

Einleitung

Im allgemeinen Bewußtsein gilt Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph und weniger als Strafrechtsdogmatiker. Nach 1919 hat er sich aus biographisch bedingten Gründen zu straf- und strafprozessualen Fragen primär aus kriminalpolitischer Warte geäußert. Dennoch zeigen seine frühen strafrechtsdogmatischen Schriften den jungen Gustav Radbruch als klugen Vermittler zwischen Rechtstheorie und einer sich professionalisierenden Strafrechtsdogmatik. Die Dissertation zur adäquaten Verursachung ist in Berlin in *Franz von Liszts* Seminar entstanden; ebenso die Habilitation. Radbruch selbst unterschätzt ihren Wert und nennt sie ironisch „halb Strafrechtsdogmatik, halb allgemeine Rechtslehre . . .“¹. Ende 1903 war Radbruch, 25jährig, Privatdozent in Heidelberg. Aus dieser Zeit stammt der Aufsatz: „Über den Schuldbegriff“. Sehr aufschlußreich sind seine Literaturberichte und Rezensionen (1903/04–1919). Sie markieren wichtige Etappen in der Entwicklungsgeschichte der modernen Strafrechtsdogmatik. Hervorzuheben sind die Rezension der Monographie von *Kohlrausch* über Irrtum und Schuldbegriff (1903), *Graf zu Dohna*, Über die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen (1904/05), die 15./16. Auflage des *Lisztschen* Lehrbuchs, *Belings* Lehre vom Verbrechen (1905/06) und die 21. und 22. Auflage des *Lisztschen* Lehrbuchs (1919). Sie zeigen Gustav Radbruch als einen brillianten Beobachter des Umbaus der tragenden Systembegriffe des allgemeinen Teils des Strafrechts in dieser Zeit. Sein Interesse richtet sich in erster Linie auf Fragen der juristischen Systembildung. Er geht davon aus, daß die grundlegenden Begriffe der Strafrechtsdogmatik wie Handlung, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuld Bestandteil der *allgemeinen Rechtslehre* sind. Die *Einzeldisziplin* Strafrecht könnte diese Begriffe bereits analytisch zerlegt vorfinden, wenn das rechtstheoretische Programm *Adolf Merckels*, eines der Begründer der allgemeinen Rechtslehre, nicht im wesentlichen ein Programm geblieben wäre. Juristische Grundbegriffe werden nicht deduktiv gebildet, sondern dienen lediglich der deduktiven Darstellung eines begrifflichen Systems. Diese Erkenntnis unterscheidet Radbruchs Anliegen von dem der Begriffs-

1 *Arthur Kaufmann*, Gesamtausgabe Bd. I, S. 21, beschreibt die Skepsis, die Radbruch selbst später im „inneren Weg“ äußerte („merkwürdiges Monstrum“); zu Unrecht, da in dieser Zeit die uns heute geläufige moderne Dogmatik entwickelt wird, Radbruch ist einer der hellstehenden Kommentatoren dieser Phase, wie seine Literaturberichte und Rezensionen zeigen.

jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Der reflektierte, skeptische Ansatz wird besonders deutlich im ersten Teil der Habilitationsschrift über rechtswissenschaftliche Systematik: „die beste Säuberung der chirurgischen Instrumente“ könne nicht „die geschickte Hand ersetzen (könne), welche das Messer lenkt, und die beste Reinigung des Küchentopfes uns keinen Braten“ bieten. Auch der Strafrechtsdogmatiker Gustav Radbruch ist also in erster Linie Rechtsphilosoph. Die hier abgedruckten dogmatischen Schriften passen sehr gut zu der nur wenige Jahre später geschriebenen „Einführung“ und zu den „Grundzügen der Rechtsphilosophie“. Sein für das ausgehende Kaiserreich typischer Standpunkt eines rechtsethischen Relativismus prägt die 1904 geschriebene *Stammeler-Rezension*² ebenso wie die Darstellung und Kritik des materiellen Rechtswidrigkeitenbegriffs *Graf zu Dohna* (1904/05). Beide, *Stammeler* wie *Graf zu Dohna*, sind für Radbruch wichtige Vertreter der sich schon in dieser Zeit andeutenden „wertphilosophischen Wende“. Zustimmung und Skepsis prägen Radbruchs Kommentar. Bei aller Skepsis anerkennt er den Mut, mit dem etwa *Graf zu Dohna* „in unserer paragraphengläubigen Zeit für das paragraphengläubigste Rechtsgebiet die Einsetzung außergesetzlicher Werturteile als für die Rechtsprechung in größtem Umfang notwendig erwiesen hat“³. Der Standpunkt des rechtsethischen Relativismus ist also von Anfang an die Antwort Radbruchs auf das berechtigte wertphilosophische Anliegen seiner Zeitgenossen. So gesehen verwundert nicht, daß der frühe und der späte Radbruch in seinen Grundannahmen eine hohe Kontinuität aufweist. Der einer Demokratie adäquate Relativismus wurde nach 1945 nicht aufgegeben, sondern überlagert durch das Problem des „gesetzlichen Unrechts“. Die sog. „naturrechtliche Wende“ ist kein Bruch, sondern Konsequenz der schon früher formulierten Geltungslehre des Rechts. *Arthur Kaufmann* hat jüngst nachgewiesen, daß Gustav Radbruch von Anfang an ein System der Rechtsphilosophie entwickelt hat, das einen *trialistischen*, also keinen dualistischen Charakter (Sein — Sollen) aufweist⁴. Die Rechtsidee entfalte sich nach drei Wirkungsrichtungen: Gerechtigkeit als Gleichheit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Zur Gleichheit müsse ein inhaltliches Prinzip hinzukommen, da jene nur formalen Charakter habe. Der Inhalt entstam-

2 Gesamtausgabe I (Literaturbericht Rechtsphilosophie), S. 445.

3 Gesamtausgabe VII, S. 247.

4 *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaiserreichs, ARSP Beiheft 43, 1991, S. 101 ff.; *Monika Frommel*, Die Kritik am „Richtigen recht“ durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz, in: *Philipps/Scholler* (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 43 ff.

me der jeweiligen Politik, d. h. in einer Demokratie sehr divergierenden Zwecksetzungen. Der spezifische Sinn einer positivierten Rechtsordnung sei der, den jeweiligen Zwecksetzungen juristische Geltung zu verleihen; was nicht bedeute, daß schlechthin ungerechte Gesetzgebung („gesetzliches Unrecht“) nicht von Anfang an der Rechtsidee widerspreche. Dieser trialistische Ansatz prägt auch die strafrechtsdogmatischen Schriften nach 1904 (insbesondere den Literaturbericht und die Rezensionen). Er macht plausibel, wieso der junge Radbruch so großen Wert auf Fragen der Systembildung und Klärung der Grundbegriffe legt. Ihr Sinn ist es, die (der Zweckidee entsprechenden) Inhalte jeweils so darstellen und systematisieren zu können, daß die Anwendung des Rechts den Gedanken der Rechtssicherheit verwirklichen kann. Sucht man nach dem roten Faden, der die hier abgedruckten Schriften verbindet, dann ist es die Überzeugung des jungen Radbruchs, daß nur eine systematisch entwickelte Disziplin Rechtssicherheit und damit auch Rechtsgleichheit garantieren kann. Die Maximen der von ihm favorisierten Dogmatik und seine rechtsphilosophischen Schriften bilden eine Einheit.

1919 war Radbruch 41 Jahre alt. Er war „wie wenige andere, gerüstet, als die neue Ära 1919 begann“⁵. Es ist sicher kein Zufall, daß er sich in der Weimarer Republik in erster Linie kriminalpolitisch geäußert hat. Dogmatisch wie rechtsphilosophisch setzt Radbruchs relativistische Denkweise voraus, daß die politische Zwecksetzung demokratisch erfolgt und die Justiz bereit ist, sich der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit auch dann unterzuordnen, wenn sie deren Ziele nicht teilt. Beide Voraussetzungen waren nach 1919 nicht bzw. nur bedingt gegeben. Innerhalb der Strafrechtsdogmatik setzt sich nicht Radbruchs skeptische Doktrin, sondern — was nach 1945 nicht immer erkannt worden ist — eine eher auf *Stammler* zurückgehende wertphilosophische Fundierung durch. Sie wird etwa prägnant repräsentiert von *Graf zu Dohna*. *Kohlrausch* rezensierte Dohnas Studie zum materiellen Rechtswidrigkeitenbegriff zutreffend als „eine Auflehnung gegen *Bindings* Normentheorie“⁶. „Rechtswidrig“ sei nach Dohna nicht, was gesetzlich verboten sei, wie dies *Binding* noch meinte, sondern umgekehrt: von der Rechtsordnung sei verboten, „was (und weil es) rechtswidrig erfunden worden sei“⁷. Das Kriterium dafür, was erlaubt und was verboten ist, entwickelte Dohna in Anlehnung an *Stammlers* angeblich „formaler Maxime“, ob es „rechtes Mittel zu rechtem Zwecke“ sei. Dieser

⁵ *Arthur Kaufmann*, wie Fn. 4, S. 101.

⁶ ZStW 24, 1904, S. 740.

⁷ *Dohna*, ZStW 27, 1907, S. 337.

„*vorpositive*“ Rechtswidrigkeitsbegriff ermöglichte es ihm den Begriff des Vorsatzes aus dem Verbrechenmerkmal der Schuld herauszulösen und dem subjektiven Tatbestand zuzuordnen. Die damit verbundenen Konsequenzen für den Verbrechenbau deutete er 1907 bereits an und führte sie 1936 konsequent durch⁸. Rückblickend wird dieser Umbau *Welzel* zugeschrieben⁹. Aber das, was etwa *Jescheck* rückblickend als „Überwindung des Wertneutralismus“ bezeichnet hat, fand schon im Kaiserreich, in der produktiven Zeit zwischen 1904 und 1919 statt. Aber Radbruch befand sich auch damals — sowohl als Strafrechtsdogmatiker als auch als rechtsetzender Relativist — in der Defensive. Biographisch erklärt dies den Sprung in die Rechtspolitik und die Zurückhaltung auf dem Gebiet der Dogmatik. Die Aussicht, rezipiert zu werden oder nicht, beeinflusst schließlich auch die Themenwahl eines Autors. Nach 1919 waren kriminalpolitische Themen erfolgreicher zu vermitteln als das Bekenntnis zum Wertrelativismus und einer weltanschaulich zurückhaltenden Jurisprudenz. Rechtshistorisch sind Radbruchs frühe strafrechtsdogmatische Schriften ein Spiegel einer unerhört fruchtbaren Phase der Bildung des modernen Strafrechtssystems.

⁸ Ders., *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1936.

⁹ *Hans-Heinrich, Jescheck*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1978, § 22 IV 1, § 22, insb. V.