

Stellungnahme Rechtsausschuss zum Regierungsentwurf zur Reform des Völkerstrafrechts

1. Diese Stellungnahme beruht auf meiner Befassung mit dem RegE in DRiZ 2024, 30 (dort auch weitere Nachweise) sowie kürzer hier <https://verfassungsblog.de/eine-uberfallige-aber-unvollstandige-reform/>

2. Ich halte den Entwurf insgesamt für überzeugend, sehe aber eine wesentliche Lücke darin, dass keine Regelung zur funktionellen Immunität (*ratione materiae*) vorgeschlagen wird (dazu 3.). Daneben habe ich einige spezifische Anmerkungen, bezüglich derer noch Diskussions-/Überlegungsbedarf besteht (dazu 4.).

3. Zur Immunität

Es ist zwischen der persönlichen Immunität (*ratione personae*), auf die sich nur höchste staatliche Repräsentanten (sog. Trias von Staatsoberhaupt, Regierungschef und Außenminister) berufen können, und der funktionellen Immunität (*ratione materiae*) für (hoheitliche) Diensthandlungen (*acta iure imperii*) zu unterscheiden. Während jene im zwischenstaatlichen Verhältnis – zur Sicherstellung des zwischenstaatlichen Verkehrs auf höchster exekutiver Ebene – grundsätzlich unbeschränkt gilt und allenfalls im vertikalen Verhältnis (Staat zu internationalem Strafgericht) – jedenfalls nach Ansicht des Internationalen Strafgerichtshofs¹ – eine Einschränkung erfährt, wird die funktionelle Immunität bei schweren völkerrechtlichen Verbrechen auch im zwischenstaatlichen (horizontalen) Verhältnis eingeschränkt. **Allein um diese funktionelle Immunität geht es im Folgenden.**

Deren Einschränkung bei schweren völkerrechtlichen Verbrechen hat auf völkerrechtlicher Ebene die UN-Völkerrechtskommission in ihrem schon 2017 vorläufig verabschiedeten Art. 7 eines entsprechenden Vertragsentwurfs anerkannt ([A/CN.4/SR.3378](#), S. 13). Der gesamte Vertragsentwurf wurde 2022 in erster Lesung verabschiedet ([A/CN.4/L.969](#)). Der besagte Draft Art. 7 schließt die funktionelle Immunität bei folgenden völkerrechtlichen Verbrechen aus: Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Apartheid, Folter und Verschwindenlassen (also nicht bei einem Aggressionsverbrechen). Dieser Entwurf wurde den Staaten am 3. August 2022 zur Stellungnahme vorgelegt und zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Textes (29.1.2024) haben 32 Staaten, darunter Deutschland, eine Stellungnahme abgegeben (s. [hier](#) → Comments by Governments 75th Session 2024).

Auf innerstaatlicher Ebene hat der BGH die Einschränkung der funktionellen Immunität bei Kriegsverbrechen (grausame oder unmenschliche Behandlung einer geschützten Person) eines niederrangigen Hoheitsträgers anerkannt ([BGH 28.1.2021 – 3 StR 565/19](#)). Der Senat hatte insoweit „keine ernstzunehmenden Zweifel“, dass das geltende VGR eine solche Immunität ausschließt (Rn. 11).² Er hat dabei auf die entsprechende Staatenpraxis, die vor allem gerichtliche Praxis ist, verwiesen (Rn. 18 ff.). Zugleich deutete der Senat an, dass dieser Immunitätsausschluss nicht auf niederrangige Hoheitsträger und Kriegsverbrechen beschränkt ist: „... allgemeine Überzeugung, dass nach dem Völkerrecht ... *jedenfalls* die Strafverfolgung niederrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder *bestimmter anderer* die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffender *Delikte* durch nationale Gerichte zulässig ist...“ (Rn. 23, Herv. K.A.; ebenso Rn.

¹ International Criminal Court, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Prosecutor v. Al Bashir (ICC-02/05-01/09-397), 6.5.2019, paras. 1, 103–117 (113); im gleichen Sinne vorher schon Special Court for Sierra Leone, Prosecutor against Charles Ghankay Taylor, Decision on immunity from jurisdiction, 31.5.2004, SCSL-2003-01-I, para. 37 ff.

² Explizit auch Rn. 16: „Unter Heranziehung der dargelegten Maßstäbe steht nach dem Völkergewohnheitsrecht einer nationalen Strafverfolgung wegen Kriegsverbrechen keine allgemeine funktionelle Immunität *ratione materiae* von nachrangigen Hoheitsträgern, insbesondere Soldaten, anderer Staaten entgegen.“ S. auch Rn. 60 („zweifelsfrei nicht besteht“).

35 a.E.). Die Entscheidung ist auf große Zustimmung in der deutschen Völkerstrafrechtswissenschaft³ und vor allem auch beim (ehem.) Generalbundesanwalt⁴ gestoßen.

Leider hat sich das Auswärtige Amt (Ständige Vertretung bei den UN New York) in seiner für die Bundesregierung gegenüber der UN-Völkerrechtskommission abgegebenen [Stellungnahme vom November 2023](#) nicht unmissverständlich zugunsten einer Einschränkung funktioneller Immunität im Sinne des genannten Draft Art. 7 ausgesprochen. In der Stellungnahme werden zwar „Ausnahmen zur funktionellen Immunität *ratione materiae*“ als „*conditio sine qua non*“ der innerstaatlichen Verfolgung völkerrechtliche Verbrechen anerkannt und auf die überwältigende nationale Gerichtspraxis („thousands of national court judgments“) verwiesen, doch am Ende dieses Absatzes wird nur von Völkergewohnheitsrecht „in status [sic] nascendi“ gesprochen und lediglich ein „Trend“ in diesem Sinne ausgemacht. Im folgenden Absatz wird dann zwar die genannte BGH-Entscheidung referiert, aber unter Betonung ihrer fallbezogenen Beschränkung auf niederrangige Hoheitsträger und Kriegsverbrechen, ohne die vom BGH angedeutete (hier oben zitierte) Erweiterung auch nur zu nennen; insoweit wird nur auf eine entsprechende erweiternde Auslegung (im wissenschaftlichen Schrifttum) verwiesen („has been interpreted“), ohne sich diese aber zu eigen zu machen. Gleichwohl wird die BGH-Entscheidung dann abschließend als „wichtige deutsche Staatspraxis“ mit „erheblicher Tragweite“ („significant bearing“) für die Regierungsposition gewertet. Dies lässt den Leser einigermaßen ratlos mit der Frage zurück, warum sich die Bundesregierung dann nicht zu einer eindeutigeren, tatsächlich die BGH-Position und sonstige nationale Gerichtspraxis widerspiegelnde Stellungnahme hat durchringen können. Völkerrechtspolitisch hätte das durchaus auf der Linie anderer, mit uns befreundeter Staaten gelegen: Von den o.g. 32 Staaten sprechen sich 22⁵ eindeutig oder jedenfalls im Ergebnis für eine Immunitätsbeschränkung i.S.v. Draft Artikel 7 aus;⁶ eindeutig dagegen sind nur acht Staaten, darunter allerdings Brasilien, Israel und die USA.⁷

Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber die Immunitätseinschränkende Position unmissverständlich gesetzlich absichern. Das GVG verweist insoweit ja nur auf das Völkerrecht (§ 20 Abs. 2) und dieses befindet sich eben – siehe die gerade genannten ILC-Beratungen und die Position der Bundesregierung – noch in der Entwicklung. Eine gesetzgeberische Klarstellung würde insoweit ein starkes Signal gegen Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen senden und zu einer entsprechenden Staatenpraxis beitragen. Es entspräche der in regierungsamtlichen Stellungnahmen immer wieder apostrophierten Vorreiterrolle Deutschlands. Damit erhebt sich Deutschland nicht über die völkerrechtliche Entwicklung, sondern bezieht eindeutig Stellung an einer entscheidenden Wegscheide, um diese Entwicklung in die richtige Richtung zu lenken. Ein entsprechender § 5a VStGB könnte wie folgt lauten:

*„Funktionale Immunität (Immunität *ratione materiae*) findet auf die in diesem Gesetz enthaltenen Verbrechen keine Anwendung.“*

4. Sonstige Anmerkungen

Ich halte die materiellrechtlichen Ergänzungen allesamt für überzeugend und meist auch erforderlich (näher DRiZ 2024, 31). Die Kriminalisierung des Verschwindenlassens als *Einzeltat* (§ 234b neu StGB) wirft aber die Frage auf, ob Deutschland nun nicht endlich auch andere völkerrechtliche Verbrechen, allen voran die Folter, als Einzeltaten – jenseits ihrer Erfassung in den

³ Kreß, NJW 2021, 1335; Werle, JZ 2021, 724; Ambos, StV 2021, 557; Jeßberger/Epik, JR 2022, 10.

⁴ Frank/Barthe, ZStW 133 (2021), 235.

⁵ Norwegen hat für die fünf nordischen Länder (also zusätzlich Dänemark, Finnland, Island und Schweden) Stellung genommen.

⁶ Ein eindeutige(re)s Bekenntnis zur Immunitätsausnahme i.S.v. Draft Art. 7 findet sich in den Stellungnahmen von Estland, Irland, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweiz, Ukraine (einschließlich Einbeziehung des Aggressionsverbrechens) sowie von Australien, Norwegen (für fünf nordische Länder), Panama, Tschechien; i.E. wohl auch Niederlande, Mexiko.

⁷ Weiter sind dagegen Iran, Russland, Saudi-Arabien, Singapur und Vereinigte Arabische Emirate; diff. bzw. skeptisch Frankreich, Japan, Malaysia, Marokko, Vereinigtes Königreich.

völkerrechtlichen Makrokernverbrechen – kriminalisieren sollte. Insoweit hat man sich ja bislang auf den Standpunkt gestellt, dass eine gesonderte Kriminalisierung als Einzeltat nicht erforderlich sei, weil das Verhalten schon von anderen Tatbeständen erfasst sei. Dieses Argument gilt aber ebenso für das Verschwindenlassen, bei dem nun argumentiert wird, dass das spezifische Unrecht der Tat durch eine eigenständige Kriminalisierung abgebildet werden müsse (im Sinne einer symbolische-expressiven Signalwirkung). Gilt das aber nicht auch für andere völkerrechtliche Kernverbrechen, insbesondere die Folter? Die Reform des deutschen Völkerstrafrechts sollte zum Anlass genommen werden, solche Fragen nun mitzuentcheiden, nicht zuletzt um (neu auftretende) Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Auch bei damit verbundenen materiell- und prozessrechtlichen Folgeänderungen ist darauf Bedacht zu nehmen, dass keine (neuen) Wertungswidersprüche entstehen. So lässt sich die Aufnahme des Verschwindenlassens in §§ 126, 138 StGB zwar gut begründen, aber auch insoweit stellt sich die Frage, ob nicht auch andere völkerrechtliche Verbrechen eigentlich in die dortigen Tatbestandskataloge gehören. Plausibel ist es auch, die Tatbestandskataloge bestimmter prozessualer Zwangsmaßnahmen (etwa § 100a StPO) um das Verschwindenlassen zu erweitern, doch auch insoweit stellen sich mindestens zwei Folgefragen: Zum einen, welche besonderen Zwangsmaßnahmen zur Ermittlung der betreffenden Taten relevant sind und deshalb ggf. um diese ergänzt werden müssen (s. insoweit den BR-Vorschlag auf § 234b neu StGB auch § 100b, 100g StPO anzuwenden, BT DrS 20/10015); zum anderen, ob auch weitere völkerrechtliche Verbrechen aufgenommen werden sollten.

Auf prozessualer Ebene halte ich die Erweiterung der *Nebenklage* auf (bestimmte) völkerrechtliche Verbrechen grundsätzlich für richtig. Sie würde zunächst die aufgrund der Öffnungsklausel (§ 395 Abs. 3 StPO) bislang unsichere Rechtslage klären, denn danach ist der Anschluss als Nebenkläger von den „schweren Folgen der Tat“ abhängig und damit unsicher. Die explizite Erweiterung ist vor allem deshalb zu begrüßen, weil die (ausländischen) Opfer dieser Verbrechen besonderen Belastungen ausgesetzt sind und diese eine prozessuale Beteiligung sowie anwaltlichen und psychologischen Beistand erforderlich machen. Auch sollte man den Opfern – gerade mit Blick auf die oben (in anderem Zusammenhang) erwähnte symbolisch-expressive Signalwirkung völkerstrafrechtlicher Verfahren – eine Stimme geben. Das rechtfertigt es auch und gerade den Genozid – ungeachtet seines strittigen individualschützenden Charakters – als nebenklagefähiges Delikt anzuerkennen. Allerdings lässt sich über die Nichtberücksichtigung der Eigentumsdelikte (§ 9 VStGB) streiten, denn die besondere Schutzbedürftigkeit der Opfer ergibt sich insoweit schon daraus, dass es um Kriegsverbrechen, also Taten während eines bewaffneten Konflikts, geht. Im Übrigen wird hier auch – wie bei Taten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit – ein wichtiges Individualrechtsgut angegriffen.

Kritikwürdig erscheint mir die Beschränkung der *aktiven Beteiligung* des Opfers auf den Beistand (§ 397b Abs. 4 n.F. StPO) und die damit verbundene Schlechterstellung gegenüber sonstigen nebenklageberechtigten Opfern, die ihre Verfahrensrechte gemäß § 397 Abs. 1 S. 3, 4 StPO (weiter) selbst ausüben können. Dabei ist natürlich zu beachten, dass die Beschränkung nicht greift, wenn die Nebenklagebefugnis nicht „nur“ (§ 397b Abs. 4 n.F.) auf völkerstrafrechtliche, sondern zugleich auch auf StGB-Tatbestände gestützt werden kann.

Zumindest diskussionswürdig ist die regelhafte Annahme gleichgelagerter Interessen und die daraus folgende *gemeinschaftliche anwaltliche Vertretung* von Opfern völkerrechtlicher Verbrechen bei „gleiche[m] Lebenssachverhalt“ (gleicher prozessualer Tat) (§ 397b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 n.F.). Die gemeinschaftliche anwaltliche Vertretung mehrerer Opfer scheint einem praktischen Bedürfnis zu entsprechen (zust. Bock, KriPoZ 2023, 356) und ist ja auch vor internationalen Strafgerichten üblich, sie hat aber mit Blick auf die angemessene Vertretung großer Opfergruppen Grenzen. Zu bedenken ist auch, dass das Kriterium des gleichen Lebenssachverhalts es nicht ausschließt, dass unterschiedliche Opferinteressen bestehen, die nur schwer unter dem Dach einer gemeinschaftlichen Vertretung zusammengefasst werden können.

Kai Ambos, 29.1.2024