

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 210

**Die Rechtsvergleichung bei
Gustav Radbruch und seine Lehre
vom überpositiven Recht**

Von

Heinrich Scholler



Duncker & Humblot · Berlin

HEINRICH SCHOLLER

Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch
und seine Lehre vom überpositiven Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 210

Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht

Von
Heinrich Scholler



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-10904-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

*Dem Gedächtnis meines Freundes
Arthur Kaufmann gewidmet*

Vorwort

Die Arbeiten von Gustav Radbruch, der kurz nach dem Zweiten Weltkrieg verstarb, sind in der von Arthur Kaufmann besorgten 20-bändigen Gesamtausgabe nunmehr fast völlig erschienen. Der Rechtsphilosoph und Strafrechtslehrer Radbruch hat sich in besonderer Weise auch mit der Rechtsvergleichung beschäftigt, der in der Gesamtausgabe ein eigener Band (Band 15) gewidmet wurde. Allerdings muß Radbruchs Leistung für die Rechtsvergleichung im Zusammenhang seines Gesamtwerkes betrachtet werden, das sich über die drei wichtigen Schaffensperioden seines Lebens erstreckt. Radbruchs Methode und Verstehen der Rechtsvergleichung mündet schließlich in dem, was wir heute vergleichende Rechtskulturwissenschaft nennen. Dies ist am deutlichsten erkennbar bei seiner bahnbrechenden Schrift: „Der Geist des englischen Rechts“, die auch nach seinem Tod noch eine Reihe von Auflagen erfahren hat. In einer Zeit, wo in Europa die Rechtsfamilien zusammenwachsen und in der das Common Law des englischen Rechtes mit dem Civil Law des Kontinentes eine Verbindung eingeht, ist eine Schrift, wie die von Radbruch über den Geist des englischen Rechtes, ein ganz wichtiges Mittel, um über den reinen Normenvergleich hinaus die kulturelle Differenz darzustellen.

Gleichzeitig ist es aber auch darum gegangen, diese vergleichende Rechtskulturwissenschaft Radbruchs in Verbindung zu bringen mit seinen rechtsphilosophischen Ansätzen. Die nach der Wiedervereinigung besonders beliebte Diskussion um die Radbruchsche Formel, d. h. um die These, dass es übergesetzliches Recht und gesetzliches Unrecht gäbe, wurde mit in diese Schrift aufgenommen. Denn sie entstammt im Tiefsten der Rechtsphilosophie Radbruchs, hängt aber auch mit seinen rechtsvergleichenden Studien, aber vor allem auch mit den durchlittenen 12 Jahren der Verfolgung und Bedrohung unter dem nationalsozialistischen Regime zusammen.

An dieser Stelle möchte ich meinem Freund Arthur Kaufmann danken, der mir zu dieser Untersuchung Mut gemacht hat, der aber die Fertigstellung dieses Manuskriptes nicht mehr erleben konnte. Für die Mitarbeit am Manuskript möchte ich vor allem Herrn Rechtsreferendar Christoph Herdlein meine Anerkennung aussprechen.

Heinrich Scholler

Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeines	13
II.	Die Stellung der Rechtsvergleichung bei Radbruch	17
III.	Die rechtsvergleichenden Arbeiten im Allgemeinen	23
IV.	Radbruch und die Rechtsvergleichung im 19. Jahrhundert	26
V.	Allgemeine Darstellung der rechtsvergleichenden Arbeiten	32
VI.	Das englische Recht in der Sichtweise Radbruchs	40
	1. Das Common Law	42
	2. Die Equity	47
	3. Das englische Gerichtsverfahren, insbesondere die Schwurgerichtsbarkeit	52
	4. Habeas corpus und indictment	57
	5. Radbruchs Beschäftigung mit John Austin	59
	6. Rechtssicherheit im englischen Recht und in der englischen Rechtsphilosophie	66
VII.	Rechtsvergleichung und das Internationale Recht	76
VIII.	Juristisches Studium und Studienreform	78
IX.	Zur Rechtskultur in den Zeitungsartikeln	91
X.	Radbruchs Wendung zum überpositiven Recht	95
	Literaturverzeichnis	106

Abkürzungsverzeichnis

abgedr.	abgedruckt
AfS	Archiv für Sozialwissenschaft und Politik
Anm.	Anmerkung
a. o.	außerordentlich
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
A.T., Allg. Teil	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd., Bde.	Band, Bände
Bearb.	Bearbeiter
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
B.T., Bes. Teil	Besonderer Teil
CBEx	Chief Baron of the Exchequer
CJ	Chief Justice
CJKB	Chief Justice King's Bench
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
dt.	deutsch
ebd.	ebenda
erg.	ergänzt
etc.	et cetera
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gest.	gestorben
GRGA	Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP	Justice Common Pleas
Jg.	Jahrgang
JKB	Justice King's Bench
Journ.Comp.Leg.	The Journal of Comparative Legislation and International Law
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
LC	Lord Chancellor
LQR	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mitt.	Mitteilung
MR	Master of the Rolls
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
M.Schr.Krim.Psych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (von 1904–1936)
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
neubearb.	neubearbeitet
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
o. J.	ohne Jahresangabe
Phil. Rev.	Philosophical Review
s.	siehe
S.	Seite
SchwZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
sec.	section
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte(n)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. a.	unter anderem
Univ. Diss.	Universität Dissertation
verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Zeitschr.	Zeitschrift
ZfIR	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
zit.	zitiert
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Zugl.	zugleich
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (1878–1992, 1953 ff.)

I. Allgemeines

Gustav Radbruch hat im ersten Abschnitt seiner „Vorschule der Rechtsphilosophie“ das Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zueinander bestimmt. Dort schreibt er in Beziehung auf Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung in ihrem Verhältnis zum positiven Recht:

„Die Rechtswissenschaft im engeren Sinn, die dogmatische Rechtswissenschaft, die systematische Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft vom objektiven Sinn des positiven Rechts. Vom positiven Recht: dies ist der Unterschied von der Rechtsphilosophie und Rechtspolitik, die vom Wert des Rechts und von den Mitteln handeln, die zur Verwirklichung dieses Wertes dienen. Vom objektiven Sinn des positiven Rechts: dies ist der Unterschied von der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, der Rechtssoziologie und Rechtspsychologie, welche das Dasein des Rechts und die Tatsachen des Rechtslebens zu ihrem Gegenstand haben“¹.

Somit sind das Dasein des Rechts in der Geschichte und sein Verhältnis zu anderen Rechtskulturen sowie das Rechtsleben im vergleichenden Verständnis Aufgaben der Rechtsvergleichung. Während Rechtsgeschichte das Sein, das Werden und das Wirken des Rechts in der historischen Dimension im temporalen Ablauf zum Gegenstand hat und diese im Verhältnis zu anderen Kulturercheinungen verstehen will, hat die rechtsvergleichende Betrachtung nicht diese temporale Dimension. Während die Rechtsgeschichte das „zeitliche Nacheinander der Rechtszustände zu ihrem Gegenstand“ hat, stellt die Rechtsvergleichung ein Nebeneinander der „verschiedenen nationalen Rechtsordnungen dar“².

Der Rechtsphilosoph Radbruch zeigt hier deutlich die innere Verbindung von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als ein Einander gegenüber von Nacheinander und Nebeneinander. Soweit nun die Rechtsvergleichung über das positive Recht hinausgreift und das Recht als Erscheinung der Kulturvölker verglichen wird, entsteht eine weitere Dimension, nämlich die rechtspolitische³. Die rechtspolitische Bedeutung der Rechtsvergleichung erkennt man sogleich beim Hinweis auf das 16-bändige Monumentalwerk:

¹ Radbruch, „Vorschule“, 3. Aufl. 1965, S. 9/10; ders., „Feuerbach“, S. 190; GRGA-Bd. 3 (Bearb.: Hassemmer), 1990, S. 121 ff.; Scholler, „Rechtskreis“, S. 373–386; ders., „Rechtsvergleichung“, S. 743–759.

² Radbruch, „Vorschule“ (Fn. 1), S. 11/12; s. auch ders., „Rechtsschöpfung“, S. 359/360; s. auch ders., „Literaturbericht“, S. 251/252, S. 688.

³ Radbruch, „Vorschule“ (Fn. 1), S. 11/12.

„Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform“⁴, zu welchem Radbruch selbst wichtige Beiträge geliefert hat: vor allem die Beiträge über Abtreibung⁵, Aussetzung⁶ und Strafrechtsänderung⁷.

Radbruch fasst aber die Rechtsvergleichung bereits weiter und sieht im Hineinnehmen sogenannter autochthoner Völker (bei ihm primitive Völker genannt) eine Konstruktion der Vorgeschichte der Rechtsentwicklung der Kulturnationen. Schließlich als letzte Stufe erreichte die Rechtsvergleichung in der Universalrechtsgeschichte ihren Höhepunkt.

Hier erwähnt er als Vorläufer dieser Disziplin Montesquieu („De l'esprit des lois“, 1748)⁸, Anselm von Feuerbach⁹, Henry Sumner Maine¹⁰, Joseph Kohler¹¹.

⁴ Radbruch, „Vergleichendes Strafrecht“, AT Bd. II, S. 227 ff. („Erfolghaftung“), Bd. III, S. 189 ff. („gesetzl. Strafänderung“), BT Bd. V, S. 159 ff. („Die Abtreibung“), Bd. V, S. 185 ff. („Die Aussetzung“); GRGA-Bd. 15 (Bearb.: Scholler), S. 188 ff., 156 ff., 103 ff., 131 ff. Hans-Heinrich Jescheck sagt von Radbruch aus dieser Zeit: „Er war damals der junge, auch von den ausländischen Studenten verehrte, durch glänzende Vorlesungen berühmte Privatdozent“, Jescheck, „Radbruchs Strafrechtsvergleichung“, in „Gedächtnisschrift“, S. 358; s. zur Würdigung dieser rechtsvergleichenden Beiträge: Jescheck, „Strafrechtsvergleichung“, S. 13 f.; ders., „Radbruchs Strafrechtsvergleichung“, S. 356 ff.

⁵ Radbruch, Abtreibung – §§ 218–220, in: „Vergleichendes Strafrecht“, BT Bd. 5 (Fn. 4), S. 159–183; GRGA-Bd. 15 (Fn. 4), S. 103 ff.

⁶ Radbruch, Aussetzung – § 221, in: „Vergleichendes Strafrecht“, BT Bd. 5 (Fn. 4), S. 185–203; GRGA-Bd. 15 (Fn. 4), S. 131 ff.

⁷ Radbruch, Die gesetzliche Strafänderung, in: „Vergleichendes Strafrecht“, AT Bd. 3 (Fn. 4), S. 189–217; GRGA-Bd. 15 (Fn. 4), S. 156 ff.

⁸ Auf Montesquieu geht Radbruch besonders ein, s. dazu Radbruch, „Natur der Sache“, S. 157–176; s. auch die Sonderausgabe in der Reihe „Libelli“, Bd. 59, 1964, S. 24/25.

⁹ Gustav Radbruch kann als Wiederentdecker von Paul Anselm Feuerbach gelten: Aus seinen Veröffentlichungen hierzu sind folgende Werke zu erwähnen: „Feuerbach“, „Feuerbach Gedenkrede u. Aufsätze“. Die Feuerbach-Forschung wurde von Arthur Kaufmann fortgesetzt, s. dazu: Kaufmann, „Feuerbach“, S. 181 ff.; Naucke, „Feuerbach“, S. 861 ff.; Haney, „Naturrecht“.

In seiner „Einführung“ schreibt Radbruch im Vorwort zur 1. Aufl., dass er die großen Schatten Savignys, Feuerbachs für die studentische Jugend beschwören wolle. Er rückt Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775–1833, in die Gegenposition Friedrich Carl von Savignys und an die Seite von Thibaut. Radbruchs Beurteilung Anselm Feuerbachs als Vorkämpfer und Begründer der Rechtsvergleichung drückt sich in seinen beiden Aufsätzen, „Feuerbach – précurseur“, S. 284–291, und „Feuerbachs Vergleichen“, S. 22–38, ebenso in: „Elegantiae“, 2. Aufl. 1950, S. 193–207, aus. Die Geistesverwandtschaft erkennt man in den Versen: Licht vom Feuer, du wie ich! Über das Jahrhundert winken, Von den Höhen, da sie blinken, Die verträumten Zeichen sich, in: „Deutschland“, S. 17 f.

Unter dieser Universalrechtsgeschichte versteht Radbruch bestimmte Typen universalgeschichtlicher Abläufe und führt dazu Beispiele an, wie: vom Urkommunismus zum Privateigentum, vom Mutterrecht zur patriarchalischen Familie, von der Endogamie zur Exogamie (Raub- und Kaufehe), von der Polygamie zur Einehe, vom Status zum Contractus, von der Gemeinschaft zur Gesellschaft.

Im Strafrecht sieht er als Erkenntnisgegenstand der universalen Rechtsgeschichte die Entwicklung von der Sippenrache zur öffentlichen Strafe und verweist hier u. a. auf Theodor Mommsen¹².

In seinem Beitrag „Erneuerung des Rechts“¹³ hat Radbruch auf das Unwandelbare und Wandelbare im Recht im Hinblick auf die vergangenen zwölf Jahre der Gewaltherrschaft hingewiesen. Dort führt er aus:

„Was am Rechte wandelbar, was ewig ist, wird am anschaulichsten sichtbar durch Rechtsvergleichung. Notwendig ist besonders die Vergleichung der beiden großen Rechtskulturen, die sich in den Erdkreis teilen: der europäisch-kontinentalen und der angloamerikanischen, jene aufgebaut auf das römische Recht und die späteren Kodifikationen, also auf Gesetze, dieses auf richterliche Entscheidungen. Erst der Vergleich zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen.“

Deshalb war für Radbruch das Studium des angloamerikanischen Rechts aus viel tieferen und allgemeineren Gründen als nur aus der damaligen Nachkriegssituation Deutschlands erforderlich¹⁴. Der Begriff der Universalrechtsgeschichte ist für ihn das, was heute im Angloamerikanischen mit Comparative Legal Culture bezeichnet wird¹⁵.

¹⁰ Sir Henry Sumner Maine, 1822–1888, englischer Rechtsgelehrter, 1868–1869 Regierungsmittglied in Indien, 1869 Professor in Oxford, 1887 in Cambridge, der Ideen von Savignys in die englische Rechtshistorie eingeführt hat.

¹¹ Joseph Kohler, 1849–1919, Rechtsgelehrter, wurde 1878 Professor in Würzburg, 1888 in Berlin. Forschungen auf dem Gebiet der ethnologischen Rechtsvergleichung, des Patent- und Urheberrechts, rechtsphilosophische Schriften, „Rechtsvergleichung“, S. 279–284.

¹² Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, 1905, s. Radbruch, „Elegantiae“, 2. Aufl. 1950, S. 1 ff.; ders., „Vorschule“ (Fn. 1), S. 67/68. Dort schreibt Radbruch: „Auf die glanzvolle, ... Entfaltung der humanistischen Schule bei den Franzosen, die ... in Cujas eine Vereinigung der Rechtsgelehrtheit mit Philologie und Geschichte hervorbrachten, welche bis auf unseren Mommsen nicht mehr da gewesen ist, ...“.

Mommsen, 1817–1903, Historiker und Politiker, 1848 Professor für römisches Recht in Leipzig, 1851 wegen seines Engagements in der März-Revolution Amts enthoben, 1852 Professor in Zürich, 1854 in Breslau, ab 1858 Beamter der Preußischen Akademie der Wissenschaften, ab 1861 Professor für römische Geschichte in Berlin, 1863 -1866 und 1873–1879 Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses, 1881–1884 Mitglied des Reichstages, 1902 Nobelpreis für Literatur für sein Hauptwerk: „Römische Geschichte“.

¹³ Radbruch, „Erneuerung“, u. a. auch in GRGA-Bd. 3, S. 80 ff., vgl. Fn. 1.