

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 201

**Die Bedeutung
der Lehre vom Rechtskreis
und der Rechtskultur**

Herausgegeben von

Heinrich Scholler

Silvia Tellenbach



Duncker & Humblot · Berlin

HEINRICH SCHOLLER / SILVIA TELLENBACH (Hrsg.)

Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis
und der Rechtskultur

Schriften zur Rechtslehre

Heft 201

Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur

Herausgegeben von
Heinrich Scholler
Silvia Tellenbach



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur /

Hrsg.: Heinrich Scholler ; Silvia Tellenbach. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 201)

ISBN 3-428-10435-8

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-10435-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Inhaltsverzeichnis

Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur <i>Heinrich Scholler</i>	7
Menschenrechte in verschiedenen Rechtssystemen: Formale Differenzen und kulturelle Affinitäten <i>Wolfgang Schmale</i>	17
Conflits conjugaux en immigration. Libérer malgré elle, la femme musulmane immigrée marocaine <i>Marie-Claire Foblets</i>	33
Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur: Das Beispiel der Volksrepublik China <i>Harro von Senger</i>	55
Die Rechtskultur und die Rolle der Rechtskreislehre in Thailand <i>Kittisak Prokati</i>	77
Die Sterbehilfe in Japan als Beispiel der Japanisierung westlicher Rechtskultur <i>Kenji Ueda</i>	103
Diskussionsbericht <i>Silvia Tellenbach</i>	129

Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur

– Vorwort –

Von Heinrich Scholler*

I. Die Entwicklung der Lehre von den Rechtsfamilien und Rechtssystemen

1. Die Einteilung des globalen Rechtsstoffes

Man sprach oder spricht auch heute noch von den Rechtsfamilien oder den Rechtssystemen, wenn man eine Einteilung des globalen Rechtsstoffes nach bestimmten inneren Kriterien vornimmt. Die Lehre von den Rechtskreisen dagegen ist weniger üblich, obwohl sie eigentlich aus der Anthropologie auch den Rechtsanthropologen geläufig ist. Dort unterscheidet man Kulturkreise nach bestimmten kulturellen Elementen, Töpferei und Hausbau, die ganz verschiedene Ethnien in ganz verschiedenen geographischen Gegebenheiten innerlich verbinden. Schon Leo Frobenius¹ hat mit großem Erfolg diese Lehre vom Kulturkreis auf afrikanische Kulturzusammenhänge angewandt. Es ist vielleicht verfrüht, im Nachstehenden von Rechtskulturen und Rechtskulturkreisen zu sprechen, aber dennoch soll der Begriff Rechtskreis andeuten, daß man sich löst von dem Begriff der Rechtsfamilie und des Rechtssystems. Die Idee der Rechtsfamilie setzt voraus, daß wie in der natürlichen Familie Rechtsordnungen auseinander hervorgegangen sind, sich wie Elternrechtsordnung und Abkömmlinge oder Geschwister zueinander verhalten. Die Lehre von den Rechtssystemen dagegen knüpft an andere Kriterien an, die meistens rechtstechnisch ausgerichtet sind, z. B. die Normenstruktur, die Bedeutung der Entstehung der Norm aus der Rechtsprechungspraxis, die Gliederung in öffentliches und privates Recht und wiederum in *personae*, *res* und *negotium*, um nur ein Einteilungssystem des römisch-germanischen Rechtes zu verwenden. Diese

* Prof. Dr. Dr. h.c. *Heinrich Scholler*, Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ *Adolf E. Jensen*, Leo Frobenius, Leben und Werk, in: *Paideuma* 1 (1938), S. 15–58; *Eike Haberland*, Leo Frobenius, 1873/1973, in: *Paideuma* 19/20, (1973/74), S. 1–3. Lebenswerk des Frobenius-Schülers *Eike Haberland* s. *Siegfried Seyfarth*, *Eike Haberland 1924–1992*, in: *Paideuma* 38 (1992), V-XXII wie auch zum Problem der vergleichenden Wissenschaften, *Ernst-Wilhelm Müller*, Plädoyer für vergleichende Geisteswissenschaften, in: *Paideuma* 39 (1993) S. 7 ff.

Kriterien greifen aber nur nach sekundären Merkmalen und treffen nicht das Zentrum der Rechtskultur oder des Rechtskreises.²

2. Die Entwicklung bis 1914

Zu Recht hat man festgestellt, daß sich die europäische Rechtswissenschaft bis 1914 nur mit dem kontinentalen oder besser gesagt mit dem abendländischen Rechtssystem beschäftigt hat, da natürlich neben dem römisch-germanischen Recht auch das Common Law³ Gegenstand der Rechtsvergleichung war. Hier ging es im wesentlichen um die Differenzierung zwischen Common Law auf der einen Seite und kontinental-europäischem Recht oder römisch-germanischem Recht auf der anderen Seite. Dabei brachten es die nationalgesetzlichen Strömungen und die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts mit sich, daß man versucht war, auch zwischen den römisch-germanischen Rechtsfamilien die Untergruppen stärker hervorzukehren und gegeneinander auszuspielen. Gemeinsamkeiten des französischen Rechtes, das auf dem code civil beruhte, des schweizer Rechtes und des deutschen Rechtes, das mit dem BGB im Jahre 1900 in eine kodifizierte gesamtdeutsche Form übergang, wurden dabei häufig übersehen. Die Unterscheidungen basierten aber in der Regel nicht auf den primären Differenzierungsmerkmalen, sondern auf sekundären oder tertiären.⁴

3. Die Entwicklung bis 1989

Die Entwicklung seit dem Jahre 1914, also dem Ausbruch des 1. Weltkrieges, und dem Jahr 1989, dem Jahr der Wende und des anschließenden Zusammenbruchs der UdSSR, war gekennzeichnet durch den Versuch einer weiteren Differenzierung und Untergliederung der einzelnen Rechtsfamilien, insbesondere der Familie des römisch-germanischen Rechtskreises. Innerhalb der Gruppe des römisch-germanischen Rechtskreises unterschied man demzufolge den romanischen Rechtskreis, den lateinischen, den skandinavischen, den südamerikanischen Rechtskreis oder entsprechend viele Rechtsordnungen. Gleichzeitig aber regte sich eine innere Kritik an den überkommenen Unterscheidungskriterien wie Richterrecht, Gesetzgebungsrecht, Normqualität, Hierarchie der Normen usw.. Man erkannte mit *Pound*, daß die Rechtsnorm, an der man die Unterscheidung gerne festgemacht hätte, im Grunde genommen in ihrer höchsten Verfeinerung oder Rückführung Ausdruck

² René David/Günther Grasmann: Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart. 2. Aufl. München 1988 S. 131 ff., 146 ff., 152 ff.

³ P.S. Atiyah, Common Law and Statute Law in: Michael Arnhem (ed.), Common Law, Dartmouth/UK, 1994, S. 1 ff.; George Winterton, The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined, in: Common Law, S. 139 ff.; s.a. Heinrich Scholler, Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 15 „Rechtsvergleichung“, Heidelberg 1999.

⁴ Auch René David/Günther Grasmann, S. 107.

philosophischer Ansätze oder einer weltanschaulichen Konzeption zur Gerechtigkeitsfrage ist.⁵ Wenn Pound an dieser Stelle das Recht als *social institution to satisfy social wants* bezeichnet, verlagert er die Grundnorm in den sozialen Bereich, während doch die sogenannten *jural postulates* als Voraussetzungen für richtiges Recht in der ethischen Sphäre liegen.

Die Identität der *jural postulates* und der rechtlichen Grundnorm findet sich dagegen bei den sogenannten religiös orientierten Rechtsordnungen des islamischen Rechtes, des jüdischen Rechtes und des Hindu-Rechtes.⁶ Fraglich ist, ob man das kanonische Recht auch zu diesen religiösen Rechtsordnungen zählen kann. Hiergegen wird vor allem eingewandt, daß das kanonische Recht nicht für alle Bürger eines bestimmten Territoriums verbindlich sei. Dem ist entgegenzuhalten, daß das kanonische Recht ähnlich wie das islamische Recht in seinem religiösen Ausgangspunkt einen universellen Charakter hat. Ein weiterer Einwand gegen das kanonische Recht als Teil der religiösen Rechtskreise geht dahin, daß es zum großen Teil eben nicht religiösen Ursprungs sei, sondern sich auf dem Boden des römischen Rechtes entwickelt hat.⁷ Die Grenzlinie zwischen rein religiösem Ursprung und nicht-religiös orientiertem Ursprung dürfte jedoch im Einzelfall sehr schwierig sein. Schließlich ist fraglich, ob die Gewohnheitsrechte vor allem in Afrika, aber auch in den Philippinen oder in Indonesien eine eigene Rechtsfamilie darstellen.⁸ Man wird sie aber doch eher als einen Rechtskreis begreifen können, weil zwar die Voraussetzungen für ein System oder eine Familie fehlen, aber bestimmte kulturelle Normen oder Grundnormen vorhanden sind, die die Identität von Rechtskreisen ausmachen. Der von uns vor zwei Jahren behandelte Konflikt zwischen modernen Menschenrechten und traditionellen Gewohnheitsrechten oder autochthonen Rechten ist hierfür ein Beweis. In allen gewohnheitsrechtlich charakterisierten Rechts- und Kulturkreisen treten solche Konflikte typisch auf. Ein weiteres für den Rechtskreis von Gewohnheitsrechten typisches Merkmal ist die Flexibilität und die Fähigkeit der Akkulturation durch religiöse oder säkularistische Rechtsordnungen. Als besonderes Beispiel kann hier die Verbindung von nordafrikanischen Gewohnheitsrechten mit den islamischen Rechtsvorstellungen gelten. Auch wird man nicht von einem einheitlichen Rechtskreis der Gewohnheitsrechte sprechen können, sondern den gewohnheitsrechtlichen Rechtskreis nur als einen vagen Oberbegriff ge-

⁵ René David/Günther Grasmann, S. 17; s. a. Konrad Zweigert/Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2nd edition, Oxford 1992.

⁶ Es handelt sich aber richtig gesehen in entwickelten Rechtssystemen um einen qualitativen Sprung von den *jural postulates* (Zweck im Recht bei Rudolf von Jhering) zu den Rechtsnormen, weder um einen Schritt innerhalb eines Rechtsgewinnungsverfahrens, noch um die Spitze der Stufenpyramide des Rechts. Siehe auch: Ludo Rocher, *Hindu Conceptions of Law*, in: Ved P. Nanda (ed.), *Hindu Law and Legal Theory*, Dartmouth/UK 1995, S. 3 ff.

⁷ Judith Romney Wegner, *Islamic and Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of Islamic Law and their Talmudic Counterparts*, in: Ian D. Edge (ed.), *Islamic Law and Legal Theory*, Dartmouth/UK 1995, S. 35 ff.; zum jüdischen Recht siehe: Martin P. Golding (ed.), *Jewish Law and Legal Theory*, Dartmouth/UK 1993.

⁸ Wojciech Koskenniemi (ed.), *Law and Religion*, Dartmouth/UK 1992.