

Richard Schmid

Versuch über Gustav Radbruch

61

Von Gustav Radbruch, dem vor zwanzig Jahren, am 23. November 1949 verstorbenen unvergessenen Rechtslehrer, will ich einen Umriß zu zeichnen versuchen, der bei der Breite und der nicht nachlassenden Tiefenwirkung seines Lebenswerks nur grob und flüchtig sein kann; aber hoffentlich deutlich genug, um seine Rolle im deutschen Rechtsleben dieses Jahrhunderts einigermaßen erkennen zu lassen. Dabei drängt sich gleich ein merkwürdiger Gegensatz auf: So sehr Gustav Radbruch Zeit seines Lebens mit der deutschen Politik und der Ideenentwicklung in unserem Kulturkreis verwoben und verwachsen war, sowohl aktiv wie passiv, so war er doch alles andere als das, was man eine kämpferische Natur heißt. Es fehlten ihm ganz die Aggressivität, der Ehrgeiz und die Ichbezogenheit, die dazu gehören. Er neigte seinem Temperament nach gar nicht zur Schärfe, zum Streit und zur Polemik; er war vielmehr höchst friedfertig, wohlwollend, auf Verständnis der Umwelt und der Mitmenschen, ja auf Einverständnis und Einfühlung gerichtet. Wohlwollen war bei ihm geradezu eine Eigenschaft des Charakters. In einem seiner Briefe sagt er, der Mensch sei geschaffen, ja zu sagen. Über seine Fähigkeit und sein Bedürfnis, sich in andere Menschen einzufühlen, gibt es eine schöne Stelle aus einem Feldpostbrief an seine Tochter Renate vom Jahre 1916¹, wo er ausführlich schildert, wie er seine Kameraden im Schützengraben zum Erzählen bringt, um sich in deren Schicksale und Umstände einzufühlen und daß ihm »diese Kameradschaft mit den Mannschaften um zwei silberne Achselstücke nicht feil war«.

Wenn er trotzdem in's Zentrum der Rechtsentwicklung geraten ist, ja einer ihrer wichtigsten Motore war, so ist das mit seinem empfindlichen Sinn für die Richtung der Entwicklung und mit der Treue, Offenheit und Sachlichkeit zu erklären, mit der er seine Erkenntnisse und Standpunkte auch dann vertrat, wenn sie inhaltlich radikal und umwälzend waren und die öffentliche Meinung oder diejenige der herrschenden Rechtslehre gegen sich hatten. Zum Beispiel in der Frage der Todesstrafe, des Vergeltungsstrafrechts und des Vollzugs der Freiheitsstrafe. Nein zu sagen, fiel ihm schwer, aber in solchen Punkten sagte er es und blieb dabei. Was ihm außerdem die zu seinen Lebzeiten nicht besonders breite, aber tiefe und über seinen Tod hinaus dauernde Wirkung verlieh, war, daß er sich nicht eigentlich in der dünnen juristischen Facharena bewegte (Arena heißt bekanntlich auf lateinisch Sand); ja, daß er in der Fachwissenschaft in gewisser Weise ein Fremdkörper oder doch ein Außenseiter war und blieb, wenn er auch das Fachwissen wie einer beherrschte. Nicht nur, daß er, wie er es in seiner Selbstbiographie beschreibt, mit starkem Widerstreben Jurist geworden ist – er war der Meinung, daß er es überhaupt nicht geworden sei. So schreibt er an sei-

¹ G. Radbruch, *Der innere Weg*, Stuttgart 1951, S. 127.

nen Freund Spieß am 3. Juni 1948²: »Wenn Sie sagen, ich sei eigentlich kein Jurist, so haben Sie durchaus recht. Aber gerade deshalb habe ich der Rechtswissenschaft Aspekte abgewonnen, die nur dem zuteil werden, der die Rechtswissenschaft von einem anderen Standpunkte aus übersieht. Gerade darauf beruht auch der Erfolg meiner Lehrtätigkeit: Weil es mir selbst schwer geworden ist, ins Juristische hineinzukommen, kann ich es anderen leichter machen.«

So erklärt sich speziell der große, in vielen Auflagen und Übersetzungen bewährte Erfolg seiner »Einführung in die Rechtswissenschaft«. Er spricht nicht die esoterische Sprache dieser Wissenschaft, sondern mit der ihm eigenen Gabe der Einfühlung und inneren Höflichkeit die Sprache dessen, der die Zusammenhänge der Rechtswissenschaft mit den sie umgebenden Sach- und Wissensgebieten sichtbar machen will, von denen der Einzuführende nach seinem Bildungsgang und nach seiner Lektüre eher eine Vorstellung hat: Politik, Geschichte, Psychologie, Moral, Gesellschaftswissenschaft.

Radbruchs persönliches Schicksal hat ihm reichlich Gelegenheit gegeben, seine moralischen und geistigen Gaben zu bewähren, und es hat ihm schwere Prüfungen abverlangt. Er meint, ein bißchen scherzhaft, in seiner Selbstbiographie: Weil er in seiner Jugend in Lübeck ein braves und behütetes Musterkind gewesen sei und deshalb wenig von Jugendstreichern zu erzählen habe, habe er das Pensum als Erwachsener nachholen müssen. Geboren ist er 1878 in Lübeck als Sohn eines Kaufmanns und dort ins Gymnasium gegangen. Er hat dann in München, Leipzig und Berlin und, wie ich schon sagte, mit Widerstreben Jurisprudenz studiert und nur auf Wunsch des Vaters ist er dabeigebblieben. Seine eigentliche Liebe sagt er, habe den Geistesgebieten jenseits der juristischen Grenzen gehört. In seinen Leipziger Semestern ist er auf die Lehre des großen Strafreformers Franz von Liszt gestoßen, der damals in Berlin lehrte und von der herrschenden dogmatischen Strafrechtslehre und den Vertretern des Vergeltungsgedankens gering-schätzig oder feindlich behandelt wurde. Ihm zuliebe ging Radbruch nach Berlin. Er hat sich zeitlebens als Schüler und Nachfolger Liszts gefühlt. Radbruch ist dann Hochschullehrer geworden, beginnend als Privatdozent in Heidelberg, dann außerordentlicher Professor in Königsberg. In diese Zeit fällt der erste Weltkrieg und Radbruchs Militär- und Frontdienst. Nach diesem Krieg war er bis 1926 in Kiel und von dieser Zeit an in Heidelberg. Im Jahre 1933 ist er von den Nazi aus dem Lehramt entlassen worden. Er blieb in Heidelberg wohnen und hat als kranker Mann im Jahre 1945 das Lehramt wieder aufgenommen und bis kurz vor seinem Tode ausgeübt. Schwer getroffen wurde er durch den Tod seiner beiden einzigen Kinder. Die Tochter Renate kam kurz vor dem zweiten Weltkrieg durch ein Lawinenunglück ums Leben; der Sohn Anselm ist bei Stalingrad geblieben. Die von der Tochter begonnene kunsthistorische Dissertation hat der Vater zu Ende geführt. Während seiner Kieler Zeit war er zweimal Reichsjustizminister. Zuerst etwa ein Jahr 1921/22 unter Reichskanzler Wirth, in welche Zeit der Rathenau-Mord fiel; dann wieder 1923 drei Monate lang unter Stresemann. Es fehlt ganz die juristische Praxis des Einzelfalls, etwa als Richter oder Rechtsanwalt. Das hat vielleicht die – übrigens in seiner Zeit liegende – Neigung Radbruchs, sich dem Rechtsstoff mit abstrakten Allgemeinbegriffen und Definitionen zu nähern, verstärkt, was besonders in seiner »Rechtsphilosophie« hervortritt. Hätte er die Praxis des Einzelfalls gehabt, so wäre ihm bei seiner Gabe der menschlichen Einfühlung vielleicht das Erlebnis der Gerechtigkeit intensiver dort zuteil geworden, wo es am deutlichsten wird, nämlich am konkre-

² G. Radbruch, Briefe, Göttingen 1968 S. 222.

ten Fall. In der Zeit nach 1945 ist bei ihm eine solche Hinwendung zum konkreten Fall zu beobachten.

Wenn man die angegebenen Lebensdaten ausfüllen will, so zeigen sich sozusagen zwei Strähnen, die sich theoretisch trennen lassen, im Leben Radbruchs aber innig verflochten sind: die politische und die juristische Strähne. Der Darstellung zuliebe will ich versuchen, sie, so gut es geht, auseinander zu halten, obwohl man damit dem Stoff Gewalt antut. Es ist zum Beispiel klar, daß die Entscheidung gegen die Vergeltungsstrafe und für die Strafe als Besserungsmittel und schließlich für das Ziel der Überwindung der Strafe und des Strafrechts selbst eminent politische Entscheidungen sind. Eine deutlich politische Wendung hat die Laufbahn Radbruchs damit genommen, daß er Sozialist wurde. Das fällt in seine erste Heidelberger Zeit, in die Jahre vor dem Ausbruch des ersten Weltkriegs; in seinen Erinnerungen sagt er, die Teilnahme an Babels Begräbnis in Zürich im Jahre 1913 sei entscheidend gewesen. In einer Universität des Wilhelminischen Deutschland und der politischen Richtung der deutschen Professorenschaft – die sich im ersten Weltkrieg mit wenig Ausnahmen chauvinistisch gebärdete – bedeutete ein Bekenntnis zum Sozialismus beruflich und gesellschaftlich einen tiefen Bruch. In dieselben Jahre fällt auch die Begründung seiner engen und fruchtbaren Freundschaft mit Hermann Kantorowicz, einem der bedeutendsten und universellsten Köpfe unter den deutschen Universitätslehrern dieses Jahrhunderts, Rechtshistoriker und Rechtsphilosoph, dessen akademisches Schicksal auch noch in der Weimarer Republik, durch die hohe Zahl geistiger Nullen charakterisiert ist, die ihm vorgezogen wurden, weil er ein selbständiger, eigenwilliger Kopf und außerdem Jude war. Radbruch hat dann auch im Kriege bald die Entfremdung gegenüber der vom nationalistischen Wahn befallenen Umgebung spüren müssen, ihm besonders schmerzhaft, weil er doch von Temperaments wegen ganz auf Einfühlung und Verständnis gestellt war. Er hat sogar seine spätere Entfremdung ahnungsvoll vorausgesehen. In einem Brief vom Jahre 1915 schreibt er im Zusammenhang mit der Kriegsbegeisterung seiner Umgebung:³ »Es ist schmerzlich für den, dessen Seele bei dieser großartigen Zusammenschmelzung aller Seelen zu *einem* Volke nicht ganz in der großen Gemeinschaft aufgeht, aber ich fürchte, daß die jetzige Einsamkeit nur der Vorbote ist der viel tieferen Einsamkeit, die in der neuen Zeit nach dem Kriege mir und meinesgleichen beschieden werden wird.«

In das tätige politische Leben wurde er dann durch das Erlebnis der Revolution 1918 in Berlin gerissen: »Es war ja die Zeit der politischen Unruhen, die Zeit des Mordes an Karl Liebknecht, dem ich, ohne seine politischen Ansichten zu teilen, menschlich nahe gestanden hatte. Es war die Zeit, wo mannigfache politische Ideen leidenschaftlich miteinander kämpften und Stellungnahme verlangten. Damals erst nahm meine Abneigung ihr Ende, den Reichtum der Möglichkeiten für eine begrenzte Wirklichkeit, die Fülle der Widersprüche für eine feste Überzeugung dahin zu geben. Auf politischem Gebiete bildeten sich bei mir jetzt feste demokratische und sozialistische Überzeugungen, und in ihrem Dienste kam endlich die bisher unverwendbare aufgestaute Aktivität und Produktivität kräftig zum Durchbruch. Ich erstaune nachträglich selbst, wenn ich mir wieder zum Bewußtsein bringe, an welcher Mannigfaltigkeit von Zeitproblemen ich damals tätigen Anteil nahm . . .«⁴

In seiner Kieler Zeit hat Radbruch sich aktiv an der Niederschlagung des Kapp-

³ Briefe S. 41.

⁴ G. Radbruch, *Der innere Weg*, Stuttgart 1951, S. 129.

Putsches beteiligt; die Putschisten waren in Kiel besonders mächtig und hartnäckig; auch viele Studenten hatten sich zu ihnen geschlagen. Nach der Niederschlagung entdeckte man, daß Radbruch von den Putschisten zum Tode verurteilt worden war. Im Jahre 1920 wurde er Reichstagsabgeordneter der SPD und in den Jahren darauf, wie gesagt, zweimal Reichsjustizminister. Obwohl es höchst unruhige Zeiten waren, ist in dieser Zeit ein – allerdings nie Gesetz gewordener – Strafgesetzentwurf entstanden, der, wie Gustav Heinemann sich in einer Würdigung Radbruchs ausdrückt, seine Handschrift trägt. Bei späteren Reformarbeiten ist sein Einfluß nur noch mittelbar und teilweise spürbar geworden. Einer Kommission hat er nicht angehört. Die mächtigen, autoritären, antidemokratischen und reaktionären Strömungen und Unterströmungen in der Bürokratie und in den akademischen Schichten haben ihn, der sie Zeit seines Lebens bekämpfte, auch in der Weimarer Zeit an den Rand der Entwicklung gedrängt. Genau so wie der 1920 gestorbene Franz von Liszt in seiner Zeit nie bei den gesetzgeberischen Arbeiten zur Strafrechtsreform beteiligt wurde – Radbruch hat später selbst vergeblich die für diese Ausschaltung ursächlichen Motive zu ermitteln versucht – und genau so wie es später in der Bundesrepublik Fritz Bauer ging, den man trotz seiner überragenden Sachkunde bei der Bildung der Großen Strafrechtskommission übergangen hat. In seinen Erinnerungen schreibt Radbruch über die Verhältnisse und seine Mitarbeiter in seiner Ministerzeit mit äußerster Schonung und einem meiner Meinung nach unverdienten Wohlwollen, wofür ich eine Einzelheit anführen möchte. Ein Heidelberger Kollege, der Mathematiker und Statistiker Emil Julius Gumbel, dessen Gewissenhaftigkeit und Wahrheitsliebe unbestritten war, hatte unter dem Titel »Zwei Jahre Mord« eine Darstellung der von den illegalen Militärformationen begangenen Feme-morde, die weithin unverfolgt blieben, veröffentlicht und Radbruch hat als Reichsjustizminister von den Ländern Material zu einer Denkschrift darüber angefordert. Dieses Material hat die Gumbel'sche Darstellung bestätigt. Die Denkschrift wurde gefertigt, ihre Veröffentlichung aber – Radbruch war inzwischen aus dem Ministeramt ausgeschieden – unterblieb, »wegen der damaligen Notlage«,⁵ das heißt wegen der Druckkosten. Das war sicherlich ein bloßer Vorwand; der peinliche Inhalt der Denkschrift sollte der Öffentlichkeit vorenthalten werden. Gumbel hat die Denkschrift in die Hand bekommen und sie auf seine Kosten dann drucken lassen. Genau so wurde, etwa um die gleiche Zeit, das vom Auswärtigen Amt eingeforderte Gutachten des Freundes Hermann Kantorowicz über die Kriegschuldfrage der Öffentlichkeit und dem Reichstag unterschlagen. Dieses Gutachten, eine geradezu großartige Arbeit, ist erst in den letzten Jahren wieder zum Vorschein gekommen.

Eine weitere Einzelheit, die er aus seiner Ministerzeit berichtet, ist von aktuellem Interesse:

»Ich habe immer wieder betont, daß der Reichsjustizminister von dem einzigen Mittel, durch das er auf den Geist der Justiz einzuwirken in der Lage ist, nachdrücklich Gebrauch zu machen verpflichtet und nicht berechtigt ist, sich hinter der Unabhängigkeit der Rechtspflege und der Justizhoheit der Länder zu verstecken, nicht verpflichtet ist, alle Entscheidungen der Justiz zu decken. Ich hoffe, auch mit diesem Verfahren eine neue Übung begründet zu haben und mit der bei der Etatberatung und sonst von mir geübten Kritik nicht ganz ohne Einfluß geblieben zu sein.«⁶

⁵ Der innere Weg S. 153.

⁶ Der innere Weg S. 152.

Die Hoffnung, eine neue Übung begründet zu haben, hat sich nicht erfüllt. Kein deutscher Justizminister wird heute ein kritisches Wort über richterliche Entscheidungen von sich zu geben wagen. Das Problem hat allerdings zwei Seiten. Radbruchs Auffassung erwuchs aus seinem Rechtsgefühl, das so viel empfindlicher war, als das seiner Umgebung, wodurch er Zeit seines Lebens in schmerzhaften Widersprüche zu dem Bedürfnis geriet, sich zustimmend zu dieser Umgebung zu verhalten. Die Beschäftigung mit der Dreyfuß-Affäre ringt ihm im Jahre 1930 folgenden Ausbruch in einem Brief an seine Frau ab: »Bei unserer politischen Stumpfheit – und der Stumpfheit des deutschen Rechtsgefühls! – ist es bei keinem der großen politischen Prozesse, deren auch wir genug gehabt haben, zu einer dieser großen, das Volksgewissen bis ins Tiefste aufwühlenden Auseinandersetzungen gekommen und so leben wir in zweideutigen politischen Zuständen, in einer Republik ohne republikanischen Geist stumpf und dumpf dahin.«

Nach seiner Minister- und Abgeordnetenzeit hat sich Radbruch durchaus nicht auf seine akademische Lehrtätigkeit beschränkt. Er war Gründer und aktives Mitglied des Republikanischen Richterbundes, der den leider erfolglosen Versuch gemacht hat, die antirepublikanische Haltung des Juristenstandes abzubauen, und Mitherausgeber und Mitarbeiter der Zeitschrift dieses Bundes »Die Justiz«, des Organes, das für die Zeit von 1926 bis 1933 – es wurde dann sofort verboten – die ergiebigste Quelle für die Beurteilung der Justiz der Weimarer Zeit geworden ist und einen unverdrossenen Kampf um die Demokratisierung der Justiz und des Staatswesens überhaupt geführt hat. Der Republikanische Richterbund ist von der Mehrheit der Richterschaft verfemt worden; Mitgliedschaft bei ihm galt eine Zeit lang sogar als unvereinbar mit der Mitgliedschaft beim Deutschen Richterbund, in dem die große Mehrheit organisiert war. Einige der bedeutenden und nachwirkenden Schriften Radbruchs sind in der »Justiz« erschienen.

Radbruch war literarisch und wissenschaftlich ungemein fruchtbar. Das Verzeichnis seiner Schriften in der kürzlich erschienenen »Gedächtnisschrift«⁸ umfaßt 25 Seiten. Auch nur einen groben und lückenhaften Umriß zu geben, wird hier nicht möglich sein; ich will aber versuchen, ein paar wichtige Stücke daraus anzudeuten und mit einigen Zitaten den Geist seines Werkes heraufzurufen.

Der zentrale Begriff seiner Rechtsphilosophie ist der des Relativismus, mit dem, aufs äußerste vereinfacht, gesagt sein soll, daß das Recht ein Kulturbestandteil ist, deshalb nicht absolut, nicht offenbart, und nicht unwandelbar, der vielmehr zu den Wertentscheidungen der jeweiligen Kultur gehört und deshalb auch nicht exakt wissenschaftlich zu ermitteln ist. Innerhalb dieses Systems von Rechtswerten sind dreierlei Werte zueinander ins Verhältnis und Gleichgewicht zu bringen: Die Werte der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit. Radbruch hat als Sozialist die marxistisch-materialistische Überbau-Theorie dahin variiert, daß er den aus dem gesellschaftlichen Zustand abgeleiteten rechtlichen Wertentscheidungen ihrerseits eine Rückwirkung auf den Zustand und die Anschauungen der Gesellschaft zuschrieb. Das Erlebnis des Nationalsozialismus und seiner äußersten Perversion des Rechts und der Justiz hat Radbruch dann weitere Variationen und Modifikationen abgerungen. Man streitet darüber, ob darin nicht sachlich eine Preisgabe des Relativismus zu sehen ist. Er hat in seinem berühmten und für die Justiz der Bundesrepublik maßgebend gewordenen Aufsatz von 1947 »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht« im Rechtspositivismus die verhängnisvolle und gefährliche Gegenrichtung erblickt, das heißt

⁷ Briefe S. 100.

⁸ Gedächtnisschrift für G. R., Herausgeg. v. Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S. 377.

jene Richtung, die das gesetzte Recht ohne Rücksicht auf seinen Gehalt an materieller Gerechtigkeit für geltend und den Richter bindend erklärt. Er sagt, dieser Positivismus habe den deutschen Richterstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.⁹ Früher hatte er, zuletzt noch in einer Rede in Lyon im Jahre 1937, geradezu den Positivismus aus dem Relativismus herleiten zu können geglaubt.¹⁰ Die Arbeit über das gesetzliche Unrecht läßt erkennen, daß er sich schließlich über den Wert der Rechtsphilosophie und eines Systems von -ismen für die Rechtsfindung anders besonnen hat. Sein letztes Wort und sein Vermächtnis bestehen darin, daß es einen festen Bestand von Menschenrechten gebe, die stärker sind als jede rechtliche Satzung. Auch die Rechtssicherheit habe diesen Rechten zu weichen. Diesen Bestand an Menschenrechten heißt der frühere Relativist nun selber Natur- oder Vernunftrecht.¹¹

Radbruchs Arbeit über das gesetzliche Unrecht und das übergesetzliche Recht hat besonders für die Frage der Rechtsbeugung, begangen durch Richter des Dritten Reiches, Bedeutung gewonnen. Allerdings wurden Radbruchs Auffassungen durch eine feine, aber höchst wirksame juristische Unterscheidung abgemildert: Rechtsbeugung sei nämlich nur dann gegeben, wenn der Richter mit unbedingtem Vorsatz, nicht wenn er mit bedingtem Vorsatz das Recht gebeugt habe. Das heißt, es liege dann *keine* Rechtsbeugung vor, wenn der Richter nur mit der *Möglichkeit* gerechnet hat, daß das, was er entscheide, Unrecht sei. Beim Diebstahl reicht der bedingte Vorsatz aus, bei der Rechtsbeugung nicht. Das ist die Meinung des Bundesgerichtshofs, die maßgebend geblieben ist, unter anderem auch in dem zuletzt entschiedenen Fall Rehse.

Die Bedeutung Radbruchs als Schriftsteller und akademischer Lehrer liegt weniger in den rechtsphilosophischen Abstraktionen, die in den Jahren vor und nach dem ersten Weltkrieg ihre große Zeit hatten, sondern in den Erkenntnissen und Bekenntnissen zu einzelnen Tendenzen und Konflikten, die die gesellschaftliche Entwicklung dieses Jahrhunderts mit sich gebracht hat. Außer der Episode des krassen Justiz-Unrechts in der Zeit von 1933 bis 1945 handelt es sich um zwei große Komplexe: Erstens die Entwicklung des Sozial- und Arbeitsrechts im Industriezeitalter und zweitens die Modernisierung des Strafrechts und des Strafvollzugs nach der Überwindung des Vergeltungsprinzips.

Den ersten Themenkreis hat Radbruch mehrfach behandelt. Er hat als einer der ersten die Tendenz zur Ablösung des bürgerlichen Individualrechts, das von fiktiv gleichen und gleichstarken, vereinzelt gedachten Rechtspersonen ausgeht, durch ein soziales Recht erkannt und ein Rechtskonzept verlangt, das auf den konkreten vergesellschafteten Menschen zugeschnitten ist. Er sagt:¹²

»Erst indem das Recht sich auf ein solches Bild vom Menschen umstellt, treten die Unterschiede sozialer Machtstellung und sozialer Ohnmachtstellung, deren Berücksichtigung den augenfälligen Eindruck des sozialen Rechts bestimmt, überhaupt in den Gesichtskreis des Rechts . . . in der Rechtswirklichkeit ist die Eigentums- wie die Vertragsfreiheit in der Hand des sozial Mächtigen etwas wesentlich anderes als in der Hand des sozial Schwachen. Die Eigentumsfreiheit des Besitzenden wird aus einer Freiheit der Verfügung über Sachen zu einer Freiheit der Verfügung über Menschen: Wer über die Arbeitsmittel gebietet, hat auch die Kommandogewalt über die Arbeiter . . .«

Und ferner:¹³

⁹ Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, S. 118.

¹⁰ A. a. O., S. 82.

¹¹ A. a. O., S. 107.

¹² A. a. O., S. 37.

¹³ A. a. O., S. 38/39.

»Der Zwang gegen den Nichteigentümer, der vom Eigentum ausgeht, vollzieht sich aber in der Rechtsform des freien Vertrags. Die rechtliche Vertragsfreiheit wird in der sozialen Wirklichkeit zur Diktatfreiheit des sozial Mächtigen, zur Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen. Nur in einer Gesellschaft sozial gleich Mächtiger, einer Gesellschaft von lauter kleinen Eigentümern, konnte die Eigentumsfreiheit ihren ursprünglichen Charakter als Freiheit der Verfügung über Sachen und die Vertragsfreiheit ihre allseitige Gleichheit bewahren. Die kapitalistische Entwicklung aber führte dahin, daß die Rechtswirklichkeit mit der Rechtsform immer mehr in Widerspruch geriet: Der Rechtsform nach lauter gleiche Personen mit gleicher Eigentums-, gleicher Vertragsfreiheit, in der Rechtswirklichkeit statt gleicher Personen Besitzende und Besitzlose, statt allseitiger Vertragsfreiheit Diktatfreiheit der wirtschaftlich Mächtigen, Diktatunterworfenheit der wirtschaftlich Ohnmächtigen, Eigentumshörigkeit, und damit eine Wesensänderung des Eigentums selbst, das nun nicht mehr nur Macht über Sachen, sondern auch Herrschaft über Menschen bedeutet.«

Daß die Entwicklung in der damit angedeuteten Richtung ging und weitergeht, steht fest. Radbruch hatte das feine Organ und die Gabe, dies früh zu erkennen und zu formulieren, und das Sozialrecht, das die Entwicklung verlangte, zu entwerfen und vorweg zu nehmen. Dagegen war es auch hier nicht seine Art, die starken Gegenströmungen in der Gesellschaft und insbesondere das zähe Beharrungsvermögen, das die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung der Entwicklung entgegensetzte, voll zu erkennen. Er war von Temperament Optimist und vertraute auf die Durchsetzung der von ihm erkannten und formulierten Tendenzen der Entwicklung. Hätte er die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsgerichts mit kritischeren Augen betrachtet, so hätte er entdeckt, daß diese Gerichte entweder streng am individuellen Personenrecht festhielten und zum Beispiel lange Zeit die Streikdrohung für eine Lohnforderung als Erpressung bestraften, obwohl der Gesetzgeber längst das kollektive Streikrecht für diesen Zweck eingeräumt hatte. Oder daß sie dem Gedanken des kollektiven Arbeitsrechts zuerst nur dort folgten, wo er zum Nachteil des Arbeiters verwendet werden konnte. Dies übrigens in einer Entscheidung, die auch Radbruch zitiert, allerdings nicht ausdrücklich kritisiert, eines Urteils des Reichsgerichts vom Jahre 1923 dahin, daß nicht-streikende Arbeiter die Gefahr und die Nachteile eines Streiks anderer Arbeiter zu tragen haben, was einer Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuchs direkt widerspricht. Diese Rechtsprechung gilt heute noch, mit der Formel, daß Arbeiter die Gefahr und die Nachteile zu tragen haben, die aus der »Arbeitersphäre« herrühren. Noch heute ist für das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber ausgesperrten, nicht streikenden Arbeitern, die weiter arbeiten wollen, das ausschlaggebende Argument gegen die Arbeiter. Aber diese Widerstände ändern nichts daran, daß Radbruch die Entwicklung richtig skizziert hat, sie zeigen nur, daß er erstens die Widerstände unterschätzt hat und daß für ihn lange Zeit der Einzelfall nicht der geometrische Ort der Gerechtigkeit war, sondern die erkannte Tendenz der Entwicklung im allgemeinen.

In diesen Zusammenhang gehört übrigens das schöne Kapitel seiner Rechtsphilosophie über das Recht und das Christentum in seiner Urform, dem Recht, Staat, Eigentum, wesenlos und nichtig waren. Radbruch, ein durchaus religiös gestimmter Mensch, erörtert¹⁴ dabei mit der ihm eigenen Offenheit und Direktheit das Gleichnis vom ungerechten Haushalter Lukas 16, Vers 1, das die meisten Theo-

¹⁴ Rechtsphilosophie 4. Aufl. Stuttgart 1950 S. 192.

logie-Lehrer, soweit sie es nicht überhaupt umgehen, in einer für den anständigen Bürger weniger skandalösen Weise aus – oder vielmehr zurechtlegen. Es ist der Haushalter, der das ihm anvertraute Geld, den »ungerechten Mammon«, unterschlägt um sich damit für später Freunde zu machen und der dafür von Jesus gelobt wird. Das Gleichnis bringt mit schneidender Schärfe die Ansicht Jesu von der Wesenlosigkeit rechtlicher Wertung und speziell des Instituts des Eigentums zum Ausdruck.

Damit haben wir nun schon das Sachgebiet betreten, dem die intensivste Tätigkeit und Wirkung Radbruchs gegolten hat: das Strafrecht. Oder vielmehr nicht eigentlich das Strafrecht, sondern die Frage, was mit dem Verbrecher zu geschehen habe: Daß das nicht in erster Linie eine Sache des Rechts, sondern eine menschliche und eine soziale Frage sei, daß die Strafe ein höchst problematisches Mittel und daß das Strafrecht eine zu überwindende Einrichtung sei. Das hat sich, wie wir sehen werden, immer deutlicher in den Aussagen Radbruchs herausgebildet. Sicherlich hätte Radbruch keine Gnade in den Augen jenes Münchner Amtsrichters gefunden, der kürzlich in einem Strafverfahren gegen einen demonstrierenden Studenten es als einen Strafverschärfungsgrund ansah, daß der Angeklagte die Strafjustiz abschaffen wolle. Offenbar sah dieser Richter durch solche Bestrebung geradezu seine Laufbahn bedroht. Radbruch, den das Verbrechen auch als Historiker intensiv beschäftigt hat – er hat ein Buch über die Geschichte des Verbrechens in Deutschland mitverfaßt¹⁵ – ist der geschichtlichen Wurzel des staatlichen Strafrechts nachgegangen und hat aus der Rechtsgeschichte der europäischen Völker festgestellt, daß die Straftat eines Freien ursprünglich nur Buße oder private Fehde auslöste. Nur der Unfreie, der Knecht, wurde im heutigen Sinne bestraft. Ich zitiere:¹⁶

»Aus den Knechtstrafen entsteht das Strafrecht und mit ihm zusammen zum ersten Male eine bewußte Kriminalpolitik. Erst von der Zeit des Fränkischen Reiches an läßt sich im eigentlichen Sinn von einer Legislativpolitik auf dem Gebiete des Strafrechts sprechen. Nur auf Unbegüterte fand dieses neue Strafrecht Anwendung. Aus dem Bußsystem hatte sich die Ablösbarkeit der öffentlichen Strafen entwickelt. Es gibt von nun an auf lange Zeit ein doppeltes Strafrecht: Eines für die Begüterten und eines für die Mittellosen. Der Arme büßt an seinem Leibe, wo der Reiche zahlt.«

Und ferner: »... das Strafrecht ist nach Ursprung und Wesen angelegt auf das Rechtsbrechertum einer anderen, einer unteren, einer für minderwertig angesehenen Volksschicht. Strafe bedeutet eine soziale capitis deminutio (Minderung), weil sie die capitis deminutio derjenigen, auf die sie Anwendung finden will, durch die Stände- oder Klassenordnung der Gesellschaft voraussetzt. Zeugnis dessen sind die sich durch die ganze Strafrechtsgeschichte ziehenden, einer zusammenfassenden Bearbeitung gleich würdigen und bedürftigen Versuche, Angehörige der höheren Volksschichten, wenn sie im Einzelfall diesem Strafrecht verfallen, vor seiner vollen Schärfe zu retten – von der Ablösbarkeit durch Buße bis zur custodia honesta (Ehrenhaft).«

Das sind Sätze, die eine gute Einleitung zu einer Abhandlung über die Weiße-Kragen-Kriminalität abgeben.

Radbruchs Verdienst und Wirkung auf diesem Gebiet liegen auch hier nicht in dem Streit der -ismen, sondern in den die Grenzen der Rechtswissenschaft überschreitenden gesellschaftlichen Einsichten und der Einfühlung in die betroffenen

¹⁵ Geschichte des Verbrechens von Gustav Radbruch und Heinrich Gwinner, Stuttgart 1951.

¹⁶ Der Mensch im Recht S. 64.

Menschen, womit er sich von dem Typus des Strafrechtslehrers seiner Zeit radikal unterscheidet, mit der Ausnahme seines großen Lehrers von Liszt.

Dazu eine Zwischenbemerkung: Es fällt auf, daß Radbruch weder in seiner Rechtsphilosophie noch in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft die Frage der Willensfreiheit, des Determinismus und der Schuld im Strafrecht erörtert. Aus Bemerkungen in anderem Zusammenhang kann man schließen, daß er einerseits Determinist und von der kausalen Notwendigkeit allen Geschehens überzeugt war, andererseits aber eine rechtliche Schuld und Verantwortung des durch verstehbare Motive bewegten, mit Bewußtsein handelnden Täters für möglich hielt, auch wenn dieser Täter nach Anlage und Umwelt notwendig so handeln mußte, wie er gehandelt hat.

Die für Radbruch so charakteristische Einführung in den von der Justiz betroffenen Menschen kommt besonders gut in folgenden Sätzen seiner »Rechtsphilosophie« in dem Kapitel über die Psychologie des Rechtsmenschen zum Ausdruck:

»Das Leben und der Mensch sind nicht aus einzelnen Handlungen zusammengesetzt, ebensowenig wie das Meer aus einzelnen Wellen besteht. Sie sind Totalitäten, die einzelnen Handlungen ineinander verfließende Bewegungen eines unteilbaren Ganzen. Es ist vielleicht die tiefste Qual jener Menschen, die von der Maschine des Rechts ergriffen werden, daß sie ohnmächtig die Verzerrung erleben müssen, welche das Bild einer Tat und das Gesamtbild eines Lebens, aus dem sie gewaltsam herausgerissen wird, schon dadurch erfährt, daß sie eben in ihrer Vereinzelung und das Leben, dem sie entsprang, unter dem Aspekt dieser zufälligen Einzelheit ins Auge gefaßt wird.«¹⁷

Und der junge Jurist kann in der »Einführung« folgendes über den Strafprozeß lesen:¹⁸

»Der richtige Gang psychologischer Einsicht geht nicht von der Tat zur Persönlichkeit, sondern von der Persönlichkeit zur Tat. Aber der Strafprozeß – und hier beginnt seine unüberwindliche Fragwürdigkeit – muß unweigerlich den umgekehrten Weg gehen: Von der Tat zur Persönlichkeit, und vermag auch ihn kaum je bis zum Ende zu gehen. Neue psychologische Forschungen, Psychoanalyse und Individualpsychologie, haben Abgründe des Unterbewußtseins aufgerissen, haben gezeigt, daß im Reiche der Seele auch das Einfache unendlich verwickelt und das nur ungefähr Richtige gleich ganz falsch ist. Solche Abgründe zu ergründen, ist eine strafprozessuale Hauptverhandlung . . . ganz ungeeignet. Je und je mag die Hauptverhandlung irgendeines Sensationsprozesses diesem Ziele näher kommen, aber es ist ein grober psychologischer Irrtum zu glauben, irgendein scheinbar durchschnittlicher Rückfalldiebstahl sei leichter verständlich als eine für den ersten Blick ungewöhnliche Mordtat, ein Irrtum, der auf der seichten Ansicht beruht, Gewinnsucht sei eine Erklärung, über welche die psychologische Untersuchung nicht mehr hinauszuforschen brauche, eine prima causa seelischen Geschehens, die ihrerseits keiner weiteren Erklärung mehr bedürfe. Vielmehr fängt hinter dem eigennützigen Beweggründe die psychologische Problematik erst an.«

In seinem Vorwort zu der Sammlung der Prozeßberichte von Sling »Richter und Gerichtete« – eben jetzt wieder neu aufgelegt – schreibt er im Dezember 1928 folgende Sätze¹⁹: »Sling hat glücklicherweise keine eigene Strafrechtstheorie. Er schiebt mit ungläubigem Lächeln alle diese eifernden Theorien bei Seite und bewahrt dem Strafrecht gegenüber die Haltung, die einer so fragwürdigen Erschei-

¹⁷ Rechtsphilosophie S. 198.

¹⁸ Einführung in die Rechtswissenschaft 10. Aufl. Stuttgart 1961 S. 138.

¹⁹ Sling, Richter und Gerichtete, Neu herausgeg. v. Robert M. W. Kempner München 1969, S. 11 f.

nung gegenüber allein möglich ist: abgründige Skepsis . . . Solange wir Täter bestrafen, nicht Menschen behandeln – solange es ein ›Straf‹-Recht gibt, gibt es kein gerechtes Strafrecht.«

Zu solch radikaler Absage an die Strafe ist Radbruch nicht ohne sich immer wieder erhebende Bedenken und Widersprüche vorgedrungen. Vor allem der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der rechtsstaatlichen Begrenzung der Strafe nach dem Maß der Schuld schien ihm wichtig und, worin ich ganz anderer Meinung bin, auch möglich. Es liegt darin ein gewisser Widerspruch zu seinen sozialen und psychologischen Einsichten und zum Strafzweck der Besserung. Auch läge in einer solchen nach einem – welchem? – Schuldmaßstab bemessenen Strafe immer noch ein Element der Vergeltung, während es doch, wie er sagte, darauf ankam, »die Strafzumessung unter die Herrschaft kriminalpolitischer Vernunft-erwägungen zu bringen«, also der Strafe den rationalen Sinn der Verhinderung und der Verminderung des Verbrechens zu geben, welchen Sinn die Vergeltungsstrafe erfahrungsgemäß gerade nicht hat, auf alle Fälle nicht die Freiheitsstrafe. Was speziell die Freiheitsstrafe betrifft: Wie läßt sich denn bei der unendlichen Verschiedenheit der Menschen und der Umstände die Schuld in Monate und Jahre entzogener Freiheit ummünzen?

Aber nicht nur die Vergeltungsstrafe wurde ihm problematisch, auch die Erziehungs- und Besserungsstrafe, die Strafe überhaupt als Erziehungsmittel, vor allem die Kriminalstrafe. Er sagt in seinem im Jahre 1932 gehaltenen Vortrag über den Erziehungsgedanken im Strafwesen folgendes:²⁰

»Die pädagogische Strafe ist ein einzelner Akt im Rahmen eines von gegenseitigem Vertrauen durchwalteten Erziehungsverhältnisses, die kriminelle Straferziehung aber will gerade umgekehrt die Erziehung in den Rahmen der Strafe einzwängen und schafft dadurch eine Atmosphäre des Mißtrauens von der einen, des Trotzes von der anderen Seite, in der Erziehung kaum gedeihen kann. Immer wieder stößt sich in Strafrechtspflege und Strafvollzug der Erziehungsgedanke an dem Begriff der Strafe, in den man ihn einschließen will. Ich meinerseits gestehe, daß mir am Begriff der Strafe gar nichts, aber an einer zweckmäßigen Behandlung des Rechtsbrechers alles gelegen ist . . . Aber ein vielleicht noch fernes Endziel ist damit gekennzeichnet: Nicht ein besseres Strafrecht, sondern etwas, was besser ist als Strafrecht, nämlich eine rationale Behandlung des Rechtsbrechers im Sinne seiner Erziehung und der Sicherung der Gesellschaft. Einstweilen stehen aber einer solchen rationalen . . . Behandlung noch viel realere Hindernisse im Wege als der sie überall einengende Strafbegriff. Schon die heutigen Gefängnisbauten, diese Zwingburgen für lauter präsumtive Ausbrecher, die dem Gefangenen auf Schritt und Tritt Mißtrauen bekunden, sind Hindernisse jeder Erziehung.«

Auch sonst hat er sich lebhaft mit den Zuständen und Möglichkeiten unseres Strafvollzugs – an denen sich seither nur recht wenig geändert hat – beschäftigt und versucht, sie im Sinne des Erziehungs- und Besserungszweckes vorwärts zu treiben. In dem erwähnten Vortrag vom Jahre 1932 hat er eine Skizze von Reformen entworfen, die fast alle immer noch bloße Ziele und Forderungen einer kleinen, fortschrittlichen Minderheit sind. Er war sich aber darüber klar, daß es mit materiellen und legislativen Änderungen in den Strafgesetzen und im Strafvollzug nicht getan ist. Das Verhältnis der Gesamtgesellschaft zur Kriminalität muß sich wandeln, der Staat und seine Zwecke müssen die autoritären Bestandteile ausscheiden und sich in Richtung auf den Sozialismus entwickeln, der, wie

²⁰ Der Mensch im Recht S. 57.

er einmal gesagt hat, ein zu Ende gedachter Liberalismus ist und als dessen bester Teil weiterleben wird.²¹

Soviel zum Kapitel Strafrecht. Überall tritt uns bei der Darstellung der Wirksamkeit Radbruchs die besondere Verbindung von Menschlichkeit, Lauterkeit und Universalität entgegen. Besonders eindrucksvoll wird diese Verbindung in der Zeit nach 1933 sichtbar, als ihn die neue nationalsozialistische Regierung in Baden nach dem famosen Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums aus seinem Lehramt trieb, ein großer Teil seiner Freunde und Schüler verfolgt und in alle Welt zerstreut wurde, und er in eine seiner Natur aufs äußerste widersprechende Isolierung von der weiteren Entwicklung des Strafwesens und der Kriminalpolitik geriet, die ihm ans Herz gewachsen war. Ein persönlicher Freundeskreis blieb ihm erhalten, Karl Jaspers gehörte dazu, Marianne Weber, Historiker und Archäologen. Auch eine Freundschaft mit Ricarda Huch kam zustande. Mit keinem Wort, mit keinem Atemzug, hat Radbruch eine Konzession an den Geist oder vielmehr an den Ungeist jener Zeit gemacht. Gleich am Tage nach seiner Entlassung hat er die Arbeit an der vorher geplanten aber nie ausgeführten Biographie Anselm von Feuerbachs, dem bahnbrechenden Juristen und Kriminalpolitiker, Verfasser eines bayerischen Strafgesetzbuchs, aufgenommen und bald zu Ende geführt; er hat sie dann in einem österreichischen Verlag publizieren können. Sie ist ein wahres Meisterwerk. Verbindungen zum Ausland machten es ihm möglich, Studien- und Vortragsreisen zu unternehmen, nach Frankreich, nach Italien; ein Jahr hat er in Oxford zubringen können. Aus diesem Jahr stammt eine erst nach dem Krieg veröffentlichte Schrift über den »Geist des englischen Rechts«. Nach der Feuerbach-Biographie entstanden eine Reihe historischer und literarischer Arbeiten: Über Cicero, Goethe, Shakespeare, über das Verhältnis von Theodor Fontane zur Religion, über S. Johnson und Boswell und vieles andere. Auch eine Sammlung deutscher Lyrik von Eichendorff bis Rilke hat er unternommen und nach dem Kriege herausgegeben. Auch das mehrfach aufgelegte Bändchen Justizkarikaturen von Daumier geht auf diese Zeit zurück. Es gibt eine rührende Stelle aus einem Brief Radbruchs an seinen Sohn Anselm ins Feld, wo er von diesen literarischen Unternehmungen berichtet: »Von mir ist nicht viel zu erzählen, ich arbeite über winzige Themata und setze am kleinsten Punkt die größte Kraft ein, nicht um des Themas selbst willen, sondern weil man so viel dabei lernt, wenn man mit einer bestimmten Frage an die literarischen Äußerungen herantritt und dabei jeden Ab- und Umweg mitmacht. So ließ ich mich in den letzten Tagen auf Ciceros philosophische Schriften hinlenken und fand sie viel besser als ihren Ruf, voll gelungener Formulierungen, und ein mir noch unbekanntes Stück, einen Traum Scipios, sogar von künstlerischer Kraft und Tiefe. Dabei habe ich das wehmütige Gefühl, zu der letzten Generation zu gehören, die für solche Dinge noch Sinn hat, und fühle mich noch schmerzlicher bewegt durch den Gedanken, was alles Dir und Deiner Generation auferlegt ist, während mir nichts übrig bleibt, als mir über die Sorgen dieser Zeit mit zeitfernen Studien hinwegzuhelfen.«

Aber man kann trotzdem feststellen, daß sich diese literarischen und historischen Arbeiten bruchlos in die Radbruchsche Produktion einfügen, womit wieder bewiesen ist, wie für ihn die Rechtswissenschaft nicht ein insulares Fachgebiet mit eigener Sprache und Methode war, sondern der Bestandteil einer geistigen und gesellschaftlichen Kultur, von deren übrigen Teilen nicht abtrennbar und an deren Problematik und Vergänglichkeit teilhabend. An ihrer Problematik ins-

²¹ Der Mensch im Recht S. 79.

besondere. Wie heißt es in seiner Rechtsphilosophie²²: »Ein guter Jurist wurde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewußt wäre.« Wozu auch das Bewußtsein gehört, daß, wie es an einer anderen Stelle in seiner Rechtsphilosophie heißt, das Recht nicht nur aus Recht entsteht, sondern auch aus wilder Wurzel und auf erkalteter revolutionärer Lava gewachsen ist und immer wieder wachsen wird.²³

²² Rechtsphilosophie S. 208.

²³ Rechtsphilosophie S. 190.