

**Übergesetzliches Recht als Maßstab für positives Recht:
Ein Vergleich zwischen Gustav Radbruch und Emil Brunner**

Eingereicht durch

[REDACTED]

am 18. September 2020

Zweites Fachsemester

Matrikelnummer [REDACTED]

[REDACTED]

143 Basismodul ST Leistungsvariante D

DVP-Proseminararbeit (6-Wochenarbeit) als Modulabschluss

im Proseminar [REDACTED]

bei [REDACTED]

Erstgutachter: [REDACTED]

Zweitgutachter: [REDACTED]

Humboldt-Universität zu Berlin

Theologische Fakultät

Systematische Theologie (Ethik und Hermeneutik)

Sommersemester 2020

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Gustav Radbruch	2
I. Wer war Gustav Radbruch?	3
II. Klärung einiger Rechtsbegriffe	4
1. Positives Recht	4
2. Rechtspositivismus.....	5
3. Naturrecht.....	5
III. Die Radbruchsche Formel.....	6
1. Gesetzliches Unrecht.....	9
2. Übergesetzliches Recht	10
IV. Zwischenergebnis.....	13
C. Emil Brunner	13
I. Wer war Emil Brunner?	13
II. Göttliche Gerechtigkeit als Maßstab	15
III. Wirkung der Gerechtigkeit auf das positive Recht	18
IV. Zwischenergebnis.....	20
D. Vergleich	21
E. Kurze Auswertung in eigener Perspektive.....	26
F. Zusammenfassende Betrachtung.....	27

Abkürzungen

Ökumenisches Verzeichnis der biblischen Eigennamen

Ökumenisches Verzeichnis der biblischen Eigennamen nach den Loccumer Richtlinien. Herausgegeben von den katholischen Bischöfen Deutschlands, dem Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bibelgesellschaft, Stuttgart ²1981.

Schwertner, Siegfried M.

Schwertner, S. M.: IATG3 - Internationales Abkürzungsverzeichnis für Theologie und Grenzgebiete. Zeitschriften, Serien, Lexika, Quellenwerke mit bibliographischen Angaben, Berlin ³2014.

Literaturverzeichnis

Beintker, Horst

Beintker, H.: Brunner, Emil (1889–1966), in: TRE Online, Berlin/Boston.

Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,

URL: [https://db.degruy-](https://db.degruyter.com/view/TRE/TRE.07_236_30)

[ter.com/view/TRE/TRE.07_236_30](https://db.degruyter.com/view/TRE/TRE.07_236_30).

Brunner, Emil

Brunner, E.: Das Gebot und die Ordnungen. Entwurf einer protestantisch-theologischen Ethik, Zürich ⁴1939.

Brunner, Emil

Brunner, E.: Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich ⁴⁻⁵. Tausend ¹1943.

Dieckmann, Hubertus-Emmanuel

Dieckmann, H.-E.: Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?. Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung, in: Schriften zur Rechtstheorie, Berlin 2006, Heft 229.

- Gloede, Günter** Gloede G.: Emil Brunner. Theologische Forschung im Dialog zwischen Gott und Zeit, in: G. Gloede (Hg.), Ökumenische Profile. Brückenbauer der einen Kirche, zweiter Band, Stuttgart 1963, 139-145.
- Groh, Gunnar** Groh, G.: Recht, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-Recht>.
- Groh, Gunnar** Groh, G.: Rechtspositivismus, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-Rechtspositivismus>.
- Herbert, Michael** Herbert, M.: Radbruch'sche Formel und gesetzgebendes Unterlassen. Eine philosophische und methodologische Untersuchung, Reihe: Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Band 69, Baden-Baden 2017.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://doi.org/10.5771/9783845278995>.
- Kantzenbach, Friedrich Wilhelm** Kantzenbach, F. W.: Kutter, Hermann (1863–1931), in: TRE Online, Berlin/Boston.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: https://db.degruyter.com/view/TRE/TRE.20_353_3.
- Kaufmann, Arthur** Kaufmann, A.: Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht

in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift (1995), 81-86.

Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,

URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-1995-S-81-N-1>.

**Kaufmann, Arthur /
Pfordten, Dietmar** von der

Kaufmann, A. / Pfordten, D. v. d.: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: W. Hassemer, U. Neumann, F. Saliger (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg ⁹2016, 23-142.

**Nicolaisen, Carsten /
Graf, Friedrich Wilhelm**

Nicolaisen, C. / Graf, F. W.: Nationalsozialismus, in: RGG 4 Online.

Zuletzt aufgerufen am 18 September 2020,

URL: http://dx.doi.org/10.1163/2405-8262_rgg4_COM_024028.

Pöhl, Ivar H.

Pöhl, I. H.: Da Problem des Naturrechts bei Emil Brunner. Inauguraldissertation, die mit Genehmigung der theologischen Fakultät der Universität Helsinki am 4. Mai 1963 um 12 Uhr im Saal XII der Universität öffentlich verteidigt wird., Zürich 1963.

Radbruch, Gustav

Radbruch, G.: Gustav Radbruch Rechtsphilosophie. Studienausgabe, R. Dreier / S. L. Paulson (Hg.), Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg ²2003.

Radbruch, Gustav

Radbruch, G.: Vorschule der Rechtsphilosophie, Göttingen ²1959.

- Reuter, Hans-Richard** Reuter, H.-R.: Rechtsethik in theologischer Perspektive. Studien zur Grundlegung und Konkretion, Reihe Öffentliche Theologie 8, Gütersloh 1996.
- Schwöbel, Christoph** Schwöbel, C.: Brunner, in: RGG 4 Online. Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020, URL: http://dx.doi.org/10.1163/2405-8262_rgg4_SIM_02448.
- Spendel, Günter** Spendel, G.: Radbruch, Gustav Lambert, in: Neue Deutsche Biographie [Online-Version], Band 21 (2003), 83-86. Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020, URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118597582.html#ndbcontent>.
- Verdoß, Alfred** Verdoß, A.: Was ist Recht?, in: W. Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Wege der Forschung Band XVI, Darmstadt ²1972, 309-321.
- Welzel, Hans** Welzel, H.: Naturrecht und Rechtspositivismus, in: W. Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Wege der Forschung Band XVI, Darmstadt ²1972, 322-338.
- Werner, Raik** Werner, R.: Deskriptive Merkmale, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020. Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020, URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-DeskriptiveMerkmale>.
- Werner, Raik** Werner, R.: Gefährdungsdelikt, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020.

Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-Gefahrdungsdelikt>.

Werner, Raik

Werner, R.: Naturrecht, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-Naturrecht>.

Werner, Raik

Werner, R.: Normative Tatbestandsmerkmale und Rechtsbegriffe, in: K. Weber (Hg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, München ²⁴2020.
Zuletzt aufgerufen am 18. September 2020,
URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-500-W-Cre-SW-NormativeTatbestandsmerkmaleundRechtsbegriffe>.

A. Einleitung

Gustav Radbruch und Emil Brunner zeichnen in ihren Werken jeweils etwas, dass sich als *übergesetzliches Recht* beschreiben lässt.¹ Diese Arbeit soll sich mit den Fragen beschäftigen, ob Radbruch und Brunner beide das Gleiche oder Unterschiedliches mit ihren Beschreibungen eines übergesetzlichen Rechts meinen und zu welchen Ergebnissen beide hinsichtlich der Wirkung des übergesetzlichen Rechts auf das *positive Recht* kommen. Es sollen die Einigkeit und Unterschiede dargestellt werden.

Radbruch und Brunner kommen aus verschiedenen Disziplinen. Gustav Radbruch war Rechtswissenschaftler und Emil Brunner war Theologe.² Es stellt sich also zunächst die Frage, warum die beiden überhaupt verglichen werden sollten. Es ist festzuhalten, dass beide zur ähnlichen Zeit geboren und gewirkt haben.³ Ihr Wirkungszeitraum umfasst hier gerade jedoch eine extrem düstere Zeit der Menschheitsgeschichte.⁴ Insoweit ist interessant, ob beide in ähnlicher Zeit, trotz disziplinärer Unterschiedlichkeit, ähnliche Überlegungen angestrengt haben.

Es fällt hier auch auf, dass Radbruch und Brunner in der Literatur oft gleichermaßen in einem Werk behandelt werden.⁵ Es soll im Laufe dieser Arbeit auch deutlich werden, dass es nicht fern liegt, sowohl einen Theologen als auch einen Rechtswissenschaftler zu diesem Themenkomplex zu Rate zu ziehen.

Mein persönliches Interesse an dieser Arbeit entspringt zunächst meinem früheren Studium der Rechtswissenschaft, in welchem ich in den ersten Semestern im Fach Rechtsphilosophie Gustav Radbruch kennen lernte und von der Tiefe der *Radbruchschen Formel* fasziniert war. Als ich nun in diesem Semester Emil Brunner kennen lernte durch das Proseminar, fühlte ich mich schon in der

¹ Siehe für Gustav Radbruch etwa: Radbruch, Rechtsphilosophie, 211; siehe für Emil Brunner etwa: Brunner, Gerechtigkeit, 28.

² Für Brunner: Schwöbel, Brunner; für Radbruch: Spindel, Radbruch.

³ Das Werk „Gerechtigkeit“ von Emil Brunner erschien im Jahr 1943 (Brunner, Gerechtigkeit, II). Der Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ von Gustav Radbruch erschien erstmals im Jahr 1946 (Radbruch, Rechtsphilosophie, XI).

⁴ Beide in der Fußnote 3 genannten Werke erschienen somit um die Zeit des Nationalsozialismus (Nicolaisen / Graf, Nationalsozialismus).

⁵ Siehe etwa: Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, 322 f.

Einleitung zu seinem Werk „Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung“ an Radbruch erinnert. Ich erhoffe mir insoweit von dieser Arbeit selbst tiefere Einblicke in die Denkmuster dieser beiden herausragenden Persönlichkeiten zu erhalten.

Diese Arbeit ist, wie in den oben genannten Teilforschungsfragen schon ersichtlich wird, eine vergleichende Arbeit. Insoweit wird der grobe Aufbau des Hauptteils dreigliedrig sein. Zunächst wird Gustav Radbruch vorgestellt und seine Sicht auf den Themenkomplex dargestellt. Es folgt eine Darstellung von Emil Brunner analog zu der von Radbruch. Im dritten Teil soll dann ein Vergleich der beiden angestrengt und dabei sollen die Einigkeiten und Unterschiede herausgearbeitet werden.

Der Aufbau ist insoweit geeignet für die Methode des Vergleichs, als dass zunächst mit den beiden ersten Teilen eine Grundlage für die Diskussion im dritten Teil der Arbeit geschaffen wird. Sodann folgt eine kurze Auswertung in eigener Perspektive. Die Arbeit schließt mit einer Schlussbetrachtung als Darstellung der erarbeiteten Antworten auf die jeweilige Teilforschungsfrage.

Die Grundlage der Darstellungen soll auf der Seite von Gustav Radbruch sein Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ sein. Auf der Seite von Emil Brunner wird insbesondere mit den Werk „Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung“, sowie relevanten Stellen aus dem Werk „Das Gebot und die Ordnungen. Entwurf einer protestantisch-theologischen Ethik“ gearbeitet.

B. Gustav Radbruch

Im folgenden Kapitel soll zunächst ein kurzer Überblick darüber geben werden, wer die Person Gustav Radbruch überhaupt war.

Darauf folgt eine Klärung einiger Rechtsbegriffe und eine Darstellung der Radbruchschen Formel. Davon ausgehend soll sodann ein Überblick über die Sicht Radbruchs auf das übergesetzliche Recht und dessen Wirkung auf das positive Recht gegeben werden.

I. Wer war Gustav Radbruch?

Wenngleich es sich bei der vorliegenden Arbeit um keine biographisch vergleichende Arbeit handelt, soll hier dennoch ein kleiner Einblick in das Leben des Gustav Radbruch erfolgen. Die folgende Darstellung soll helfen, diesen in seinen fachlichen Hintergrund und zeitlichen Kontext einzuordnen.

Der Rechtsphilosoph, Strafrechtler und Reichsjustizminister Gustav Lambert Radbruch wurde am 21. November 1878 in Lübeck geboren und verstarb am 23. November 1949 in Heidelberg, wo er auf dem Bergfriedhof beerdigt wurde.⁶

Der künstlerisch und literarisch interessierte Radbruch studierte nach seiner Zeit auf dem Lübecker Gymnasium Katharineum auf Wunsch seines Vaters ab dem Jahr 1898 Rechtswissenschaft in München, Leipzig und Berlin.⁷ Nach Ablegen des ersten Staatsexamens im Jahr 1901, Promotion im Jahr 1902 und Habilitation im Jahr 1903, wurde Radbruch ab dem Jahr 1904 als Privatdozent in Lübeck tätig.⁸ Nach dem Kriegsdienst in den Jahren 1915-1918 und weiteren Stationen wurde Radbruch schließlich im Jahr 1919 ordentlicher Professor in Kiel und folgte im Jahr 1926 einem Ruf nach Heidelberg.⁹

Gustav Radbruch trat im Jahr 1918 in die SPD ein, hatte bereits in den Jahren 1920-1924 ein Mandat als Reichstagsabgeordneter inne und amtierte in dieser Zeit zwei Mal als Reichsjustizminister in dem Kabinetten Wirth und Stresemann.¹⁰

Radbruch wurde schließlich im Jahr 1933 als einer der ersten Rechtsprofessoren gegen seinen Willen in den Ruhestand versetzt und konnte deshalb geplante Lehrtätigkeiten nicht mehr wahrnehmen.¹¹ Es erfolgte nach dem Krieg jedoch eine Reaktivierung seiner Lehrtätigkeit und eine Einsetzung als Mitglied des Staatsgerichtshofs von Württemberg-Baden.¹² Radbruch lehrte bis in das Jahr

⁶ Spindel, Radbruch.

⁷ Ebd.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² Ebd.

1948 an der Juristischen Fakultät in Heidelberg, wo er auch als erster Dekan amtierte.¹³

Es ist erwähnenswert, dass von Radbruch der „Strafgesetzbuch-Entwurf Radbruch“ aus dem Jahr 1922, welcher erst im Jahr 1952 veröffentlicht wurde, existiert, in welchem spätere Entwicklungen, wie die Abschaffung der Todesstrafe, bereits enthalten waren.¹⁴ Sein Handeln wirkt vor diesem Hintergrund durchaus progressiv, trotzdem wird eine gewisse Ambivalenz Radbruchs deutlich, der im gleichen Jahr auch das Republikenschutzgesetz mitunterzeichnete, welches die Todesstrafe etwa bereits für Gefährdungsdelikte¹⁵ forderte.¹⁶

II. Klärung einiger Rechtsbegriffe

Zunächst soll jedoch eine kurze, nicht abschließende, Darstellung der Begriffe positives Recht, Rechtspositivismus und Naturrecht erfolgen, da diese nun öfter gebraucht werden und das Verständnis dieser Begriffe für die weitere Arbeit von Wichtigkeit ist.

1. Positives Recht

Rechtsnormen, gleichwelcher Art, ob gesetztes Recht, Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtgedanken, gleichgültig ob diese geschrieben oder ungeschrieben sind, sind positives Recht, soweit diese in einem bestimmten Geltungsbereich und einer bestimmten Gemeinschaft effektiv Geltung haben.¹⁷ Die Verbindlichkeit der Normen ergibt sich meist aus einer Garantie der Durchsetzung durch eine staatliche Autorität.¹⁸

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Hinsichtlich einer Erklärung des Terminus technicus „Gefährungsdelikt“ siehe: Werner, Gefährungsdelikt.

¹⁶ Spindel, Radbruch.

¹⁷ Groh, Recht.

¹⁸ Ebd.

2. Rechtspositivismus

Die Rechtslehre beschreibt mit dem Begriff des Rechtspositivismus eine Strömung, die ausschließlich auf Grund des positiven Rechtes und ausschließlich mit gedanklichen Mitteln ohne eigene Wertung eine Bewertung von Rechtsfragen vornimmt und zu einer Lösung gelangt.¹⁹ Der Rechtspositivismus steht damit grundsätzlich im Gegensatz zum Naturrecht.²⁰ Der Rechtspositivismus hält sich strikt an den Grundsatz der Gewaltentrennung und belässt die Rechtschöpfung innerhalb der Legislative.²¹ Eine Rechtsfortbildung durch einen Richter ist innerhalb des Rechtspositivismus nicht vorgesehen.²²

3. Naturrecht

Innerhalb der Rechtsphilosophie beschreibt der Begriff des Naturrecht, dasjenige Recht, das sich aus der menschlichen Natur ableiten lassen soll.²³ Es soll folglich von allen Menschen verstanden werden, soweit diese der reinen Vernunft mächtig sind.²⁴ Das Naturrecht entfaltet damit grundsätzlich, ungebunden an Zeit und Raum, allezeit Geltung.²⁵ Das Naturrecht kann eine theologische Grundlage haben oder von einer solchen losgelöst und damit verselbstständigt sein.²⁶ Wenngleich das Naturrecht zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine Verdrängung durch das gewachsene gesetzte Recht erfahren hat, so haben naturrechtliche Gedankengänge, unter Eindruck der Grausamkeit des Zweiten Weltkrieges, wieder einen Aufschwung erfahren.²⁷ Das Naturrecht ist vielfältig und es lässt sich nicht eine Konzeption dessen zusammenfassend darstellen, auch weil Naturrechte eine lange Tradition aufweisen.²⁸

¹⁹ Groh, Rechtspositivismus.

²⁰ Ebd.

²¹ Ebd.

²² Ebd.

²³ Werner, Naturrecht.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd.

²⁷ Ebd.

²⁸ Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab, 21.

III. Die Radbruchsche Formel

Gustav Radbruch veröffentlichte im Jahr 1946 seinen Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, welcher die sogenannte Radbruchsche Formel enthält.²⁹ Diese lautet wie folgt:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen;

eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal angestrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen“³⁰

In den Nachkriegsjahren hatte sich unter Eindruck der Grausamkeiten, die durch die unbedingte Befolgung des positiven Rechts getätigt wurden, ein Aufschwung innerhalb der Debatte um das Naturrecht ergeben.³¹ Radbruch war maßgeblich an dieser Debatte mit dem oben genannten Aufsatz, der als Kern das obige Zitat enthält, beteiligt.³² Wenngleich Radbruch innerhalb seines Aufsatzes nicht von „Naturrecht“ spricht, so wird er dennoch auch dieser Strömung zugeordnet.³³

²⁹ AaO., 19.

³⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

³¹ Siehe Seite 5 dieser Arbeit.

³² Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab, 19.

³³ Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 82.

Die Radbruchsche Formel lässt sich zunächst grob in zwei Teile teilen, nämlich in die sogenannte *Unerträglichkeitsformel* (siehe obigen ersten Teil des Zitats) und in die sogenannte *Verleugnungsformel* (siehe obigen zweiten Teil des Zitats), wobei die Verleugnungsformel wohl schon auf Grund ihrer Undurchführbarkeit zu verwerfen ist, da es schwerlich möglich ist die Willensrichtung des gesetzgebenden Organs einwandfrei feststellen zu können.³⁴ Hier wäre theoretisch denkbar in die Gesetzesbegründung des jeweiligen Gesetzes zu schauen, wobei wohl eher nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber in der Begründung verlauten lassen wird, dass Gerechtigkeit mit dem Gesetz nicht mal angestrebt werde. Insoweit ist es fruchtbarer mit dem ersten Teil der Formel, also der Unerträglichkeitsformel, zu arbeiten, zumal diese wesentliche Feststellungen der Verleugnungsformel ohnehin in sich trägt.³⁵

Die Radbruchsche Formel in Form der Unerträglichkeitsformel (im Folgenden lediglich Radbruchsche Formel) ist ihrerseits in zwei Teile zu teilen, nämlich in eine negative Feststellung und eine positive Feststellung.³⁶

Radbruch konstatiert zunächst, dass das positive Recht auch dann Vorrang genieße, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig sei.³⁷ Er stellt also im ersten Schritt fest, dass das in Rede stehende Gesetz *gesetzliches Unrecht* ist.³⁸ Würde man nun nicht weiterlesen, könnte man annehmen, dass Radbruch völlig im Einklang mit dem Rechtspositivismus steht. Denn dieser lässt grundsätzlich, wie oben beschrieben, ein Korrektiv, welches außerhalb der gesetzgebenden Macht liegt, schlicht nicht zu.³⁹

Nun stellt Radbruch jedoch weiter, sodann positiv, fest, dass dieser Vorrang des positiven Rechts eben nicht gilt, soweit „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“.⁴⁰ Hier setzt Radbruch nun das

³⁴ Ebd.

³⁵ Vgl. Ebd.

³⁶ Ebd.

³⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

³⁸ Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 82.

³⁹ Siehe Seite 5 dieser Arbeit.

⁴⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

übergesetzliche Recht als Korrektiv ein, welches anstelle des gesetzlichen Unrechts gelten soll.⁴¹

Es ist hier festzustellen, dass Radbruch der Rechtssicherheit innerhalb seiner Überlegungen einen hohen Stellenwert zumisst, da gerade nicht jede Rechtsverletzung zur Ungültigkeit des entsprechenden Gesetzes führt⁴² Er stellt fast am Ende seines Aufsatzes dazu fest, dass die Gerechtigkeit zu suchen, die Rechtssicherheit aber gleichzeitig zu beachten sei, da diese selbst auch Teil der Gerechtigkeit sei.⁴³

Demnach ist also das gesetzliche Unrecht bis zu einer gewissen Schwelle auszuhalten und die Folgen, die sich daraus ergeben hinzunehmen, ohne, dass die Berufung auf ein Korrektiv möglich wäre. Hier stellt ein etwaiges übergesetzliches Recht also gerade keinen Maßstab für das positive Recht dar. Das positive Recht behält seine volle Gültigkeit, obgleich es mit dem Gedanken der Geltung eines übergesetzlichen Recht geschaffen wurde oder nicht.

Erst und nur dann, wenn das Unrecht unerträgliches Maß angenommen hat, soll das übergesetzliche Recht rettendes Korrektiv sein, welches das positive Recht bricht und ersetzt.

Radbruch stellt mit der Radbruchschen Formel insgesamt zwei Kernbegriffe auf, nämlich den des gesetzlichen Unrechts und den des übergesetzlichen Rechts. Diese beiden Begriffe haben Ähnlichkeit zu normativen Tatbestandsmerkmalen⁴⁴ und sind somit auslegungsbedürftig.

Zum Verständnis der Radbruchschen Formel, sollen deshalb nun die beiden Begriffe und deren Systematik innerhalb der Radbruchschen Formel geklärt werden. Erst dann kann später auch ein Vergleich mit Emil Brunner überhaupt schlüssig erfolgen.

⁴¹ Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 82.

⁴² Vgl. Ebd.

⁴³ Radbruch, Rechtsphilosophie, 219.

⁴⁴ Normative Tatbestandsmerkmale bedürfen einer Wertung und sind damit nicht deskriptiv. Siehe hierzu: Werner, Normative Tatbestandsmerkmale und Rechtsbegriffe; sowie: Werner, Deskriptive Merkmale.

1. Gesetzliches Unrecht

In der Prüfungsreihenfolge nimmt die Radbruchsche Formel zunächst eine Falsifikation vor, in dem sie feststellt, dass das in Rede stehende positive Recht im Widerspruch zur Gerechtigkeit stehen muss.⁴⁵ Nach dem sogenannten *negativen Prinzip* ist eine sichere Erkenntnis nur darüber möglich, was *nicht ist*, wohingegen eine wirklich gesicherte Erkenntnis darüber, was *ist*, nicht möglich erscheint.⁴⁶ Die Vornahme einer Falsifikation ist also deshalb sinnvoll, da eine solche leichter zu führen ist und zu eindeutigeren Ergebnissen führt, als eine Verifikation⁴⁷

Der Einstieg in die Prüfung, ob das in Rede stehende Gesetz der Gerechtigkeit in unerträglichem Maß entgegensteht, beginnt also gerade nicht mit der Feststellung, ob dieses gerecht ist oder nicht, sondern mit der negativen Prüfung, ob es gesetzliches Unrecht ist.

Es reicht also bei diesem Vorgehen auch eine eher diffuse Vorstellung davon, was Gerechtigkeit ist, ohne diese Vorstellung umfassend darlegen zu müssen.⁴⁸ Andererseits ist die Erkenntnis, ob ein Handeln, etwa das eines Staates, gesetzliches Unrecht ist, dann umso mehr evident, je größer und schwerwiegender die verletzenden Eingriffe sind.⁴⁹ Da bedeutet also, dass ein Mensch einem gerechten Handeln ausgesetzt sein kann und diese Gerechtigkeit wohl durchaus auch spürt, aber unter Umständen gar nicht eindeutig benennen können wird, wieso dieses Handeln als gerecht empfunden wird. Die Abwesenheit von Gerechtigkeit, hier also das gesetzliche Unrecht, wird dieser aber zweifelsfrei, jedenfalls ab einem bestimmten Punkt der Schwere, benennen können.⁵⁰ Es gilt hier also die Prämisse, dass schweres Unrecht auch evident als schweres Unrecht zu erkennen ist.⁵¹

⁴⁵ Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 83.

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ AaO., 84.

⁵⁰ Vgl. Ebd.

⁵¹ Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab, 30.

Problematisch erscheint hier jedoch trotzdem, dass die Trennlinie zwischen *erträglich* und *unerträglich* in nicht allen Fällen ganz eindeutig zu ziehen sein wird.⁵² Das könnte etwa dann der Fall sein, wenn ein dauerhaftes System der Ungerechtigkeit etabliert wurde. Der Punkt der Unerträglichkeit könnte dann nach hinten verschoben sein und erst noch schwereres Unrecht könnte als solches erkannt werden, obwohl der Punkt der Unerträglichkeit für einen außenstehenden Betrachter schon längst überschritten erscheint.

Gesetzliches Unrecht ist also positives Recht, dass der Schwere des Eingriffs nach als unerträglich einzustufen ist und deshalb als der Gerechtigkeit widerstrebend angesehen werden muss. Eine ungefähre Vorstellung davon, was Gerechtigkeit ist, ist insoweit erforderlich, als dass diese als Bezugspunkt zur Ungerechtigkeit dient.⁵³

2. Übergesetzliches Recht

Soweit die Prüfung des in Rede stehenden positiven Rechts ergeben hat, dass dieses als gesetzliches Unrecht anzusehen ist, gibt die Radbruchsche Formel eine Antwort darauf, wie mit diesem Zustand zu verfahren ist, nämlich „daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“.⁵⁴

Radbruchs Maßstab für das positive Recht ist also dann erst die Gerechtigkeit, wenn positives Recht in Form von gesetzlichem Unrecht vorliegt.

Für diesen Fall muss Radbruch jedoch eine Vorstellung davon gehabt haben, was Gerechtigkeit bedeutet. Der Begriff der Gerechtigkeit ist normativ und damit auslegungsbedürftig.⁵⁵

⁵² Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 84.

⁵³ Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab, 30.

⁵⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, 219.

⁵⁵ Für eine Erklärung des rechtlichen Begriffes „normativ“ siehe Randnummer 44.

Gerechtigkeit ist hier als etwas zu qualifizieren, was Radbruch auch übergesetzliches Recht nennt.⁵⁶ Diese Feststellung macht die Erklärung, was Gerechtigkeit sein soll, jedoch nicht einfacher.⁵⁷

Womöglich ist allerdings eine Kenntnis, was übergesetzliches Recht ist, in vielen Fällen gar nicht von Nöten, wenn mit Nichtigwerdung des gesetzlichen Unrecht bereits ein erstrebter Zustand (wieder-)hergestellt wird, welcher einen als allgemein gerecht wahrgenommenen Zustand darstellt.⁵⁸

Das kann jedoch dann nicht der Fall sein, wenn es im Speziellen darauf ankommt zu wissen, welches Recht denn nun gilt.⁵⁹

Es fragt sich also im Ergebnis dann doch, was Radbruch mit übergesetzlichem Recht meint, da seine Formel sonst in diesen Fällen zu einer Situation der Ratlosigkeit führen würde.

Eine Eindeutige Positionierung oder Definition findet sich in seinem Aufsatz nicht. Radbruch schreibt jedoch in der Einleitung zu seiner Formel folgendes:

*„Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.“*⁶⁰

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass Radbruch gerade das als gerecht beurteilt, was *nicht willkürlich* und *nicht verbrecherisch* ist. Aber auch diese Begriffe sind auslegungsbedürftig und es ist nicht einfach zu fassen, ab wann ein Gesetz willkürlich und verbrecherisch ist.

An anderer Stelle schreibt Radbruch, dass den Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit das Evangelium großartig zum Ausdruck bringen würde, „indem es einerseits befiehlt: ‚Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt

⁵⁶ Die Terminologie wird schon im Titel seines Aufsatzes deutlich, der „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ lautet (Radbruch, Rechtsphilosophie, 211).

⁵⁷ Vgl. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel, 85.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Ebd.; Kaufmann führt unter dieser Belegstelle zu den sogenannten Mauerschützenfällen aus. Dort war zu klären, nach welchem Recht diejenigen zu bewerten sind, die tödliche Schüsse abgegeben haben.

⁶⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 215.

über euch hat‘, und doch andererseits gebietet, ‚Gott mehr zu gehorchen als den Menschen‘.⁶¹ Hier kann spekuliert werden, ob Radbruch womöglich zu erkennen gibt, dass er Gerechtigkeit als von Gott gegeben sieht und die Festlegung, was Gerechtigkeit ist, eben durch Gott geschieht.

Das Zitat weist womöglich schon auf die Zweigliedrigkeit der Radbruchschen Formel hin. Positives Recht ist nach Radbruch zu befolgen, bis ein unerträgliches Maß erreicht ist und dieses dann der Gerechtigkeit zu weichen hat.⁶² Liest man isoliert die von ihm angeführten Bibelstellen könnte Radbruch diese womöglich so verstanden haben, dass man der Obrigkeit Untertan ist, weil diese von Gott geduldet ist. Dies gilt jedoch nur so lange bis das Handeln der Obrigkeit nicht in direktem Widerspruch zu Gottes unbedingter Gerechtigkeit steht.⁶³

Von dieser spekulativen Betrachtung wegkommend, geht *Herbert* davon aus, dass Radbruch den Mindestgehalt des Rechts, also das Momentum, in dem jedenfalls keine Ungerechtigkeit herrscht, im Bestehen eines Nichtwiderspruchs zu den Menschenrechten sieht.⁶⁴

Kaufmann geht schließlich davon aus, dass Radbruch durchaus übergesetzliches Recht im Naturrecht erkannt hat, als „gewisse subjektive Rechte des Menschen, die der staatlichen Gesetzgebung vorgegeben und unverfügbar, gleichwohl aber geschichtlich sind, also im Wesentlichen das, was wir als Grund- und Menschenrechte bezeichnen“.⁶⁵

Der Kern ist damit also, dass nach Radbruch ein ursprüngliches Recht existiert, welches, jedenfalls in den Fällen des gesetzlichen Unrecht, unbedingten Geltungsvorrang hat und dabei für die Legislative unverfügbar ist.⁶⁶

⁶¹ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216; Radbruch verweist hier wohl auf Röm 13, 1 und Apg 5, 29.

⁶² Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

⁶³ Die Bibelstellen werden hier isoliert spekulativ betrachtet, wie gerade Radbruch diese in Zusammenhang gestellt hat. Eine Auslegung der Bibelstellen in ihrem Gesamtzusammenhang erfolgt hier nicht.

⁶⁴ Herbert, Radbruch'sche Formel, 51.

⁶⁵ Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, 81.

⁶⁶ Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab, 31.

IV. Zwischenergebnis

Die Radbruchsche Formel verlangt eine Prüfung des in Rede stehenden positiven Rechts in zwei Schritten. Zunächst ist zu prüfen, ob ein „unerträgliches Maß“ an Ungerechtigkeit vorliegt.⁶⁷ Ist dies nicht der Fall und ist das Gesetz lediglich „inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig“, soll es weiterhin volle Geltungskraft entfalten, um der Rechtssicherheit Genüge zu tun.⁶⁸ Soweit dem positiven Recht jedoch ein „unerträgliches Maß“ an Ungerechtigkeit innewohnt, soll es als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit weichen.⁶⁹

Es kann nicht eindeutig geklärt werden, wie Radbruch den Begriff der Gerechtigkeit herleitet.⁷⁰ Es ergeben sich jedoch Anhaltspunkte dafür, dass Radbruch mit Gerechtigkeit ein übergesetzliches Recht meint, dass womöglich den Naturrechten bzw. Menschenrechten zuzuordnen ist.⁷¹

C. Emil Brunner

In analoger Verfahrensweise zu den Darstellungen zu Gustav Radbruch soll zunächst ein kurzer Überblick darüber geben werden, wer die Person Emil Brunner war. Darauf folgt ein Überblick über die Sicht Brunners auf das übergesetzliche Recht und dessen Wirkung auf das positive Recht. Schon die Grundlagendarstellungen Brunners sind allerdings so umfassend, dass hinsichtlich der Ausführungen hier tatsächlich lediglich von einem fragmentarischen Überblick gesprochen werden kann und hier deshalb auch keine speziellen Themenfelder bearbeitet werden.

I. Wer war Emil Brunner?

Der Schweizer Theologe Heinrich Emil Brunner wurde, als Kind christlicher Eltern, am 23. Dezember 1889 in Winterthur geboren und verstarb am 6. April

⁶⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

⁶⁸ AaO., 216, 219.

⁶⁹ AaO., 216.

⁷⁰ Siehe Ausführungen auf den Seiten 10-12 dieser Arbeit.

⁷¹ Siehe Ausführungen auf Seite 12 dieser Arbeit.

1966 in Zürich.⁷² In die Stadt Zürich kam er als Konfirmand und lernte dort Hermann Kutter⁷³ kennen, der ihn schon früh prägte.⁷⁴

Nach seinem Theologiestudium, welches er zunächst in Zürich begann und später in Berlin fortsetzte, wurde er Vikar in Zürich bei Hermann Kutter und im Jahr 1913 Lizentiat, um sodann zunächst in England als Gymnasiallehrer zu unterrichten.⁷⁵

Ab dem 1. Januar 1916 war Brunner dann Gemeindepfarrer im Kanton Glarus, wo er begann gegen soziale Missstände zu protestieren.⁷⁶

Brunner war in der Folgezeit nicht ausschließlich als Pfarrer tätig, sondern widmete sich weiterhin der theologischen Forschung.⁷⁷ So war er auf theologischen Konferenzen in Leutwil und Safenwil anzutreffen, wo er unter anderem auf Karl Barth und Paul Tillich traf.⁷⁸ Nach einem Auslandsjahr als Stipendiat in den Vereinigten Staaten von Amerika und zwei Jahren als Privatdozent in Zürich, lehrte er ab dem Jahr 1924 als Professor für Systematische Theologie an der Universität Zürich, als deren Rektor er in den Jahren 1942/1943 amtierte⁷⁹

Er ging jedoch auch seinem Predigtamt weiter nach und erreicht damit eine große Hörerschaft.⁸⁰ Brunner gewann weiter, auch weltweit, an Einfluss und gelangte damit an zahlreiche Ehrungen.⁸¹ Sein weiterer Lebensweg war von einer Vielzahl von Reisen, verbunden mit Gastvorlesungen und Vorträgen, geprägt.⁸²

⁷² Beintker, Brunner; Gloede, Emil Brunner, 140.

⁷³ Für einen kurzen Überblick über die Person Hermann Kutter siehe: Kantzenbach, Kutter.

⁷⁴ Gloede, Emil Brunner, 140.

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ AaO., 141.

⁷⁷ Ebd.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ AaO., 142; <https://www.uzh.ch/about/portrait/history/presidents.html> [zuletzt aufgerufen am 18. September 2020].

⁸⁰ Gloede, Emil Brunner, 142.

⁸¹ AaO., 143.

⁸² AaO., 142.

II. Göttliche Gerechtigkeit als Maßstab

Emil Bruner stellt bereits in dem Vorwort seines Werkes „Gerechtigkeit“ fest, dass jedermann von gerecht und ungerecht sprechen würde.⁸³ Gleichzeitig fragt er dort, wer denn überhaupt wisse, was das Gerechte und das Ungerechte ist und woher man denn den Maßstab nehmen solle, wenn man das Prinzip der Gerechtigkeit nicht kenne.⁸⁴ Im ersten Kapitel seines Werkes zur Gerechtigkeit beginnt Brunner dann wie folgt:

„Es geht ein Schrei nach Gerechtigkeit durch die Welt. Alles Leiden ist bitter, aber ungerecht leiden ist doppelt bitter.“⁸⁵

Ungerechtes Leid ist hiernach ein starker Zustand des Unrechts, der eine Ordnung zerstört.⁸⁶ Die Ordnung von der Brunner hier spricht soll eine solche sein, kraft derer einem Menschen etwas gehört oder eben nicht gehört.⁸⁷

Ein, wenn auch womöglich vages Wissen, darüber was Recht und Unrecht ist, also die Anlage der Ordnung, die nach Brunner nicht gebrochen werden darf, soll von Beginn an in jedem Menschen vorhanden sein.⁸⁸

Warum aber darf diese Ordnung nicht gebrochen werden? Der Grund dürfte in der Instanz liegen, die Brunner als Geber dieser Ordnung sieht.

„Wer an den Gott der biblischen Offenbarung glaubt, für den sind die Ordnungen der Natur Produkte des göttlichen Willens [...]. Gott ist [...] der Welt-gesetzgeber; das Weltgesetz ist Manifestation seines Schöpfungswillens. So ist auch das Gesetz der Gerechtigkeit das Gesetz des Gotteswillens.“⁸⁹

Die Ordnung ist nach Brunner also das Produkt des göttlichen Willens. Sie ist dann gerade kein durch menschlichen Willen festgelegtes System, das bei Bedarf gebrochen oder umgestaltet werden kann, sondern „die Ordnung des

⁸³ Brunner, Gerechtigkeit, V.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ AaO., 3.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ AaO., 4.

⁸⁹ AaO., 57.

Schöpfers“.⁹⁰ Mit der Schöpfung selbst ist also ein Ordnungssystem etabliert, dass nicht gebrochen werden darf, da hier eine über menschliche Verfügbarkeit erhabene Instanz besteht.⁹¹

Brunner führt weiter aus, dass Schöpfung nicht nur irgendeinen unsicheren Grundstein irgendeiner Ordnung legt, sondern der Akt der Schöpfung selbst „Ur-zuteilung, eine materiale Lebensvorschrift“, sei.⁹² Einem Menschen soll mit seiner in Existenzsetzung ohne weiteren Zwischenschritt sein „Lebensgesetz“ gegeben sein, dass bestimmt, was diesem zugeteilt und nicht zugeteilt ist.⁹³ Dieser wird damit nicht lediglich mit Pflichten in die Welt gestellt, sondern wird insbesondere mit Rechten ausgestattet, die wechselseitig von allen Inhaber dieser Rechte zu achten sind.⁹⁴

Gott habe die Menschen auch grade nicht ungleich, sondern gleich geschaffen, sodass jeder Mensch „unbeschadet seiner kreatürlichen Eigenart [...] ein zur Rechenschaft zu ziehendes, ein mit Freiheit begabtes und für den Gebrauch dieser Freiheit verantwortliches [...] Wesen ist“.⁹⁵ Jedem komme damit die identische Menschenwürde zu und ein „Ur-recht“, kraft dessen jeder das ihm gehörende auch verteidigen kann und soll.⁹⁶

Eben auf dieser Gleichheit sollen nach Brunner „die ewigen, unveräußerlichen Menschenrechte“ beruhen.⁹⁷

Wenn in Hinblick auf den Titel dieser Arbeit also zu fragen ist, was Emil Brunner womöglich als übergesetzliches Recht definieren würde, dann geht diese Definition von dem Glauben an Gott aus, der als Schöpfer ganz ursprünglich eine Ordnung geschaffen hat, die unumstößlich festlegt, was einem Mensch zugeteilt

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ AaO., 58 f.

⁹² AaO., 58.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ AaO., 57-59.

⁹⁵ AaO., 58 f.

⁹⁶ AaO., 59.

⁹⁷ Ebd.

ist. Das nennt Brunner „das Gesetz der Gerechtigkeit“.⁹⁸ Brunner spricht hier auch vom dem göttlichen Naturrecht.⁹⁹ Dieses Gesetz der Gerechtigkeit sei Schöpfungswille und es lege nicht fest, was sein soll, sondern was *ist*.¹⁰⁰

Wenn aber dieses göttliche Gesetz festlegt, was ist, dann darf diese Ordnung nicht nur nicht gebrochen werden. Die Ordnung kann dann schlicht nicht gebrochen werden.

Der Schöpfungswille und die daraus hervorgehende Gerechtigkeit, die sich in der dargestellten Ordnung zeigt, muss dann aber auch über jedem von Menschen gemachten Recht stehen und kann damit als übergesetzliches Recht qualifiziert werden.

Das auch gerade vor dem Hintergrund, dass dem hier dargestellten göttlichen Recht eine Ewigkeitsgarantie zu Grund liegt. Dieses konstituiert nicht relative Gerechtigkeit, sondern ist in seinem Bestand absolut.¹⁰¹

Die Erkenntnis des Menschen, aus dem Glauben heraus, versetze diesen dann auch in die Lage, staatliche Systeme oder staatliche Handlungen, also auch positives Recht, als ungerecht anzusehen und dagegen anzugehen.¹⁰²

Die Erkenntnis der göttlichen, ewigen Gerechtigkeit ist nach Brunner jedoch auch erforderlich, denn ohne diese bestehe gar keine Vergleichsgröße.¹⁰³ Ungerechtigkeit ist nur dann als solche zu erkennen, wenn dem Betreffenden überhaupt gewahr ist, was Gerechtigkeit ist. Andernfalls gebe es lediglich die „guten Chancen des zufällig Privilegierten und die schlechten Chancen des zufällig Benachteiligten“.¹⁰⁴ Der Privilegierte könnte demnach dann nur feststellen, in einer für ihn angenehmen Lage zu sein und der Benachteiligte könnte lediglich feststellen, in einer für ihn unangenehmen Lage zu sein.

⁹⁸ AaO., 57; Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es hier gerade um den Begriff der göttlichen Gerechtigkeit geht und nicht um eine weltliche Gerechtigkeit.

⁹⁹ Brunner, Gerechtigkeit, 6.

¹⁰⁰ AaO., 57.

¹⁰¹ AaO., 8 f.

¹⁰² Ebd.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ AaO., 8.

Es fragt sich hier, wie jemand denn zur dieser Erkenntnis, dem Glauben, kommen soll.

„Gottes Willen erkennen wir nur durch seine Offenbarung, in seinem eigenen Wort. Darum ist auch sein Gebot zuerst Gabe und als solche Forderung“¹⁰⁵

Brunner führt aus, dass Gott gerade ohne Bedingung liebt und diese Erkenntnis sich in der Botschaft von Jesus Christus offenbart.¹⁰⁶ Der Wille Gottes sei Schenken und es sei deshalb erforderlich, dass sich der Mensch in das Geben Gottes stellt.¹⁰⁷ Das Gute sei, das Leben von Gott geschenkt zu bekommen und dieses Geschenk anzunehmen.¹⁰⁸ Gott „schenkt uns sein Leben nicht anders als so, daß wir dadurch mit unserem Leben dieser Liebe verhaftet werden“.¹⁰⁹ Dieses Verhaftetsein in der Liebe Gottes bedeute dann aber auch, dass die Menschen Gott durch seine Liebe gehören und die Menschen dem Willen Gottes hörig werden im Glauben.¹¹⁰

Die Erkenntnis der Gerechtigkeit Gottes vollzieht sich also in der Annahme der Liebe Gottes, die sich offenbart hat.

III. Wirkung der Gerechtigkeit auf das positive Recht

Hinsichtlich der menschenverachtenden Zeit in der Brunners Werk über die Gerechtigkeit entstanden ist schreibt er, dass die Menschheit bereits grausame Zeiten durchgemacht habe, aber noch nie so eine wie diese da gewesen sei „wo im Namen des Rechts Unrecht getan, ja wo Unrecht zum System, wo der Widerspruch gegen die Ordnung der Gerechtigkeit selbst zur Tagesordnung, zur proklamierten Staatsordnung wurde“.¹¹¹

¹⁰⁵ Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, 99.

¹⁰⁶ AaO., 101.

¹⁰⁷ Ebd.

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ AaO., 101 f.

¹¹¹ Brunner, Gerechtigkeit, 3.

Weiter schreibt er, dass der daraus resultierende totale Staat nichts anderes sei, als der in politische Praxis umgesetzte Rechtspositivismus¹¹², der eine tatsächliche Außerkraftsetzung der antik-christlichen Anschauung des göttlichen Naturrechts¹¹³ bedeute.¹¹⁴ Die Folge sei dann das Fehlen einer „überstaatlichen Gerechtigkeit“, die als Maßstab für staatliches Handeln diene.¹¹⁵

Fehlt dieser „kritische Maßstab“, könne der jeweilige Machtapparat eben das zu Recht erklären, was diesem gerade am besten passt, um Machtverhältnisse zu schaffen, zu erhalten und zu verfestigen.¹¹⁶ Es entstehe dann schließlich ein Rechtssystem der Rechtslosigkeit, das systematische Ungerechtigkeit zu Recht erklärt, ohne, dass den Betroffenen überhaupt eine Möglichkeit der Appellation gegeben ist, da schon der Gegenstand der Appellation als Vergleichsgröße, eine überstaatliche Gerechtigkeit, fehlt.¹¹⁷

Wie aber sollte nun diese „überstaatliche Gerechtigkeit“ im besten Fall auf staatliches Handeln wirken, um diese Konsequenzen zu vermeiden?

Brunner macht deutlich, dass das göttliche Naturrecht, das er hier beschreibt nicht erst in Anwendung tritt, wenn es bereits zu Situationen der unerträglichen Ungerechtigkeit gekommen ist. Vielmehr spricht er hier von einem „kritischen Maßstab“, an dem dauerhaft jedes staatliche Handeln zu messen ist.

Brunner spricht hier von einer „überstaatlichen Gerechtigkeit“. Diese Formulierung bedeutet, dass die Definition, was Gerechtigkeit ist, nicht von dem jeweiligen Staat selbst festgelegt werden kann und sich dessen Gewalt völlig entzieht. Nur dann kann auch von einem Maßstab gesprochen werden. Ein allzeit ohne Mühe änderbarer Maßstab der Gerechtigkeit wäre wohl auch kein solcher, da er

¹¹² Hinsichtlich einer kurzen Definition des Begriffes Rechtspositivismus siehe Seite 5 dieser Arbeit.

¹¹³ Hinsichtlich einer kurzen Definition des Begriffes Naturrecht siehe Seite 5 dieser Arbeit. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass für Brunners Verständnis dieses Begriffes besser auf die Ausführungen unter Punkt C. II: dieser Arbeit zu verweisen ist.

¹¹⁴ Brunner, Gerechtigkeit 7.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ Ebd.

¹¹⁷ AaO., 7-9.

dann keine stetige Vergleichsgröße wäre an der variables Recht gemessen werden könnte.

Eine Umsetzung der Gerechtigkeit beruht nach Brunner jedoch auf dem Willen von Menschen in Entscheidungspositionen, die nicht nur auf Vorteile hoffen, sondern „die ihr einzig darum dienen, weil sie den uneingeschränkten Willen zur Gerechtigkeit haben“.¹¹⁸

Brunner weist dem positiven Recht an sich auch erstmal keine Leid erzeugende Wirkung zu, sondern beschreibt es als „die faktische wirksame, verhältnismäßig konstante und einigermaßen bekannte Ordnung der menschlichen Gemeinschaftsverhältnisse, wie sie vom Staat ausgeht“.¹¹⁹ Er stellt dann fest, dass das Recht oft schlicht Ausdruck von Machtverhältnissen ist und eben dann nicht der Gerechtigkeit dient.¹²⁰ Er stellt jedoch auch fest, dass jede Ordnung die der Staat schafft, der Anarchie überlegen und vorzuziehen ist, gleichwohl sie womöglich ungerecht sei.¹²¹ Nicht völlig gerechtes Recht sei demnach zwar unvollkommen, aber trotzdem göttlich legitimiert, da es das „Faustrecht“ verhindert.¹²² Dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass Unrecht einfach übersehen werde.¹²³

IV. Zwischenergebnis

Die Ausführungen Brunners hinsichtlich der Gerechtigkeit, die hier als übergesetzliches Recht zu qualifizieren ist, lassen sich wie folgt zusammenfassen.

Gerechtigkeit in diesem Sinne ist die aus der offenbarten, unbedingten Liebe Gottes entsprungene göttliche Ordnung, die dem Schöpferwillen entspricht und derer jedem Mensch etwas zugeteilt ist, ihm:ihm mithin Rechte und Ansprüche verliehen sind, die absolut sind und die wechselseitig von allen Menschen zu achten sind.

¹¹⁸ AaO., 309.

¹¹⁹ Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, 435.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Ebd.

¹²² AaO., 436.

¹²³ Ebd.

Schafft die Legislative also positives Recht, dann ist dieses grundsätzlich immer und zuerst am Maßstab der göttlichen Gerechtigkeit zu messen und zu prüfen, ob es also eine göttliche Bindung aufweist.¹²⁴ Nach diesem Maßstab nicht vollkommenes gerechtes Recht ist jedoch nicht sofort zu verwerfen, da es die aus Sicht Brunners schlimmere Konsequenz, die Anarchie, verhindert.¹²⁵

D. Vergleich

Im folgenden dritten Teil soll nun ein Vergleich zwischen den Ergebnissen der Teile B. und C. dieser Arbeit erfolgen. Meinen Radbruch und Brunner nun beide das Gleiche oder Unterschiedliches mit ihren Beschreibungen eines übergesetzlichen Rechts? Zu welchen Ergebnissen kommen beide hinsichtlich der Wirkung des übergesetzlichen Rechts auf das positive Recht?

Es wäre der Übersichtlichkeit wohl zuträglich, zunächst die Einigkeiten und dann die Unterschiede getrennt voneinander darzustellen. Allerdings hat sich im Laufe dieser Arbeit gezeigt, dass diese durchaus in Feinheiten zu finden sind und es sich somit mehr anbietet die Einigkeiten und Unterschiede jeweils zusammen zu diskutieren.

Es ist zunächst festzustellen, dass sowohl Emil Brunner als auch Gustav Radbruch in den hier diskutierten Werken etwas beschreiben, dass sich als übergesetzliches Recht qualifizieren lässt.¹²⁶ Es hat sich darüber hinaus gezeigt, dass das, was hier als übergesetzliches Recht diskutiert wird, sowohl von Brunner als auch Radbruch im Ergebnis wohl als Gerechtigkeit zu benennen ist.¹²⁷

Auch gehen Brunner und Radbruch erstmal davon aus, dass eine gewisse, wenn auch vage Vorstellung davon, was der Begriff Gerechtigkeit bedeutet, grundsätzlich ausreichend ist, um Recht und Unrecht voneinander unterscheiden zu können.¹²⁸

¹²⁴ AaO., 438.

¹²⁵ AaO., 435 f.

¹²⁶ Siehe hierzu etwa die Seiten 11 und 17 dieser Arbeit.

¹²⁷ Ebd.

¹²⁸ AaO., 10, 15.

Hier ist jedoch dann schon anzumerken, dass nicht eindeutig geklärt werden konnte, was für Radbruch der ursprüngliche Grund der Gerechtigkeit ist.¹²⁹ *Kaufmann* etwa verortet Radbruchs Ursprungsort seines Gerechtigkeitsgedankens im Naturrecht und stellt fest, dass Radbruch hier im Grunde wohl das meint, was nunmehr als Grund- und Menschenrechte anerkannt ist.¹³⁰ Radbruch selbst äußert sich hierzu nicht eindeutig. Wenngleich er im Vorfeld zur Radbruchschen Formel Bibelstellen anführt, ist es höchst spekulativ, ob er mit dem Begriff Gerechtigkeit eine von Gott gegebene Gerechtigkeit meint.¹³¹

Insoweit setzt Radbruch zwar die Gerechtigkeit als Bezugsgröße zur Ungerechtigkeit. Es bleibt aber dabei, dass eine vage Vorstellung dieser ausreicht. Dies liegt insbesondere daran, dass er das negative Prinzip nutzt. Es reicht dabei grundsätzlich die Feststellung, dass gerade keine Gerechtigkeit vorliegt, mithin gesetzliches Unrecht gegeben ist.

Brunner dagegen äußert sich ausführlich, was für ihn unter dem Begriff Gerechtigkeit zu verstehen ist und welchen Ursprung diese hat. Brunner geht hier von einer Ordnung, einer göttlichen Gerechtigkeit, aus, die er auch als „Lebensgesetz“ bezeichnet und die jedem Menschen zuteilt, was ihm gehört bzw. nicht gehört.¹³² Es handele sich hierbei damit um einen schöpfungstheologischen Gerechtigkeitsbegriff.¹³³

Er stellt zwar fest, dass eine vage Vorstellung davon, was Recht und Unrecht sind, in jedem Menschen angelegt ist. Allerdings setzt er voraus, dass im Glauben erkannt wurde, was Gott offenbart hat.¹³⁴ Erst dann soll überhaupt die Vergleichsgröße Gerechtigkeit gewahr sein, derer ein Mensch feststellen kann, ob etwas ungerecht ist.¹³⁵ Insoweit ist die Kenntnis der Gerechtigkeit, eines übergesetzlichen Rechts, bei Brunner immer erforderlich, um Ungerechtigkeit

¹²⁹ AaO., 10-12.

¹³⁰ AaO., 12; Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, 81.

¹³¹ Siehe hierzu die Seiten 11 f. dieser Arbeit.

¹³² AaO., 16 f.; Es geht hier also um distributive Gerechtigkeit (siehe dazu auch: Reuter, Rechtsethik, 101).

¹³³ Reuter, Rechtsethik, 28.

¹³⁴ Siehe hierzu die Seiten 17 f. dieser Arbeit.

¹³⁵ Ebd.

feststellen zu können. Das ist insoweit auch nicht verwunderlich, da bei Brunner die Instanz, von der alles ausgeht, Gott selbst ist.

Brunner leitet aus der Gleichheit der Menschen und deren identischen Menschenwürde ab, dass Menschenrechte bestehen.¹³⁶ Die Menschenrechte sind damit eine Manifestation des göttlichen Willens. Nach *Pöhl* gehe Brunner „in seiner Beweisführung für die Notwendigkeit einer Urordnung“ von Wertungen aus, die in einer modernen Demokratie selbstverständlich seien.¹³⁷ Es liege in der Idee der Gerechtigkeit eine materiale Beziehung zur Gleichheit.¹³⁸

Soweit man *Kaufmann* folgt, meint Radbruch mit seinen Ausführungen zum übergesetzlichen Recht gerade das, was Grund- und Menschenrechte sind. Hier könnte also auch eine Gemeinsamkeit vorliegen.¹³⁹

Sodann ist die göttliche Gerechtigkeit in Hinblick auf das positive Recht bei Brunner immer anzulegen und damit kritischer Maßstab.¹⁴⁰ Recht kann dann ungerecht erscheinen und eben nicht der Gerechtigkeit dienen. Allerdings sei auch ungerechtes Recht, als unvollkommenes Recht, immer noch besser als das völlige Nichtbestehen einer staatlichen Ordnung, die Brunner als Anarchie bezeichnet.¹⁴¹

Die Radbruchsche Formel verlangt hingegen erst die Feststellung von gesetzlichem Unrecht. Soweit und erst dann die Schwelle der Unerträglichkeit erreicht ist, soll das unerträgliche Unrecht der Gerechtigkeit weichen.¹⁴² Insoweit räumt Radbruch der Rechtssicherheit einen hohen Stellenwert ein. Diese sei demnach

¹³⁶ AaO., 16.

¹³⁷ Pöhl, Das Problem des Naturrechts, 93.

¹³⁸ Ebd.; Hier wird auch das Beispiel Brunners (Das Verhalten der Garderobiere) diskutiert (Brunner, Gerechtigkeit, 30 f.).

¹³⁹ Brunners Ausführungen sind differenzierter und ausführlicher, wodurch hier nicht endgültig erkannt werden kann, ob tatsächlich eine Einigkeit oder doch ein Unterschied besteht.

¹⁴⁰ Siehe Seite 19 dieser Arbeit.

¹⁴¹ AaO., 20.

¹⁴² AaO., 7 f.

selbst Teil der Gerechtigkeit.¹⁴³ Positives Recht muss nach Radbruch Gerechtigkeit gerade als Ziel in sich tragen.¹⁴⁴

In dem Umstand, dass Brunner das Vorliegen von unvollkommenem Recht als erstrebenswerter sieht als das jegliche Nichtbestehen einer staatlichen Ordnung, kann man womöglich erkennen, dass er der Rechtssicherheit auch eine gewisse Wichtigkeit einräumt. Er erklärt dazu auch, dass auf der Starrheit des Rechts seine Tauglichkeit beruhen würde.¹⁴⁵

Es kann jedoch nicht eindeutig festgestellt werden, ob Radbruch und Brunner mit den Termini „unvollkommenem Recht“ und „inhaltlich ungerechtes und unzweckmäßiges Recht“ jeweils dasselbe meinen.

Die Radbruchsche Formel scheint viel formalisierter, da schon eine zweigliedrige Prüfung vorgesehen ist.¹⁴⁶ Allerdings verwirklichte sich auch Brunners Legitimationstheorie des Rechts als Stufentheorie.¹⁴⁷ Als erste Stufe staatlicher Gerechtigkeit sei die Friedensordnung zu nennen, als „Voraussetzung für alle und jede Gerechtigkeit“.¹⁴⁸ Die zweite Stufe sei „die Willkürbeschränkung durch formale Generalisierung des Herrscherwillens zum allgemeinen Gesetz“.¹⁴⁹ Die dritte Stufe soll dann das gerechte Gesetz sein, dass „die schöpfungsmässigen Menschenrechte des einzelnen und der Gemeinschaft zur Geltung bringt“.¹⁵⁰ Nicht entscheidend sei bis dahin, wer die Staatsmacht ausübt.¹⁵¹ Erst im vierten Schritt sei dann eine gerechte Machtverteilung im Staat zu erreichen.¹⁵² Damit ist Brunners Stufentheorie im Vergleich zur zweigliedrigen Prüfung innerhalb der Radbruchschen Formel viel weiter und umfasst nicht nur das einzelne Gesetz, sondern das gesamte Staatswesen.

¹⁴³ AaO., 8.

¹⁴⁴ Vgl. Verdoß, Was ist Recht?, 313.

¹⁴⁵ Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, 437.

¹⁴⁶ Siehe Seite 13 dieser Arbeit.

¹⁴⁷ Reuter, Rechtsethik, 100.

¹⁴⁸ Brunner, Gerechtigkeit, 234.

¹⁴⁹ Reuter, Rechtsethik, 100; Brunner, Gerechtigkeit, 235.

¹⁵⁰ Brunner, Gerechtigkeit, 235 f.

¹⁵¹ AaO., 236.

¹⁵² AaO., 236 f.

Eine weitere Gemeinsamkeit könnte man in der Feststellung der Unverfügbarkeit eines Staats über das übergesetzliche Recht feststellen.¹⁵³ Radbruch äußert sich hierzu jedoch nicht eindeutig und es kann insoweit nur spekuliert werden.¹⁵⁴ Brunner schreibt hier deutlich von einer Ordnung, die nicht gebrochen werden darf, die eine ewige Gerechtigkeit darstellt und die nicht relativ ist, sondern absolut gilt.¹⁵⁵

Brunner führt jedoch auch an anderer Stelle aus, dass die Gerechtigkeit an sich unvollkommen sei, denn „nur ein Denken, das die Liebe nicht erkennt, kann von Gerechtigkeit als einem Letzten sprechen“.¹⁵⁶ Das Vollkommene könne gerade nicht Gerechtigkeit sein, da diese „durch die Souveränität Gottes, die auch über seinem Gesetz steht, und durch die Liebe Gottes, die es erfüllt und zugleich überwindet“ begrenzt wird.¹⁵⁷

In seiner „Vorschule der Rechtsphilosophie“ merkt Radbruch an, dass Gerechtigkeit ein „absoluter Wert gleich dem Wahren, dem Guten, dem Schönen, also auf sich selbst gegründet und nicht von höheren Werten abgeleitet“ und Kern der „objektiven Gerechtigkeit“ und der „Gedanke der Gleichheit“ sei.¹⁵⁸ Die Gerechtigkeit sei eine formale Idee und bedeute die Gleichbehandlung Gleicher und die Ungleichbehandlung Ungleicher.¹⁵⁹

Radbruch könnte damit die Gerechtigkeit ebenso als etwas Absolutes verorten, das als konkreter Maßstab für das positive Recht gilt.

Schwierig wird hier jedoch der Vergleich zu Brunner deshalb, weil auch damit nicht klar wird, wo Radbruch den Ursprung der Gerechtigkeit verortet.¹⁶⁰ Insoweit könnte er auch eine rein weltliche Gerechtigkeit meinen, die übergesetzlich,

¹⁵³ Siehe die Seiten 12 und 17 dieser Arbeit.

¹⁵⁴ AaO., 12.

¹⁵⁵ AaO., 15, 17.

¹⁵⁶ Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, 436.

¹⁵⁷ Ebd.; An dieser Stelle könnte Brunner jedoch auch die weltliche Gerechtigkeit meinen. Dann würde sich seine Aussage wohl ein wenig relativieren.

¹⁵⁸ Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 24.

¹⁵⁹ AaO., 26.

¹⁶⁰ Radbruch soll an anderer Stelle von einem „Gottesrecht“ gesprochen haben (siehe: Welzel, Naturrecht oder Rechtspositivismus, 323). Radbruchs Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ wird dazu jedoch nicht deutlich.

aber gleichwohl keine von Gott aus gehende Gerechtigkeit ist. Dann würden Brunner und Radbruch aber von zwei verschiedenen Voraussetzungen ausgehen.

Insgesamt scheinen die Unterschiede dann jedoch eher gering. Die blinde Einhaltung des gesetzten Recht, also des Rechtspositivismus ohne Korrektiv, sehen sowohl Radbruch als auch Brunner insgesamt als nicht erstrebenswert.¹⁶¹ Radbruch scheint hier in Hinblick auf seine Biographie jedoch ambivalent.¹⁶² Allerdings verwerfen beide positives Recht, dass nicht vollumfänglich gerecht ist, nicht sofort, sondern lassen es entweder auf Grund des Stellenwerts der Rechtssicherheit oder auf Grund angenommener schlimmerer Folgen, der Anarchie, gelten.¹⁶³

Die Gerechtigkeit, gleich wie sie hergeleitet wird, ist bei beiden ein übergesetzlicher Maßstab für das positive Recht, der eine Unverfügbarkeit in sich trägt.¹⁶⁴

E. Kurze Auswertung in eigener Perspektive

Ich habe am Anfang dieser Arbeit geschrieben, dass es durchaus nicht fern liegt einen Theologen und einen Rechtswissenschaftler zu vergleichen. Ich hoffe, dass diese Arbeit zeigt, dass die Nähe zwischen dem Theologen Emil Brunner und dem Rechtswissenschaftler Gustav Radbruch durchaus beachtlich ist. Brunner schreibt in der Einleitung zu seinem Werk über die Gerechtigkeit, dass nur der Grenzhüter sein könne, der über die Grenzen hinausschaut.¹⁶⁵ Weiter schreibt er:

„Es ist höchste Zeit, dass wieder einmal Theologen, Philosophen und Juristen sich zusammentun, um miteinander den Sinn dieser grossen Idee, der Idee der Gerechtigkeit, zu ergründen und klarzumachen, was das Gerechte sei, damit der Verwüstung Halt geboten und in den verwüsteten

¹⁶¹ Siehe Seite 11 dieser Arbeit; Brunner, Gerechtigkeit, 7.

¹⁶² Siehe Seite 4 dieser Arbeit. Radbruch hat eine gesetzlichen Grundlage für die Anwendung der Todesstrafe schon bei Gefährdungsdelikten unterstützt.

¹⁶³ Siehe die Seiten 13 und 21 dieser Arbeit.

¹⁶⁴ AaO., 12 f., 19 f.

¹⁶⁵ Brunner, Gerechtigkeit, 11.

*Gefilden ein Neubau gerechter Ordnungen an die Hand genommen werden kann.*¹⁶⁶

Das ist aus meiner Sicht ein großartige Stellungnahme zur Interdisziplinarität. Nach meiner Kenntnis sind sich Gustav Radbruch und Emil Brunner Zeit ihres Lebens nie begegnet. Beide haben an verschiedenen Orten zu einer ähnlichen Zeit gelebt und es sind meines Erachtens durchaus auch Ähnlichkeiten in ihren Lebensläufen zu erkennen.¹⁶⁷ Wäre es zu einem Aufeinandertreffen gekommen, könnte ich mir vorstellen, dass ein großartiger Austausch stattgefunden hätte zur Idee der Gerechtigkeit.

Ich bin erstaunt, wie nahe sich Brunner und Radbruch in ihren Darstellungen des übergesetzlichen Recht und dessen Wirkung auf das positive Recht kommen. Insbesondere bemerkenswert finde ich die Nähe, wie beide mit „unvollkommenem“¹⁶⁸ bzw. „inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig“¹⁶⁹ Recht umgehen wollen. Gerade hieran merkt man jedoch auch die Unterschiede.¹⁷⁰

F. Zusammenfassende Betrachtung

Ziel dieser Arbeit war es zu klären, ob Gustav Radbruch und Emil Brunner das Gleiche oder Unterschiedliches mit ihren Beschreibungen eines übergesetzlichen Rechtes meinen und zu welchen Ergebnissen beide hinsichtlich der Wirkung des übergesetzlichen Rechts auf das positive Recht kommen. Es wurden die Einigkeiten und Unterschiede dargestellt.

Eine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Arbeit erfolgte insbesondere durch eine Eingrenzung anhand der genutzten Werke von Radbruch und Brunner.

Es hat sich gezeigt, dass Radbruch und Brunner beide mit dem Begriff Gerechtigkeit etwas beschreiben, dass sich als übergesetzliches Recht qualifizieren

¹⁶⁶ Ebd.

¹⁶⁷ Siehe die Seiten 3 f. und 13 f. dieser Arbeit.

¹⁶⁸ Brunner, das Gebot und die Ordnungen, 436.

¹⁶⁹ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

¹⁷⁰ Meines Erachtens legt Radbruch insbesondere einen sehr viel größeren Fokus auf die Rechtssicherheit.

lässt. Insoweit beschreiben beide jedenfalls nichts völlig Unterschiedliches. Ob beide exakt das Gleiche beschreiben, konnte nicht zu Gänze geklärt werden, da Radbruchs Ausführungen zum Ursprung der Gerechtigkeit recht dünn sind in dem hier genutzten Aufsatz. Es liegt jedoch nicht fern, dass zumindest starke Überschneidungen zwischen Radbruchs und Brunners Auffassungen von dem Begriff der Gerechtigkeit bestehen.

Die Radbruchsche Formel setzt eine zweigliedrige Prüfung des in Rede stehenden positiven Rechts voraus. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein „unerträgliches Maß“ an Ungerechtigkeit vorliegt.¹⁷¹ Soweit dies schon nicht gegeben ist, ist das Gesetz lediglich „inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig“ und soll nach Willen Radbruchs weiterhin volle Geltungskraft entfalten, um der Rechtssicherheit Genüge zu tun.¹⁷² Stellt sich in der weiteren Prüfung jedoch heraus, dass dem positiven Recht ein „unerträgliches Maß“ an Ungerechtigkeit inneohnt, soll es als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit weichen.¹⁷³

Aus Sicht Brunners ist, bei Schaffung positivem Rechts, dieses grundsätzlich immer und zuerst am Maßstab der göttlichen Gerechtigkeit zu messen und zu prüfen, ob es also eine göttliche Bindung aufweist.¹⁷⁴ Soweit nach diesem Maßstab nicht vollkommen gerechtes Recht besteht, ist dieses jedoch nicht einfach zu verwerfen, da so eine schlimmere Konsequenz, die Anarchie, verhindert werden könne.¹⁷⁵ Brunners Legitimationstheorie des Rechts verwirklichte sich als Stufentheorie.¹⁷⁶ Diese umfasst jedoch nicht nur bloßes Gesetz, sondern das gesamte Staatswesen.¹⁷⁷

Die Einigkeiten und Unterschiede wurden innerhalb des Vergleiches unter Punkt D. dieser Arbeit dargestellt. Wesentliche Unterschiede liegen demnach eher in den Feinheiten. Brunner verortet die Instanz der Gerechtigkeit bei Gott. Ob dies bei Radbruch auch so ist, konnte nicht abschließend geklärt werden. Beide sind

¹⁷¹ Radbruch, Rechtsphilosophie, 216.

¹⁷² AaO., 216, 219.

¹⁷³ AaO., 216.

¹⁷⁴ Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, 438.

¹⁷⁵ AaO., 435 f.

¹⁷⁶ Reuter, Rechtsethik, 100.

¹⁷⁷ Siehe Seite 24 dieser Arbeit.

jedenfalls tendenziell dem Naturrecht zuzuordnen und erkennen Menschenrecht an. Hinsichtlich der Wirkung des übergesetzlichen Rechts auf das positive Recht haben beide unterschiedliche Ansätze, die sich im Ergebnis recht nahe sind.