bedingung eine zeitgenössische, ‚kontemporäre‘, Diskussion, deren Resultat das Verhalten des Richters und der Rechtsgenossen auf kurze oder lange Zeit beeinflussen wird. So ermöglicht es das Recht, daß die Individuen sich historisieren, indem es Interpretationsregeln benutzt die nicht einem geschichtlichen Urteil antizipieren und die ausgehen vom Zustand der Gleichzeitigkeit der Individuen.

Die Materialien für diese Diskussion sind übersehbar. Zuerst beschränken die Verfahrensregeln die Bewegungsfreiheit des Richters und wird er von Anfang an bei einer gewissen Passivität beharren sollen: das Gericht und die Verteidigung dürfen sich nicht orientieren nach ihrem Belieben. Auch kommt ein Appell an ‚historische‘ oder als solche gemeinte Umstände nicht in Betracht. In diesem Sinne kümmert sich der Jurist nicht um Individuen, selbst wenn es ihm klar ist, daß dies ein unbilliges Urteil zur Folge haben könnte. Er spricht mit Notwendigkeit Recht auf unvollständigen Gründen.

Wenn der Jurist schon ‚intuitiv‘ eine Lösung findet, benutzt er das Rechtssystem zur Verbergung der darin enthaltenen Individualität. Das Rechtssystem macht ihm ‚sachliche‘ Formulierungen möglich. Wer dagegen ein Recht hat und es anwenden will, kann dabei zur Unterstützung seines Falles nicht erwähnen, welcher Grund ihm zum Gebrauch seines Rechtes veranlasst. Bekommt einer einen Vorwurf, dann kann er sich am besten auf eine Regel berufen um diesen Vorwurf los zu werden: durch die Möglichkeit an eine Regel zu appellieren, braucht er keine weitere Argumentation, wenn die in Anspruch genommene Regel in der Tat gilt⁽¹⁵⁾. Auch in diesem Sinne kann man von der Auswendigkeit der Rechtsordnung sprechen.

Die Gleichheit vor dem Recht bedeutet, daß man die persön-

liche Geschichte außer Acht läßt. Dieser Gleichheit vor dem Recht ‚a fronte‘ beantwortet jene ‚a tergo‘, nämlich die Gleichheit zwischen den Rechts-Genossen die sich aus der Vergangenheit entwickelt hat und womit man in einem bestimmten Sinne den Fortgang der Geschichte ausser dem Verfahren hält.

Der Rahmen dieses Verfahrens wird vom Rechtssystem bestimmt und kann gedeutet werden als eine Selektion aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit, wodurch das Individuum die Möglichkeit bekommt jene Aufmerksamkeit für seine Existenz zu fragen die ihm durch den historischen Prozess sonst wohl vorenthalten würde.

4. Zusammenfassung

Sowohl die Epignose des Historikers wie auch die Prognose des Juristen haben die Aufgabe, den Individuen oder Gruppen von Individuen gerecht zu werden. Für die Geschichtswissenschaft heißt das, daß sie so genau wie möglich festzustellen hat, welcher Anteil aus der Totalität der geschichtlichen Wirklichkeit einem Individuum oder einer Gruppe von Individuen zukommt. Das Recht soll den Anteil eines Rechtssubjekts an der kontemporären Wirklichkeit sichern.

Für den Historiker kommen nur Individuen in Betracht, die in der Erinnerung geblieben sind oder in Erinnerung gerufen werden, weil sie eine Rolle gespielt haben die ihre Wirkung bis in die Gegenwart fühlen läßt. Diese Individuen stehen im Verhältnis der Ungleichheit zu den übrigen Subjekten der Geschichte, die nicht mehr bekannt sind und dadurch nur noch geeignet, vagen Kollektiven eingegliedert zu werden⁽¹⁶⁾.

Das Gleichheitsprinzip des Rechts bringt mit sich, daß für den Juristen die Individuen stets als Gleiche gelten: das Bestehen eines Rechts-Systems bedeutet einfach, daß zumindest zwei Individuen als gleich vorausgesetzt werden. Obendrein betreffen die Aussagen des Rechts einer bestimmten Periode alle Individuen jener Periode: in diesem Sinne ist das Recht immer ein vollständiges System.

Die Anzahl der Individuen, die gleich sind und die Anzahl

der Hinsichten, worin sie gleich sind, nehmen zu in der Geschichte. In jenem Maße nimmt die Begünstigung durch den zufälligen Fortgang der Geschichte ab. Durch die Zuteilung der Gleichheit bekommen die Individuen wenigstens eine minimale Chance, an der Geschichte Teil zu haben, sodaß sie vielleicht noch einmal in das Blickfeld des Historikers kommen werden. Durch diese Zuteilung besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit einer immer freieren Wahl für das Individuum, ob es sich anstrengen wird zum Überleben, nicht nur in biologischer, sondern auch in historischer Beziehung.

Soeben wurden die Schwierigkeiten beim Rechttun in der speziellen Bedeutung, wie es dem Historiker obliegt, schon zum Teil besprochen (¹⁷). Besteht man auf eine derartige Erklärung der Vergangenheit, daß bestimmte Taten und Ereignisse völlig klar sind, dann ist das doch immer eine Klarheit gemäß den Kriterien der Periode, worin diese aufgesetzt werden: der Historiker weiss dann daß diese Klarheit beim geringsten Weitergeschehen der Geschichte wieder vag wird. Die historisierten, jedoch vom Historiker mit mehr oder weniger Mühe wieder aufgefundenen Individuen werden von ihm immer auf ein Heute zu rehistorisiert. Dabei hat es der Historiker mit der Einmaligkeit der Ereignisse zu tun; nichteinmalige, exemplarische Tatsachen gehören zu den exakten Wissenschaften. Wie aus der von Dray entwickelten Dialektik zwischen dem Logiker und dem Historiker klar wird (¹⁸), muss der Historiker jedes allgemeine Gesetz eintauschen für eine Aussage die nicht mehr den Charakter eines solchen Gesetzes haben kann. Das bedeutet, daß eine Aussage hinsichtlich eines bestimmten Individuums wohl notwendige Bedingungen enthalten kann, aber niemals den Status einer Aussage über hinreichende Bedingungen bekommen kann.

Indem also der Historiker handelt über auserwählte Individuen und ihr Schicksal und er eine Rekonstruktion in Einzelheiten vornimmt, kann das Recht nicht jeden Fall als individuellen Fall regeln, sondern es muss arbeiten mit allgemeinen Vorschriften (¹⁹). In der Juridisierung werden Individuen mit einander in kontemporäre Vergleichung gesetzt, und dies setzt voraus, daß die Entwicklung, außer den er-

laubten Vergleichungs-Aspekten, auch außerhalb des historischen Rahmens gehalten wird.

Die allgemeine Voraussetzung des Historikers ist, daß das Frühere mit dem Späteren immer eine gewisse Einheit bildet; seine Ergebnisse werden immer beurteilt gemäß der Plausibilität die darin vom kontemporären Menschen angetroffen wird. Für die Juristen ist die allgemeine Voraussetzung die Kontinuität der Gesellschaft: sie können weder Gesetze entwerfen noch Rechtsprechen unter Verneinung des bestehenden Rechtssystems und ohne daß die Gesellschaft fortwährend das Plausibilitätskriterium benutzt.

Für das kontemporäre Individuum bedeutet das, daß Revision der einen Plausibilität auch Revision der anderen umfaßt.

Nimwegen, Niederlande.

NOTES

(1) J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*. Materialien, 1970, S. 103, 143 ff.

H. L. A. HART, *Causation in the law*, 1959, S. 9-10.

Die beiden Autoren weisen ebenfalls hin auf den alltäglichen Charakter der vom Historiker angewandten ‚Allgemeinsätze‘.

HABERMAS, o.c., *passim*; HART, o.c., S. 10: ... generalizations, which are already known or accepted as true or even platitudinous...

(2) HABERMAS, o.c., S. 125.

(3) C. A. EMGE, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955, S. 383-4: Die dogmatische Rechtswissenschaft ist um so mehr Wissenschaft, je mehr sie in richtigen Sätzen Einsichten darüber erlangt, wie sie konkreten Augenblicksbedürfnissen dienen könnte.

(4) Dies im Gegensatz zu selbst-erzeugten Sprachen mit monologischem Aufbau; vgl. HABERMAS, o.c., S. 184, 259.

(5) Besonders HART, o.c., part I, *Introduction and philosophical preliminaries*, S. 1-23, *passim*.

(6) HART, o.c., S. 22-3.

(7) Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, 1963, S. 211.

(8) Hempel spricht von einer ‚Erklärungsskizze‘, wenn die Antezedenz-Bedingungen nicht zureichen für eine (vollständige) nomologische oder probabilistische Erklärung.

C. G. HEMPEL, *Explanation in science and history*, S. 54-79 in: *The philo-*

sophy of science; ed. by P. Nidditch, 1968 (repr. from: *Frontiers of science and philosophy*; ed. by R. G. Colodny, 1962), S. 64.

(9) HABERMAS, o.c., S. 267: Die Prädikate, mit denen ein Ereignis narrativ dargestellt wird, verlangen das Auftreten von späteren Ereignissen, in deren Licht dargestellt das Ereignis als ein historisches erscheint. Deshalb wird die historische Beschreibung von Ereignissen im Laufe der Zeit reicher, als es die empirische Beobachtung zum Zeitpunkt seines Auftretens gestattet.

(10) A. C. DANTO, *Analytical philosophy of history*, 1965, S. 255 spricht von dem Skelett eines ‚Narrativs‘: The skeleton of a narrative has this form: /./.../, but the skeleton may be fleshed out with extra descriptions, anecdotes, moral judgements, and the like. But these, I am suggesting, are, philosophically at least, of secondary interest.

(11) HABERMAS, o.c., S. 114: Die Individuennamen für die Subjekten der Erzählung sind gleichsam Anweisungen für den Adressaten, den genannten Sinnzusammenhang weiter zu explizieren; aus ihm kann der historische Vorgang mit beliebiger Genauigkeit verständlich gemacht werden.

(12) Vgl. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, 1968-9, S. 204 ff.

(13) HART, *The concept of law*, 1961, S. 138: The decision (of a supreme court) may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court's decision was wrong.

(14) PERELMAN, o.c., S. 209: L'historien du droit est, a fortiori, libre de souligner les difficultés que présente un système juridique ancien, sans chercher des moyens pour les résoudre.

Vgl. HART, o.c., S. 101: One vivid way of teaching Roman Law is to speak *as if* the system were efficacious still and to discuss the validity of particular rules and solve problems in their terms; ...

(15) HART, o.c., S. 136-7 behandelt das Problem, wie ausfindig zu machen ist, ob ein Verhalten gemäß einer bestimmten Vorschrift geschah oder nicht. Gibt es bestimmte ‚Denkvorgänge‘ die solchem Handeln vorangehen oder es begleiten? Als wichtigster Faktor für den Beweis, daß ein Handeln in der Tat gemäß einer bestimmten Regel geschah, gilt die Reaktion des Handelnden, wenn sein Verhalten angefochten wird: er ist geneigt sich zur Rechtfertigung auf die Regel zu berufen. S. 136: On such or similar evidence we may indeed conclude that if, before our ‚unthinking‘ compliance with the rule, we had been asked to say that the right thing to do was and why, we would, if honest, have cited the rule in reply.

Der Historiker hat dieselbe Schwierigkeit, wenn er eine Erklärung sucht für das Handeln einer geschichtlichen Person und dafür einen Kalkül der Gründe dieser Person vornehmen muß. W. Dray, *Laws and explanation in history*, S. 123-4, 135.

(16) HABERMAS, *Zur Logik u.s.w.*, S. 118-9: Viele Untersuchungen, die zur systematischen Soziologie zu gehören scheinen, sind in Wahrheit ein Stück

systematisierter Historie... Auch die meisten der soziologischen Forschungen, sie sich auf einen zeitgenössischen Gegenstandsbereich beziehen und auf Längsschnitte und Vergleiche verzichten können, sind genaugenommen Antworten auf historische Fragen.

(17) HABERMAS, o.c., S. 140 erwähnt Parsons' Bemerkung, dass es immer wünschenswert sei, wenn das Objekt für Interviews erreichbar wäre.

(18) DRAY, o.c., S. 33-7.

(19) HART, o.c., *passim*: Weil es nicht möglich sei die Gesellschaft juristisch zu regeln mittels Anweisungen von Person zu Person, ist die Obrigkeit gezwungen mit Vorschriften zu arbeiten, die jeweils *Gruppen* von Personen und *Typen* von Sachen und Handlungen umfassen. Diese allgemeine Form der Kommunikation macht es oft schwierig den konkreten Fall zu subsumieren. Vielleicht sollte man versuchen derart detaillierte Regeln festzustellen, daß die Subsumption sich leichter vollziehen würde. Zwei Faktoren (nebst der unvermeidlichen Allgemeinheit der Sprache) machen dies unmöglich. S. 125: The first handicap is our relative ignorance of fact; the second is our relative indeterminacy of aim.