

Unmissverständliche Klarstellung zur funktionellen Immunität aus Karlsruhe

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21.2.2024 – AK 4/24

von Dr. Svenja Raube LL.M. (Edinburgh)*

I. Einleitung

„Die allgemeine Funktionsträgerimmunität gilt jedoch bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht, und zwar unabhängig vom Status und Rang des Täters. Der Ausschluss dieser funktionellen Immunität fremder Hoheitsträger bei Völkerstraftaten gehört zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts.“¹

Am 21. Februar 2024 erging ein Donnerschlag aus Karlsruhe. In einer auf den ersten Blick eher unscheinbar anmutenden Haftfortdauerentscheidung hat der BGH nun erstmalig ohne Einschränkungen festgestellt, dass die allgemeine Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht gelte. Damit hat der BGH letzte Zweifel an seiner eigenen Position zur Frage der funktionellen Immunität ausgeräumt, so wie sie nach seinem Grundsatzurteil vom 28. Januar 2021² verblieben waren. Die Entscheidung sendet ein wichtiges Signal nicht nur an die internationale Gemeinschaft, sondern auch an die deutsche Bundesregierung. Für diese ergibt sich durch die Entscheidung ein weiterer Grund, ihre ambivalente Haltung zum völkergewohnheitsrechtlichen Status der Reichweite funktioneller Immunität zu überdenken.

II. Gegenstand der Entscheidung

1. Zum Sachverhalt

Der Beschluss des 3. Strafsenats hatte die Entscheidung über die Fortdauer einer Untersuchungshaft zum Gegenstand, in der sich der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls vom 26. Juli 2023 befand.³

Der Beschuldigte ist syrischer Staatsangehöriger und gehörte seit 2011 einer der syrischen Regierung loyalen Stadtteilmiliz in Damaskus an, die Ende 2012 in die staatliche paramilitärische Organisation „National Defence Forces“ (NDF) integriert wurde. Aufgabe der Miliz war es, in enger Zusammenarbeit mit dem syrischen Militärgeheimdienst oppositionelle Bestrebungen im Damaszer Stadtteil At-Tadamon zu unterbinden und die dortige Zivilbevölkerung einzuschüchtern. Zu diesem Zweck gingen die Milizionäre, unter ihnen der Beschuldigte, gewalttätig gegen tatsächliche oder vermeintliche Regimegegner vor. Ferner errichtete der Beschuldigte gemeinsam mit weiteren Milizionären Straßenkontrollpunkte, an denen er Zivilisten willkürlich festnahm, um sie zwangsweise zu militärischen Hilfsdiensten in nahegelegenen Kampfgebieten einzusetzen.⁴ Die dem Beschuldigten zur Last gelegten Taten erstreckten sich auf den Zeitraum von Dezember 2012 bis November 2015 und damit auf die Zeit des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts in Syrien, der nach Auffassung des BGH jedenfalls seit Beginn des Jahres 2012 vorliegen soll.⁵

2. Die Anordnung der Haftfortdauer

Über die Fortdauer der Untersuchungshaft war auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 121 Abs. 2 und Abs. 4 StPO zu entscheiden, da sich der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit mehr als sechs Monaten in Untersuchungshaft befand.⁶

Nach den Feststellungen des 3. Strafsenats war der Beschuldigte dringend tatverdächtig, im Rahmen seiner Tätigkeit für die Miliz festgehaltene Zivilpersonen gefoltert, Schutzgelder erpresst sowie Zivilpersonen zur Zwangsar-

* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 53.

² BGHSt 65, 286; BGH, NJW 2021, 1326.

³ Zur Erweiterung dieses Haftbefehls (4 BGs 52/23) durch den Haftbefehl vom 25. Januar 2024 (4 BGs 6/24), s. Fn. 6.

⁴ BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 34.

⁵ BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 34, 77.

⁶ Zwar war der ursprüngliche Haftbefehl zwischenzeitlich durch einen neuen Haftbefehl vom 25. Januar 2024 ersetzt und um mehrere Tatvorwürfe ergänzt worden. Auch stellten diese nach Ansicht des BGH „andere Taten“ im Sinne des erweiterten Tatbegriffs des § 121 Abs. 1 StPO dar. Nach der Rechtsprechung wird die Sechsmonatsfrist bei Erweiterung eines Haftbefehles um Tatvorwürfe, die erst während der Ermittlungen bekannt werden, allerdings dann nicht erneut in Gang gesetzt, wenn diese Tatvorwürfe für sich genommen den Erlass eines Haftbefehls nicht rechtfertigen (Krauß, in: BeckOK-StPO, 51. Ed. [Stand: 1.4.2024], § 121 Rn. 6). Hinsichtlich der neuen Tatvorwürfe konnte der BGH allerdings aufgrund der Zeugenaussagen nur einen hinreichenden, nicht aber den nach § 112 Abs. 1 StPO für die Anordnung der Untersuchungshaft erforderlichen dringenden Tatverdacht feststellen, sodass die zusätzlichen Tatvorwürfe die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft nicht begründeten. Der BGH hatte daher zu prüfen, ob die Tatvorwürfe des Haftbefehls vom 25. Januar 2024 die Voraussetzungen der Untersuchungshaft erfüllten, die bereits Gegenstand des ersten Haftbefehls vom 26. Juli 2023 waren, BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 31 ff.

beit verpflichtet zu haben. Insofern bejahte der Senat den dringenden Tatverdacht hinsichtlich der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung, Folter und Freiheitsentziehung (gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5, 9 VStGB) sowie Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter (gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) sowie die übrigen Voraussetzungen für eine Fortdauer der Untersuchungshaft.

Die Feststellungen des *Senats* zum dringenden Tatverdacht bestätigen im Wesentlichen die gefestigte Rechtsprechung und entsprechen dem Stand der herrschenden Lehrmeinungen. Hervorzuheben ist, dass sich der *BGH* im Hinblick auf das Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB zu der Überzeugung bekannt hat, dass es für die Ausübung eines angemaßten „Eigentumsrechts“ an dem Opfer im Sinne der Vorschrift nicht zwingend eines längeren Zeitraums bedarf. Ein solcher sei zwar ein Indiz für das Vorliegen von Sklaverei. Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Versklavung sei aber auch bei einem nur kurzfristigen Geschehen nicht ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall sprächen die übrigen Umstände des Tatgeschehens so deutlich für die Anmaßung eines Eigentumsrechts an den festgehaltenen Personen, dass sie das gegenläufige Indiz der kurzen Dauer aufwögen.⁷ Das vom *BGH* vertretene Verständnis steht in Einklang mit der Rechtsprechung internationaler Strafgerichte, insbesondere des *Internationalen Strafgerichtshofs* (IStGH) in seiner Ongwen-Entscheidung und der Rechtsprechung des *Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien* (ICTY).⁸ Erneut offen ließ der *BGH* die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des gegen die Bevölkerung gerichteten Angriffs i.S.d. § 7 Abs. 1 VStGB zusätzlich ein „Politikelement“ enthält.⁹

Keinen dringenden Tatverdacht vermochte der *BGH* dagegen für die Begehung von Kriegsverbrechen gegen das Eigentum durch Plünderung festzustellen. Dabei bekräftigte der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung, derzufolge für die Erfüllung des Tatbestandes des § 9 Abs. 1 Alt. 1 VStGB ein funktionaler Zusammenhang zu einem bewaffneten Konflikt erforderlich ist und es somit nicht genügt, wenn eine Tat bloß „bei Gelegenheit“ eines bewaffneten Konflikts begangen wird.¹⁰ Ein solcher funktionaler Zusammenhang habe sich im vorliegenden Fall nicht feststellen lassen und ebenso wenig, dass der mutmaßlich Geschädigte zweifelsfrei der „gegnerischen Partei“ angehörte, wie dies für die Annahme von Plünderung erforderlich sei.¹¹

3. Die zentrale Feststellung: Kein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität

Weit bedeutsamer als die Feststellungen zu den materiellen Völkerstrafatbeständen waren jedoch die Feststellungen des 3. *Strafsenats* zum Bestehen eines Verfahrenshindernisses, die der Prüfung des dringenden Tatverdachts vorausgingen. Denn es fragte sich, ob der Entscheidung deshalb ein Verfahrenshindernis entgegenstand, weil der Beschuldigte aller Wahrscheinlichkeit nach im Dienste des syrischen Staates gehandelt hatte und seine Handlungen mithin „als staatliches Handeln des Regimes zu bewerten“ waren. Hierzu stellte der *BGH* zunächst fest, dass es zwar richtig sei, dass Staatsbedienstete – unabhängig von ihrem formalen Status – unter Umständen funktionelle Immunität im Hinblick auf ihr hoheitliches Handeln für einen fremden Staat genossen. Doch gelte eine solche funktionelle Immunität nicht, wenn der Verdacht der Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens bestünde. Dies gelte unabhängig von Status und Rang des Täters und gehöre zum „zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts.“¹²

Die Feststellung des *BGH* zum Stand des Völkergewohnheitsrechts ist nach hiesiger Ansicht zutreffend. Dass die Position des 3. *Strafsenats* indessen nicht selbstverständlich ist, zeigt ein Blick auf den aktuellen Stand der Meinungen zur Reichweite funktioneller Immunität nach dem Völkergewohnheitsrecht. Die Entscheidung kommt zu einem wichtigen Zeitpunkt, da die völkerstrafrechtliche Grundfrage der funktionellen Immunität vor allem wegen einer laufenden Debatte in der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) seit einigen Jahren im Zentrum der internationalen Aufmerksamkeit steht.

III. Hintergrund der Entscheidung

1. Der Ausschluss funktioneller Immunität bei Völkerrechtsverbrechen auf der internationalen Bühne

Die Frage der Reichweite funktioneller Immunität stand schon in der Geburtsstunde des Völkerstrafrechts mit im Zentrum.¹³ Von der funktionellen Immunität (*Immunität ratione materie*), die jedem staatlichen Hoheitsträger im Hinblick auf während der Amtszeit getätigte hoheitliche Akte zukommt und nach dem Ausscheiden der betreffenden Person aus ihrem Amt fortbesteht, ist die personelle Immunität (*Immunität ratione personae*) zu unterscheiden, die nur den engen Personenkreis von Staatsoberhäuptern, Regierungschefs und Außenministern (sog. Troika)

⁷ *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 67.

⁸ Auf beide nimmt der *BGH* in seinem Beschluss Bezug und zitiert wörtlich die Ongwen-Entscheidung, in der der *IStGH* die zeitliche Dauer ebenfalls lediglich als einen in die Gesamtwürdigung einzustellenden Faktor gewertet hat, s. *IStGH* [Trial Chamber IX] Urt. v. 4.2.2021 – ICC-02/04/01/15 [Ongwen], Rn. 2714; *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 66.

⁹ *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 59. Dazu, dass der *BGH* hier dennoch Problembewusstsein im Hinblick auf das Kontextelement gezeigt hat, s. näher *Schmid*, jurisPR-StrafR 10/2024 Anm. 1.

¹⁰ Dies gelte etwa für den Tatvorwurf, dass der Beschuldigte zwischen 2013 und November 2015 Gemüse aus einem Gemüsegeschäft ohne Bezahlung entnommen sowie dem Händler Geld abgenommen haben soll, oder auch für den Vorwurf, dass der Beschuldigte einen Apotheker unter Vorhalt eines Sturmgewehrs zur Herausgabe von Medikamenten gezwungen habe, *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 29.

¹¹ *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 29.

¹² *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 53.

¹³ *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

betrifft und auf die Dauer der Amtszeit begrenzt ist.¹⁴ Während allgemein anerkannt ist, dass die personelle Immunität vor der Verfolgung ausländischer nationaler Gerichte schützt, bestand im Hinblick auf die funktionelle Immunität lange Zeit eine gesicherte Rechtsüberzeugung, dass diese Form der Immunität staatliche Hoheitsträger dann nicht vor Verfolgung ausländischer Gerichte schützen kann, wenn der Verdacht der Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens in Rede steht.¹⁵ Dieser Rechtsüberzeugung liegt eine lange Staatenpraxis zugrunde, wenn auch keine Einigkeit im Hinblick auf die exakte dogmatische Begründung des Immunitätsausschlusses besteht.¹⁶

Wohl am prominentesten wurde der Einwand der funktionellen Immunität bereits in den Nürnberger Prozessen zurückgewiesen. Der entsprechende internationale Konsens zeichnete sich jedoch bereits in den Pariser Friedensverhandlungen nach dem Ersten Weltkrieg deutlich ab.¹⁷ Die in Nürnberg zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung fand Bekräftigung in den Tokioter Prozessen sowie durch die UN-Generalversammlung, die die vom Nürnberger Urteil „anerkannten Prinzipien des Völkerrechts“ bestätigte.¹⁸ Besonders prägnant gelangte die Überzeugung von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten auch im Urteil des *Obersten Gerichtshofs Israels* 1962 gegen *Adolf Eichmann* zum Ausdruck. Diesem Urteil zufolge würde die Anwendung des funktionellen Immunitätsschutzes bei völkerrechtlichen Verbrechen das Völkerstrafrecht *ad absurdum* führen, dessen Grundidee es schließlich war, gerade diejenigen verfolgen zu können, die ihre Machtposition als Amtsträger des Staatsapparates zur Begehung schwerer Verstöße gegen grundlegende Prinzipien des Völkerrechts missbrauchen („If it were otherwise, the penal provisions of international law would be a mockery“).¹⁹ Auch infolge weiterer Staatenpraxis und *opinio iuris* war der völkergewohnheitsrechtliche Status der Unanwendbarkeit von funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten somit bereits gesichert, als es in den 1990er-Jahren zu einer erhöhten Verfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen auch auf nationaler Ebene kam.²⁰ Nationale Verfahren, die auf dieser Rechtsüberzeugung beruhten und nicht in Zweifel gezogen wurden, waren etwa die Verurteilung eines ehemaligen ruandischen Bürgermeisters wegen seiner Beteiligung am Völkermord in Ruanda 1994 durch das *OLG*

Frankfurt, aber auch die Verfahren wegen des Völkermordes im ehemaligen Jugoslawien.²¹

Die Rechtsüberzeugung, dass die Anerkennung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verbrechen nicht von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität im Falle eines entsprechenden Verdachts zu trennen ist, war mithin überaus weit verbreitet, als sich 2007 die Völkerrechtskommission (ILC) dem Thema zuwandte und die Arbeiten an einem entsprechenden Artikelentwurf aufnahm.²² Auf den ersten Blick schien Artikel 7 des ILC-Artikelentwurfs, der im Jahr 2022 in erster Lesung angenommen wurde, in die Richtung derselben Rechtsüberzeugung zu deuten. Nach Artikel 7 Abs. 1 (a)-(c) des Artikelentwurfs soll funktionelle Immunität in Verfahren wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen – ungeachtet von Rang, Status und Stellung des staatlichen Hoheitsträgers – nicht anwendbar sein.²³ Doch zeigt ein genauere Blick, dass der einst gefestigte internationale Konsens mit Blick auf die völkergewohnheitsrechtliche Geltung dieser Position seit Beginn der Arbeiten der ILC ins Wanken geraten ist. So wurde der Artikel nur von der (freilich deutlichen) Mehrheit der Kommissionsmitglieder angenommen und in einer Reihe von staatlichen Stellungnahmen zum Artikelentwurf kritisiert oder gar in Gänze abgelehnt.²⁴ Auch bleibt nach dem Artikelentwurf offen, ob Artikel 7 den Stand des Völkergewohnheitsrechts kodifizieren oder ob dieses weiterentwickelt werden soll.²⁵ Auch im völkerrechtlichen Schrifttum ist der einst bestehende internationale Konsens über die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität inzwischen in Zweifel gezogen worden.²⁶

Das internationale Wanken hat auch Einfluss auf die deutsche Haltung zu der Frage genommen. Obwohl Deutschland dem eigenen Anspruch nach eigentlich „Fels in der gegen die Grundfesten des Völkerstrafrechts gerichteten Brandung“²⁷ sein müsste, ist die Haltung der deutschen Bundesregierung zur Frage der funktionellen Immunität auch gegenwärtig noch mit Zweifeln behaftet.

Während die Bundesregierung 2016 gegenüber der ILC noch ausdrücklich auf das Nürnberger Vermächtnis hinwies und erklärte, dass es „Verbrechen gebe, bei denen

¹⁴ Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 22, 84 f.

¹⁵ Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, 5. Auflage (2020), Rn. 807, 819.

¹⁶ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 179 ff.; Werle/Jeffberger Völkerstrafrecht, Rn. 808.

¹⁷ Kreß, Germany and International Criminal Law: Reflections in Light of Current Developments, EJIL:Talk! v. 12.3.2024, <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-reflections-in-light-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

¹⁸ Resolution 95(I) der UN-Generalversammlung v. 11.12.1946, UN Doc. A/RES/1/95 (1946).

¹⁹ Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann (1968) ILR 277, 309-310.

²⁰ Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 65.

²¹ Jeffberger/Epik, JR 2022, 10 (12).

²² Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 180; van Alebeek, Immunity, 2008, S. 200 ff., 241; Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 24.

²³ A/CN.4/SR.3586.

²⁴ Für einen hilfreichen Überblick über die Positionen der Staaten, s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.05.2024).

²⁵ Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 25. Zu den weiteren Schwächen des Artikelentwurfs, der dadurch Angriffsflächen bietet, s. Kreß, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

²⁶ S. etwa *Wuerth*, AJIL 2012, 731 (742 ff.); *O'Keefe*, AJILUnbound 2015, 167; *Fox/Webb*, Immunity, 2013, S. 571 ff.

²⁷ Kreß, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

Immunität nicht aufrechterhalten werden könne“,²⁸ ließ die deutsche Stellungnahme vor dem Sechsten Komitee der UN-Generalversammlung nur ein Jahr später ernstliche Zweifel darüber erkennen, ob sich „Ausnahmen von der funktionellen Immunität“ im Völkergewohnheitsrecht nachweisen ließen.²⁹ Auch die mit Spannung erwartete deutsche Stellungnahme zum Artikelentwurf der ILC vom November 2023 brachte kein klares Bekenntnis zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nach geltendem Völkergewohnheitsrecht, sondern sie fiel ambivalent aus. So erkannte die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zwar an, dass die Ausnahme von der funktionellen Immunität bei den schwersten völkerrechtlichen Verbrechen „conditio sine qua non“ für die innerstaatliche Strafverfolgung sei.³⁰ Doch nahm sie dann die Position ein, dass Ausnahmen von der völkergewohnheitsrechtlichen funktionellen Immunität in diesen Fällen nach dem Völkerrecht erst „in status (sic!) nascendi“, d.h. in der Entstehung begriffen seien.³¹ Diese Haltung, die weniger in rechtlichen Zweifeln als in politischen Motiven zu liegen scheint, ist zurecht auf Kritik gestoßen.³²

2. Die Haltung der deutschen Justiz – Das Grundsatzurteil vom 28. Januar 2021

Es ist umso beachtlicher, dass die deutsche Justiz sich von der Wankelmütigkeit der Bundesregierung nicht hat beirren lassen. Bedeutsame Urteile der jüngeren Zeit, in denen ein deutsches Gericht nicht vom Bestehen eines Verfahrenshindernisses wegen funktioneller Immunität ausgegangen ist³³, sind etwa die Entscheidungen des *OLG Koblenz* aus den Jahren 2021 und 2022, in denen zwei frühere syrische Geheimdienstmitarbeiter des Assad-Regimes wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt wurden und die international große Beachtung gefunden haben.³⁴

Der *BGH* hatte sich kurz vor diesen beiden Entscheidungen in einer wegweisenden Entscheidung mit der Immunitätsfrage auseinandergesetzt. In seinem Urteil vom

28. Januar 2021, bei dem die Verurteilung eines ehemaligen Oberleutnants der afghanischen Streitkräfte in Rede stand, lehnte der *BGH* ein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität ab – „jedenfalls“ im Fall der Strafverfolgung fremder „nachrangiger“ Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen „oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte“.³⁵ Die anderslautenden Rechtsüberzeugungen einzelner ILC-Mitglieder und Staaten seien (jedenfalls noch) nicht geeignet, den aktuellen Stand des Völkerrechts zu beeinflussen und die hohe Schwelle zur Änderung des bestehenden Völkergewohnheitsrechts zu überschreiten.³⁶ Auch die gegenteiligen im Schrifttum geäußerten Ansichten würden sich nicht auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten oder entsprechende Praxis stützen.³⁷ Auf die ambivalente Position der Bundesregierung nahm der *BGH* Bezug, deutete diese allerdings interessanterweise im Ergebnis als mit seiner eigenen Auffassung konsistent.³⁸

Der *BGH* hatte sich also auch bereits im Januar 2021 zur Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität bekannt. Doch war die Reichweite des damaligen Bekenntnisses noch begrenzt, und zwar sowohl mit Blick auf die relevanten Verbrechen als auch auf den relevanten Personenkreis. Verwundern konnte die zurückhaltende und nur auf den konkreten Fall beschränkte Formulierung des *BGH* – angesichts der ungewissen Position der Bundesregierung zu diesem Zeitpunkt – nicht. Auch dürfte sie der Logik einer Revisionsentscheidung gefolgt sein.³⁹ Doch waren die Beschränkungen angesichts des Standes des Völkergewohnheitsrechts bereits 2021 nicht nur nicht notwendig. Sie führten auch zu erheblichen Unklarheiten mit Blick auf die Position des *BGH*.

So stellte sich zum einen die Frage, inwieweit die Feststellung des *BGH* neben Kriegsverbrechen auch weitere

²⁸ Statement by Mrs. Kerstin Pürschel, Permanent Mission of Germany to the United Nations Legal Adviser on the occasion of the 71th Session of the United Nations General Assembly, 6th Committee, Statement 68th ILC Report (2016), https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/ilc/germany_3.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

²⁹ Statement by H. E. Ambassador Dr. Michael Koch, German Federal Foreign Office, The Legal Adviser on the occasion of the 72nd Session of the United Nations General Assembly, 6th Committee, https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/ilc/germany_2.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2024); zitiert nach *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

³⁰ Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, November 2023, https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_germany.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

³¹ Diese Äußerung erschien umso widersprüchlicher, als die Bundesregierung in derselben Zeit auf die parlamentarische Frage des Abgeordneten Dr. Günter Krings vom 21.11.2023 geantwortet hatte, dass Amtsträger, die sich vor einem Sondertribunal für die Ukraine für die Verfolgung des Verbrechens der Aggression zu verantworten hätten, „nicht auf ihre völkergewohnheitsrechtliche funktionelle Immunität berufen können“, s. BT-Drs. 20/9462, S. 38.

³² S. hierzu und auch zu einer Erwägung der möglichen Gründe für die Haltung der Bundesregierung *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

³³ Zu weiteren Entscheidungen im Übrigen s. *Frank/Barthe*, ZStW 2021, 235 (250-251).

³⁴ Für das erstgenannte Verfahren s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21. Dieses wurde durch den *BGH* bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21. Für das zweite, noch nicht rechtskräftige Urteil, s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19.

³⁵ *BGH*, NJW 2021, 1326 (1329).

³⁶ *BGH*, NJW 2021, 1326 (1329).

³⁷ *BGH*, NJW 2021, 1326 (1330).

³⁸ Dabei stützte sich der *BGH* unter anderem auf die deutsche Stellungnahme des Jahres 2016 (Fn. 28) und auf Äußerungen des Bundespräsidenten und des Außenministers, in denen man „ersichtlich“ nicht davon ausgegangen sei, dass funktionelle Immunität einer nationalen Strafverfolgung (wegen Kriegsverbrechen) entgegenstehe, s. *BGH*, NJW 2021, 1326 (1330).

³⁹ *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

Verbrechen erfassen sollte.⁴⁰ Zum anderen führte die Beschränkung auf „nachrangige“ Hoheitsträger zu erheblicher Rechtsunsicherheit, da besonders für die Praxis nicht klar gewesen sein dürfte, wer als nachrangiger Hoheitsträger zu qualifizieren sei. Auch wirkte die Differenzierung, der nicht zuletzt Artikel 7 des ILC-Artikelentwurfs entgegenstand, im Bereich der funktionellen Immunität wenig einleuchtend.⁴¹ Dass die wenig glückliche Beschränkung des *BGH* auf „nachrangige“ Hoheitsträger bereits Einfluss gehabt hat, zeigt die Entscheidung des *The Hague Court of Appeals* vom 7. Dezember 2021, in der das niederländische Gericht ausdrücklich auf das *BGH*-Urteil Bezug genommen und seine Entscheidung auf Grundlage einer Differenzierung zwischen nachrangigen und hochrangigen Hoheitsträgern aufgebaut hat.⁴² Gegen das Verständnis des niederländischen Gerichts von der funktionellen Immunität ist seit Dezember 2023 eine Beschwerde vor dem *EGMR* anhängig.⁴³

Darüber hinaus ließ das Urteil vom 28. Januar 2021 auch mehrere Deutungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Reichweite der Aussage des 3. *Strafsenats* zu.⁴⁴ So war einerseits denkbar, dass nachrangige Hoheitsträger nach Ansicht des *BGH* von vornherein keine funktionelle Immunität genießen sollten. Zweitens bestand die Möglichkeit, dass beim Verdacht einer Völkerstraftat für nachrangige Hoheitsträger eine Ausnahme von ihrer funktionellen Immunität gelten sollte. Drittens ließ das Urteil durch das Wort „jedenfalls“ die – vorzugswürdige – Deutung zu, dass der *BGH* letztlich generell von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei dem Verdacht einer Völkerstraftat ausging, sich insoweit jedoch noch in Zurückhaltung üben wollte.⁴⁵

3. Zur Bedeutung der Klarstellung des Grundsatzurteils durch den Beschluss vom 21. Februar 2024

Diese Unklarheiten hat der 3. *Strafsenat* mit der hiesigen Entscheidung aus dem Weg geräumt. In seinem Beschluss AK 4/24 hat er sich trotz der Kürze seiner Ausführungen klar zu der Rechtsüberzeugung bekannt, die sich in der Grundsatzentscheidung von 2021 bereits deutlich ange-

kündigt hatte, das heißt zu der Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität im Falle von Völkerstraftaten kraft Völkergewohnheitsrechts, unabhängig von Status und Rang des Täters. Auch jetzt äußert sich der 3. *Strafsenat* nicht zu der dogmatischen Frage, ob funktionelle Immunität bereits mit dem Wesen internationaler Verbrechen unvereinbar ist oder ob ihre Unanwendbarkeit aus der Entstehung einer völkerstrafrechtlichen Ausnahme von der Regel der funktionellen Immunität folgt.⁴⁶ Stattdessen untermauert der *BGH* seine These, dass der Ausschluss der funktionellen Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts gehöre, mit einer Reihe viel zitierter Rechtsprechung⁴⁷ und überwiegend deutscher herrschender Lehrmeinungen.⁴⁸ Auch eine Auseinandersetzung mit sonstigen abweichenden Positionen oder mit der Position der Bundesregierung findet sich in dem hiesigen Beschluss nicht mehr. Stattdessen nimmt der 3. *Strafsenat* auf seine Entscheidung vom 28. Januar 2021 und damit auf seine dortige Auseinandersetzung mit letzteren Positionen Bezug.⁴⁹

Die Klarstellung des *BGH* ist zu begrüßen. Auch fasst der Beschluss den aktuellen Stand des Völkergewohnheitsrechts, der an obiger Stelle nur umrissen werden konnte,⁵⁰ zutreffend zusammen.⁵¹ Wenngleich es sich bei der Entscheidung des 3. *Strafsenats* um eine bloße Haftfortdauerentscheidung und keine endgültige Entscheidung in der Sache handelt, ist die Bedeutung dieser Klarstellung des höchsten deutschen Strafgerichts nicht zu unterschätzen.

Zum einen sendet die nunmehr von letzten Zweifeln befreite Position der deutschen Justiz ein Zeichen an die internationale Gemeinschaft aus, dass sich jedenfalls die deutsche Rechtsprechung nun entschieden zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten bekennt. Es waren gerade nationale Entscheidungen, die trotz der Gegenwinde der vergangenen Jahre die Annahme unmöglich machen, dass sich das Völkergewohnheitsrecht dahingehend geändert hätte, dass staatliche Hoheitsträger funktionelle Immunität in nationalen Verfahren bei Völkerstraftaten genießen würden.⁵² Der Beschluss des 3. *Strafsenats* wird als Akt der Staatenpraxis,

⁴⁰ Dafür, dass wohl jedenfalls die sonstigen Völkerrechtsverbrechen im engeren Sinne (*stricto sensu*) erfasst gewesen sein dürften, spricht, dass der *BGH* neben Kriegsverbrechen auch auf „bestimmte andere die Weltgemeinschaft als Ganze“ betreffende Delikte Bezug nahm, s. *Kreß*, On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law, Just Security v. 31.3.2021, <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁴¹ Insofern zurecht kritisch *Schmid*, Why Germany Should Reconsider its Position on Functional Immunity Ratione Materiae, Verfassungsblog vom 1.2.2024, <https://verfassungsblog.de/an-unfortunate-trend-of-vagueness> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁴² S. hierzu instruktiv *Schmid*, An Unfortunate Trend of Vagueness, Verfassungsblog vom 1.2.2024, <https://verfassungsblog.de/an-unfortunate-trend-of-vagueness/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁴³ *ZIADA v Netherlands Submitted to the European Court of Human Rights, Human Rights in Practice*, 10.1.2024, <https://www.rightsinpractice.org/new-blog/2024/1/10/ziada-v-nl-case-filed-immunities-protecting-former-israeli-commanders-from-civil-suit-for-war-crimes-violate-the-echr> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁴⁴ Zu diesen s. *Kreß*, On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law, Just Security v. 31.3.2021, <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁴⁵ *BGH*, NJW 2021, 1326 (1335) (Anm. *Kreß*); *Frank/Barthe*, ZStW 2021, 235.

⁴⁶ Für eine Diskussion s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31 ff.

⁴⁷ Konkret zitiert der *BGH* Entscheidungen des Nürnberger Internationalen Militärtribunals, der Appeals Chamber des ICTY in *Prosecutor vs. Blaskic* und das Urteil des Obersten Gerichtshofs Israels gegen *Adolf Eichmann*.

⁴⁸ *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24 Rn. 53.

⁴⁹ So auch *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁰ S.o. III 1.

⁵¹ Ausführlich s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31-83.

⁵² Für einen ausführlichen Nachweis mit Beispielen s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 72-76.

wie bereits das Urteil des *BGH* vom 28. Januar 2021 seinen Teil dazu beitragen.

Zum anderen lässt sich der Beschluss – ebenfalls wie bereits die Entscheidung vom Januar 2021⁵³ – als Signal an die Bundesregierung in der gebotenen richterlichen Zurückhaltung werten, in dieser Völkergewohnheitsrechtsfrage nun auch wieder eine klare Haltung zu beziehen. Das wertvolle Zeichen aus Karlsruhe kommt zu einem günstigen Zeitpunkt: Dies nicht nur im Hinblick auf vielfältige deutsche Ermittlungsbemühungen nach dem Weltrechtspflegeprinzip wie etwa in Gestalt von Strukturermittlungen im Zusammenhang mit Russlands Angriffskrieg gegen die Ukraine, sondern auch, weil bei der ILC die zweite Lesung des Entwurfs der Artikel zum Thema der Immunität von Hoheitsträgern vor ausländischer Strafgerichtsbarkeit ansteht. Es bleibt zu hoffen, dass die Bundesregierung die Entscheidung des *BGH* zum Anlass nehmen wird, nun eine klare Rechtsüberzeugung im Sinn der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Verdacht einer Völkerstraftat nach Völkergewohnheitsrecht zu beziehen, so wie dies zuletzt eine ganze Reihe von Staaten der ILC gegenüber nochmals oder erstmals⁵⁴ getan haben.⁵⁵ Allein dies stünde mit der erklärten Bereit-

schaft der Bundesregierung im Einklang, bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen sogar eine „Vorreiterrolle“ einzunehmen⁵⁶ und zugleich würde hiermit die Glaubwürdigkeit der eigenen Bemühungen um eine „Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“ gestärkt, die derzeit durch einen Gesetzentwurf angestrebt wird.⁵⁷

IV. Schlussbemerkung und Ausblick

Die Relevanz der Entscheidung des 3. *Strafsenats* zur Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität kann für die nationale Durchsetzung des Völkerstrafrechts kaum überschätzt werden. Nicht zuletzt für die Praxis wird die Entscheidung des 3. *Strafsenats* angesichts der laufenden Konflikte mit staatlichen Akteuren in naher Zukunft von großer Bedeutung sein.⁵⁸ Die Resonanz der Entscheidung in Berlin darf mit Spannung erwartet werden. Das Urteil des *BGH* aus dem Jahr 2021 hatte die Bundesregierung der ILC gegenüber immerhin als „bedeutsame“ deutsche Staatenpraxis gewertet.⁵⁹ Es ist zu wünschen, dass die Bundesregierung bei ihrer Wertschätzung der Rechtsprechung des *BGH* noch einen entscheidenden Schritt weitergeht, wenn sie die ILC alsbald, so wie es hoffentlich geschehen wird, über die nun glasklare Positionierung des höchsten deutschen Strafgerichts ins Bild setzt.

⁵³ S. insoweit bereits *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10 (16).

⁵⁴ Zu diesen Staaten zählen etwa Spanien, Irland und die Schweiz, s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁵ Ein Vergleich der staatlichen Stellungnahmen zur Verabschiedung von Artikel 7 des ILC-Entwurfs im Jahr 2017 und der Stellungnahmen anlässlich der ersten Lesung 2023 gibt insgesamt vorsichtigen Anlass zu der Hoffnung, dass der internationale Konsens über die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität in Völkerstrafverfahren wieder stärker wird. Für einen solchen hilfreichen Vergleich s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁶ S. etwa die Rede zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts von *Marco Buschmann* v. 30.11.2023, https://www.bmj.de/Shared-Docs/Reden/DE/2023/1130_Bundestag_Voelkerstrafrecht.html (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁷ BT-Drs. 20/9471, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/20/094/2009471.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁸ *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

⁵⁹ S.o. Fn. 30; *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.