

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
1. Die Radbruch'sche Formel (RF)	13
1.1 Das "positive Recht" und die "Rechtsidee"	13
1.2 Die "Unerträglichkeits-" und die "Verleugnungsformel"	19
1.3 Die "Wehrlosigkeitsthese" und die Frage des rechten Anwendungsbezugs	29
2. Zur Anwendung der RF in der bundesdeutschen Rechtsprechung	34
2.1 Der Staatsangehörigkeitsbeschluss (BVerfGE 23, 98 ff.)	35
2.2 Der Mauerschützenbeschluss (BVerfGE 95, 96 ff.)	43
2.3 Implikationen für die Anwendung im Völkerstrafrecht	57
3. Das Römische Statut als Institutionalisierung der RF	65
3.1 Komplementarität und der Vorrang der Rechtssicherheit	72
3.2 Die Unerträglichkeitsformel und die Frage der Jurisdiktion	78
3.3 Die Verleugnungsformel und die Frage der Zulässigkeit	84
3.4 Im Interesse der Gerechtigkeit (Prosecutorial Discretion)	92
4. Zur Wahrnehmung des Einflusses von Radbruch auf den IStGH	99
4.1 Untersuchungsaufbau und -ablauf	99
4.2 Auswertung der Experteninterviews	109
4.3 Befragung	126
Fazit	136
Abbildungsverzeichnis	148
Literaturverzeichnis	149
Quellen	149
Forschungsliteratur	150
Anhänge	154
Leitfaden für das "Experteninterview"	154
Protokolle der "Experteninterviews"	156

Einleitung

"Denn Recht ist nur, was den Sinn hat, Gerechtigkeit zu sein."

Gustav Radbruch¹

Nach dem unvorstellbaren Unrecht, welches die jüngere Weltgeschichte nach dem Zweiten Weltkrieg geprägt hat, war Anlass für Überlegungen, dass die grausamsten Verbrechen der Menschheit nur begangen werden konnten, weil es keine unter anderem einheitliche, supranationale Strafverfolgung gegeben hatte.² Nach den Erfahrungen zweier Weltkriege und des Holocaust, dessen Folge der Tod von Millionen Menschen war, kamen die Vereinigten Staaten, die Sowjetunion, Großbritannien und Frankreich zu dem Schluss, dass die Ahndung von derart schweren Verbrechen nicht mehr allein auf nationaler Ebene erfolgen kann, sondern durch ein supranationales Recht zu ergänzen ist.³

Zunächst stand nach 1945 die juristische Aufarbeitung der staatlichen verordneten Massen- und Kriegsverbrechen, die deutsche Nationalsozialisten in ganz Europa begangen hatten, im Vordergrund. Der unvorstellbaren Delikte des Holocaust waren dabei nicht nur ein moralisches Vergehen, sondern stellten auch einen Rechtsbruch mit den geltenden Regeln des Kriegsvölkerrechts dar, festgelegt in der Haager Landkriegsordnung (1899)⁴ und den Genfer Konventionen (1864)⁵. Auch vor deutschen Gerichten wurden die NS-Verbrechen verhandelt, um die Strafverfolgung fortan zu vereinheitlichen, kam erstmals eine international, temporär agierende Strafgerichtsbarkeit zum Einsatz, deren juristische Grundlage sich gemäß der Definition der Charta von London vom 8. August 1945 orientierte⁶:

Verbrechen gegen die Menschlichkeit, unter anderem: Mord, ethnische Ausrottung, Versklavung, Deportation und andere unmenschliche Akte gegen die Zivilbevölkerung oder: Verfolgung aufgrund von rassistischen,

¹ Radbruch 1932, S. 183.

² Vgl. Frei 2006.

³ Vgl. Freudiger 2002.

⁴ Vgl. Laun 1950.

⁵ Vgl. Gasser 2008.

⁶ International Conference on Military Trials : London, 1945 Agreement and Charter, August 8, 1945.

politischen und religiösen Motiven; unabhängig davon, ob einzelstaatliches Recht verletzt wurde.

Nachfolgend verständigten sich die Alliierten, dass auf Basis des Statuts von London ein gemeinsames Strafrecht verfasst werden muss, welches den jeweiligen Staatsrechten übergeordnet sei. Im August richteten die Alliierten entsprechend ein Internationales Militärtribunal (IMT) ein, in dessen Folge in Nürnberg vom 20. November 1945 bis zum 30. September 1946 die ersten 22 NS-Kriegsverbrecher sowie sechs Organisationen angeklagt und verurteilt wurden.⁷ In Japan wurden parallel dazu vom Internationalen Militärtribunal im Osten in Tokio (IMTFE) hohe japanische Militärs und Bürokraten angeklagt⁸, hier wie auch in Nürnberg wurden allen Angeklagten gemäß des Londoner Statuts ein gerechtes Verfahren garantiert. Die Prozesse in Nürnberg (1945-1949), die Dachauer- und Ravensbrück-Prozesse (1945-48 und 1946/47 und 1966), die Euthanasieprozesse in Grafeneck (1947), der Prozess gegen Adolf Eichmann in Jerusalem (1961) und die Auschwitz-Prozesse in Frankfurt (1963-1968) – um nur die wichtigsten zu nennen, sind der Beginn einer Reihe weltweiten an Kriegsverbrecherprozessen. 1948 beschloss sah die Völkermordkonvention in Artikel 6 die Gründung eines internationalen Strafgerichts vor, ihre Gründung verzögerte sich jedoch aufgrund der politischen Spannungen im Kalten Krieg. Erst 1990, hier spielten die Kriege im ehemaligen Jugoslawien und der Völkermord in Ruanda eine zentrale Rolle, beschloss am 15. Dezember 1997 die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Strafgerichtshofvorhaben zu prüfen.

Das Abkommen wurde von der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit ihrer Resolution 52/160 eine Konferenz in Rom einberufen, wo am 17. Juli 1998 das sogenannte Römische Statut von mehr als 120 Staaten unterschrieben und verabschiedet wurde.⁹ Am 1. Juli 2002 nahm der durch das Abkommen ins Leben gerufene ständige Internationale Strafgerichtshof in Den Haag seine Arbeit auf. Aktuell werden hier u.a. Vergehen im ehemaligen Jugoslawien, der Völkermord in Ruanda, 2002 die Verbrechen,

⁷ Vgl. Priemel & Stiller 2013.

⁸ Vgl. Priemel & Stiller 2013.

⁹ Rome Statute of the International Criminal Court.

die während des Bürgerkriegs in Sierra Leone begangen wurden, seit 2004 die Verbrechen der Roten Khmer in Kambodscha.¹⁰

Die Etablierung eines allgemeinen Völkerstrafrechts, hat gleich auf mehreren Ebenen mit fundamentalen Fragen zu tun, die das Wesen des Rechts, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Selbstverständnis des Gerichtshofes als einer Institution betreffen, welche die Idee des Rechts auf supranationaler Ebene adäquat zu repräsentieren und in die Tat umzusetzen versucht. So müssen neben dem eigentlichen Strafrecht auch Themen wie das Schließen von Strafbarkeitslücken, die Stärkung der Nebenklageberechtigung oder der Opferrechte sowie die Umsetzung und Breitenwirkung der Gesetzgebung berücksichtigt werden.¹¹

¹⁰ Internationaler Gerichtshof, aktuelle Fälle, <https://www.icc-cpi.int/cases> (27.06.2024).

¹¹ Da die Verfahren von großer historischer Bedeutung sind, werden sie mittlerweile per Ton- und Filmaufnahmen festgehalten.

damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: einen Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft.¹⁴

Es geht um die Frage der Rechtsgeltung, das heißt aber es geht um die Frage der Normativität des Faktischen.¹⁵ In welchem Sinne kann also ein Gesetz, das de facto von einer Autorität gesetzt wurde und durchgesetzt wird, von sich behaupten, normative Geltung zu besitzen? Der Positivismus, so kritisiert Radbruch, gehe zwar von der unbedingten Geltung des positiven Rechts aus, sei aber selbst gar nicht in der Lage, die Geltung von Gesetzen zu begründen.¹⁶ Der Rechtspositivismus, zeichne sich dadurch aus, dass er ein jedes positive Recht qua Positivität als geltendes Recht bestimme.¹⁷ Ein Gesetz gelte also, wenn es von einem Gesetzgeber als seiend gesetzt wurde, und wenn jenes Gesetz des Weiteren gegen mögliche Alternativen durchgesetzt wird, die gegenwärtig nicht der Fall sind.¹⁸ Doch die Macht, sich durchzusetzen, so wendet Radbruch ein, begründe selbst jedoch keine normative Geltung im rechtlichen Sinne, denn "ein Wollen, wenn es von der Macht begleitet ist, [könne] zwar ein Müssen, aber niemals ein Sollen hervorrufen."¹⁹

Die Frage lautet also, "wie aus einem Faktum eine Norm", genauer: wie "aus dem Rechtswillen des Staates oder der Gesellschaft ein rechtliches Sollen hervorgehen" könne.²⁰ Es besteht also eine wichtige Differenz zwischen "Sein" und "Sollen", sowie die für Radbruchs Rechtsphilosophie zentrale Überzeugung, dass sich aus dem faktischen Sein kein normatives Sollen begründen lasse. Genau das aber scheine der Rechtspositivismus auszusagen. Das "positive Recht" ist dasjenige, das durch einen gewissen Akt ins "Sein" geholt wurde, etwa indem es durch einen Gesetzgeber

¹⁴ Radbruch 1946, S. 108.

¹⁵ Vgl. Schlüter 2009, S. 98.

¹⁶ xxx

¹⁷ xxx

¹⁸ xxx

¹⁹ Vgl. ebd., S. 100.

²⁰ Vgl. ebd., S. 98.

verabschiedet, und in den Bestand niedergeschriebenen Rechts aufgenommen wurde. Und gerade Radbruchs "Seiend-sein" habe seine unbedingte Geltung zur Folge, so etwa

1.3 Die "Wehrlosigkeitsthese" und die Frage des rechten

Anwendungsbezugs

In der Regel begnügen sich Interpretationen der Radbruch'schen Formel mit den oben genannten Erklärungen.²¹ In die Deutung der Formel lässt sich jedoch eine gewisse Ungenauigkeit erkennen, die in der Rezeption bisher nicht eigens problematisiert worden ist, obwohl sie nicht nur für die Deutung, sondern auch für die Anwendung der Formel schwerwiegende Konsequenzen hat. Es geht darum, dass die Radbruch'sche Formel in der genannten Variante offenbar auf drei verschiedene Weisen gelesen werden kann und wird. Es handelt sich um die Frage, *wessen* Verhalten unter rechtlichen Gesichtspunkten hier eigentlich in den Blick gerät, und *wessen* Verhältnis zum Recht, das heißt einerseits zum positiven Recht, andererseits zur Rechtsidee und der sie bestimmenden Elemente der Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, durch die Radbruch'sche Formel eigentlich geklärt werden soll. Dabei scheinen sich drei bzw. vier mögliche Interpretationen anzubieten, die in der einen oder anderen Weise sowohl in der Rezeption als auch in der juristischen Praxis mit der Radbruch'schen Formel in Verbindung gebracht werden.²²

1.) Zunächst ist zu betonen, dass die Formel das Verhältnis der *rechtsprechenden Gewalt* (Judikative) zum positiven Recht und zur Gerechtigkeit thematisiere: "Die Anwendung der Formel [...] kommt den Gerichten zu.", so beispielsweise Bäcker.²³ Es gehe also darum, inwieweit ein Richter in seiner Funktion als rechtsprechende Instanz in der Lage ist, in seiner Entscheidung vom positiven Recht abzuweichen, um selbst keine (unerträgliche) Ungerechtigkeit zu begehen. Dieses Verhältnis wird also dadurch definiert, dass die Funktion des Richters schließlich dadurch bestimmt sei, dass dieser nicht primär dem positiven Recht, sondern einer grundlegenden Rechtsidee verpflichtet

²¹ Xxx wer genau???

²² xxx

²³Bäcker 2016, S. 370.

sei. Es handelt sich hierbei freilich um die Auslegung der Aussagen von Radbruch, die der Sache nach am naheliegendsten ist. Es dürfte sich daher kaum eine ernstzunehmende Auseinandersetzung mit der Formel finden lassen, die dieser Interpretation nicht zustimmt. Die eigentliche Frage lautet vielmehr, inwiefern die Aussagekraft der Radbruch'schen Formel über diesen primären Anwendungsbezug hinaus weist.

2.) Darüber hinaus werde, so die Autoren xxx, auch das Verhältnis der *rechtsetzenden Gewalt* (Legislative) zum Recht thematisiert.²⁴ Für diese Interpretation der Radbruch'schen Formel wird insbesondere die "Verleugnungsformel" herangezogen, die genau dieses Verhältnis anzusprechen scheint: Ein jedes Recht, das von der rechtsgebenden Instanz nicht dazu intendiert war, der Gerechtigkeit zu dienen, sei gar kein Recht. Für die rechtsprechende Instanz bedeute das im Gegenzug daher, dass das von einem ungerechten Gesetzgeber bzw. von einem Unrechtsstaat gesetzte Recht keine Geltung beanspruchen kann, denn es handle sich genau genommen nicht um Recht, sondern um "gesetzliches Unrecht". Diese Interpretation geht freilich mit dem erkenntnistheoretischen Problem einher, dass die Intentionen des Gesetzgebers als solche für die judikative Gewalt auch erkennbar sein müssen.²⁵

3.) Eine weitere Möglichkeit, die Radbruch'sche Formel über ihren judikativen Anwendungsbezug zu bringen, betrifft schließlich das Verhältnis des Rechts der *vollziehenden Gewalt* (Exekutive), was das positive Recht und Gerechtigkeit thematisiert. Es gehe beispielsweise darum, inwiefern ein Polizeibeamter, ein Grenzschutzbeauftragter, ein Soldat oder ein Henker dazu verpflichtet sei, von der Durchsetzung eines Gesetzes bzw. Befehls abzusehen, wenn für diesen klar erkennbar sein wäre, dass er damit eine "extreme Ungerechtigkeit" begehen würde. Es handelt sich also offenbar um eine Einschätzung des Verhaltens der vollziehenden Instanz entsprechend der in der "Unerträglichkeitsformel" genannten Kriterien. Für die rechtsprechende Instanz würde dies bedeuten, jenen Polizeibeamten, Grenzschutzbeauftragten, Soldaten oder Henker selbst dann eines Vergehens für schuldig zu befinden, wenn dieser sich in seinem Tun auf geltendes Recht bzw. auf Befehle berufen kann. Darin deutet sich aber bereits an, dass es nun nicht mehr primär um das rechtsphilosophische

²⁴ xxx

²⁵ xxx

Problem der Geltung von Gesetzen, sondern um die rechtlich-moralische Frage der Schuld geht.²⁶

2. Zur Anwendung der RF in der bundesdeutschen Rechtsprechung

Bei der Radbruch'schen Formel handelt es sich nicht nur um einen Beitrag zur rechtsphilosophischen Forschung oder um ein ausschließlich im akademischen Umfeld diskutiertes Theorem der deutschen Rechtswissenschaften des 20. Jahrhunderts, sondern sie fand in der deutschen Rechtsprechung wiederholte Anwendung.²⁷ Der Fokus liegt zumeist auf den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht auf die Radbruch'sche Formel zurückgegriffen hat.²⁸ Aber auch jenseits der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde die Formel vielfach aufgegriffen.²⁹ Nachfolgend wird die Anwendung der Radbruch'schen Formel in der bundesdeutschen Rechtsprechung am Beispiel zweier Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich oder der Sache nach auf die Radbruch'sche Formel zurückgreift, analysiert.

a) Im sogenannten "Staatsangehörigkeitsbeschluss" des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 23, 98 ff.) werden die Folgen eines vom NS-Regime ins Werk gesetzten Ausbürgerungsgesetzes behandelt. In dieser Entscheidung hat das Gericht eine nationalsozialistische Vorschrift, nach der emigrierten Juden die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen worden war, durch Anwendung der Radbruch'schen Formel für unwirksam erklärt.³⁰ Es handelt sich keineswegs um die erste Entscheidung, bei der die Radbruch'sche Formel ausdrücklich oder der Sache nach berücksichtigt worden war, aber es handelt sich sicher um eine der meistdiskutierten Beispiele.³¹

b) Der zweit hier zu betrachtende Fall betrifft dem "Mauerschützenbeschluss" (BVerfGE 95, 96 ff.), wo es um den rechtlichen Status des Schusswaffengebrauchs im Falle von Grenzflüchtlings aufseiten des DDR-Grenzschatzes geht. Hier wird es hauptsächlich um

²⁶ xxx

²⁷ Vgl. Laage 2014.

²⁸ Beispiel

²⁹ Vgl. für eine Zusammenstellung etwa Schumacher 1985, S. 69-102; Vassali 2010, S. 51-115; vgl. auch Bäcker 2016, S. 371.

³⁰ Wann, wo

³¹ Vgl. Bäcker 2016, S. 378.