

Immunität und Völkerrechtsverbrechen

Zugleich Besprechung von BGHSt 65, 286

ANDRÉS PAYER*

SCHLAGWÖRTER	Immunität – funktionale Immunität – personale Immunität – Exemption – Völkerrechtsverbrechen
ZUSAMMENFASSUNG	Völkerrechtsverbrechen werden naturgemäss oft durch Träger staatlicher Funktionen begangen oder ausgelöst. Diese Personen geniessen jedoch grundsätzlich völkerrechtliche Immunität. Aus Anlass und unter Verwertung eines neueren Leiturteils des deutschen Bundesgerichtshofes (BGHSt 65, 286) geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, inwieweit die völkerrechtliche Immunität von Funktionsträgern auch für Völkerrechtsverbrechen gilt.
RÉSUMÉ	De par leur nature, les crimes internationaux les plus graves sont souvent commis ou suscités par des représentants de l'État. Or, ces personnes bénéficient en principe d'une immunité en vertu du droit international public. À l'occasion d'un récent arrêt de principe de la Cour fédérale de justice allemande (BGHSt 65, 286), le présent article aborde la question de savoir dans quelle mesure l'immunité en vertu du droit international des représentants de l'État s'applique également aux crimes internationaux les plus graves.
ABSTRACT	By their very nature, core international crimes are often committed or prompted by state officials. In principle, however, these officials enjoy immunity under international law. On the basis of a recent landmark judgement of the German Federal Court of Justice (BGHSt 65, 286), this article examines to what extent the immunity of state officials under international law also applies to core international crimes.

I. Einleitung und Kontextualisierung der Entscheidung

A. Begriff und Ratio der Immunität

Immunität im hier massgeblichen Sinne bedeutet Schutz vor und folglich Freiheit von Strafverfolgung,¹ und damit auch vor bzw. von den – charakteristischerweise freiheitseinschränkenden – strafrechtlichen Sanktionen. Diese Art von Schutz bzw. Freiheit wird einem kleinen Kreis von Personen zuteil, zu welchem insbesondere Träger eigen- oder fremdstaatlicher Funktionen²

DAPO AKANDE/SANGEETA SHAH, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, EJIL 2011, 815 ff., 827 m.H.; vgl. allerdings unten Fn. 11 Satz 2). Der Begriff «Funktionsträger» kann diese Personengruppe ebenso wie die kleinere Gruppe der personale Immunität (dazu ebenfalls unten I.B.) geniessenden Personen vollständig umfassen und ist demnach der passendere. Er wird auch von vielen im vorliegenden Kontext verwendet, vgl. pars pro toto PETER FRANK/CHRISTOPH BARTHE, Immunitätsschutz fremdstaatlicher Funktionsträger vor nationalen Gerichten, ZStW 2021, 235 ff. Andere Begriffe müssen ausser Betracht fallen: Besetzt und zu eng sind die Begriffe «Magistratspersonen» (vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Besoldung und berufliche Vorsorge von Magistratspersonen vom 6. Oktober 1989 [SR 172.121]), «Diplomaten» (vgl. dazu Art. 1 ff. WÜDB [Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 {SR 0.191.01}]) und «Konsuln» (vgl. dazu Art. 1 ff. WÜKB [Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963 {SR 0.191.02}]), ferner «Staatsbeamte» (hierzulande wurde mit dem BPG [Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 {BPG, SR 172.220.1}] auf Bundesebene der Beamtenstatus grundsätzlich durch den Angestelltenstatus ersetzt; einen Beamtenbegriff kennen freilich noch z.B. das StGB [Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 {SR 311.0}] [vgl. die Beamtendefinition in dessen Art. 110 Abs. 3] und das VG [Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglie-

* ANDRÉS PAYER, Universität Zürich.

¹ Teilweise – aber nicht begriffsnotwendig – auch vor bzw. von zivilrechtlicher Verfolgung. Oft wird als Synonym von «Immunität» der Terminus «Exemption» verwendet.

² Das hier besprochene Urteil des BGH benutzt den Oberbegriff «Hoheitsträger». Dieser hat jedoch nicht nur eine problematische Vergangenheit – er bezeichnete während der NS-Zeit gewisse höherrangige Parteimitglieder –, sondern scheint auch im vorliegenden Kontext zu eng zu sein, denn von der funktionalen Immunität (dazu unten I.B.) profitieren alle Personen, die eine staatliche Funktion besitzen, insofern als sie in Ausübung dieser Funktion bzw. dienstlich (offiziell) – i.e. nicht zwingend hoheitlich – handeln (vgl. nur

zählen.³ Warum aber sollen bestimmte Personen von der Strafverfolgung ausgenommen sein? Ist es nicht gerade eine wesentliche Errungenschaft der Aufklärung, dass

der und Beamten vom 14. März 1958 {Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32}} und «Amtsträger» (vgl. dazu Art. 322^{ter} und 322^{octies} StGB). Die Begriffe «Offizielle» und «Amtsdiener» sind zwar nicht im Gesetz, wohl aber im Lebenssprachgebrauch besetzt, und haben in diesem zu enge Bedeutungen (vgl. DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Berlin 2015, 1289).

Man könnte geneigt sein, präzisierend von «staatlichen Funktionsträgern» zu sprechen (vgl. z.B. CHRISTIAN APPELBAUM, Einschränkung der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Diss. Bochum, Berlin 2007, Untertitel und passim; vgl. auch BGHSt 65, 286, N 36, 40, 42 f.: «staatliche Hoheitsträger»). Das würde heissen, dass Immunität die staatlichen Träger der Funktion geniessen. Damit wäre allerdings noch nicht klargestellt, um welche Funktion es geht, nämlich allein um eine staatliche, also eine Staatsfunktion. Und es würden diejenigen Träger von Staatsfunktionen begrifflich ausgeschlossen, die nicht «staatlich» sind, also z.B. Private, denen der Staat öffentliche Aufgaben delegiert hat. Auch sie müssen jedoch, soweit sie offiziell handeln, den Staat repräsentieren und in den Genuss funktionaler Immunität kommen können (vgl. nur AKANDE/SHAH [soeben zit.], 825 m.H.). Betrifft die Immunität demnach im Prinzip nicht die staatlichen Träger irgendeiner Funktion, sondern alle Träger von Staatsfunktionen, erscheint das Kompositum «Staatsfunktionsträger» (Träger als Grundwort, Staatsfunktion als Bestimmungswort) passender.

In ähnlicher Weise wäre es unpräzise, von «in-/ausländischen Funktionsträgern» zu sprechen (vgl. z.B. APPELBAUM [soeben zit.], Untertitel; vgl. auch BGHSt 65, 286, Regeste Ziff. 1, N 13, 30: «ausländische Hoheitsträger»). Denn für das Bestehen völkerrechtlicher funktionaler Immunität vor inländischen Gerichten ist nicht entscheidend, ob der Träger einer Staatsfunktion In- oder Ausländer ist, sondern, ob diese Funktion einem fremden Staate zugehört oder nicht. So kann auch ein Schweizer u.U. ausländische bzw. fremdstaatliche Funktionen wahrnehmen und muss sich insoweit auf die funktionale Immunität gegenüber schweizerischen Behörden berufen können.

³ Vgl. hierzulande bspw. die sog. absolute Immunität der Bundesparlamentarier für Äusserungen in den Räten (Art. 16 ParlG [Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 {Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10}]; Art. 162 Abs. 1 BV [Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 {BV, SR 101}]) und ihre sog. relative – d.h. aufhebbare – Immunität für strafbare Handlungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit oder Stellung stehen (Art. 17 Abs. 1 ParlG). Das VG stipuliert die relative Immunität aller durch die Bundesversammlung gewählter Behördenmitglieder und Magistratspersonen (Art. 14) und anderer Bundesbeamter (Art. 15) für Handlungen, die sich unmittelbar auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen. Das kantonale Recht kann seine Behördenmitglieder mit Immunität ausstatten (vgl. Art. 7 Abs. 2 StPO [Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 {Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0}]), vgl. z.B. im Kanton Zürich § 148 GOG ZH (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 [GOG, LS 211.1]) i.V.m.

alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu sein haben?⁴ Gewiss. Immerhin werden die Immunität geniessenden Träger schweizerischer Funktionen nicht als solche geboren, sondern – nicht selten direkt oder indirekt vom Volk – berufen. Weiter kann es für die Ausstattung von Funktionsträgern mit Immunität gute Gründe geben. Bestimmte Träger inländischer Funktionen kommen etwa deshalb in den Genuss einer (u.U. widerrufbaren) Immunität, weil man ihre Arbeit vor missbräuchlicher (bspw. politisch motivierter) Belästigung schützen will.⁵ Die Motivation, Träger ausländischer Funktionen vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen, ist dagegen eine andere. Es geht hierbei darum, die fremde Staatensouveränität zu respektieren bzw. völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.⁶

Art. 110 Abs. 3 StGB. Je nach Rechtsordnung ist es auch möglich, einer (eventuell nicht funktionstragenden) Person nach der Tatbegehung Immunität für die begangene Tat zu verleihen. So kann die brasilianische Staatsanwaltschaft u.U. mutmasslichen Tatbeteiligten Immunität im Gegenzug für Informationen oder ein andere Tatbeteiligte belastendes Geständnis gewähren (vgl. Art. 4 § 4 Lei N° 12.850, de 2 de agosto 2013). Das hiesige Recht kennt eine solche «retrospektive» Immunität in Gestalt der Amnestie (Art. 384 Abs. 2 StGB; wobei diese Bestimmung nicht auf Transaktionen zielt und die Amnestiekompetenz im Einklang mit Art. 173 Abs. 1 lit. k BV der Bundesversammlung zuweist). Selten sind die Fälle, in denen Nicht-Funktionsträgern Immunität *pro futuro* eingeräumt wird, vgl. z.B. im Völkerstrafrecht die Resolutionen 1422 vom 12. Juli 2002 und 1487 vom 12. Juni 2003 des VN-Sicherheitsrates, je i.V.m. Art. 16 Römer Statut (Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 [SR 0.312.1]), die neben «officials» auch «personnel» (für eine bestimmte Dauer) vor Strafverfolgung durch den IStGH schützen (zur erstgenannten Resolution s. z.B. SEBASTIAN HESELHAUS, Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung der Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, ZaöRV 2002, 907 ff., 914 ff.).

⁴ Vgl. exemplarisch Art. 6 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789; Art. 1 Satz 1 und Art. 7 AEMR (Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 [UN Doc. A/RES/3/217 A]); Art. 3 Abs. 1 dGG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949); Art. 26 IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 [SR 0.103.2]); Art. 8 BV.

⁵ Vgl. z.B., bezogen auf die in Fn. 3 erwähnte «relative» Immunität von Bundesparlamentariern, Ziff. 3.3 lit. c Ziff. I Handlungsgrundsätze der Immunitätskommission des Nationalrates und der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zur Anwendung der Artikel 17 und 17a des Parlamentsgesetzes sowie des Artikels 14 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 27. Juni / 15. November 2012. Krit. CHRISTOF RIEDO, Richter in eigener Sache: Über die relative Immunität von Parlamentariern, recht 2018, 255 ff., 257 f.

⁶ Vgl., je m.H., IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., Ziff. 51 ff.; JAMES CRAWFORD, Brownlie's Principles of Public International Law,

B. Grundzüge des völkerrechtlichen Immunitätsrechtes

Die Immunität von Trägern ausländischer Funktionen kann sich direkt aus internationalen Übereinkommen (Völkervertragsrecht) ergeben,⁷ wird jedoch hauptsächlich durch das Völkergewohnheitsrecht regiert. Dessen Bildung setzt bekanntlich zwei Elemente voraus: eine allgemeine Übung bzw. hinreichend gefestigte Staatenpraxis (*consuetudo*; objektives Element) und eine diese tragende Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*; subjektives Element).⁸

Von der Warte des Völkerrechts aus betrachtet sind zwei Arten von Immunität auseinanderzuhalten:⁹ die funktionale und die personale Immunität.¹⁰ Die erstgenannte Immunitätsart (auch Immunität *ratione materiae* genannt) ist *handlungsbezogen* und deckt alle offiziellen Handlungen (*official acts*) ab. Unerheblich ist, welche Stellung der handelnde Funktionsträger innerhalb des Staatsapparates einnimmt, ob er zum Beispiel Minister, Polizist, Soldat oder gar ein Privater, dem eine staatliche Funktion zugeteilt wurde, ist. Von der funktionalen Immunität sind jedoch Privathandlungen (*private acts*) der Funktionsträger ausgenommen. Die funktionale Immunität wirkt zeitlich unbegrenzt und besteht somit auch nach Beendigung der

Funktionsträgerstellung fort. Diese Immunitätsart folgt aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (*par in parem non habet imperium*):¹¹ Könnte ein Staat ein Strafverfahren gegen einzelne Träger fremdstaatlicher Funktionen führen, welche für den fremden Staat öffentliche Aufgaben wahrgenommen haben, so könnte er indirekt das tun, was er direkt nicht kann, nämlich über das Verhalten des anderen Staates zu Gericht sitzen. Er könnte sogar die Strafverfolgung nutzen, um Änderungen in der Politik des anderen Staates zu erzwingen.¹²

Demgegenüber ist die personale Immunität (auch Immunität *ratione personae* genannt) *statusbezogen*. Hochrangige Staatsfunktionsträger (*high-ranking state officials*) – es sind dies Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Aussenminister («troika») – genießen während ihrer Amtszeit vollständige Immunität auch für private und vor der Amtszeit begangene Handlungen.¹³ Die personale Immunität bildet prinzipiell ein Verfahrenshindernis, das mit dem Ende der Amtszeit entfällt. Zweck der personalen Immunität ist es, einen Mindestbestand an äusserer Handlungs- und Bewegungsfreiheit bestimmter Repräsentanten eines Staates zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des zwischenstaatlichen Verkehrs zu gewährleisten.¹⁴

9. Aufl., Oxford/New York 2019, 470 f.; vgl. auch ROBERT CRYER/DARRYL ROBINSON/SERGEY VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4. Aufl., Cambridge 2019, 506 ff.; GERHARD WERLE/FLORIAN JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 5. Aufl., Tübingen 2020, N 804 m.H.

⁷ Vgl. bezüglich der Diplomaten das WÜDB (Art. 31 und 39) und hinsichtlich der Konsuln das WÜKB (Art. 43 und 53).

⁸ Vgl. ausf. zu den Voraussetzungen der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht (i.S.v. Art. 38 Ziff. 1 lit. b IGH-Statut [Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 {SR 0.193.501}]) IGH *Federal Republic of Germany v. Denmark*, *Federal Republic of Germany v. Netherlands* (20. Februar 1969), ICJ Rep. 1969, 3 ff., Ziff. 74 ff.; *Nicaragua v. United States of America* (27. Juni 1986), ICJ Rep. 1986, 14 ff., Ziff. 207; ALAIN PELLET/DANIEL MÜLLER, in: Andreas Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, A Commentary, 3. Aufl., Oxford 2019, Art. 38 N 212 ff.; TORS- TEN STEIN/CHRISTIAN VON BUTTLAR/MARKUS KOTZUR, *Völkerrecht*, 14. Aufl., München 2017, N 124 ff.; ANDREAS VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 4. Aufl., Heidelberg 2019, N 251 ff.

⁹ Weitere mögliche (nicht im Völkerecht angelegte) Unterscheidungen wurden in Fn. 3 angedeutet: unbedingte Immunität vs. (resolutiv) bedingte Immunität, Ex-ante-Immunität vs. Ex-post-Immunität, zeitlich unlimitierte vs. während der Amtszeit geltende vs. kalendermässig festgelegte Immunität.

¹⁰ Teilweise wird zusätzlich die Staatenimmunität unterschieden, die Klagen gegen einen Staat vor den Gerichten eines anderen Staates verhindert (vgl. z.B. WERLE/JESSBERGER [Fn. 6], N 803 m.H.). Diese Art von «Immunität» ist für die vorliegende Untersuchung jedoch nicht unmittelbar relevant, da es im (Völker-)Strafrecht stets um die Verantwortlichkeit von *Individuen* bzw. jedenfalls nicht von Staaten geht.

¹¹ Der Grundsatz ist in Art. 2 Ziff. 1 VN-Charta (Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 [SR 0.120]) verankert. Soweit allerdings die funktionale Immunität auch nicht-hoheitliche offizielle Handlungen (*non-sovereign official acts*) betrifft (vgl. oben Fn. 2 m.H.), muss dies auf einen anderen Grund zurückgeführt werden.

¹² Vgl. zum Ganzen, je m.H., JStGH, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Blaškić* (29. Oktober 1997), IT-95-14-AR 108, Ziff. 38; AKANDE/SHAH (Fn. 2), 825 ff.; CRAWFORD (Fn. 6), 471; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 508 f., 511; SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl., Basel 2021, N 811; ROSANNE VAN ALEBEEK, *Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts*, in: Tom Ruys/Nicolas Angelet/Luca Ferro (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge 2019, 496 ff.; WERLE/JESSBERGER (Fn. 6), N 804 ff.; ANDREAS R. ZIEGLER/JORUN BAUMGARTNER, in: Hans Vest et al. (Hrsg.), *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB*, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 264n N 23; ANDREAS R. ZIEGLER/STEFAN WEHRENBURG, *Völkerrechtliche Immunität vor Strafverfolgung in der Schweiz*, in: André Kuhn et al. (Hrsg.), *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive*, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 1111 ff., 1115.

¹³ Für Diplomaten und Konsuln bestehen, wie gesagt, spezielle völkervertragsrechtliche Regelungen (vgl. Art. 31 und 39 WÜDB, Art. 43 und 53 WÜKB).

¹⁴ Vgl. zum Ganzen, je m.H., IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., Ziff. 51 ff.; AKANDE/SHAH (Fn. 2), 818 ff.; CRAWFORD (Fn. 6), 471 f.; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 508 ff., 517, 519;

Ein Staat kann auf beide Arten der Immunität von Trägern seiner Funktionen verzichten.¹⁵

C. Das Immunitätsrecht vis-à-vis Völkerrechtsverbrechen

Vorstehend wurden die Grundzüge des völkerrechtlichen Immunitätsrechtes (in Strafsachen) skizziert. Was aber, wenn ein im Prinzip Immunität geniessender Funktionsträger nicht irgendeines Verbrechens, sondern eines *Völkerrechtsverbrechens* (oder der Teilnahme an einem solchen) beschuldigt wird? Solche Verbrechen heben sich von den anderen ab, sie sind nämlich die «schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren»¹⁶. Sie werden ihrer Natur entsprechend oftmals unter Benutzung eines staatlichen Apparates bzw. von führenden Funktionsträgern begangen.¹⁷ Folglich ist die Frage nach einer allfälligen Immunität der Täterschaft (oder Teilnehmerschaft) in völkerstrafrechtlichen Verfahren besonders relevant. Das schweizerische Recht verneint sie pauschal, soweit es um die hiesige Verfolgung von Trägern *inländischer* Funktionen wegen Völkerrechtsverbrechen geht (vgl.

Art. 264n StGB, Art. 114b MStG). Geht es um die Verfolgung von Trägern *ausländischer* Funktionen, so kann nur das Völkergewohnheitsrecht Antwort auf die Frage geben. Dieses bzw. die einschlägigen Autoritäten scheinen folgende, differenzierende Antwort bereitzuhalten:

Die *personale* Immunität gilt auch für Völkerrechtsverbrechen.¹⁸ Während der Amtsdauer darf somit ein hochrangiger Funktionsträger auch wegen solcher Verbrechen nicht verfolgt werden. Allerdings wird vielfach die Position vertreten, dass die personale Immunität bei Verfolgung vor (bestimmten) *internationalen* Strafgerichten nicht greift.¹⁹ Vor dem Internationalen Strafgerichtshof ist dies (für Völkerrechtsverbrechen) gemäss Art. 27 Römer Statut ohnehin nicht der Fall, allerdings gilt diese Regelung nicht gegenüber Nicht-Vertragsstaaten,²⁰ sodass der Streit über eine völkergewohnheitsrechtliche Einschränkung

GLESS (Fn. 12), N 811; MURIEL UBÉDA-STAILLARD, Foreign Officials Entitled to (Absolute) Personal Immunity during Their Time in Office, in: Tom Ruys/Nicolas Angelet/Luca Ferro (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge 2019, 481 ff., 484 ff.; WERLE/JESSBERGER (Fn. 6), N 804 und 812; ZIEGLER/BAUMGARTNER (Fn. 12), Art. 264n N 23; ZIEGLER/WEHRENBURG (Fn. 12), 1115, 1120 f.

¹⁵ Vgl. CRAWFORD (Fn. 6), 472, 486 f.; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 509; ZIEGLER/WEHRENBURG (Fn. 12), 1115 f. m.H.; vgl. auch BGE 115 Ib 496; ILC, Eighth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/739 (28. Februar 2020), Draft article 11; APPELBAUM (Fn. 2), 73 ff.

¹⁶ Vgl. Präambel und Art. 5 Ziff. 1 Satz 1 Römer Statut. Mit Völkerrechtsverbrechen sind hier die vier Kernverbrechen gemeint, also Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggression (für einen Überblick hierzu vgl. ANDRÉS PAYER, Einführung in das Völkerstrafrecht, ius.full 2021, 86 ff.). Bei den angegebenen Quellen wird manchmal freilich ein engerer (z.B. die Aggression ausschliessender) oder weiterer (z.B. die Folter und/oder Apartheid einschliessender) Begriff verwendet.

¹⁷ In diesem Sinne auch IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., gemeinsames Separatvotum HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, Ziff. 79; AKANDE/SHAH (Fn. 2), 816; FLORIAN JESSBERGER/APIZ EPIK, Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten – zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 – 3 StR 564/19, JR 2022, 10 ff., 14; GERHARD WERLE, JZ 2021, 732 ff., 735; DERS./JESSBERGER (Fn. 6), N 100 und 800; vgl. auch FRANK/BARTHE (Fn. 2), 239.

¹⁸ Vgl. IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., Ziff. 58; CRAWFORD (Fn. 6), 484 f.; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 508, 511, 517 ff. m.w.H.; CLAUS KRESS, in: Kai Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court, article-by-article commentary*, 4. Aufl., München et al. 2021, Art. 98 N 90 m.H.; WERLE/JESSBERGER (Fn. 6), N 819. Das leuchtet ein, denn sonst würde der Zweck der personalen Immunität konterkariert. Ausserdem bestünde eine (zu) grosse Missbrauchsgefahr: Gewisse Staaten dürften in bestimmten Situationen nicht davor zurückschrecken, einen amtierenden hochrangigen Funktionsträger fälschlich der Völkerrechtsverbrechen zu bezichtigen, bloss um politische Ziele zu erreichen. Diese Gefahr besteht zwar auch beim Ausschluss von Völkerrechtsverbrechen von der funktionalen Immunität, dort aber betrifft sie immerhin nicht das «Herz» der gegenwärtigen fremden Regierung.

¹⁹ So IStGH, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Al Bashir* (6. Mai 2019), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Ziff. 100 ff., 113 ff., und gemeinsames Zustimmungsvotum EBOE-OSUJI et al., Ziff. 52 ff.; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Al Bashir* (15. Dezember 2011), ICC-02/05-01/09-139-Corr, Ziff. 33 ff.; Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Taylor* (31. Mai 2004), SCSL-2003-01-I, Ziff. 43 ff. und 52 f.; KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5. Aufl., München 2018, § 7 N 104; KRESS, *Rome Statute* (Fn. 18), Art. 98 N 114, 123; tendenziell auch WERLE/JESSBERGER (Fn. 6), N 816; vgl. auch IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., Ziff. 61 (dazu allerdings CRYER/ROBINSON/VASILIEV [Fn. 6], 528). Krit. z.B. CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 526 ff. m.H.; vgl. auch ROBERT UERPMANN-WITZACK, Immunität vor internationalen Strafgerichten, AVR 2006, 33 ff., 36 ff.; HARMEN VAN DER WILT, Immunities and the International Criminal Court, in: Tom Ruys/Nicolas Angelet/Luca Ferro (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge 2019, 595 ff., 599 f.

²⁰ Es sei denn, der VN-Sicherheitsrat ordnet dies auf der Grundlage von Kap. VII VN-Charta an (str., vgl. nur VAN DER WILT [Fn. 19], 600 ff. m.H.).

kung der personalen Immunität vor internationalen Strafgerichten durchaus von praktischer Bedeutung ist.

Bei der *funktionalen* Immunität steht die Lage anders: Vieles spricht dafür, dass sie bei Völkerrechtsverbrechen nicht greift, auch nicht vor staatlichen Gerichten.²¹ Die Begründungen für diese Einschränkung der funktionalen Immunität gehen freilich auseinander. Eine Meinung qualifiziert Völkerrechtsverbrechen stets als «private acts» der Funktionsträger;²² eine andere geht von einem eigentlichen Ausschluss von Völkerrechtsverbrechen von der funktionalen Immunität aus;²³ wieder andere gehen noch

weiter und meinen, Verletzungen des *ius cogens* seien generell von der funktionalen Immunität ausgeschlossen.²⁴

Demgegenüber stehen Stimmen, welche sich (de lege lata) auch betreffend Völkerrechtsverbrechen für die funktionale Immunität vor nationalen Gerichten aussprechen.²⁵ In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Berichte der Völkerrechtskommission (International Law Commission, ILC) und von deren Sonderberichterstattern zu beachten, die für viel Verunsicherung gesorgt haben. Die Kommission befasst sich seit 2007 mit der Immunität von Staatsfunktionsträgern gegen ausländische Strafgerichtsbarkeit. Der erste Sonderberichterstatter KOLODKIN vertrat in seinem Bericht von 2010 die Auffassung, dass nach dem geltenden Völkergewohnheitsrecht keine Ausnahme für Völkerrechtsverbrechen von der funktionalen Immunität bestehe.²⁶ Seine Nachfolgerin ESCOBAR HERNÁNDEZ meinte dagegen im Jahr 2016, die Staatenpraxis lasse eine «klare Tendenz» erkennen, die Begehung von Völkerstraftaten als Hindernis für die Anwendung der funktionalen Immunität zu betrachten.²⁷ Der von ESCOBAR HERNÁNDEZ vorgeschlagene, entsprechend formulierte Draft article 7 wurde von der Völkerrechtskommission jedoch ausnahmsweise nicht einstimmig, sondern (nur) mit 21:8 Stimmen bei einer Enthaltung angenommen,²⁸ wobei die Mehrheit dies als Schritt zur Entwicklung des Völkerrechts – und mithin nicht als Proklamation der *lex lata* – verstanden haben

²¹ Vgl. JStGH, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Blaškić* (29. Oktober 1997), IT-95-14-AR 108, Ziff. 41; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, 2009, Art. III Ziff. 1; DASS., Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Resolution 2001, Art. 13 Ziff. 2; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 508, 511 ff., 514 ff. (die allerdings auch «room for doubt and disagreement» konstatieren und Gegenindizien präsentieren); FRANK/BARTHE (Fn. 2), 238 ff. m.H.; WERLE/JESSBERGER (Fn. 6), N 807 ff.; vgl. überdies die Hinweise in den folgenden drei Fn., das hier besprochene Urteil des BGH (m.w.H.) und die zit. Besprechungen dazu. Zurückhaltend CRAWFORD (Fn. 6), 485 f.; tendenziell auch ZIEGLER/WEHRENBURG (Fn. 12), 1121, 1123 f. Ausf. zum Streit VAN ALEBEEK, Functional Immunity (Fn. 12), 508 ff.

²² Z.B. IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., gemeinsames Separatvotum HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, Ziff. 85; VAN DER WILT (Fn. 19), 596; vgl. auch Beschluss des Gerichtshof Amsterdam R 97/163/12 Sv u.a. vom 20. November 2000, E. 4.2 (dieses Urteil wurde jedoch aus Gründen mangelnder Strafgerichtsbarkeit aufgehoben, vgl. Urteil des Hoge Raad 00749/01 CW 2323 vom 18. September 2001); VAN ALEBEEK, Functional Immunity (Fn. 12), 521; ferner Urteil des UK House of Lords *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet* vom 24. März 1999, 38 ILM 581, Voten BROWNE-WILKINSON (insb. 593 ff.), HUTTON (insb. 628 ff., 634) und PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS (insb. 662). Krit. z.B. IGH *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14. Februar 2002), ICJ Rep. 2002, 3 ff., Sondervotum VAN DEN WYNGAERT, Ziff. 36; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 513 m.H.

²³ Z.B. AKANDE/SHAH (Fn. 2), 839 ff.; CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 513 m.H.; HELMUT KREICKER, Völkerrechtliche Immunitäten und die Ahndung von Menschenrechtsverletzungen, JR 2015, 298 ff., 300 ff.; KRESS, Rome Statute (Fn. 18), Art. 98 N 22 ff., 31 ff. Wobei dann noch offensteht, wie dies rechtstheoretisch erklärt wird: Entweder wird die funktionale Immunität für Völkerstraftaten aufgehoben («Ausnahme») oder sie besteht von vornherein nicht für solche Taten («Begrenzung»). Vgl. unten II.2. und auch VAN ALEBEEK, Functional Immunity (Fn. 12), 518. Freilich dürfte vielen, die im vorliegenden Kontext von einer «Ausnahme» für Völkerrechtsverbrechen von der funktionalen Immunität sprechen, diese subtile – aber wichtige (Stichwort: Beweislastverteilung), vgl. die soeben zit. VAN ALEBEEK – Unterscheidung nicht

vor Augen stehen. Hier wird von «Ausschluss» gesprochen, da dieser Begriff beide Erklärungsmodelle zu umfassen vermag.

²⁴ Z.B. Entscheidung der US Court of Appeals, Fourth Circuit, *Yousuf v. Samantar* vom 2. November 2012, 699 F3d 763; vgl. auch ALEXANDER ORAKHELASHVILI, State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong, EJIL 2007, 955 ff., 964 m.H. Krit. CRYER/ROBINSON/VASILIEV (Fn. 6), 506 f.; KRESS, Rome Statute (Fn. 18), Art. 98 N 30; ausf. PIERRE D'ARGENT/PAULINE LESAFFRE, Immunities and Jus Cogens Violations, in: Tom Ruys/Nicolas Angelet/Luca Ferro (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge 2019, 614 ff.

²⁵ Z.B. SEAN D. MURPHY, Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where Is the State Practice in Support of Exceptions?, AJIL Unbound 2018, 4 ff.; INGRID WUERTH, Pinochet's Legacy Reassessed, AJIL 2012, 731 ff.

²⁶ Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/631 (10. Juni 2010), Ziff. 90 ff. Krit. zu seiner Argumentation bspw. FRANK/BARTHE (Fn. 2), 262 ff.

²⁷ Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/701 (14. Juni 2016), Ziff. 179.

²⁸ Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, UN Doc. A/72/10, New York 2017, Ziff. 74 auf S. 164 f.

dürfte.²⁹ Bei der anschliessenden Beratung im Rechtsausschuss (Sixth Committee) der Generalversammlung der Vereinten Nationen kam neben zustimmenden Voten Kritik auf, die von punktuellen Bemängelungen bis hin zur gänzlichen Ablehnung des Draft article 7 Ziff. 1 reichte.³⁰ Auch die schweizerische Vertretung im Rechtsausschuss äusserte sich in ihrer Stellungnahme 2017 kritisch.³¹ Der Bericht von 2016 bzw. Draft article 7 wurde später ausserdem im Schrifttum z.T. stark kritisiert.³²

Auch das Bundesstrafgericht – das bisher offenbar einzige Schweizer Gericht, das sich zur Frage nach der funktionalen Immunität von Trägern ausländischer Funktionen für Völkerrechtsverbrechen geäussert hat – war sich 2012 bezüglich der Völkerrechtslage nicht sicher: Unter anderem mit Blick auf den Bericht der Völkerrechtskommission von 2011³³ hielt es fest, es sei umstritten, ob die funktionale Immunität auch Völkerrechtsverbrechen decke.³⁴ Letztlich benutzte es eine deduktive bzw. landesrechtliche Argumentation, um dem Beschuldigten keine funktionale Immunität zuzuerkennen: «[...] [I]l serait à la

fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle [ratione materiae] pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, ab initio, toute ouverture d'enquête. S'il en était ainsi, il deviendrait difficile d'admettre qu'une conduite qui lèse les valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des règles de ce même ordre juridique. Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle voulue par le législateur vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité ratione materiae.»³⁵ Dies brachte dem Bundesstrafgericht in der Literatur die Kritik ein, es sei unsicher, ob seine Haltung wirklich dem geltenden Völkergewohnheitsrecht entspreche.³⁶

Diese – nicht zuletzt von den Arbeiten der Völkerrechtskommission verursachte bzw. verstärkte – Unsicherheit zu beheben und der überzeugenden Auffassung, wonach völkergewohnheitsrechtlich die funktionale Immunität (auch vor staatlichen Gerichten) bei Völkerrechtsverbrechen nicht greift, zum Durchbruch zu verhelfen, dazu trägt ein Leiturteil des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) vom 28. Januar 2021 bei (Az. 3 StR 564/19, publiziert in BGHSt 65, 286). Die Ausführlichkeit der Untersuchung des geltenden Völkergewohnheitsrechtes in diesem Urteil sowie die hohe praktische Relevanz der betroffenen Fragestellung auch jenseits der bundesdeutschen Landesgrenzen lassen es sinnvoll erscheinen, das Urteil auch hierzulande (auszugsweise) abzudrucken und zu analysieren.

II. BGHSt 65, 286

A. Sachverhalt

Ende 2001 begann in Afghanistan ein andauernder Krieg in Form eines nichtinternationalen bewaffneten Konfliktes zwischen den durch internationale Truppen unterstützten afghanischen Regierungstreitkräften einerseits

²⁹ ROSANNE VAN ALEBEEK, The "International Crime" Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back?, *AJIL Unbound* 2018, 27 ff.

³⁰ Eine Übersicht bieten JANINA BARKHOLDT/JULIAN KULAGA, Analytical Presentation of the Comments and Observations by States on Draft Article 7, paragraph 1, of the ILC Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, United Nations General Assembly, Sixth Committee, 2017, KFG Working Paper Series, No. 14, Berlin Potsdam Research Group "The International Rule of Law – Rise or Decline?", Berlin 2018. Für eine Evaluation vgl. Sixth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/722 (12. Juni 2018), Ziff. 14; für Evaluationen aus dem Schrifttum z.B. MURPHY (Fn. 25), 7; VAN ALEBEEK, Functional Immunity (Fn. 12), 528 Fn. 152. Einigkeit besteht darüber, dass sich die Mehrheit der Staaten überwiegend positiv zu Draft article 7 geäussert hat.

³¹ Wiedergegeben bei BARKHOLDT/KULAGA (Fn. 30), 63 ff.

³² Vgl. z.B. MATHIAS FORTEAU, Immunities and International Crimes before the ILC – Looking for Innovative Solutions, *AJIL Unbound* 2018, 22 ff. (der 2012–2016 auch der Völkerrechtskommission angehörte); MURPHY, (Fn. 25), 4 ff. (der auch Kommissionsmitglied und dort in der Abstimmung zu Draft article 7 unterlegen war); QUIMMIN SHEN, Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, *AJIL Unbound* 2018, 9 ff.; vgl. auch VAN ALEBEEK, ILC Draft Articles (Fn. 29), 27 ff. S. auch, ausschliesslich die Argumentationsweise des Berichtes kritisierend, im Ergebnis aber mit diesem einig, FRANK/BARTHE (Fn. 2), 267 f.

³³ Report of the International Law Commission, Sixty-third session, UN Doc. A/66/10, New York 2011 (vgl. dort insb. Ziff. 115 ff.).

³⁴ Vgl. TPF 2012 97, E. 5.2 i.V.m. 5.3.6 i.V.m. 5.4.3.

³⁵ TPF 2012 97, E. 5.4.3. Somit durfte die Bundesanwaltschaft gegen den der Kriegsverbrechen verdächtigten ehemaligen Verteidigungsminister und Regierungsbeteiligten von Algerien ein Verfahren eröffnen.

³⁶ Vgl. ZIEGLER/BAUMGARTNER (Fn. 12), Art. 264n N 33; ZIEGLER/WEHRENBURG (Fn. 12), 1123. Diese Autoren meinten, fest stehe nur, dass funktionale Immunitäten in Strafverfahren vor internationalen Gerichten wegen Völkerrechtsverbrechen unbeachtlich seien.

und den Taliban und weiteren nichtstaatlichen bewaffneten Gruppierungen andererseits.

A war als Oberleutnant der afghanischen Armee auf einem ihrer Stützpunkte tätig. Ende 2013 / Anfang 2014 beteiligte er sich im Rahmen einer Befragung dreier gefesselter Gefangener an deren Misshandlung. Mit dem Ziel, Informationen über einen Anführer und Waffenverstecke der Taliban zu erhalten, schlug er sie, zog sie an den Haaren, schlug u.a. den Kopf eines Gefangenen in schneller Folge vier Mal gegen eine Holzwand und drohte einem von ihnen u.a. an, er werde ihn an Strom anschliessen, während ein Soldat das Geschehen filmte und ein dritter Armeeeingehöriger die Gefangenen mit einem Wasserschlauch auf den Kopf schlug.

Des Weiteren wurde A im Frühjahr 2014 dabei gefilmt, wie er daran mitwirkte, den Leichnam eines Talibankommandeurs herabwürdigend abzutransportieren und an einem hohen Schutzwall als trophäenartige Zurschaustellung aufzuhängen.

Infolgedessen verurteilte das Oberlandesgericht München (OLG) den A im Jahr 2019 wegen gefährlicher Körperverletzung, (versuchter) Nötigung und Kriegsverbrechens gegen Personen in der Variante «in schwerer Weise entwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer schützenswerten Person» (betreffend den Leichnam). Sowohl A als auch der Generalbundesanwalt (GBA) erhoben gegen dieses Urteil Revision an den BGH. Dieser hat im nachfolgend auszugsweise abgedruckten Urteil dem vom GBA erhobenen Rechtsmittel dahingehend Recht gegeben, dass A zusätzlich wegen des Kriegsverbrechens der Folter (betreffend die Befragung) zu verurteilen sei, und das Rechtsmittel des A für unbegründet erklärt.

B. Aus den Gründen

[...] B.

11 Einer Entscheidung in der Sache steht nicht das von Amts wegen zu prüfende (dazu unter I.) Verfahrenshindernis der funktionellen Immunität entgegen. Nach dem Völkergewohnheitsrecht sind – frühere – militärische Hoheitsträger wie der Angeklagte in Bezug auf Kriegsverbrechen nicht von der deutschen Strafgerichtsbarkeit befreit (II.). Da insofern keine ernstzunehmenden Zweifel bestehen, kann der Senat hierüber befinden, ohne zuvor eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen (III.). Folglich bedarf es keiner Klärung, ob eine funktionelle Immunität aus anderen Gründen ausgeschlossen wäre (IV.). Auch im Übrigen ist die deutsche Strafgerichtsbarkeit eröffnet (V.).

12 I. Der Senat hat über das Vorliegen einer etwaigen Immunität zu entscheiden, obwohl sie im vorliegenden

Verfahren nicht geltend gemacht worden ist. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist eine allgemeine Verfahrensvoraussetzung; ihr Bestehen sowie ihre Grenzen sind als Rechtsfrage in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Dezember 1977 – 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342, 359; BGH, Urteile vom 3. März 2016 – 4 StR 496/15, StV 2017, 103 Rn. 20; vom 19. Dezember 2017 – XI ZR 796/16, BGHZ 217, 153 Rn. 15). Soweit eine völkergewohnheitsrechtliche Immunität gegeben ist, ist eine solche generell beachtlich, unabhängig davon, ob sich dies aus § 20 Abs. 2 GVG (vgl. Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl., § 20 Rn. 2 ff.; MüKoZPO/Zimmermann, 5. Aufl., § 20 GVG Rn. 9 f.) oder direkt aus Art. 25 GG ergibt (vgl. zu § 20 GVG aF BGH, Urteil vom 26. September 1978 – VI ZR 267/76, NJW 1979, 1101; s. auch Verbalnote der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei den Vereinten Nationen vom 6. April 2017, 190/2017).

13 II. Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist die strafrechtliche Ahndung von Kriegsverbrechen der Folter und der in schwerwiegender Weise entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlung sowie wegen damit zugleich verwirklichter allgemeiner Straftatbestände wie gefährlicher Körperverletzung und Nötigung durch ein inländisches Gericht nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Taten durch einen ausländischen nachrangigen Hoheitsträger in Ausübung seiner hoheitlichen Tätigkeit im Ausland zum Nachteil von nicht inländischen Personen begangen wurden. Im Einzelnen:

14 1. Eine allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Buchst. b IGH-Statut ist eine Regel, die von einer gefestigten Praxis zahlreicher, aber nicht notwendigerweise aller Staaten («consuetudo» oder «usus») in der Überzeugung einer völkerrechtlichen Verpflichtung («opinio iuris sive necessitatis») getragen wird (BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 2019 – 2 BvR 824/15 u.a., NJW 2019, 2761 Rn. 32 mwN; vgl. auch IGH, Urteil vom 3. Februar 2012 – 1031 – Deutschland / Italien – I.C.J. Reports 2012, 99 Rn. 55). An ihre Feststellung sind wegen der darin zum Ausdruck kommenden grundsätzlichen Verpflichtung aller Staaten hohe Anforderungen zu stellen (BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 2019 – 2 BvR 824/15 u.a., aaO Rn. 31 mwN).

15 Zur Ermittlung der Staatenpraxis kann auf das Verhalten der für den völkerrechtlichen Verkehr nach internationalem oder nationalem Recht zuständigen Staatsorgane, regelmäßig die Regierung oder das Staatsoberhaupt, abzustellen sein. Die Staatenpraxis kann sich daneben aber auch aus den Akten anderer Staatsorgane wie solchen des Gesetzgebers oder der Gerichte ergeben, soweit ihr Verhalten unmittelbar völkerrechtlich erheblich ist (BVerfG, Beschluss vom 5. November 2003 – 2 BvR 1506/03,

BVerfGE 109, 38, 54 mwN). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt zwar weiter, dass richterliche Entscheidungen, wie auch völkerrechtliche Lehrmeinungen, nur als Hilfsmittel für die Klärung von Völkergewohnheitsrecht heranzuziehen sind. Allerdings ist bei der Ermittlung der Staatenpraxis den neueren Rechtsentwicklungen auf internationaler Ebene Rechnung zu tragen, die durch fortschreitende Differenzierung und eine Zunahme der anerkannten Völkerrechtssubjekte gekennzeichnet sind. Deshalb verdienen die Handlungen von Organen internationaler Organisationen und vor allem internationaler Gerichte besondere Aufmerksamkeit (BVerfG, Beschluss vom 5. November 2003 – 2 BvR 1506/03, aaO). Zudem können die Entscheidungen nationaler Gerichte insbesondere dort berücksichtigt werden, wo, wie im Bereich der gerichtlichen Immunität fremder Staaten, das innerstaatliche Recht den nationalen Gerichten die unmittelbare Anwendung von Völkerrecht gestattet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Dezember 1977 – 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342, 367 f.). Ferner können die Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen Indiz für das Bestehen einer Rechtsüberzeugung sein (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 8. Mai 2007 – 2 BvM 1/03, BVerfGE 118, 124, 136 f.; vom 6. Dezember 2006 – 2 BvM 9/03, BVerfGE 117, 141, 161).

16 2. 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.

17 a) Im Ausgangspunkt geklärt ist, dass ein Staat angesichts der souveränen Gleichheit der Staaten zumindest in Bezug auf Hoheitsakte (*acta iure imperii*) grundsätzlich keiner fremden staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen ist (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 27. Oktober 2020 – 2 BvR 558/19, juris Rn. 18 f.; vom 6. Mai 2020 – 2 BvR 331/18, NJW 2020, 3647 Rn. 18 ff.; IGH, Urteil vom 3. Februar 2012 – 1031 – Deutschland / Italien – I.C.J. Reports 2012, 99 Rn. 53 ff.; BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – XI ZR 796/16, BGHZ 217, 153 Rn. 16 ff.; Steinberger, *State Immunity* in EPIL Bd. 4, 615, 619; Isensee/Kirchhof/F. Becker, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., § 230 Rn. 81). Daraus kann sich auch eine funktionelle Immunität für natürliche Personen als Ausfluss der Staatenimmunität ergeben, da ein Staat regelmäßig nur durch solche handeln kann (s. EGMR, Urteil vom 14. Januar 2014 – 34356/06 u.a. – Jones u.a. / Vereinigtes Königreich – ECHR 2014-I, 1 Rn. 202 ff.; BGH, Urteil vom 26. September 1978 – VI ZR 267/76, NJW 1979, 1101; IStGHJ, Urteil vom 29. Oktober 1997 – IT-95-14-AR 108 – Blaskic – Rn. 41; Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl., § 20 Rn. 3). Allerdings ist hier Ge-

genstand des Verfahrens und Bezugspunkt der etwaigen Immunität nicht das hoheitliche Handeln eines fremden, an dem Gerichtsverfahren nicht beteiligten Staates im Allgemeinen, sondern die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit einer natürlichen Person für Kriegsverbrechen, die sie als in der Staatsorganisation nicht besonders herausgehobener Hoheitsträger eines fremden Staates begangen haben soll. Eine in einem solchen Fall zu erwägende funktionelle Immunität ist von anderen Immunitäten, insbesondere der personellen (*ratione personae*), zu unterscheiden. Gleiches gilt für den Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung.

18 b) Es besteht eine allgemeine Staatenpraxis dahin, dass bei der aufgezeigten Sachlage eine Strafverfolgung durch ein nationales Gericht möglich ist. Staatliche Organe und Gerichte haben vielfach fremde Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen, Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich verfolgt und verurteilt.

19 Da diese eine Immunität ablehnenden Entscheidungen von großer Anzahl und erheblicher Bedeutung sind, fällt es im Ergebnis nicht ins Gewicht, dass der Nachweis einer Immunität gewährenden und mithin regelmäßig zu keinen Gerichtsverfahren führenden Übung unter Umständen schwerer fallen kann als das Auffinden solcher Erkenntnisse, die ein Strafverfolgungshindernis verneinen und zu einer Verurteilung gelangen. Im Übrigen wäre selbst bei einer von Immunität ausgehenden Praxis damit zu rechnen, dass es wegen deren Nichtbeachtung oder Anwendungszweifeln im Einzelfall zu Gerichtsentscheidungen kommt, die sie bestätigen. Solche Aussprüche sind indes nicht ersichtlich. Im Gegenteil wurde die innerstaatliche Gerichtsbarkeit regelmäßig als gegeben erachtet.

20 aa) Beispielsweise wurden zahlreiche Verantwortliche des nationalsozialistischen Regimes nicht nur durch den internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, sondern auch durch Strafgerichte anderer Staaten verurteilt (vgl. etwa UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Bd. VII, 1 ff., 23 ff.; Bd. XIII, 70 ff.; Bd. XIV, 23 ff.; *Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle* N. 239 [1983]; *CanLII* 129 (SCC), [1994] 1 SCR 701).

21 bb) Ähnliches gilt für die Ahndung von Verbrechen im ehemaligen Jugoslawien. So wurden etwa in Deutschland – neben anderen – ein Angehöriger der örtlichen serbischen Streitkräfte und der Leiter einer örtlichen Polizeistation wegen Beihilfe zum Völkermord sowie weiterer Delikte verurteilt (s. BGH, Beschluss vom 21. Februar 2001 – 3 StR 244/00, NJW 2001, 2732; BayObLG, Urteile vom 23. Mai 1997 – 3 St 20/96, NJW 1998, 392; vom 15. Dezember 1999 – 6 St 1/99). Im Übrigen stand der Verurteilung eines ruandischen Bürgermeisters wegen Völkermords dessen frühere Position ebenfalls nicht entgegen (s. BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 – 3 StR 575/14,

JZ 2016, 103; OLG Frankfurt, Urteil vom 29. Dezember 2015 – 4 – 3 StE 4/10 – 4 – 1/15, juris).

22 cc) Ergänzend lassen sich weitere Verfahren vor nationalen Gerichten wegen Straftaten anführen, bei welchen die Angeklagten im Tatzeitraum Hoheitsträger waren (vgl. insbesondere die sogleich unter c) cc) aufgeführten Entscheidungen). In den letzten Jahren wurden beispielsweise mehrere ehemalige Angehörige der irakischen Armee durch europäische Gerichte wegen Kriegsverbrechen verurteilt (s. zu einzelnen Beispielen Barthe, *Journal of International Criminal Justice* 16 [2018], 663, 665 ff.).

23 c) Neben der entsprechenden einhelligen Staatenpraxis existiert eine allgemeine Überzeugung, dass nach dem Völkerrecht – sofern eine funktionelle Immunität fremder Hoheitsträger gleich welchen Ranges für hoheitliches Handeln anzunehmen sein sollte – jedenfalls die Strafverfolgung niederrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte durch nationale Gerichte zulässig ist (vgl. allgemein zur Inanspruchnahme des Einzelnen durch das Völkerstrafrecht BVerfG, Beschluss vom 18. November 2020 – 2 BvR 477/17, JZ 2021, 142 Rn. 18).

24 aa) Der zu den «Nürnberger Prinzipien» gezählte Art. 7 des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofs vom 8. August 1945 sah ausdrücklich vor, dass die amtliche Stellung eines Angeklagten, sei es als Oberhaupt eines Staates oder als verantwortlicher Beamter in einer Regierungsabteilung, nicht als Strafausschließungsgrund oder Strafmilderungsgrund gelten solle. Er setzte damit ersichtlich die Gerichtsbarkeit über die genannten Personen in Bezug auf die der Zuständigkeit des Gerichtshofs unterfallenden Verbrechen – Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 6 des Statuts) – voraus. Wenngleich der Gerichtshof ausschließlich zur Aburteilung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der europäischen Achse gebildet wurde (Art. 1 des Statuts; zur besonderen staatsrechtlichen Situation Deutschlands nach dem Krieg BVerfG, Urteil vom 29. Juli 1952 – 2 BvE 3/51, BVerfGE 1, 351, 367; Beschluss vom 21. Oktober 1987 – 2 BvR 373/83, BVerfGE 77, 137, 154; s. auch Art. 107 VN-Charta), sind die durch das Statut anerkannten Prinzipien bereits im Jahr 1946 durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen bekräftigt (UN Doc. A/RES/95[I]) und im Folgenden vermehrt als allgemeine Grundsätze herangezogen worden (vgl. zur Unbeachtlichkeit der staatlichen Funktion bei Kriegsverbrechen auch US Department of the Army, Field Manual FM 27-10, The Law of Land Warfare vom 18. Juli 1956, Nr. 510). Beispielsweise sind sie bei der Schaffung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs mit bedacht worden (s. BT-Drucks. 14/2682 S. 100, 101; Kirsch, Wash. U. Global Stud. Law Review 6 [2007], 501;

zum Ausgangspunkt für die Herausbildung einer internationalen Strafjustiz für Verbrechen gegen die Humanität auch BVerfG, Urteil vom 28. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273, 297).

25 bb) Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (s. UN Doc. S/RES/827 [1993]; BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2000 – 2 BvR 1290/99, NJW 2001, 1848, 1853) hat angenommen, dass für die Begehung von Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord Verantwortliche sich selbst dann nicht auf die Immunität von nationaler oder internationaler Gerichtsbarkeit berufen könnten, wenn sie die Verbrechen in Ausübung ihrer staatlichen Funktion begangen hätten (IStGHJ, Urteil vom 29. Oktober 1997 – IT-95-14-AR 108 – Blaskic – Rn. 41; vgl. auch IStGHJ, Urteil vom 10. Dezember 1998 – IT-95-17/1-T – Furundzija – Rn. 140). Obschon demgegenüber der Internationale Strafgerichtshof im Zusammenhang mit Immunitätsfragen internationale Gerichte, die im Interesse der internationalen Gemeinschaft als Ganzes handelten, von nationaler Rechtsprechung im Interesse eines einzelnen Staates abgegrenzt hat (daran anschließend Sondergerichtshof für Sierra Leone, Entscheidung vom 31. Mai 2004 – SCSL-2003-01-I – Taylor – Rn. 51), hat er sich nicht dazu geäußert, ob für Kriegsverbrechen vor nationalen Gerichten funktionelle Immunität bestehe (s. IStGHJ, Urteil vom 6. Mai 2019 – ICC-02/05-01/09 OA2 – Al-Bas-hir – Rn. 113; dazu etwa Chaitidou, ZIS 2019, 567, 574 ff.; s. allgemein auch Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen vom 3. Mai 1993, UN Doc. S/25704 Rn. 55).

26 cc) Nationale Gerichte haben vielfach kein Hindernis gesehen, über Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord zu entscheiden.

27 (1) Der Oberste Gerichtshof von Israel hat mit ausführlicher Begründung und unter Heranziehung der «Nürnberger Prinzipien» angenommen, dass die «Act of State»-Doktrin einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Verstößen gegen das Völkerrecht, insbesondere bei internationalen Verbrechen wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit, nicht entgegenstehe (Supreme Court, Urteil vom 29. Mai 1962 – Eichmann – International Law Reports 36 [1968], 277, 308 ff.). Auch wenn der Gerichtshof in diesem Zusammenhang nicht explizit die Immunität fremder Hoheitsträger erörtert hat (vgl. zur «act of state doctrine» BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94 u.a., BVerfGE 95, 96, 129 mwN), wird aus seiner Entscheidung und deren Begründung deutlich, dass im Ergebnis das Handeln als Hoheitsträger ein Strafverfahren vor einem fremden nationalen Gericht nicht hindert.

28 (2) Der niederländische Hohe Rat hat sich in einem die Strafverfolgung wegen Folter betreffenden Verfahren

nicht mit der Frage der Immunität auseinandergesetzt (Hoge Raad, Urteil vom 18. September 2001 – 749/01 CW 2323, *Netherlands Yearbook of International Law* 32 [2001], 282 ff.), nachdem die Vorinstanz eine Immunität mit der Begründung abgelehnt hatte, dass die Begehung solch besonders schwerer Straftaten nicht als Teil der hoheitlichen Aufgaben angesehen werden könne (Gerichtshof Amsterdam, Urteil vom 20. November 2000 – R 97/163/12 Sv u.a., *Netherlands Yearbook of International Law* 32 [2001], 266 ff.; insgesamt dazu Zegveld, *Netherlands Yearbook of International Law* 32 [2001], 98, 113 ff.). In einem späteren Verfahren hat er mit Blick auf die niederländische Rechtslage die Immunität eines Verurteilten für Taten verneint, die dieser in hoheitlicher Funktion in Afghanistan begangen hatte (Hoge Raad, Urteil vom 8. Juli 2008 – 07/10063, *International Law in Domestic Courts* 1071 [NL 2008]).

29 (3) Der belgische Kassationshof hat im Ergebnis einem Militärangehörigen in einem Strafverfahren wegen schwerer Verletzungen humanitären Völkerrechts anders als einem Staats- oder Regierungschef keine Immunität zuerkannt (Cour de cassation de Belgium, Beschluss vom 12. Februar 2003 – P.02.1139.F, *Journal Tribunaux* 2003, 243, 246 f. [International Legal Materials 42 <2003>, 596]; s. dazu Rau, *HuV-I* 2003, 92; d'Argent, *Journal Tribunaux* 2003, 247, 250 ff.).

30 (4) Das spanische Verfassungsgericht hat sich in einem Fall, der unter anderem Vorwürfe des Völkermordes und der Folter gegen frühere ausländische Hoheitsträger zum Gegenstand hatte, nicht mit dem Problem der Immunität, sondern mit der Frage der nationalen Gerichtsbarkeit befasst und diese – anders als die beanstandete Entscheidung – im konkreten Fall zumindest teilweise angenommen (Tribunal Constitucional, Urteil vom 26. September 2005 – 237/2005, *Boletín Oficial del Estado* 2005 Nr. 258 – 17753 –, 45 [International Law in Domestic Courts 137 <ES 2005>]; zur vorangehenden Entscheidung des Tribunal Supremo s. Benavides, *International Legal Materials* 42 [2003], 683, 684 f.).

31 (5) Der italienische Kassationshof ist in einem Strafverfahren, das die Tötung und Verletzung italienischer Staatsangehöriger durch einen US-amerikanischen Soldaten in Bagdad betraf, im Ergebnis davon ausgegangen, dass sich die Staatenimmunität nicht auf völkerrechtliche Verbrechen beziehe (Suprema Corte di Cassazione, Beschluss vom 24. Juli 2008 – 31171/2008, *International Law in Domestic Courts* 1085 [IT 2008]; dazu Tondini/Bertolin, *Quaderni Costituzionali* 28 [2008], 897).

32 (6) Das Schweizerische Bundesgericht ist – in einem einen früheren Verteidigungsminister betreffenden Verfahren – nach näheren Ausführungen zu dem Schluss gekommen, dass eine einhellige klare Antwort auf die Frage,

ob sich die Immunität *ratione materiae* auf alle in hoheitlicher Funktion begangenen Handlungen beziehe und dabei die vorgeworfenen schweren Verletzungen humanitären Rechts zu beachten seien, zwar nicht möglich sei. Allerdings scheide es in solchen Konstellationen aus, sich auf eine funktionelle Immunität zu berufen (Bundesgericht, Beschluss vom 25. Juli 2012 – BB.2011.140, *Arrêts du Tribunal Pénal Fédéral Suisse* 2012, 97, 113 f.).

33 (7) Der französische Kassationshof hat mehrfach zugrunde gelegt, dass prinzipiell eine Immunität für Handlungen von Hoheitsträgern in Ausübung staatlicher, nicht privatwirtschaftlicher Gewalt bestehe, davon aber Ausnahmen nach den Regeln zwingenden Völkerrechts bestehen könnten (Cour de cassation, Entscheidung vom 16. Oktober 2018 – 16-84.436, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle* 2018, 560, 563; s. auch Cour de cassation, Entscheidungen vom 19. März 2013 – 12-81.676, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle* 2013, 124; vom 23. November 2004 – 04-84.265, *Bulletin criminel* 2004, 1096; vom 13. März 2001 – 00-87.215, *Bulletin criminel* 2001, 218).

34 (8) Der Senat selbst hat in einer früheren Entscheidung zunächst auf sich beruhen lassen, ob der Grundsatz der Staatenimmunität mit gleicher Geltungskraft wie im Zivilprozessrecht «für die Strafverfolgung Bedeutung hat und fremde Staatsorgane über den Kreis der sogenannte persönliche Immunität genießenden Personen (Staatsoberhäupter, Diplomaten) hinaus schützt» (BGH, Urteil vom 30. Juli 1993 – 3 StR 347/92, *BGHSt* 39, 260, 263; vgl. auch Beschluss vom 29. Mai 1991 – StB 11/91, *NJW* 1991, 2498, 2499). Indes hat er im Folgenden mehrfach keinen Anlass gesehen, diese Frage ausdrücklich aufzugreifen, und die Strafverfolgung (früherer) fremder Hoheitsträger durch deutsche Gerichte wegen Delikten nach dem Völkerstrafgesetzbuch oder zuvor nach § 220a StGB aF ohne weiteres unbeanstandet gelassen (s. BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 – 3 StR 575/14, *JZ* 2016, 103 [Völkermord unter Beteiligung eines ruandischen Bürgermeisters]; Beschlüsse vom 21. Februar 2001 – 3 StR 244/00, *NJW* 2001, 2732 [Beihilfe zum Völkermord durch den Leiter einer örtlichen Polizeistation in Bosnien-Herzegowina]; vom 6. Juni 2019 – StB 14/19, *BGHSt* 64, 89; vom 5. September 2019 – AK 47/19, *juris* Rn. 7 ff.; vom 9. Oktober 2019 – AK 54/19, *juris* [Folterungen durch Geheimdienstmitarbeiter in Syrien]; vom 16. Mai 2019 – AK 23/19, *juris* [in dieser Sache]).

35 dd) Die Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen aus jüngerer Zeit zur strafrechtlichen Immunität sind noch nicht abgeschlossen (zur Bedeutung der Völkerrechtskommission BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2006 – 2 BvM 9/03, *BVerfGE* 117, 141, 161; s. auch IGH, Urteil vom 3. Februar 2012 – 1031 – Deutschland / Italien – *I.C.J. Reports* 2012, 99 Rn. 56).

Aus ihnen lässt sich gegenwärtig zumindest eine funktionelle Immunität auch bei Kriegsverbrechen gewährende völkerrechtliche Regel nicht herleiten. Sie ändern daher nicht die durch einheitliche Übung und Überzeugung belegte allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts, dass jedenfalls die Strafverfolgung fremder niederrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte durch nationale Gerichte zulässig ist.

36 Die Völkerrechtskommission hat im Juli 2007 das Thema der Immunität staatlicher Hoheitsträger von ausländischer Strafgerichtsbarkeit in ihr Arbeitsprogramm aufgenommen (s. *Yearbook of the International Law Commission* 2007, Volume II Part 2 Rn. 376; grundlegend auch Memorandum des Sekretariats der Generalversammlung vom 31. März 2008, UN Doc. A/CN.4/596) und sich im Folgenden ebenso wie das Sechste Komitee der Generalversammlung der Vereinten Nationen regelmäßig damit befasst. Der zunächst hierzu bestimmte Sonderberichterstatter hat die Meinung vertreten, dass die für Ausnahmen von der Immunität herangezogenen Gründe nicht überzeugten und eine einheitliche Staatenpraxis dazu fehle (s. etwa Kolodkin, *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/631, 425). Demgegenüber hat die anschließend betraute Sonderberichterstatterin der Völkerrechtskommission nach einer Untersuchung der Rechtspraxis eine klare Entwicklung dahin erkannt, die Begehung internationaler Verbrechen als Grenze für die Annahme der Immunität staatlicher Hoheitsträger zu bewerten (Escobar Hernández, *Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/701, 73 f.), und in Betracht gezogen, dies als Regel des Völkergewohnheitsrechts anzusehen (aaO S. 78). In ihrem folgenden Bericht hat sie jedoch festgehalten, dass die Frage von Begrenzungen oder Ausnahmen von der Immunität der kontroverseste und politisch sensibelste Gesichtspunkt sei (Escobar Hernández, *Sixth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/722, 5; vgl. kritisch etwa Nolte, A/CN.4/SR.3365, 3 ff.). Die im Sechsten Komitee der Generalversammlung dazu geäußerten Meinungen der Staatenvertreter hat sie dahin zusammengefasst, dass nach der Ansicht zweier Staaten internationale Verbrechen niemals als Ausübung staatlicher Hoheitsmacht gewertet werden könnten, ein Staat eine Immunitätsbeschränkung als bereits bestehendes Völkergewohnheitsrecht annehme, zehn Staaten eine Entwicklung dahin sähen, während elf Staaten das Bestehen entsprechenden Völkergewohnheitsrechts verneinten und acht weitere – darunter auch Deutschland – nicht einmal eine Tendenz dahin bejahten (UN Doc. A/CN.4/722, 6 f.; vgl. zur weite-

ren Entwicklung die anschließenden beiden Berichte UN Doc. A/CN.4/729, 4 f., 7; A/CN.4/739; zusammenfassend Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, 2018, 254 ff.; Ascensio/Bonafe, *RGDIP* 122 [2018], 821 ff.; s. auch Ambos/Kreß, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4. Aufl., Art. 98 Rn. 65 ff.).

37 Obwohl dies vordergründig darauf hindeuten könnte, dass die Mehrheit der sich äussernden Staaten eine funktionelle Immunität selbst bei Kriegsverbrechen für gegeben erachtet, ist dies bei näherer Betrachtung nicht allgemein der Fall. Beispielhaft ist insoweit die Auffassung herauszugreifen, die Deutschland offiziell im Sechsten Komitee der Generalversammlung im Oktober 2017 vertreten hat. Zwar werden dort dem fünften Bericht der zweiten Sonderberichterstatterin erhebliche methodologische Fehler vorgehalten. Allerdings hat die Vertreterin Deutschlands zudem darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit für internationale Verbrechen eine große Errungenschaft sei und Deutschland Bemühungen zuverlässig unterstütze, Straftäter wegen internationaler Verbrechen vor Gericht zu bringen (s. *General Assembly, Official Records*, UN Doc. A/C.6/72/SR.24, 13). Die alsdann im Einzelnen geäußerte Kritik richtet sich etwa gegen die in dem Entwurf vorgesehene Liste bestimmter Verbrechen, bei denen keine Immunität bestehe; während das im Römischen Statut genannte Verbrechen der Aggression nicht aufgeführt sei, sei das Verbrechen der Apartheid enthalten. Angesichts solcher Vorbehalte kann aus der Ablehnung des Entwurfs nicht der Schluss gezogen werden, aus Sicht Deutschlands sei keine der in ihm enthaltenen Regelungen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, zumal bereits die im Vorjahr abgegebene Stellungnahme Ausnahmen von der Immunität in festumrissenen Fällen befürwortete (vgl. *General Assembly, Official Records*, UN Doc. A/C.6/71/SR.29, 4). Für ein solches Verständnis sprechen ebenfalls anschließende Äußerungen des Bundespräsidenten (vgl. Rede zum 75. Jahrestag des Beginns der Nürnberger Prozesse am 20. November 2020) und des Außenministers als Teil der Bundesregierung (s. BT-PlPr.19/185 S. 23289). Diese gehen ersichtlich nicht davon aus, einer nationalen Strafverfolgung wegen Kriegsverbrechen stehe eine funktionelle Immunität entgegen.

38 ee) Der ganz überwiegende Teil der wissenschaftlichen Literatur lehnt funktionelle Immunitäten bei Völkerrechtsverbrechen zumindest mit Blick auf nachgeordnete Hoheitsträger – wenn auch mit teils unterschiedlichen Begründungsansätzen und Differenzierungen – ab (vgl. etwa MüKoStGB/Ambos, 4. Aufl., Vor § 3 Rn. 135 ff.; Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, 5. Aufl., Rn. 811; Ambos/Kreß, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4. Aufl., Art. 98 Rn. 31; Triffterer/Am-

bos/Burchard, Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl., Art. 27 Rn. 16; Folz/Soppe, NStZ 1996, 576, 578 f.; Talmon in Paulus u.a., Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität, 2014, 313, 324 ff.; Tomuschat in Paulus u.a., Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität, 2014, 405; Mettraux/Dugard/du Plessis, International Criminal Law Review 18 [2018], 577, 593 ff.; Cassese u.a., Cassese's International Criminal Law, 3. Aufl., 240 ff.; Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, 2013, 190, 307 f.; dezidiert Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, 219; ders., JR 2015, 298 ff.; ambivalent bei «normalen Staatsorganen» Dörr, AVR 41 [2003], 201, 218 f.). Die demgegenüber geäußerten Bedenken (s. beispielsweise Fox/Webb, The Law of State Immunity, 3. überarbeitete Aufl., 570 ff.; van der Wilt in Ruys/Angelet/Ferro, The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, 2019, 595, 605; Wuerth, AJIL 106 [2012], 731; Huang, Chinese Journal of International Law 2014, 1; Murphy, American Journal of International Law Unbound 112 [2018], 4; vgl. auch van Alebeek in Ruys/Angelet/Ferro, The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, 2019, 496, 517 f.; d'Argent/Lesaffre, The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, 2019, 614) stützen sich nicht auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten oder entsprechende Praxis.

39 d) Dass in anderen Zusammenhängen eine Immunität für den Staat handelnder Personen angenommen wurde, betrifft nicht die hier entscheidungserhebliche Frage der funktionellen Immunität nachrangiger Hoheitsträger. Eine gegebenenfalls auch in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen bestehende Immunität bestimmter herausgehobener staatlicher Repräsentanten berührt die gegen den Angeklagten erhobenen Anklagevorwürfe ebenso wenig wie eine etwaige Immunität in Zivilverfahren.

40 aa) Zwar ist anerkannt, dass bestimmte Inhaber hochrangiger Staatsämter wie Staatsoberhäupter, Regierungschefs oder Außenminister Immunität von der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten genießen (vgl. etwa IGH, Urteil vom 14. Februar 2002 – 837 – Kongo / Belgien – I.C.J. Reports 2002, 3 Rn. 51 [s. auch EuGRZ 2003, 563]; BGH, Beschluss vom 14. Dezember 1984 – 2 ARs 252/84, BGHSt 33, 97, 98). Allerdings handelt es sich hierbei zunächst um die sogenannte persönliche Immunität (s. BGH, Urteil vom 30. Juli 1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260, 263), die sich – unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen und ihrem Umfang – grundsätzlich nicht auf niederrangige staatliche Hoheitsträger erstreckt. Selbst wenn dabei auch Aspekte der Immunität *ratione materiae* in Rede stehen, lassen Konstellationen, die Staatsoberhäu-

ter, Regierungschefs oder Außenminister betreffen (vgl. beispielsweise Supreme Court of Appeal [Südafrika], Urteil vom 15. März 2016 – 867/15, Rn. 84; Verfügung des Generalbundesanwalts vom 24. Juni 2005 – 3 ARP 654/03-2), keine maßgeblichen Rückschlüsse auf die hier zu prüfende funktionelle Immunität eines Militärangehörigen zu.

41 bb) Ähnliches gilt für Entscheidungen zur Immunität in Zivilverfahren.

42 Soweit etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen von Beschwerden, die sich gegen die Erfolglosigkeit von Schadensersatzklagen wegen Folter richteten, die Gewährung von Immunität *ratione materiae* für dienstliche Handlungen staatlicher Hoheitsträger in Zivilverfahren wegen Foltervorwürfen hingenommen hat, hat er zum einen ausdrücklich bedacht, dass es nicht um die strafrechtliche Verantwortung für Folter, sondern um die Staatenimmunität in einem zivilrechtlichen Schadensersatzverfahren gehe (EGMR, Urteil vom 21. November 2001 – 35763/97 – Al-Adsani / Vereinigtes Königreich – ECHR 2001-XI, 79 Rn. 61 [EuGRZ 2002, 403]). Zum anderen hat er darauf hingewiesen, dass die Sache angesichts der gegenwärtigen Entwicklungen im Völkerrecht weiter beobachtet werden müsse (EGMR, Urteil vom 14. Januar 2014 – 34356/06 u.a. – Jones u.a. / Vereinigtes Königreich – ECHR 2014-I, 1 Rn. 215; vgl. dazu Kloth, AVR 52 [2014], 256, 278).

43 Der Internationale Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Immunität des Staates in Schadensersatzverfahren ebenfalls nachdrücklich hervorgehoben, nicht über die Frage zu entscheiden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Immunität in Strafverfahren gegen einen staatlichen Hoheitsträger zu beachten sein kann (IGH, Urteil vom 3. Februar 2012 – 1031 – Deutschland / Italien –, I.C.J. Reports 2012, 99 Rn. 91). Seine grundlegenden Erwägungen dazu, dass weder der Vorwurf schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts und des Rechts im bewaffneten Konflikt noch der Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) zum Verlust der Immunität führe, sind mithin nicht ohne Weiteres auf Strafverfahren anwendbar.

44 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (s. beispielsweise BVerfG, Beschlüsse vom 6. Mai 2020 – 2 BvR 331/18, NJW 2020, 3647 Rn. 14 ff.; vom 17. März 2014 – 2 BvR 736/13, NJW 2014, 1723 Rn. 20 mwN; vom 6. Dezember 2006 – 2 BvM 9/03, BVerfGE 117, 141; vom 15. Februar 2006 – 2 BvR 1476/03, BVerfGE 117, 303, 307) und des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Juni 2003 – III ZR 245/98, BGHZ 155, 279, 283; vom 19. Dezember 2017 – XI ZR 796/16, BGHZ 217, 153 Rn. 15 ff. mwN) zur Immunität in Zivilverfahren enthalten ebenfalls keine Ausführungen zur Reichweite der funktionellen Immunität in Strafverfahren.

45 cc) Auch sonst hat das Bundesverfassungsgericht zu einer solchen Immunität noch keine Entscheidung getroffen.

46 Soweit es allgemein darauf hingewiesen hat, dass «Ausnahmen von der Immunität für Fälle von Kriegsverbrechen, völkerrechtlichen Verbrechen und Verstöße gegen völkerrechtliches ius cogens diskutiert» würden, hat es sich damit nicht weiter befasst, da die Entscheidung nicht die aus der Staatenimmunität «fließende Immunität von staatlichen Organen, insbesondere von Regierungsmitgliedern», sondern die davon zu unterscheidende diplomatische Immunität zum Gegenstand hatte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 84 f.). Es hat ferner ausgeführt, die Staatenimmunität greife nur ein, wenn der Staat als solcher Partei des gerichtlichen Verfahrens sei; eine gerichtliche Entscheidung über Hoheitsakte anderer Staaten im Rahmen von Vorfragen sei völkerrechtlich nicht verboten (BVerfG aaO S. 90). Für Diplomaten sei neben dem Recht der diplomatischen Immunität gerade kein Rückgriff auf eine allgemeine Organimmunität möglich (BVerfG aaO S. 91 mwN).

47 Darüber hinaus ist das Bundesverfassungsgericht ebenfalls davon ausgegangen, dass eine Immunität von Hoheitsträgern nicht generell uneingeschränkt gilt, sondern etwa der Tatvorwurf von Belang sein kann. So besteht keine allgemeine Regel des Völkerrechts, nach der sich Spione, die von dem von der Spionage betroffenen Staat strafrechtlich verfolgt werden, auf die Grundsätze der Staatenimmunität berufen können (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91 u.a., BVerfGE 92, 277, 321).

48 3. Es bedarf keiner Ausführungen dazu, inwieweit eine funktionelle Immunität einer Strafverfolgung allein wegen allgemeiner Straftaten entgegenstehe, wie sie etwa das Oberlandesgericht hinsichtlich der Misshandlung der Gefangenen angenommen hat. Denn die dem Angeklagten zur Last gelegten Taten betreffen Kriegsverbrechen nach § 8 VStGB, und entsprechende völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Verbrechen liegen tatsächlich vor (dazu im Einzelnen unten zu C. I. 1 und D. I).

49 Da mithin das Verfahrenshindernis der Immunität nicht besteht, ist der angeklagte Lebenssachverhalt in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen (vgl. zum Schuldspruch wegen tateinheitlich begangener allgemeiner Straftaten BGH, Beschluss vom 21. Februar 2001 – 3 StR 244/00, NJW 2001, 2732). Dies ergibt sich auch daraus, dass allgemeine nationalstaatliche Straftatbestände Kriegsverbrechen erfassen und diese mithin als «gewöhnliche Verbrechen» kriminalisiert sein können (vgl. dazu BT-Drucks. 14/8524 S.12; zur Antifolterkonvention BT-Drucks. 11/5459 S. 24 f.).

50 III. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 2 GG ist nicht erforderlich, da

keine Zweifel im Sinne dieser Vorschrift über die entscheidungserhebliche Frage bestehen, ob aufgrund einer als Bestandteil des Bundesrechts geltenden, unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugenden Regel des Völkerrechts eine innerstaatliche Strafverfolgung des Angeklagten als ehemaligen Hoheitsträgers eines anderen Staates für in seinem Heimatstaat begangene hoheitliche Handlungen ausgeschlossen ist, wenn es sich bei diesen Handlungen um Kriegsverbrechen handelt.

51 1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist gemäß Art. 100 Abs. 2 GG einzuholen, wenn in einem Rechtsstreit zweifelhaft ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 25 GG).

52 a) Der Begriff des Rechtsstreites im Sinne der Vorschrift ist weit auszulegen und umfasst jedes gerichtliche Verfahren. Ihrer Gewährleistungsfunktion zugunsten der allgemeinen Regeln des Völkerrechts wäre nicht Genüge getan, wenn der Begriff «Rechtsstreit» eng gefasst, beispielsweise auf kontradiktorische Verfahren begrenzt würde (BVerfG, Beschluss vom 31. März 1987 – 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1, 11).

53 b) Vorlagen sind selbst dann zulässig, wenn die völkerrechtliche Regel ihrem Inhalt nach nicht geeignet ist, unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen zu erzeugen, sondern sich nur an Staaten oder ihre Organe als Normadressaten wendet (BVerfG, Beschlüsse vom 13. Dezember 1977 – 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342, 362 f.; vom 12. April 1983 – 2 BvR 678/81 u.a., BVerfGE 64, 1, 14 mwN).

54 c) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 2 GG bereits dann geboten, wenn das erkennende Gericht bei der Prüfung der Frage, ob und mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, auf ernstzunehmende Zweifel stößt, mag das Gericht selbst auch keine Zweifel haben. Nicht das erkennende Gericht, sondern nur das Bundesverfassungsgericht hat die Befugnis, vorhandene Zweifel selbst aufzuklären. Ernstzunehmende Zweifel an dem Bestehen oder der Tragweite einer allgemeinen Regel des Völkerrechts bestehen dann, wenn das Gericht von der Meinung eines Verfassungsorgans oder von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft abweiche (BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2011 – 2 BvR 2984/09, BVerfGE 129, 122 Rn. 128 mwN).

55 Derartige Zweifel sind zudem dann anzunehmen, wenn es keine einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu den vorgelegten Fragen gibt und die Judikatur internationaler Gerichte dazu nicht in entscheidender

Weise Stellung nimmt (s. BVerfG, Beschluss vom 8. Mai 2007 – 2 BvM 1/03, BVerfGE 118, 124, 133; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 12. April 1983 – 2 BvR 678/81 u.a., BVerfGE 64, 1, 14 ff.). Ferner sind über den Wortlaut hinaus Fragen statthaft, die sich nicht auf die Existenz, sondern nur auf die Tragweite einer Völkerrechtsregel beziehen; die Bedeutung, die Art. 25 GG den allgemeinen Regeln des Völkerrechts beimisst, fordert eine einheitliche Rechtsprechung auch über ihre Tragweite. Dies bedeutet, dass das Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG auch der Auslegung und Konkretisierung allgemeiner Regeln des Völkerrechts mit ihrer regelmäßig geringen Regeldichte dienen kann (BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2008 – 2 BvR 793/07, BVerfGK 13, 246, 250 mwN).

56 2. Daran gemessen bestehen ungeachtet einzelner in der Völkerrechtswissenschaft geäußelter abweichender Ansichten keine durch das Bundesverfassungsgericht zu klärenden Zweifel in Bezug auf die entscheidungserhebliche Frage, ob der nationalen Strafverfolgung des Angeklagten eine funktionelle Immunität entgegensteht.

57 Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von der Meinung eines Verfassungsorgans noch von der Entscheidung hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte ab, sondern steht in Einklang mit solchen. Wie bereits im Einzelnen dargelegt, ist von den genannten Instanzen in keinem Fall angenommen worden, Strafverfahren gegen Militärangehörige oder sonstige nachgeordnete Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen durch ein nationales Gericht seien nach dem Völkergewohnheitsrecht ausgeschlossen. In den Konstellationen, in denen eine entsprechende Problemlage bestand, ist vielmehr die Möglichkeit einer Strafverfolgung als gegeben erachtet worden.

58 Ergänzend kommt hinzu, dass das Bundesverfassungsgericht jüngst mit einem vergleichbaren Sachverhalt im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen mutmaßliche ehemalige Mitarbeiter des syrischen Allgemeinen Geheimdienstes wegen Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch im Syrienkonflikt befasst war. Dieses Verfahren hatte zwar im Kern nicht die hier maßgebliche Rechtsfrage, sondern einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zum Gegenstand, die es Journalisten ermöglichen sollte, das Prozessgeschehen auf Arabisch zu verfolgen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht immerhin als einen Grund für die große öffentliche Aufmerksamkeit den Umstand herangezogen, dass die Bundesrepublik eine Gerichtszuständigkeit für sich beansprucht, die nach allgemeinen Grundsätzen nicht bestünde, sondern die gerade dem besonderen, die internationale Gemeinschaft als Ganze berührenden Charakter der infrage stehenden Straftaten geschuldet ist; die Problematik der Immunität hat es nicht angeführt (s. BVerfG,

Beschluss vom 18. August 2020 – 1 BvR 1918/20, NJW 2020, 3166 Rn. 11).

59 Vor dem insgesamt aufgezeigten Hintergrund reichen danach vereinzelte Stimmen im völkerrechtlichen Schrifttum, welche eine funktionelle Immunität auch im Falle der nationalen Strafverfolgung von Kriegsverbrechen für gegeben halten, nicht aus, um zur Vorlage führende Zweifel zu begründen (s. zur Unbeachtlichkeit von Stimmen in der Rechtsprechung anderer Staaten und dem Schrifttum auch BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 2020 – 2 BvR 331/18, NJW 2020, 3647 Rn. 30).

60 IV. Weil aus den zuvor dargelegten Gründen unter den gegebenen Umständen ein Verfahrenshindernis der funktionellen Immunität aufgrund Völkergewohnheitsrechts zweifelsfrei nicht besteht, kann offenbleiben, ob die Ratifikation des VN-Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe («Antifolterkonvention»; s. BGBl. II 1990, 247 ff.; für Afghanistan BGBl. II 1993 S. 715, 717) ein Absehen von etwaigen Immunitäten beinhaltet (vgl. dazu – mit uneinheitlicher Begründung – House of Lords, Urteil vom 24. März 1999 – R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte – All England Law Reports 1999, 97 ff., 148 ff., 168 ff., 179; Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, 2018, 247; Akande/Shah, EJIL 21 [2011], 815, 841 f.; kritisch Talmon in Paulus u.a., *Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität*, 2014, 313, 331 f.; s. auch Wuerth, AJIL 106 [2012], 731; ambivalent die britische Stellungnahme im Sechsten Komitee der Generalversammlung, UN Doc. A/C.6/66/SR.28, 4).

61 V. Im Übrigen ist die deutsche Strafgerichtsbarkeit ebenfalls eröffnet. Dies gilt, wie vom Oberlandesgericht zutreffend näher dargelegt, bereits nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Mithin bedarf es keiner Ausführungen dazu, dass darüber hinaus das in § 1 Satz 1 VStGB niedergelegte Weltrechtsprinzip Anwendung findet, das sich an § 5 des auch für Afghanistan geltenden Römischen Statuts des Internationalen Gerichtshofs anlehnt (vgl. BT-Drucks. 14/8524 S. 14; BGBl. II 2003 S. 422), und sich daraus eine Annexkompetenz für weitere Delikte ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64, 69 f.; Beschluss vom 6. Juni 2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 71).

[...]

C. Analyse und Anmerkungen

Einleitend ist auf folgende Eigenheiten des Falles hinzuweisen: Die deutsche Strafgewalt ergab sich in dem Fall bereits aus dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7

Abs. 2 Ziff. 2 dStGB³⁷).³⁸ Die Frage nach der personalen Immunität des A stellte sich nicht, da er als nachrangiger Funktionsträger nicht in den Anwendungsbereich dieser Form von Immunität kam (vgl. dazu oben I.B.). Das Leiturteil des BGH enthält dementsprechend keine wichtigen Erwägungen zur personalen Immunität. Was deren Verhältnis zu Völkerrechtsverbrechen anbelangt, kann auf obige Ausführungen verwiesen werden (s. I.C.).

Die Kernaussage des Urteils lautet: *Gemäss Völkergewohnheitsrecht geniessen nachrangige ausländische Hoheitsträger³⁹ in (nationalen) Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Weltgemeinschaft als Ganze betreffender Delikte auch bei Handeln in hoheitlicher⁴⁰ Funktion keine funktionale Immunität.* Diese Feststellung hat der Senat ausführlich, im Wesentlichen sorgfältig⁴¹ und nachvollziehbar begründet.⁴²

Auf ein rechtstheoretisches Erklärungsmodell derselben hat sich der Senat jedoch nicht festgelegt (vgl. N 17, 23 und 48). In Betracht kommen drei Modelle: (1.) Nachrangige Funktionsträger geniessen überhaupt keine funk-

tionale Immunität.⁴³ (2.) Nachrangige Funktionsträger geniessen im Ausgangspunkt funktionale Immunität, bei Völkerrechtsverbrechen aber ist diese Immunität aufgehoben. (3.) Nachrangige Funktionsträger kommen nur für Taten, die keine Völkerrechtsverbrechen darstellen, überhaupt je in den Genuss funktionaler Immunität.⁴⁴

Obschon sich der Senat auf die dem A vorgeworfenen Kriegsverbrechen fokussiert hat, hat er auch «bestimmte andere» Völkerrechtsverbrechen in seine Formulierung des Ausschlusses von der funktionalen Immunität einbezogen (vgl. N 23 und 35). Welche Delikte könnten damit gemeint sein? Die vom Senat zitierten Quellen betreffen neben Kriegsverbrechen auch den Völkermord und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (vgl. N 18 ff., 23 ff., 25 ff.). Dass auch diese Delikte von der funktionalen Immunität ausgeschlossen sein sollen, leuchtet auch ein, zumal diese prinzipiell schwerer wiegen als Kriegsverbrechen.⁴⁵ Weniger klar erscheint hingegen, ob auch das (aus dem Nürnberger Verbrechen gegen den Frieden hervorgegangene) Verbrechen der Aggression von der funktionalen Immunität ausgeschlossen ist. Dies wäre wünschenswert und logisch; freilich dürfte die Beantwortung der Frage eine eingehendere Untersuchung des Völkergewohnheitsrechts erfordern.⁴⁶

Auffallend ist zudem, dass sich der Senat auf «nachrangige» Hoheitsträger beschränkt bzw. nur diese von der Immunität ausgenommen hat (vgl. N 23 und 35). Durch den Gebrauch des Adverbs «jedenfalls» (a.a.O.) hat er zu erkennen gegeben, dass er keine Notwendigkeit sah, in concreto eine weitergehende Aussage zu treffen. Deshalb soll an dieser Stelle ergänzt werden, dass völkergewohnheitsrechtlich betrachtet der Ausschluss von (bestimmten) Völkerrechtsverbrechen von der funktionalen Immunität *alle* Hoheits- bzw. Funktionsträger ungeachtet ihres Ranges – mithin auch hochrangige Hoheits- bzw. Funktionsträger – betreffen dürfte.⁴⁷

³⁷ Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl. I 1998 3322).

³⁸ Krit. dazu, dass nicht direkt auf das Weltrechtspflegeprinzip gemäss § 1 Satz 1 dVStGB (Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 [BGBl. I 2002 2254]) abgestellt wurde, und zur Formulierung des Senates, wonach sich dieses Prinzip an Art. 5 Römer Statut anlehne, JESSBERGER/EPIK (Fn. 17), 15.

³⁹ Genauer: Träger ausländischer Funktionen. Die Feststellung des Senates gilt nämlich a maiore ad minus auch für Funktionsträger, die nicht zugleich Hoheitsträger sind, und für Inländer, die ausländische Hoheit bzw. Funktionen tragen (vgl. oben Fn. 2).

⁴⁰ Genauer: in offizieller Funktion. Die Feststellung des Senates gilt nämlich a fortiori auch für Handeln in nichthoheitlicher offizieller Funktion (vgl. oben Fn. 2).

⁴¹ Das Urteil enthält auch Fehler, die teils leichter – bspw., dass das unter I.C. erwähnte Urteil des BStGer fälschlich als Urteil des BGer ausgewiesen wurde (N 32 bzw. E. B.II.c)cc(6)) –, teils schwerer – bspw., dass in N 38 VAN DER WILT (Fn. 19) mit S. 605 zitiert wird, obwohl diese Stelle nicht die funktionale, sondern die personale Immunität betrifft; was die funktionale Immunität betrifft, spricht sich dieser Autor *für* einen Ausschluss von Völkerstraftaten aus (596) – wiegen. Sorgfältiger in dieser Hinsicht FRANK/BARTHE (Fn. 2), 235 ff. (vgl. bspw. 254 f. und Fn. 168).

⁴² Die Annahme, dass sie «zweifelsfrei» richtig sei (N 50 ff., 60), erscheint indessen übertrieben. Dies insbesondere im Lichte der vielen krit. Staatenvoten im Rechtsausschuss der VN-Generalversammlung im Jahr 2017 (vgl. oben I.C. und die Hinweise in Fn. 30 f.). Der Senat hat diese bloss anhand eines einzigen Beispiels (Deutschland) relativiert (N 37), was im Grunde überzeugt, aber nicht alle Zweifel restlos beseitigt. Allerdings ist ihm zugute zu halten, dass die «Zweifelhafteit» im Lichte des Art. 100 Abs. 2 dGG auszulegen war, was mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht übereinstimmen muss. Vgl. auch CLAUS KRESS, BGH: Kriegsverbrechen durch Hoheitsträger – Grenzen völkerrechtlicher Immunität, NJW 2021, 1326 ff., 1335. Mit dem BGH dagegen gänzlich übereinstimmend FRANK/BARTHE (Fn. 2), 276 ff.

⁴³ Dieses Modell dürfte nicht dem geltenden Völkergewohnheitsrecht entsprechen, vgl. oben I.B.

⁴⁴ In diesem Sinne auch KRESS (Fn. 42), 1335, der sich für die dritte Deutung des Völkergewohnheitsrechts ausspricht (so auch FRANK/BARTHE [Fn. 2], 238 ff.).

⁴⁵ Vgl. diesem Sinne auch KAI AMBOS, StV 2021, 549 ff., 557 (inkl. Aggression); i.E. gleich JESSBERGER/EPIK (Fn. 17), 14; KRESS, NJW (Fn. 42), 1335; WERLE (Fn. 17), 735.

⁴⁶ Dies jedenfalls dann, wenn man von einer «Ausnahme» von der funktionellen Immunität und somit von der Beweislasttragung durch die Immunitätskritiker ausgeht (vgl. Fn. 23). Die Aggression scheint in den vom Senat angeführten Quellen keine bzw. bloss eine untergeordnete Rolle zu spielen.

⁴⁷ Vgl. nur KRESS, Rome Statute (Fn. 18), Art. 98 N 31 ff. m.H.; DENS., NJW (Fn. 42), 1335. Ebenso AMBOS, StV (Fn. 45), 558;

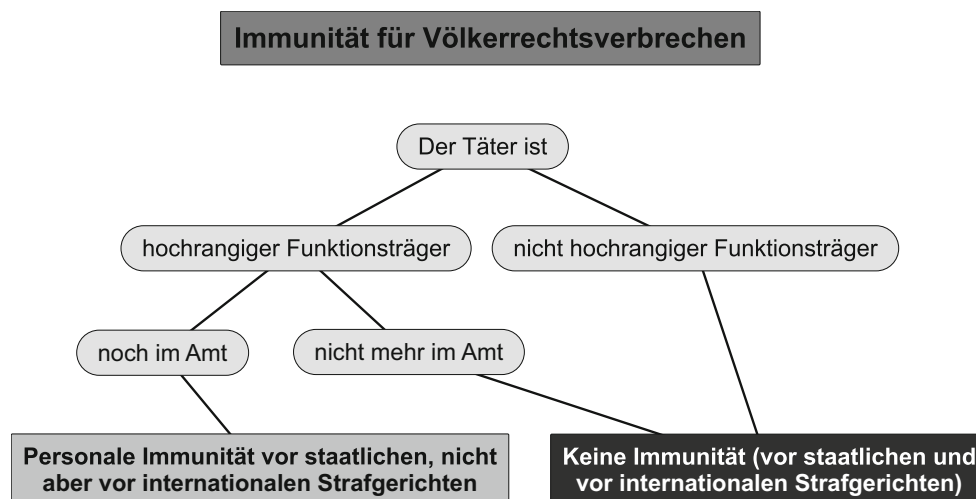
Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Praxis des Bundesstrafgerichtes, wonach (höherrangige) Träger ausländischer Funktionen keine funktionale Immunität für Völkerrechtsverbrechen (vor schweizerischen Gerichten) besitzen (s. I.C.), völkerrechtskonform sein dürfte. Das vorliegende Leiturteil des BGH trägt dazu bei, allfällige Zweifel in dieser Hinsicht⁴⁸ auszuräumen bzw. mindestens zu verringern.

Übrigens wäre es, wenn man den Befund nicht teilen würde, dass völkergewohnheitsrechtlich Völkerstraf-taten von der funktionalen Immunität ausgeschlossen sind, nicht zwingend schlecht, wenn ein Staat (ehemalige hochrangige) Träger ausländischer Funktionen für solche Taten verfolgen würde, zumal er so zur Bildung der völkergewohnheitsrechtlichen Einschränkung beitragen würde.⁴⁹ Das (geringe) Risiko, bis zur allgemeinen Etablierung dieser Einschränkung die fremdstaatliche Souveränität zu verletzen und vom IGH verurteilt zu werden, könnte im Kampf gegen die Straflosigkeit der allerschwersten Verbrechen, welche die Menschheit heimsuchen, eingegangen werden.⁵⁰

III. Fazit

Es ist davon auszugehen, dass völkergewohnheitsrechtlich sowohl vor internationalen als auch vor (fremd-)staatlichen Gerichten keine funktionale Immunität greift, soweit (offiziell handelnde) Personen (gleich welchen Ranges) Völkerrechtsverbrechen⁵¹ begehen oder an diesen teilnehmen. Hochrangige Staatsfunktionsträger kommen jedoch für die Dauer ihrer Amtszeit in den Genuss einer (absoluten) personalen Immunität. Ob diese personale Immunität amtierender hochrangiger Funktionsträger auch vor (gewissen) internationalen Gerichten wie dem Internationalen Strafgerichtshof gilt, wenn der betroffene Staat keinen Verzicht auf sie (z.B. durch Beitritt zum Römer Statut) erklärt hat und ihre Aufhebung auch nicht durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen angeordnet wurde, ist umstritten und wird jedenfalls von der Praxis des Internationalen Strafgerichtshofes und des Sondergerichtshofes für Sierra Leone verneint.

Aus dem geltenden Völkergewohnheitsrecht resultiert demnach – etwas vereinfacht dargestellt –⁵² folgende Matrix:



JESSBERGER/EPIK (Fn. 17), 14 f. m.H.; VAN DER WILT (Fn. 19), 596 (mit Verweis auf den Fall Pinochet); WERLE (Fn. 17), 735.

⁴⁸ Vgl. noch ZIEGLER/BAUMGARTNER (Fn. 12), Art. 264n N 33; ZIEGLER/WEHRENBURG (Fn. 12), 1123.

⁴⁹ Zur wechselseitigen Beziehung zwischen der Praxis eines Staates und dem Völkergewohnheitsrecht bereits ANDRÉS PAYER, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zürich/St. Gallen 2021, Fn. 160 m.H.

⁵⁰ Vgl. auch zur rechtspolitischen Dimension FRANK/BARTHE (Fn. 2), 237; JESSBERGER/EPIK (Fn. 17), 12; WERLE (Fn. 17), 732 ff.

⁵¹ Eventuell vorbehaltlich Aggression (vgl. II.C.).

⁵² Zu präzisieren wäre noch, vor welchen internationalen Strafgerichten genau die personale Immunität nicht gilt bzw. unter welchen Bedingungen ein Gericht als internationales Strafgericht gilt (vgl. oben I.C. m.H.). Weiter muss man das Völkerrechtsverbrechen der Aggression womöglich gesondert betrachten (vgl. oben II.C.). Endlich ist zu beachten, dass unter hochrangigen Funktionsträgern hier nur die personale Immunität genießende Troika verstanden wird (s. oben I.B.).