

Reform des Völkerstrafrechts: überfällig, aber unvollständig

Ein insgesamt überzeugendes, aber unvollständiges Reformvorhaben ist anzuzeigen: Der Regierungsentwurf zur Reform des Völkerstrafrechts¹ setzt überfällige Reformen um, schweigt aber zum zentralen Grundsatz der (funktionalen) Immunität. Die insoweit hier vorgeschlagene Regelung sollte im Gesetzgebungsverfahren ergänzt werden.



Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos lehrt an der Universität Göttingen Strafrecht, Strafprozessrecht und Völkerrecht und ist Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag.

I. Überblick

Der Entwurf sieht vor allem Änderungen des VStGB, der StPO sowie des GVG vor, um „Strafbarkeitslücken zu schließen, Opferrechte zu stärken und die Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Prozesse und Urteile zu verbessern.“² Das VStGB soll – in Übereinstimmung mit Änderungen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) – um die Tatbestandsalternativen der Verwendung von Waffen, deren Splitter mit Röntgenstrahlen nicht erkennbar sind, und von dauerhaft blindmachenden Laserwaffen als (weitere) Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung (§ 12 VStGB) ergänzt werden. Ferner sollen die entsprechenden Verbrechen gegen die Menschlichkeit (VgM, § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB) und Kriegsverbrechen (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB) um die Tathandlungen des sexuellen Übergriffs, der sexuellen Sklaverei sowie des erzwungenen Schwangerschaftsabbruchs erweitert werden. Bei beiden Tatbeständen soll auch im Hinblick auf die Tatbestandsalternative des Gefangenhaltens einer „unter Anwendung von Zwang geschwängerten Frau“ eine weitere Absichtsalternative („oder um Taten nach den §§ 6-13 VStGB zu begehen“) aufgenommen und „Frau“ durch „Mensch“ ersetzt werden. Beim sogenannten Verschwindenlassen als VgM (§ 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB) soll das Nachfrageerfordernis gestrichen werden. Im Übrigen soll das Verschwindenlassen – in Übereinstimmung mit dem entsprechenden

Abkommen vom 20.12.2006³ – auch als Einzeltat kriminalisiert werden (§ 234b StGB). Beim Verfolgungsverbrechen als VgM (§ 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB) soll als weiterer Verfolgungsgrund die „sexuelle Orientierung“ eingeführt werden.

Im Rahmen der StPO geht es vor allem um die Stärkung der Opfer völkerstrafrechtlicher Straftaten durch Aufnahme bestimmter (individuelle Rechtsgüter schützender)⁴ Straftaten nach den §§ 6-8 und 10-12 VStGB in den Katalog des § 395 Absatz 1 StPO, so dass sich die Opfer als Nebenkläger anschließen können. Zudem sollen diese Straftatbestände in den Katalog des § 397a Abs. 1 StPO aufgenommen werden, so dass die Opfer die Beiordnung einer Opferanwältin beantragen können. Außerdem soll § 406g StPO zur Ermöglichung einer psychosozialen Prozessbegleitung geändert werden. § 397b Abs. 1 StPO, der eine gemeinschaftliche Nebenklagevertretung bei gleichgelagerten Interessen ermöglicht, um eine zügige Durchführung der Hauptverhandlung sicherzustellen, soll um ein weiteres Regelbeispiel ergänzt werden, das diese Interessen in Verfahren nach dem VStGB konkretisiert. Ein neuer Abs. 4 von § 379b soll die ausschließliche Ausübung der Beteiligungsrechte der Nebenkläger durch die bestellte oder beigeordnete Rechtsanwältin sicherstellen.

Gerichtsverfassungsrechtlich soll durch eine Änderung des § 169 Abs. 2 GVG ermöglicht werden, dass in Bezug auf Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung,

namentlich auch gerade völkerstrafrechtliche Verfahren, Ton- und Filmaufnahmen zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken gefertigt werden können. Mit einer Ergänzung des § 185 GVG soll die Nutzung von Verdolmetschungen durch Medienvertreterinnen und Medienvertreter geregelt werden. Schließlich sollen die Speicher- und Aussonderungsprüffristen in § 77 Abs. 1, 2 BKAG im Hinblick auf Völkerstraftaten auf 15 (bei Erwachsenen) beziehungsweise zehn Jahre (bei Jugendlichen) angehoben werden.⁵

II. Punktuelle Anmerkungen

Der Entwurf ist ausführlich und im Wesentlichen überzeugend begründet. Deshalb kann ich es hier bei einigen punktuellen Anmerkungen belassen. Zunächst wird die heutige „Vorreiterrolle“ Deutschlands bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen zu Recht betont.⁶ Zur Wahrheit gehört aber auch, dass bei der Schaffung des VStGB zu Beginn der 2000er Jahre und in den ersten Jahren seiner Existenz die Bundesanwaltschaft eher als Bremser aufgetreten ist.⁷ Der Verfasser erinnert sich noch gut an Sitzungen der von der damaligen Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin (SPD) eingesetzten VStGB-Expertenarbeitsgruppe⁸ und an Veranstaltungen des Arbeitskreises Völkerstrafrecht, in denen sich ihre Vertreter dem gesamten Vorhaben eines deutschen Völkerstrafrechts gegenüber überaus skeptisch zeigten und bestrebt waren, das materiell absolute Weltrechtsprinzip (§ 1 VStGB) möglichst einschränkend auszulegen oder irgendwie rechtlich einzuschränken. Das ist dann mit der prozessualen Steuerungsnorm des § 153f StPO gelungen, die maßgeblich auf den Einfluss der Bundesanwaltschaft zurückgeht. Wie dem auch gewesen sein mag, die heutige Vorreiterrolle Deutschlands wird durch die Reform gestärkt, die strafjustizielle Praxis der letzten Jahre und die kontinuierliche Verstärkung der Bundesanwaltschaft sprechen für sich. Wer hätte zu Beginn des deutschen Völkerstrafrechts gedacht, dass wir einmal einen Generalbundesanwalt haben werden, der die Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen zur

Chefsache erklärt und sie – neben Terrorismus, Spionage und Revisionsrecht – zu einem der Hauptarbeitsfelder der Behörde macht?⁹

Die materiellrechtlichen Ergänzungen sind allesamt überzeugend und meist auch erforderlich. So vollzieht etwa die Kriminalisierung des sexuellen Übergriffs zum einen die völkerstrafrechtliche Entwicklung mit ihrem stärkeren Fokus auf sexuelle Gewalt (vor allem in bewaffneten Konflikten) nach und erfasst insbesondere auch Fälle, die unter den – aus Bestimmtheitsgründen problematischen – Auffangtatbestand von Art. 7 Abs. 1 (g), Abs. 2 (f) IStGH-Statut fallen („jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere“).¹⁰ Zum anderen stellt die Änderung auch einen Gleichlauf mit (dem geänderten) § 177 (Abs. 1, 2) StGB her, der den sexuellen Übergriff primär als Angriff auf (sexuelle) Selbstbestimmung und Willensfreiheit versteht.¹¹ Die „sexuelle Sklaverei“ steigert das Unrecht der einfachen Sklaverei (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB).¹² Beim Verschwindenlassen ist der Verzicht auf das Nachfrageerfordernis nicht nur völker-(straf-)rechtlich geboten (es findet sich weder in Art. 7 Abs. 2 (i) IStGH-Statut noch in Art. 2 der o.g. Konvention), sondern auch sachlich gerechtfertigt. Die Pflicht der Auskunftserteilung ergibt sich aus dem (straf-)rechtswidrigen Vorverhalten des Staates oder der Organisation, die eine Person der Freiheit beraubt hat; sie muss also nicht erst durch eine Nachfrage der Angehörigen oder anderer Bezugspersonen ausgelöst werden. Ein solches Nachfrageerfordernis verkennt im Übrigen die kriminologische Realität des Verschwindenlassens. Das Opfer und seine Angehörigen sehen sich hier regelmäßig einem organisierten Machtapparat gegenüber, dessen Infragestellung durch Nachfragen entweder lebensgefährlich ist¹³ oder ganz und gar sinnlos, weil keine (wahren) Auskünfte zu erwarten sind. Auch die Kriminalisierung des Verschwindenlassens als Einzeltat (§ 234b neu StGB) ist überzeugend.¹⁴ Zwar ist das Verhalten schon von anderen Tatbeständen erfasst (insbesondere §§ 234a,

⁹ S. https://www.generalbundesanwalt.de/DE/Home/home_node.html, abgerufen am 10.11.23.

¹⁰ S. auch RegE, S. 25.

¹¹ Vgl. auch RegE, S. 24.

¹² S. auch RegE, S. 12.

¹³ S. auch RegE, S. 28 („diesbezügliche Einschränkung ... nicht sachgerecht“ wegen Gefahr für Leib und Leben).

¹⁴ Der Tatbestand soll auch in §§ 126, 138 StGB, § 100a StPO aufgenommen werden, zuständig soll die Staatschutzkommission beim LG sein (§ 74a GVG) sowie das BKA (§ 4 BKAG).

⁵ RegE, S. 3, 9, 46.

⁶ RegE, S. 10.

⁷ Für einen aktuellen historischen Abriß Jeßberger, in Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre VStGB, 2023, S. 25 (28 ff.) – vier Phasen unterscheidend.

⁸ Zu dieser s. BMJ (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des VStGB, 2001; Werle/Jeßberger, JZ 2002, 725 ff.

³ In Kraft getreten am 23.12.2010, s. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>.

⁴ Näher RegE, S. 37 ff.

¹ RegE vom 1.11.2023, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Voelkerstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Alle Hyperlinks wurden am 12.11.2023 abgerufen.

² RegE, S. 10.

235, 239-239b, ggf. §§ 211, 212, 223 ff. StGB),¹⁵ das spezifische Unrecht der Tat wird aber nur durch einen eigenständigen Tatbestand abgebildet. Freilich gilt dieses Argument auch für andere völkerrechtliche (Einzel-)Verbrechen, allen voran die Folter,¹⁶ bezüglich derer Deutschland bislang eine spezifische Kriminalisierung auch deshalb unterlassen hat, weil sie ja schon von anderen Tatbeständen erfasst seien.¹⁷ Strafanwendungsrechtlich unterfällt der neue § 234b StGB aufgrund der völkervertraglichen Grundlage dem Weltrechtsprinzip über § 6 Nr. 9 StGB.¹⁸

Methodisch kritisch zu sehen ist der wiederholte Rekurs auf das Völkergewohnheitsrecht (VGR), zumal gleichberechtigt neben dem IStGH-Statut als völkerrechtlicher Vertrag,¹⁹ als Grund einer bestimmten Kriminalisierung. Zunächst einmal ist ja schon die Begründung von VGR, auch und gerade wenn es um völkerrechtliche Verbrechen geht, keineswegs ein leichtes Unterfangen,²⁰ auch wenn das Konzept in der völkerstrafrechtlichen Judikatur nachgerade inflationär gebraucht wird.²¹ Ebenso wenig ist der Verweis auf das IStGH-Statut als Quelle und Grund von VGR unproblematisch, handelt es sich bei einem völkerrechtlichen Vertrag doch um eine gegenüber VGR eigenständige Rechtsquelle²² und es ist durchaus strittig, ob und inwieweit daraus VGR abgeleitet werden kann.²³

¹⁵Vgl. auch RegE, S. 35.

¹⁶Vgl. UN-Antifolterkonvention von 1984, wonach Vertragsstaaten sicherstellen sollen „that all acts of torture are offences“ in ihrem Strafrecht (Art. 4).

¹⁷Krit. insoweit jüngst Mitsch, KriPoz 2021, 272, 276 ff. (Ergänzungsbedarf nachweisend).

¹⁸S. auch RegE, S. 36.

¹⁹Vgl. RegE, S. 2 („... in enger Anlehnung an die Formulierung des Römischen Statuts *beziehungsweise* an das zugrundeliegende Völkergewohnheitsrecht ...“) [Herv. K.A.], S. 26 [Tathandlung „sexuelle Sklaverei“ vom VGR anerkannt „[V]or dem Hintergrund“ der Pönalisierung im IStGH Statut], S. 34 („völkergewohnheitsrechtliche Geltung“ durch „konsensual angenommene Änderung“ des IStGH-Statuts). Allgemeine Rekurse auf das VGR finden sich etwa auf S. 11, 25, 30.

²⁰Vgl. nur den langjährigen Beratungsprozess der UN-Völkerrechtskommission (International Law Commission, ILC), s. https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml zur „identification of customary international law“, der im Jahre 2018 mit „draft conclusions“ samt Kommentar zum Abschluss gebracht wurde, abrufbar hier: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_13_2018.pdf.

²¹Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Konzept, geschweige denn eine gründliche Analyse im Sinne der ebd. genannten ILC-Beratungen, findet dabei in der Regel nicht statt.

²²S. Art. 38 Abs. 1 [a] und [b] IGH-Statut.

²³Vgl. nur ILC, o. Fn. 20, Conclusion 11, insbesondere Abs. 2 [“The fact that a rule is set forth in a number of treaties may, but does not necessarily, indicate that the treaty

Die Erweiterung der Nebenklage auf (bestimmte) völkerrechtliche Verbrechen klärt zunächst die aufgrund der Öffnungsklausel (§ 395 Abs. 3 StPO) bislang unsichere Rechtslage, denn danach ist der Anschluss als Nebenkläger von den „schweren Folgen der Tat“ abhängig und damit unsicher. Die explizite Erweiterung ist überfällig, denn die (ausländischen) Opfer dieser Verbrechen sind besonderen Belastungen ausgesetzt, die prozessuale Beteiligung sowie anwaltlichen und psychologischen Beistand erforderlich machen.²⁴ Das rechtfertigt es auch und gerade, den Genozid als nebenklagefähiges Delikt anzuerkennen und zwar ungeachtet seines strittigen individualschützenden Charakters.²⁵ Allerdings lässt sich über die Nichtberücksichtigung der Eigentumsdelikte (§ 9 VStGB) streiten, denn die besondere Schutzbedürftigkeit der Opfer ergibt sich insoweit schon daraus, dass es um Kriegsverbrechen, also Taten während eines bewaffneten Konflikts, geht. Im Übrigen wird hier auch – wie bei Taten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit – ein wichtiges Individualrechtsgut angegriffen.

Die Streichung des Bezugs zur Bundesrepublik in § 169 Abs. 2 GVG stellt nun (endlich) klar, dass völkerstrafrechtliche Verfahren gerade über Deutschland hinausreichende zeitgeschichtliche Bedeutung haben.²⁶ Die Anhebung der Aussonderungsprüffristen erscheint als technische Marginalie, kann aber angesichts des häufig lange nach Tatbegehung liegenden Beginns völkerstrafrechtlicher Ermittlungen und deren Dauer entscheidend dafür sein, dass noch relevante Daten zur Verfügung stehen.²⁷

III. Eine schmerzliche Regelungslücke: funktionelle Immunität

Kritikwürdig und korrekturbedürftig erscheint das Schweigen des Entwurfs zur Immunität. Bekanntlich ist zwischen der persönlichen Immunität (ratione personae), auf die sich nur höchste staatliche Repräsentanten (sogenannte Trias von Staatsoberhaupt, Regierungschef und Außenminister) berufen können, und der

rule reflects a rule of customary international law.“ [Herv. K.A.]].

²⁴Zur besonderen Schutzbedürftigkeit als Kriterium RegE, S. 40.

²⁵Offenlassend BGH-Beschluss v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 56; s. auch RegE, S. 37.

²⁶S. auch RegE, S. 13 f., 44.

²⁷Näher RegE, S. 46 f.

funktionellen Immunität (ratione materiae) für (hoheitliche) Diensthandlungen (acta iure imperii) zu unterscheiden.²⁸ Während jene im zwischenstaatlichen Verhältnis – zur Sicherstellung des zwischenstaatlichen Verkehrs auf höchster exekutiver Ebene²⁹ – grundsätzlich unbeschränkt gilt und allenfalls im vertikalen Verhältnis (Staat zu internationalem Strafgericht) eine Einschränkung erfährt,³⁰ wird die funktionelle Immunität bei schweren völkerrechtlichen Verbrechen auch im zwischenstaatlichen (horizontalen) Verhältnis eingeschränkt. Das hat auf völkerrechtlicher Ebene die UN-Völkerrechtskommission in ihrem 2017 in erster Lesung verabschiedeten Entwurf eines entsprechenden Vertrags anerkannt. Dessen Art. 7 schließt die funktionelle Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen aus³¹ (allerdings nicht für das Aggressionsverbrechen).³² Dieser Entwurf wurde den Staaten am 3. August 2022 zur Kommentierung vorgelegt³³ und die ILC wird nach Eingang der staatlichen Stellungnahmen in zweiter Lesung erneut darüber beraten und abstimmen. Auf innerstaatlicher Ebene hat der BGH die Einschränkung der funktionellen Immunität bei Kriegsverbrechen (grau-

²⁸Vgl. Ambos in: Erb/Schäfer (Hrsg.) Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 105 f.; näher, insbesondere auch zur (prozessualen) Rechtsnatur Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. 2021, S. 528 ff. [532 f.].

²⁹Zum Zweck der Staatenimmunität näher Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 101.

³⁰ICC, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Prosecutor v. Al Bashir (ICC-02/05-01/09-397), 6.5.2019, paras. 1, 103–117 [113] (“there is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court.”); im gleichen Sinne vorher schon Special Court for Sierra Leone, Prosecutor against Charles Ghankay Taylor, Decision on immunity from jurisdiction, 31.5.2004, SCSL-2003-01-I, para. 37 ff. Vgl. dazu eingehend Kreß, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC: Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 98 RdNr. 114–130.

³¹Vgl. ICL, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3378.pdf, S. 13. Draft Art. 7 nennt als insoweit die Immunität ausschließende Verbrechen: Genozid, VgM, Kriegsverbrechen, Apartheid, Folter und Verschwindenlassen. Zur Kommentierung s. <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp6.pdf>, S. 230–42). Dafür nun ECCHR, https://www.ecchr.eu/fileadmin/user_upload/ECCHR_-_Keine_Immunitaet_fuer_Voelkerstraftaten_-_Aufruf_zur_Unterstuetzung_..._.pdf.

³²Die ILC begründet dies einerseits mit der Natur des Verbrechens, die es notwendig mache, dass die Gerichte des Forumstaats eine Aggressionshandlung des ausländischen Staats vorab feststellten, und andererseits mit seinem sonderdeliktischen Charakter als Führungverbrechen, s. <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp6.pdf>, S. 239. Krit. insoweit ECCHR, o. Fn. 31, S. 6.

³³<https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp6.pdf>, S. 189 ff.

same oder unmenschliche Behandlung einer geschützten Person) eines niederrangigen Hoheitsträgers anerkannt.³⁴ Dies ist auf große Zustimmung gestoßen.³⁵

Vor diesem Hintergrund sollte sich die Bundesregierung zunächst unmissverständlich zugunsten einer Einschränkung funktioneller Immunität im Sinne des ILC-Entwurfs positionieren.³⁶ Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber diese Position aber auch gesetzlich absichern. Das GVG verweist insoweit ja nur auf das Völkerrecht (§ 20 Abs. 2) und dieses befindet sich eben – siehe die gerade genannten ILC-Beratungen – noch in der Entwicklung. Eine gesetzgeberische Klarstellung würde insoweit ein starkes Signal gegen die Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen senden. Es entspräche der heutigen Vorreiterrolle Deutschlands. Damit erhebt sich Deutschland nicht über die völkerrechtliche Entwicklung, sondern bezieht eindeutig Stellung an einer entscheidenden Wegscheide, um diese Entwicklung in die richtige Richtung zu lenken. Ein entsprechender § 5a VStGB könnte wie folgt lauten:

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

³⁴BGH 28.1.2021 – 3 StR 565/19.

³⁵Kreß, NJW 2021, 1335; Werle, JZ 2021, 724; Ambos, StV 2021, 557; Frank/Barthe, ZStW 133 (2021), 235; Jeßberger/Epik, JR 2022, 10.

³⁶In diesem Sinne auch ECCHR, o. Fn. 31; Kreß, in FAZ, 6.11.2023, 8.