

Ein Aggressionstribunal für Präsident Putin: (K)eine Europäische Lösung?

Die Strafverfolgung des Russischen Präsidenten zwischen Völkerrechtlichen Möglichkeiten und Politischen Realitäten

Lukas Hemmje*
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg, Deutschland/Germany
hemmje@mpil.de

Abstract	640
Keywords	640
I. Der Kampf gegen Straflosigkeit im dritten Jahr der Aggression	640
II. Unzulänglichkeit der bestehenden Wege	643
III. Geplante Szenarien: Zwei Möglichkeiten	645
1. Ein internationales Sondertribunal	645
2. Ein regionales Tribunal	647
IV. Keine Immunitäten für Kernverbrechen	648
1. Aggression und Immunität <i>ratione materiae</i>	649
2. Immunität <i>ratione personae</i> des Staatsoberhauptes	651
a) <i>Arrest Warrant</i> als Ausgangspunkt	652
b) Die Praxis internationaler Strafgerichte	652
c) <i>De lege lata</i> zweifelhaft: Rezeption und Staatenpraxis	656
3. Der Stand des Rechts	657
V. Rechtsgrundlage: Ein Gericht im Sinne von Arrest Warrant	658
1. Vertragsrechtliche Delegation nationaler Rechtsprechungsgewalt	658
2. Unmittelbare Ausübung universeller Rechtsprechungsgewalt	659
3. Wege zu einem Gericht	662
VI. Der Weg über den Europarat: Nur scheinbar eine Lösung	662
VII. Fazit	666
Summary: An Aggression Tribunal for President Putin: (Not) a European Solution? The Prosecution of the Russian President between International Legal Possibilities and Political Realities	667
Keywords	667

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Forschungsgruppe “Shades of Illegality in International Peace and Security Law” am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg. Er dankt Prof. Christian Marxsen, Florian Kriener, Felix Herbert, Charlotte Magnus und Valentin von Stosch für wertvolle Anmerkungen und Unterstützung sowie Prof. Anne Peters für die Ermutigung zur Veröffentlichung.

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit den Rahmenbedingungen einer Strafverfolgung des russischen Präsidenten Putin wegen des Verbrechens der Aggression. Der Fokus liegt dabei auf der Frage, ob ein regionales Tribunal unter der Ägide des Europarates ohne Ansehung von Immunität *ratione personae* verfahren könnte.

Der Beitrag nimmt eine umfassende Bestimmung des Standes des Rechts vor und zeigt auf, wo sich das Recht in einem Schwebezustand befindet. Er nimmt dazu eine Analyse der völkerrechtlichen Debatten zu Fragen der Immunität von Staatsoberhäuptern und dem Charakter internationaler Strafgerichtshöfe vor. Ausgehend von der Grundsatzentscheidung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im *Arrest Warrant*-Fall wird insbesondere die Rechtsprechung internationaler Strafgerichte der vergangenen 20 Jahre analysiert.

Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass die Einrichtung eines Tribunals über den Europarat funktional keinen Unterschied machen würde. Nur ein Tribunal, das praktisch universelle Unterstützung von Staaten auch außerhalb des Westens erfährt, kann ohne Ansehung von Immunitäten verfahren.

Keywords

Ukraine – Russland – Aggression – Sondertribunal – Immunität von Staatsoberhäuptern – Europarat

I. Der Kampf gegen Straflosigkeit im dritten Jahr der Aggression

Im dritten Jahr des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine¹ stehen alle Zeichen auf einen langen Konflikt. Nachdem Wladimir Putin „wieder-

¹ Es entspricht der einhelligen Ansicht, dass es sich bei Russlands Invasion der Ukraine seit dem 24. Februar 2022 um einen Verstoß gegen das Gewaltverbot von Art. 2 (4) der VN-Charta handelt: So festgestellt von der VN-Generalversammlung mit sehr großer Mehrheit in der Sondersitzung am 2. März 2022; UN, GV Resolution ES-11/1, 2. März 2022, A/RES/ES-11/1. Für weitere: Christian Marxsen, 'Hat sich Russland vom Völkerrecht verabschiedet', FAZ Einspruch, 10. März 2022; Deutsche Gesellschaft für internationales Recht, 'Erklärung zum russischen Angriff auf die Ukraine von Vorstand und Rat', 24. Februar 2022, Mitteilungen der Gesellschaft, März 2022, 1-33 (4-5); Kevin Jon Heller, 'Options for Prosecuting Russian Aggression against Ukraine: A Critical Analysis', Journal of Genocide Research, pre-print 6.

gewählt“ wurde, hat er seinen Regierungsapparat umgebaut: Die Ernennung des vorherigen Vize-Premierministers und Wirtschaftsexperten Andrei Belousov zum neuen Verteidigungsminister wird allgemein als Zeichen dafür verstanden, dass der russische Präsident die Einrichtung einer leistungsfähigen Kriegswirtschaft priorisiert und sich darauf einstellt, diesen Krieg noch auf Jahre zu führen.² Gleichzeitig ist die westliche Unterstützung für die Ukraine bestenfalls als konstant auf niedrigem Niveau zu charakterisieren, nicht ausreichend um der Ukraine die Initiative zurückzugeben.³ Zumal der Westen mit neuen Konfliktherden, insbesondere im Nahen Osten seit dem 7. Oktober 2023, zunehmend anderweitig gebunden ist und auf der Weltbühne durch Vorwürfe von Doppelstandards seine Legitimität gefährdet sieht.⁴

Dabei bleibt die Frage der juristischen Aufarbeitung des Angriffs auf die Ukraine aktuell, insbesondere der völkerstrafrechtlichen Verantwortung der russischen Führung um Präsident Putin für das Verbrechen der Aggression.⁵ Vor diesem Hintergrund hat im Mai 2024 das Minister-Komitee des Europarats den Generalsekretär beauftragt, die Einrichtung eines regionalen Tribunals unter seiner Ägide vorzubereiten:

„[...] authorise[s] the Secretary General to prepare any necessary documents to contribute to consultations within the Core Group on a possible draft Agreement between the Council of Europe and the Government of Ukraine on the Establish-

Juli 2022, <<https://doi.org/10.1080/14623528.2022.2095094>>, 1-24 (2). Wie Heller feststellt, ist auch keine der von Russland verfolgten Rechtfertigungsstrategien überzeugend; Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 2 f.

² Paula Soler, ‘Who is Russia’s New Defence Minister Belousov, and Why Did Putin Appoint Him?’, Euronews, 16. Mai 2024, <<https://www.euronews.com/2024/05/16/who-is-russias-new-defence-minister-andrei-belousov-and-why-did-putin-appoint-him#:~:text=News%20World%20Russia-,Who%20is%20Russia's%20new%20defence%20minister%20Andrei%20Belousov,why%20did%20Putin%20appoint%20him%3F&text=Putin's%20recent%20appointment%20of%20Belousov,for%20Ukraine's%20under%20Dresourced%20army>>, zuletzt besucht 26. August 2024; Miranda Nazzaro, ‘Who is Putin’s new defense minister Andrei Belousov?’, The Hill, 13. Mai 2024, <<https://thehill.com/policy/international/4661309-who-is-putins-new-defense-minister-andrei-belousov/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

³ Natasha Bertrand and Katie Bo Lillis, ‘Western Officials Warn Munition Shortages Could Be Catastrophic for Ukraine as US Stalls on Providing More Aid’, CNN, 4. April 2024, <<https://edition.cnn.com/2024/04/04/politics/ukraine-munition-shortages/index.html>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

⁴ Benoît Bréville, *Le Monde Diplomatique*, ‘Ukraine and Gaza: Double Standards’, 1. Januar 2024, <<https://mondediplo.com/2024/01/01editorial>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

⁵ Art. 8bis des Römischen Statuts definiert das Verbrechen der Aggression als „Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung einer Angriffshandlung“ durch eine Person, die „tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Dass der russische Präsident diese Anforderungen erfüllt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

ment of a Special Tribunal for the Crime of Aggression of the Russian Federation against Ukraine [...]“.⁶

Während ein anderer Ansatz eines Sondertribunals mit Unterstützung der Vereinten Nationen (VN) von verschiedenen Stellen mit überzeugenden rechtlichen Argumenten vertreten wurde,⁷ wird er politisch auf absehbare Zeit nicht umsetzbar sein: Insbesondere der Konflikt in Gaza verstärkt den Vorwurf an die Adresse der (westlichen) Unterstützerstaaten der Ukraine, mit zweierlei Maß zu messen.⁸ Die Kehrseite dessen ist eine Abkehr des globalen Südens, die sich beispielsweise in der sinkenden Unterstützung für Maßnahmen der VN-Generalversammlung (VNGV) zur Ukraine spiegelt.⁹

Im Fokus der Debatte muss stehen, was die Ukraine will: Oksana Zolotarova, Direktorin der Völkerrechtsabteilung im ukrainischen Außenministerium, forderte zuletzt erneut die zeitnahe Einrichtung eines Tribunals, das Präsident Putin und die politische und militärische Führung Russlands anklagen kann:

„Yes, we can charge Putin in the district court of Mykolayiv, but the war that Putin launched was not just against Ukraine, the war was against the international order. The response should not just be Ukrainian but in the name of the international community.“¹⁰

Nach Auffassung von Andrii Smyrnov, Vize-Chef des ukrainischen Präsidialamtes, müsste ein Tribunal in der Lage sein, die Immunitäten zu überwinden, die die russische Führung für sich beanspruchen würde.¹¹

⁶ Council of Europe, Council of Ministers 1497th meeting, 30. April 2024, CM/Del/Dec (2024)1497/10.2. Dafür auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates, die die Maßnahmen des Ministerrats unterstützt und in einer Resolution aus Juni 2024 bereits konkrete Modalitäten eines Tribunals umrissen hat: PACE, Resolution 2556 (2024) ‘Legal and Human Rights Aspects of the Russian Federation’s aggression against Ukraine’, 26. Juni 2024; PACE, Recommendation 2279 (2024), 26. Juni 2024.

⁷ Mit einer Auflistung der Unterstützer bei (III. 1).

⁸ Bréville (Fn. 4).

⁹ Der Konflikt in Gaza hat einen Trend noch verstärkt, der sich bereits zuvor abzeichnete. So erfuhr die erste Resolution der VNGV vom März 2022 (A/RES/ES-11/1) noch die Unterstützung von 141 Mitgliedern. Eine Resolution zu einem Schadensregister für Kriegsentschädigungen vom November 2022 (A/RES/ES-11/5) fand schon nur noch die Zustimmung von 94 Mitgliedern.

¹⁰ ‘ICC ‘Turf War’ Blocking Ukrainian Bid to Have Top Russians Tried, Advocate Says’, The Guardian, 6. Februar 2024, <<https://www.theguardian.com/law/2024/feb/06/icj-ukraine-russia-prosecutions-philippe-sands>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

¹¹ ‘ICC “Turf War” Blocking’ (Fn. 10); Auch die Abschlusserklärung einer Konferenz von über 40 Staaten (inklusive der Ukraine, der europäischen Staaten, der USA und weiterer westlicher Verbündeter) von April 2024 hat erneut bekräftigt, dass man mit meinem „special tribunal“ die höchsten Führungsebenen von Politik und Militär in den Blick nehmen will:

Damit bleibt es die ukrainische Position, dass man ein Tribunal will, das Putin anklagen kann. Und dass man damit nicht warten will, bis er aus dem Amt geschieden ist – sodass das Tribunal in der Lage sein muss, seine Immunität zu überwinden. Die Frage, der sich dieser Beitrag widmet, ist daher folgende: Kann ein Tribunal unter der Ägide des Europarats diese Anforderungen erfüllen?

Dazu wird zunächst kurz skizziert, dass sich diese Frage nur vor dem Hintergrund der mangelnden Zuständigkeit bestehender Institutionen stellt (II.). Daraufhin werden die Optionen sowohl eines Internationalen Sondertribunals als auch eines regionalen Mechanismus unter Beteiligung des Europarats dargestellt (III.). Der vorliegende Beitrag wird dann ausgehend von der *Arrest Warrant*-Entscheidung die Debatte zur Immunität von Staatsoberhäuptern der vergangenen drei Jahrzehnte umfassend analysieren, um den Stand des Rechts zu ermitteln. (IV.). Die Frage der Immunität ist ferner untrennbar mit der Frage der Rechtsgrundlage des Gerichts verbunden. Da mit einer Kooperation der Russischen Föderation absehbar nicht zu rechnen ist, wird geklärt woraus ein Gericht seine Rechtsprechungsgewalt herleiten kann (V.). Hieran wird dann zuletzt das aktuell politisch favorisierte Modell eines Europaratstribunals am Stand des Rechts geprüft (VI.) bevor die aktuelle Lage der Debatte abschließend bewertet wird (VII.).

II. Unzulänglichkeit der bestehenden Wege

Die Strafbarkeit des Verbrechens der Aggression ist kein neues Phänomen, sondern lässt sich mindestens zum Nürnberger International Military Tribunal (IMT) nach dem Zweiten Weltkrieg zurückverfolgen.¹² Seitdem

Restoring Justice for Ukraine, Political Declaration, 4. April 2024, <<https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/diplomatic-statements/2024/04/02/political-declaration-of-the-ministerial-restoring-justice-for-ukraine-conference>>, zuletzt besucht 26. August 2024, Rn. 15.

¹² US-Chefankläger Jackson in seinem Eröffnungsplädoyer in Nürnberg: „But the ultimate step in avoiding periodic wars, which are inevitable in a system of international lawlessness, is to make statesmen responsible to law. And let me make clear that while this law is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose it must condemn aggression by any other nations, including those which sit here now in judgment.“; IMT Nürnberg, *Trial of the Major War Criminals*, Vol. II, Proceedings Nov. 14–Nov. 30 1945, 154; „To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole“, IMT Nürnberg, *Trial of the Major War Criminals*, Vol. XXII, Proceedings Aug. 27–Oct. 1 1946, 427.

hat es vielfach Eingang in nationales und internationales Recht gefunden. Allerdings greifen die bestehenden Möglichkeiten der Strafverfolgung zu kurz:

So normieren beispielsweise Art. 437 des ukrainischen Strafgesetzbuches und § 13 des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) ein Verbrechen der Aggression. Während § 13 VStGB schon deshalb ausscheidet, weil der Gesetzgeber dieses Verbrechen nicht unter das Weltrechtsprinzip gefasst hat¹³ und für den vorliegenden Fall der erforderliche Bezug zur Bundesrepublik Deutschland fehlt, begegnet ein Verfahren nach ukrainischem Strafrecht (wie auch sonst jedes denkbare rein nationale Strafverfahren) dem unüberwindbaren Hindernis der völkergewohnheitsrechtlichen Immunität von amtierenden Staatsoberhäuptern gegenüber nationalen Strafgerichten anderer Staaten.¹⁴

Daneben läge auf den ersten Blick auch eine Strafverfolgung beim Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) wegen des Verbrechens der Aggression unter Art. 8*bis* des Römischen Statuts (RS) nahe. Aufgrund eines politischen Kompromisses¹⁵ darf der IStGH allerdings gemäß Art. 15*bis* (4), (5) RS nur dann tätig werden, wenn die Aggression nicht nur *gegen* oder auf dem Territorium einer Vertragspartei des RS verübt wurde – sondern sie muss hierfür auch *von* einer Vertragspartei verübt werden.¹⁶ Da die Russische Föderation keine Partei des RS ist, ist der IStGH unzuständig.

Zwar könnte der VN-Sicherheitsrat die Situation gem. Art. 15*ter* i. V. m. Art. 13 (b) RS an die Anklagebehörde des IStGH verweisen und so doch noch dessen Zuständigkeit begründen.¹⁷ Dies wird jedoch am Veto-Recht der Russischen Föderation im Sicherheitsrat scheitern.

¹³ So auch ersichtlich aus dem Wortlaut von § 1 S. 2 VStGB, der die Anwendbarkeit von § 13 auf Fälle beschränkt, in denen „der Täter Deutscher ist oder sich die Tat gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet“; Ausführungen dazu in der Gesetzesbegründung: Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, BT-Drs. 18/8621, 12.

¹⁴ IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Merits, Urteil v. 14. Februar 2002, ICJ Reports 2002, 3 (Rn. 51-59).

¹⁵ Das RS in seiner ursprünglichen Fassung von 1998 enthält das Verbrechen der Aggression nur als Platzhalter. Die Einfügung des Verbrechens, wie es heute besteht, dauerte danach noch knapp 20 Jahre, im Rahmen des sog. „Review“-Prozesses und erfolgte erst mit der Aktivierung des Verbrechens durch die Kampala-Zusätze von 2017. Ausführlich zu diesem Prozess: Roger S. Clark, 'Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression: International Criminal Court (ICC)' in: Anne Peters und Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* (Online-Ausgabe, Oxford University Press 2018).

¹⁶ So auch Andreas Zimmermann und Elisa Freiburg-Brau, 'Art. 15*bis*' in: Kai Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court* (4. Aufl., C.H. Beck 2022), (Rn. 42).

¹⁷ So auch Claus Kieß, Stephan Hobe und Angelika Nußberger, 'The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System', Just Security,

III. Geplante Szenarien: Zwei Möglichkeiten

Für die Schließung dieser Lücke werden verschiedene Szenarien vorgeschlagen. Vorschläge zu einer Reform des RS, die die Anwendung des Verbrechens der Aggression den übrigen drei Verbrechen des RS angleicht,¹⁸ sind mittlerweile politisch in den Hintergrund getreten. Es stehen sich nunmehr Vertreter eines internationalen Sondertribunals (1.) und der Option eines regionalen Tribunals (2.) gegenüber.

1. Ein internationales Sondertribunal

Die Forderungen nach der Einrichtung eines internationalen Sondertribunals gehen bereits auf die frühesten Kriegstage zurück: Ein entsprechender Vorschlag wurde bereits vier Tage nach Beginn der Invasion von Philippe Sands gemacht.¹⁹ Darauf aufbauend initiierte der ehem. britische Premierminister Gordon Brown im März 2022 einen entsprechenden Aufruf, der breite Unterstützung von Führungspersönlichkeiten aus Politik und Rechtswissenschaft erfährt.²⁰ Neben der Ukraine unterstützen von staatlicher Seite

23. Januar 2023, <<https://www.justsecurity.org/84783/the-ukraine-war-and-the-crime-of-aggression-how-to-fill-the-gaps-in-the-international-legal-system/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

¹⁸ Karim Khan, 'Remarks at the Opening Plenary of the 21st session of the Assembly of States Parties', 5. Dezember 2022, <<https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-12/ASP21-STMT-PROS-ENG.pdf>>, zuletzt besucht 26. August 2024, (Rn. 21); Kreß, Hobe und Nußberger (Fn. 17); so vertreten u. a. auch vom Global Institute for the Prevention of Aggression, 'The Need to Remove Restrictions on the ICC's Jurisdiction over the Crime of Aggression', <https://crimeofaggression.info/wp-content/uploads/GIPA_Statement_Increasing-ICC-Jurisdiction.pdf>, zuletzt besucht 26. August 2024. Erneut als der "most principled path" bezeichnet von Claus Kreß, 'Sustainability in the Prosecution of the Crime of Aggression', Cambridge International Law Journal 13 (2024), forthcoming. Claus Kreß, 'Russia's War of Aggression Against Ukraine and the Crime of Aggression', in: Masahiko Asada und Dai Tamada (Hrsg.), *The War in Ukraine and International Law* (Springer 2024), 55-78 (65).

¹⁹ Philippe Sands, 'Putin's Use of Military Force Is a Crime of Aggression', Financial Times, 28. Februar 2022, <<https://www.ft.com/content/cbbdd146-4e36-42fb-95e1-50128506652c>>, zuletzt besucht 26. August 2024; umfassend dazu auch: Carrie McDougall, 'The Imperative of Prosecuting Crimes of Aggression Committed against Ukraine', Journal of Conflict and Security Law 28 (2023), 203-230.

²⁰ Gordon Brown et. al., 'Combined Statement and Declaration for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine', <<https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>>, zuletzt besucht 26. August 2024; Justice for Ukraine, Declaration Signatories, fortlaufend aktualisiert bei <<https://justice-for-ukraine.com/declaration-signatories/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

aus Albanien, Belgien, Estland, Guatemala, Lettland, Lichtenstein, Litauen, Luxemburg, die Marshall-Inseln, Nord-Mazedonien und Polen diesen Ansatz.²¹

Ein solches Tribunal findet außerdem die Unterstützung der Parlamentarischen Versammlung der Nordatlantischen Vertragsorganisation (NATO),²² der Parlamentarischen Versammlung der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE),²³ des Europäischen Parlaments,²⁴ sowie der parlamentarischen Versammlung des Europarats (CoE).²⁵

Der Aufruf von *Brown et. al.* verfolgt den Ansatz einer vertragsrechtlichen Basis, der auch von dem Sonderberichterstatter des Europarats Aleksander Pocij befürwortet wird.²⁶ Dabei bleibt allerdings die konkrete Rechtsgrundlage des Vorschlags vage, wenn *Brown et. al.* davon sprechen: „[...] Countries should agree to grant [it] jurisdiction arising under national criminal codes and general international law“.

Kevin Jon Heller umreißt die Optionen, dass ein solches Sondertribunal sowohl auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen einer Gruppe von Staaten (einschließlich der Ukraine), als auch unter Einbezug der VN-Generalversammlung entstehen könnte.²⁷

Der Einbezug der VN-Generalversammlung findet auch Fürsprache durch den Sonderberichterstatter des Europarats Pocij, der die Möglichkeit skizziert, einen zwischenstaatlichen Vertrag durch eine Resolution der VN-Generalversammlung zu unterstützen.²⁸ Carrie McDougall schlägt hingegen vor, dass die Ukraine auf Empfehlung der VN-Generalversammlung ein Übereinkommen mit den Vereinten Nationen zur Errichtung eines Sondertribunals schließt.²⁹ Diese Möglichkeit wird auch gestützt von einer Initiative um

²¹ Mitteilung der Ständigen Vertretung Estlands bei den Vereinten Nationen, 20. Januar 2023, <<https://un.mfa.ee/faqs-on-a-special-tribunal-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

²² NATO Parlamentarische Versammlung, Declaration, Standing with Ukraine, 30. Mai 2022, 111 SESP 22 E rev.1 fin.

²³ OSZE Parlamentarische Versammlung, Resolution on the Russian Federation's War of Aggression Against Ukraine and Its People, and Its Threat to the Security Across the OSCE Region, 6. Juli 2022, AS (22) D E.

²⁴ Europäisches Parlament, Resolution vom 19. Januar 2023, EP-Dokument P9_TA (2023) 0015.

²⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 2436 (2022), 28. April 2022.

²⁶ Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Pocij Report, Explanatory Memorandum, 26. April 2022, CoE-Doc. 15510 (Rn. 30).

²⁷ Heller, 'Options for Prosecuting' (Fn. 1), 8.

²⁸ So auch unterstützt durch Council of Europe, Resolution 2436 (Fn. 24), Rn. 11.6.4.

²⁹ Carrie McDougall, 'Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics', *Opinio Juris*, 15. März 2022, <<https://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggres>

den ehemaligen VN-Untergeneralsekretär für Rechtsfragen Hans Corell.³⁰ Wie Oona Hathaway an anderer Stelle vertritt, wäre dieser Mechanismus vergleichbar mit der Einsetzung des *Special Court for Sierra Leone*, das auf Empfehlung des VN-Sicherheitsrats eingesetzt wurde, allerdings nicht unter Kapitel VII der VN-Charta.³¹

2. Ein regionales Tribunal

Gegner eines internationalen Sondertribunals forderten in Abgrenzung dazu die Einrichtung eines ursprünglich sog. „hybriden Tribunals“. Da keine allgemeingültige Definition des Begriffs des hybriden Tribunals besteht, greift dieser Beitrag auf die Definition des Büros des Hohen Kommissars für Menschenrechte zurück:

„Hybride Gerichte sind definiert als Gerichte mit gemischter Zusammensetzung und Zuständigkeit, die sowohl nationale als auch internationale Aspekte umfassen und in der Regel in der Jurisdiktion tätig sind, in dem die Straftaten begangen wurden.“³²

sion-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>, zuletzt besucht 26. August 2024; hierfür auch Oona Hathaway und Alexander Komarov, ‘The Best Path for Accountability for the Crime of Aggression Under Ukrainian and International Law’, Just Security, 11. April 2022, <<https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/>>, zuletzt besucht 26. August 2024. Zu dieser Option sowie dem politischen Hintergrund auch Kreß, ‘Sustainability in the Prosecution of the Crime of Aggression’ (Fn. 18).

³⁰ Hans Corell, ‘A Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression – The Role of the U. N. General Assembly’, Just Security, 14. Februar 2023, <<https://www.justsecurity.org/85116/a-special-tribunal-for-ukraine-on-the-crime-of-aggression-the-role-of-the-u-n-general-assembly/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

³¹ Vgl. UN, SR Resolution 1315, 14. August 2000, S/RES/1315; Oona Hathaway, ‘The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part I)’, Just Security, 20. September 2022, <<https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>>, zuletzt besucht 26. August 2024. Das Beispiel der *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* ist entgegen Hathaway mit Ambos jedoch heranzuziehen für den Fall eines Übereinkommens, das dann im Nachhinein von der VNGV unterstützt wurde, vgl. UN, GV Resolution 57/228B, 22. Mai 2003, A/RES/57/228B; Kai Ambos, ‘A Ukraine Special Tribunal with Legitimacy Problems’, Verfassungsblog, 6. Januar 2023, <<https://verfassungsblog.de/a-ukraine-special-tribunal-with-legitimacy-problems/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

³² UN OHCHR, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the Legacy of Hybrid Courts, 2008, HR/PUB/08/2 (1); Vorbild für ein hybrides Tribunal sind u.a. die Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) und die Kosovo Specialist Chambers (KSC).

Mittlerweile wird dieses Option von der gesamten Gruppe der G7 unterstützt.³³ So hat bspw. Annalena Baerbock in ihrer Rede bei der Haager Akademie im Januar 2023 in ausdrücklicher Abgrenzung zu einem Sondertribunal ein Gericht beschrieben „das seine Jurisdiktion aus dem ukrainischen Strafrecht ableitet“ und „das durch eine internationale Komponente ergänzt wird“.³⁴

Während staatliche Vorschläge noch vage blieben, schlug Heller schon früh eine „High Ukrainian Chamber of Aggression“ als hybrides Tribunal unter Beteiligung des Europarats vor.³⁵ Ein solches Gericht solle zu gleichen Teilen mit ukrainischen und internationalen Richtern und Strafverfolgern besetzt sein und finanziell und strukturell durch den Europarat gestützt werden.³⁶ Pocij führte schließlich in seinem Bericht an den Europarat aus, dass die Ukraine zur Einrichtung eines solchen Tribunals gem. Art. 15 (a) der Satzung des Europarats das Minister-Komitee um die Verabschiedung einer „gemeinsamen Politik“ ersuchen könnte.³⁷ Auf dieser Grundlage könnte der Europarat dann ein Übereinkommen mit der Ukraine zur Einrichtung eines gemeinsamen Tribunals treffen.

Diese regionale Lösung, die sich aus frühen Ideen zu einem hybriden Tribunal entwickelt hat, ist zuletzt durch Maßnahmen des Europarats (s. o.) wahrscheinlicher geworden. Sie soll daher als Grundlage der Analyse dienen.

IV. Keine Immunitäten für Kernverbrechen

Bei der Strafverfolgung des *amtierenden* Präsidenten Putin ist das zentrale Hindernis in den Immunitäten zu erblicken, die das Völkerrecht einem Staatsoberhaupt verleiht. Es ist dabei zwischen Immunität *ratione personae* und *ratione materiae* zu unterscheiden. Ein amtierendes Staatsoberhaupt genießt grundsätzlich für alle Handlungen, die es im Rahmen seiner offiziell-

³³ Abschlusserklärung der G7 Außenminister, 18. April 2023, <<https://www.state.gov/g7-japan-2023-foreign-ministers-communiqué/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

³⁴ Auswärtiges Amt, „Strengthening International Law in Times of Crisis“ – Rede von Außenministerin Baerbock in Den Haag, 16. Januar 2023, <<https://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/strengthening-international-law-in-2023>>, zuletzt besucht 26. August 2024, 9.

³⁵ Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 17.

³⁶ Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 17.

³⁷ Council of Europe, Pocij Report (Fn. 26), Rn. 29; in diese Richtung auch: Robert Stendel und Anne Peters, ‘Ein Sondertribunal zur Aggression gegen die Ukraine? Ja.’, Zeitschrift für die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen, 17. April 2023, 74.

len Aufgaben wahrnimmt, Immunität *ratione materiae*.³⁸ Diese Immunität dauert auch nach dem Ausscheiden aus dem Amt an.³⁹ Während seiner Amtszeit, genießt das Staatsoberhaupt – jedenfalls vor nationalen Gerichten – außerdem Immunität *ratione personae*, die den Amtsinhaber von jeder Strafverfolgung auch für nicht-offizielle Akte abschirmt.⁴⁰

Zunächst wird festgestellt, dass Immunität *ratione materiae* die Strafverfolgung des Verbrechens der Aggression nicht hindert (1.). Der Schwerpunkt liegt dann, basierend auf dem Urteil des IGH in *Arrest Warrant*, auf der Debatte zur Immunität *ratione personae* (2.). Aus dieser Analyse folgt schließlich, dass sich das Recht in einem Schwebezustand befindet (3.).

1. Aggression und Immunität *ratione materiae*

Es wird heute verbreitet vertreten, dass Immunität *ratione materiae* für bestimmte internationale Kernverbrechen keine Anwendung findet.⁴¹ Wenngleich diese Ansicht nicht unumstritten ist,⁴² sprechen die besseren Gründe dafür, diese Regel als gegeben anzunehmen:

So hat jüngst der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Urteil zu einem Offizier der afghanischen Streitkräfte bestätigt, dass in einem Verfahren wegen Kriegsverbrechen Immunität *ratione materiae* nicht zur Anwendung

³⁸ ILC, 'Draft Articles Immunities of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, adopted on first reading, with Commentaries', ILC Report, 73rd session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Kapitel VI (Art. 5, 6 (1)).

³⁹ ILC, 'Immunities of State Officials' (Fn. 38), Art. 6 (2).

⁴⁰ ILC, 'Immunities of State Officials' (Fn. 38), Art. 3, 4 (1), (2).

⁴¹ Die Debatte wird dabei meist auf der Ebene der Immunitäten vor nationalen Gerichten anderer Staaten geführt, vgl. auch die im Folgenden besprochene Arbeit der ILC. Dieselbe Problemstellung stellt sich jedoch auch für Amtsträger, die vor *internationalen* Gerichten angeklagt werden. Dies lässt sich bereits zum Nürnberger Prinzip III von 1950 zurückverfolgen, welches die Grundsätze aus der Charta des IMT in Nürnberg kodifiziert hat; ILC, 'Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal', (1950) ILCYB, Vol. II, para. 97 (Principle III). So auch: Heller, 'Options for Prosecuting' (Fn. 1), 12; Dapo Akdane und Sageeta Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts', EJIL 21 (2010), 815-852 (851).

⁴² Mit einem ausführlichen Überblick zur Debatte in der ILC zu diesem Thema: Dire Tladi, 'The International Law Commission's Recent Work on Exceptions to Immunity', LJIL 32 (2019), 169-187; mit Positionen einzelner Mitglieder 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 112 (2018), 27-32 (29). Claus Krefß zeigt die Widersprüchlichkeit insbesondere der Positionen der G7-Staaten auf, wie sie sich in deren letzten Stellungnahmen zu den Draft Articles geäußert hat: Krefß, 'Sustainability in the Prosecution of the Crime of Aggression' (Fn. 18).

kommt.⁴³ Der BGH hat sich in dieser Entscheidung auf die Praxis einer Vielzahl nationaler Gerichte gestützt, die keine Immunität *ratione materiae* für die Verfolgung völkerrechtlicher Kernverbrechen annehmen.⁴⁴

Hierfür spricht sich mehrheitlich auch die Völkerrechtskommission (ILC) in ihrer Studie zum Thema „Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction“ aus. Vor dem Hintergrund einer kontroversen Debatte hat die ILC 2022 ihre Draft Articles zu diesem Thema in erster Lesung angenommen.⁴⁵ Art. 7 listet die Verbrechen, für die Immunität *ratione materiae* nicht zur Anwendung kommt. Die Annahme dieser Regel überzeugt schon aus dem Grund, dass sie Grundbedingung für das Völkerstrafrecht ist, das individuelle strafrechtliche Verantwortung für internationale Kernverbrechen vorschreibt und historisch insbesondere auf Staatsbeamte abzielte.⁴⁶

Allerdings hat die ILC in Art. 7 das Verbrechen der Aggression als internationales Kernverbrechen ausgelassen. Dies wurde bereits in der Debatte von einigen Mitgliedern kritisiert.⁴⁷ Bei genauer Betrachtung kann diese Auslassung auch nicht überzeugen.⁴⁸

⁴³ BGH, Urteil v. 28. Januar 2021, 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 (Rn. 17). Mit ausführlicheren Besprechungen dieses Urteils: Aziz Epik, 'No Functional Immunity for Crimes Under International Law Before Foreign Domestic Courts: An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice', JICJ 19 (2021), 1263-1281; Leila Sadat, 'New Developments in State Practice on Immunity of State Officials for International Crimes', ASIL Insights 25 (2021); Wie Claus Krefß richtigerweise aufzeigt, war die deutsche Stellungnahme im 6. Ausschuss der VNGV im November 2023 zurückhaltender, im Widerspruch zu einer Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage zu diesem Thema um dieselbe Zeit, Claus Krefß, 'Germany and International Criminal Law: Reflections in Light of Current Developments', EJIL:Talk!, 12. März 2024, <<https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-reflections-in-light-of-current-developments/>>, zuletzt besucht 26. August 2024. Auch hieran zeigt sich, dass diese Debatte nicht abgeschlossen ist. Bemerkenswert zur deutschen Position ist zuletzt eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, nachdem das GVG in einem neuen § 20 Absatz 2 Satz 2 die Rechtsprechung des BGH zu funktionaler Immunität übernehmen soll, BT-Drs. 20/11661, 2.

⁴⁴ So der Oberste Gerichtshof von Israel, der niederländische Hohe Rat, der belgische Kassationshof, das spanische Verfassungsgericht, der italienische Kassationshof, das Schweizerische Bundesgericht und der französische Kassationshof; BGH, Urteil v. 28. Januar 2021, 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 (Rn. 27-33).

⁴⁵ ILC, 'Draft Articles Immunities of State Officials'. Für die Debatte: ILC, 'Draft Articles Immunities of State Officials', 231; vgl. auch die namentliche Abstimmung zu Art. 7 in der ILC aus 2017; ILC, 'Draft Articles Immunities of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction', Report of the International Law Commission, 69th session (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017), Kapitel VII, 163-191 (164-165).

⁴⁶ Claus Krefß, 'Art. 98' in: Kai Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, (4. Aufl., C. H. Beck 2022), 2604, Rn. 31.

⁴⁷ Für die abweichenden Positionen, siehe ILC, 'Provisional summary record of the 3387th meeting', A. CN.4/SR.3378, 18 Aug. 2017, 6, 13-14, 16; mit einer Zusammenfassung Tladi (Fn. 42), 180.

⁴⁸ So vertritt auch Krefß unter Bezugnahme auf die Begründung der ILC, dass die Liste der Verbrechen „under-inclusive“ sei; Krefß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2615, Rn. 49; dafür auch der nieder-

So steht sie schon im Widerspruch zur eigenen Arbeit der ILC am „Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind“, in dem das Verbrechen der Aggression aufgeführt wurde.⁴⁹ Die Ratio für die Auswahl der Verbrechen, die die ILC im Kommentar zu Art. 7 darlegt, widerspricht zusätzlich einer anderweitigen Bewertung:

„[...] (b) they are crimes under international law that have been identified as the most serious crimes of concern to the international community, and there are international treaty-based and customary norms relating to their prohibition including an obligation to prevent and punish them.“

Es steht außer Frage, dass es sich bei dem Verbrechen der Aggression um eines der schwersten Verbrechen gegen die internationale Gemeinschaft handelt. Die ILC selbst hat in ihren „Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law“ bestätigt, dass das Verbot der Aggression den Rang einer *jus cogens* Norm hat.⁵⁰ Nach Conclusion 19 besteht eine Verpflichtung von Staaten, Verstöße gegen *jus cogens* Normen zu unterbinden⁵¹ – was dem „prevent and punish“-Standard der Draft Articles nicht unähnlich ist. Es ist daher vorzugswürdig, Aggression mit in diese Gruppe der Kernverbrechen zu fassen, für die Immunität *ratione materiae* keine Anwendung findet.

2. Immunität *ratione personae* des Staatsoberhauptes

Die Beantwortung der Frage nach Immunität *ratione personae* stellt sich hingegen komplexer dar: Ausgehend von dem Urteil des IGH in *Arrest Warrant* (a.) sind dazu völkerstrafrechtliche Entscheidungen der vergangenen 20 Jahre zu betrachten (b.), insbesondere vor dem Hintergrund kritischer Rezeption in Literatur und Staatenpraxis (c.).

ländische CAVV, Challenges in Prosecuting the Crime of Aggression: Jurisdiction and Immunities, Advisory Report no. 40, 12 September 2022, 12.

⁴⁹ ILC, ‘Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, with commentaries’, (1996) ILCYB, Vol. II, Part Two, 17-57, Art. 16; mit Hinweis darauf auch Mitglieder der ILC, die für die Aufnahme argumentiert hatten, ILC, ‘Immunities of State Officials’ (Fn. 38), 239.

⁵⁰ ILC, ‘Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law’, Report of the International Law Commission, 73rd session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Kapitel IV, 10-89 (Annex).

⁵¹ ILC, ‘2022 Draft Conclusions *jus cogens*’ (Fn. 50), Conclusion 19.

a) Arrest Warrant als Ausgangspunkt

Das Urteil des IGH in *Arrest Warrant* von 2002 bildet den Ausgangspunkt für die Erörterung der Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern.⁵² In diesem Urteil hat der IGH den Grundsatz der absoluten Immunität *ratione personae* hochrangiger Staatsvertreter vor den Gerichten anderer Staaten ausdrücklich bestätigt.⁵³

Im selben Urteil hat das Gericht jedoch in einem *obiter dictum* auch festgestellt, dass ein amtierender Außenminister keinerlei Immunitäten vor „certain international criminal courts“ genießt.⁵⁴ Als Beispiele für solche Gerichte führt der IGH den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY), den Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR) und den IStGH auf. Die Grundlage dieser Feststellung lässt *Arrest Warrant* jedoch offen, ebenso wie eine konkrete Definition von „certain international criminal courts“ abseits der drei Gerichte, die als Beispiel gegeben werden. In der Praxis internationaler Strafgerichte und der Staaten, die sich zu diesen verhalten, sowie in der Literatur hat sich seitdem eine kontroverse Debatte zur Anwendbarkeit von Immunitäten *ratione personae* vor internationalen Strafgerichten entwickelt.

b) Die Praxis internationaler Strafgerichte

Der ICTY hat in *Furundzija* bereits 1998 – und damit noch vor dem IGH in *Arrest Warrant* – festgehalten, dass die Stellung eines Angeklagten, auch als Staatsoberhaupt, für die Verfolgung von Kernverbrechen keinen Unterschied machen kann.⁵⁵ Der Gerichtshof stellte in diesem Zusammenhang fest, dass Art. 7 (2) und Art. 6 (2) der Statute des ICTY und ICTR „unbestreitbar“ Völkergewohnheitsrecht kodifiziert haben.⁵⁶ Diese Feststellung wurde 2001 im Verfahren gegen *Milosevic* erneut bestätigt.⁵⁷

⁵² Der Außenminister bildet gemeinsam mit dem Staatsoberhaupt und dem Regierungschef die Kategorie derer, denen das Völkerrecht Immunität *ratione personae* verleiht; vgl. ILC, ‘Immunities of State Officials’ (Fn. 38), Art. 3.

⁵³ IGH, *Arrest Warrant* (Fn. 14), Rn. 58.

⁵⁴ IGH, *Arrest Warrant* (Fn. 14), Rn. 61.

⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Urteil v. 10. Dezember 1998, Case No. IT-95-17/1-T (Rn. 140): Wenngleich der ICTY in *Furundzija* mit dem Vorwurf der Folter befasst war, stellt er diese Feststellung in die Tradition des Hauptkriegsverbrecherprozesses in Nürnberg. Folglich ist diese Aussage auf alle Kernverbrechen inklusive Aggression zu übertragen.

⁵⁶ ICTY, *Furundzija* (Fn. 55), Rn. 140; Die jeweiligen Normen sind wortgleich: Art. 7 (2) Statut ICTY, Art. 6 (2) Statut ICTR.

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Urteil v. 8. Januar 2001, Case No. IT-99-37-PT (Rn. 28). Milosevic war zum Zeitpunkt der Anklage noch amtierendes Staatsoberhaupt, wenngleich er bis zu seiner Verhandlung und Verurteilung aus dem Amt geschieden war.

Gegen die Anwendung persönlicher Immunität hat sich auch der Sondergerichtshof für Sierra Leone (SCSL) ausgesprochen. Unter Bezugnahme auf das „certain international criminal courts“ *obiter dictum* des IGH in *Arrest Warrant*,⁵⁸ befand sich das Gericht selbst für ein solches internationales Strafgericht.⁵⁹ Wo *Arrest Warrant* noch zur Ratio der Immunitätsausnahme geschwiegen hatte, lieferte der SCSL eine Begründung: Demnach seien Immunitäten Ausfluss der souveränen Gleichheit von Staaten und fänden folglich nicht vor internationalen Strafgerichten Anwendung, da diese nicht Organe von Staaten sondern solche der internationalen Gemeinschaft seien.⁶⁰

Dieser frühe Trend setzte sich auch in der Praxis des IStGH fort, der den früheren sudanesischen Präsidenten *Omar Al-Bashir* per Haftbefehl sucht.⁶¹ Al-Bashir reiste trotz des Vorwurfs der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit frei in verschiedene Staaten. Eine Vorverfahrenskammer des IStGH erließ erstmals 2011 ein Urteil gegen Malawi, nachdem dieses Al-Bashir bei einem Staatsbesuch nicht verhaftet hatte.⁶² Die Entscheidung bezog sich hierbei ausdrücklich auf die Urteile in *Arrest Warrant* und *Taylor*⁶³ und zeichnete diese Linie fort. So bekräftigte die Kammer erneut, dass Immunitäten in einem Verfahren bei einem internationalen Gericht nicht zur Anwendung kommen.⁶⁴ Die Vorverfahrenskammer stellte außerdem klar, dass diese völkergewohnheitsrechtliche Regel unabhängig von der vertragsrechtlichen Grundlage eines Gerichts gilt: „This is equally applicable to former or sitting Heads of States not Parties to the Statute

⁵⁸ Die Entscheidung betrifft Charles Taylor, der zum Zeitpunkt des Erlasses des Haftbefehls noch Präsident in Liberia war; SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, Beschluss v. 31. Mai 2004, Case No. SCSL-2003-01-I (Rn. 50).

⁵⁹ SCSL, *Taylor* (Fn. 58), Rn. 42.

⁶⁰ SCSL, *Taylor* (Fn. 58), Rn. 51.

⁶¹ IStGH, *Warrant for Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4.3.2009, Case No. ICC-02/05-01/09. Zwar ist Al-Bashir mittlerweile aus dem Amt geschieden, der Haftbefehl gegen ihn erging jedoch während seiner Amtszeit. Die im Folgenden beleuchteten Urteile wegen der Nicht-Verhaftung durch Partei-Staaten des RS ergingen alle während seiner Amtszeit.

⁶² IStGH, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Beschluss v. 12. Dezember 2011, Case No. ICC-02/05-01/09-139. Während dieses und die folgenden IStGH-Urteile in erster Linie Urteile wegen Verletzung von Partei-Pflichten unter dem RS waren, wurde jeweils auch die Frage der Immunität *ratione personae* vor internationalen Gerichten behandelt. Die vorliegende Analyse beschränkt sich auf diesen Aspekt. Die Erwägungen zum horizontalen Verhältnis zwischen Partei-Staat und dem Heimatstaat des gesuchten Staatsoberhauptes liegen außerhalb der Frage nach Immunitäten im vertikalen Verhältnis zu internationalen Strafgerichten.

⁶³ IStGH, *Al Bashir Malawi* (Fn. 62), Rn. 33, 35.

⁶⁴ IStGH, *Al Bashir Malawi* (Fn. 62), Rn. 36.

whenever the Court may exercise jurisdiction.“⁶⁵ Dies wurde im gleichen Jahr in einer Entscheidung gegen die Republik Tschad bestätigt.⁶⁶

Diese Argumentation gab der IStGH dann allerdings auf. So hielt die Vorverfahrenskammer 2014 in einer Entscheidung gegen die DR Kongo fest, dass eine Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern grundsätzlich besteht.⁶⁷ Diese sei vorliegend nicht anwendbar, auf Grund von Art. 27 (2) RS oder alternativ Kraft der Kapitel VII-Resolution, mit der der Sicherheitsrat die Situation an den IStGH verwiesen hatte.⁶⁸ Es ist den Kommentatoren zuzustimmen, die aus diesen genannten Ausnahmen eine grundsätzliche Anerkennung von Immunität *ratione personae* auch vor internationalen Strafgerichten schließen.⁶⁹

IStGH-Vorverfahrenskammern in Entscheidungen gegen Djibouti und Uganda schlossen sich der Argumentation an, dass die grundsätzlich gegebene Immunität *Al-Bashirs* in diesem Fall durch die Resolution des VN-Sicherheitsrats abbedungen war.⁷⁰

Dies wurde erneut 2017 in Entscheidungen von Vorverfahrenskammern gegen Südafrika und Jordanien bestätigt. Auch hier nahmen die Kammern die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunität an, ohne eine allgemeine Ausnahme für internationale Verfahren zu entwickeln.⁷¹ Stattdessen wurde unter Verweis auf die Sicherheitsratsresolution eine Bindung Sudans

⁶⁵ IStGH, *Al Bashir Malawi* (Fn. 62), Rn. 36.

⁶⁶ IStGH, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Beschluss v. 13. Dezember 2011, Case No. ICC-02/05-01/09-140 (Rn. 13 f.).

⁶⁷ IStGH, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, Beschluss v. 9. April 2014, Case No. ICC-02/05-01/09-195 (Rn. 25).

⁶⁸ IStGH, *Al Bashir DR Congo* (Fn. 67), Rn. 25, 29.

⁶⁹ Yudan Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law* (Brill Nijhoff 2021), 357.

⁷⁰ IStGH, Decision on the Non-Compliance by the Republic of Djibouti with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, Beschluss v. 11. Juli 2016, Case No. ICC-02/05-01/09-266, Rn. 11; IStGH, Decision on the Non-Compliance by the Republic of Uganda with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, Beschluss v. 11. Juli 2016, Case No. ICC-02/05-01/09-267 (Rn. 11).

⁷¹ IStGH, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Beschluss v. 11. Dezember 2017, Case No. ICC-02/05-01/09-309. (Rn. 27); IStGH, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by South Africa with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Beschluss v. 6. Juli 2017, Case No. ICC-02/05-01/09-302. (Rn. 68).

an das RS angenommen, wodurch *Al-Bashirs* (folgerichtig grundsätzlich bestehende) Immunität hier abbedungen sei.⁷²

Schließlich gab es eine erneute Wendung in der Praxis des IStGH im Jahr 2019, in einer Entscheidung der Berufungskammer gegen Jordanien.⁷³ Hier hielt sich die Kammer zunächst in Kontinuität der vorherigen Entscheidungen an die Argumentation, die sich auf die Sicherheitsratsresolution stützt⁷⁴ – ließ dann allerdings in einem zweiten Strang auch die völkergewohnheitsrechtliche Begründung aus *Malawi* wiederaufleben. So hielt die Kammer fest, dass durchaus ein Unterschied zwischen nationalen und internationalen Strafgerichten bestehe und führte auf dieser Grundlage aus, dass die völkergewohnheitsrechtliche Regel zur Immunität *ratione personae* des Staatsoberhauptes sich noch nie auf letztere erstreckt habe.⁷⁵ Die Kammer drehte damit den Beweisstandard um, indem sie es Jordanien auferlegte eine völkergewohnheitsrechtliche Regel mit diesem Effekt zu beweisen.⁷⁶ Auf dieser Grundlage kam sie dann zu dem Schluss, dass es weder Staatenpraxis noch *opinio juris* gebe, die das Bestehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunität des Staatsoberhauptes gegenüber einem internationalen Gericht stützen würde.⁷⁷

Zuletzt ist auch der Haftbefehl gegen Präsident Putin als Fortsetzung dieser Rechtsprechung anzusehen.⁷⁸ Wenngleich die Urteilsgründe noch nicht öffentlich sind, kann dies nur als Bestätigung der *Al-Bashir* Rechtsprechung gesehen werden.

Es besteht folglich zumindest einen Trend in der Rechtsprechung seit 1998, der das „certain international criminal courts“ *dictum* stützt. Zwar zeigt sich seit *Arrest Warrant* eine Kontinuität hinsichtlich des *Ergebnisses*, der IStGH lässt jedoch in der *Begründung* seiner Praxis die gebotene Kohärenz in dieser wichtigen Frage vermissen. Es bedarf daher im Folgenden einer Beleuchtung der Rezeption dieser Rechtsprechung in Literatur und Staatenpraxis.

⁷² IStGH, *Al Bashir Jordanien* (Fn. 71), Rn. 38 f.; IStGH, *Al Bashir Südafrika* (Fn. 71), Rn. 87 ff.

⁷³ IStGH, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Urteil v. 6. Mai 2019, Case No.: ICC-02/05-01/09-397-Corr.

⁷⁴ IStGH, *Al Bashir Jordanien* (Fn. 73), Rn. 149.

⁷⁵ IStGH, *Al Bashir Jordanien* (Fn. 73), Rn. 103-113, 115. Die Kammer stützt dies wiederum auf eine Analyse der Praxis internationaler Strafgerichte und verweist auf die bereits oben besprochenen Statutsvorschriften und Urteile.

⁷⁶ Heller, 'Options for Prosecuting' (Fn. 1), 10.

⁷⁷ IStGH, *Al Bashir Jordanien* (Fn. 71), Rn. 113.

⁷⁸ IStGH, Press Release, Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants Against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, 17. März 2023, <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>>, zuletzt besucht 16. August 2024.

c) *De lege lata* zweifelhaft: Rezeption und Staatenpraxis

Schon die Notwendigkeit der zahlreichen Nichtbefolgungsentscheidungen des IStGH in *Al-Bashir* zeigt, dass die Praxis der Staaten diese Regel nicht uneingeschränkt trägt.

Bereits an der *Taylor*-Entscheidung des SCSL wird kritisiert, dass die Analyse der Praxis früherer Gerichte fehlginge. Wie Yudan Tan darlegt, seien die angeführten Vorschriften der Statuten und die auf deren Grundlage ergangenen Urteile nicht mit Immunität *ratione personae* befasst gewesen. Vielmehr bezogen sie sich auf die Frage der individuellen strafrechtlichen Verantwortung in Ablehnung einer „substantive defense of act of State“. ⁷⁹ Hiermit könne folglich nicht auf eine völkergewohnheitsrechtliche Regel zur Unanwendbarkeit von Immunitäten *ratione personae* geschlossen werden. Die Entscheidung der IStGH Vorverfahrenskammer in *Malawi* begegnet derselben Kritik, die dementsprechend auch auf die Ausführungen der Berufungskammer in *Jordanien* zu dieser Praxis zu übertragen ist. ⁸⁰

Wie Kreß festhält, ist selbst die Begründung der Entscheidung der Berufungskammer in der zugehörigen *Joint Concurring Opinion* nicht kohärent. ⁸¹ So führt die *Opinion* zwar aus, in welchen Konstellationen Nicht-Parteien kraft einer Sicherheitsratsresolution an die Immunitätsausnahme gebunden sind, schweigt dann aber zur völkergewohnheitsrechtlichen Regel, die in der Entscheidung selbst und an anderer Stelle in der *Opinion* noch mit abgedeckt sein soll. ⁸² Diese verbleibende Mehrdeutigkeit schwächt die Überzeugungskraft der *Opinion* und der Entscheidung an sich.

Größere Zustimmung findet bei Kreß hingegen die Analyse der früheren gerichtlichen Praxis, die er gegenläufig zu Tan interpretiert. ⁸³ Er vertritt ferner die Ansicht, dass diese Gerichte als Organe der Internationalen Gemeinschaft das Völkerstrafrecht direkt umsetzen, was als grundsätzliche Zustimmung zur Ratio von Taylor zu bewerten ist. ⁸⁴

⁷⁹ Tan (Fn. 69), 339, 350. Bei genauer Lektüre der Normen ist Tan dahingehend zuzustimmen, dass erst das RS von Immunitäten spricht. Folglich lässt sich vertreten, in den Vorläufern keine Aussage hierzu erblicken zu wollen.

⁸⁰ Unter ausdrücklichem Bezug auf Art. 7 und 6 der Nürnberg und Tokio Chartas, Prinzip III der Nürnberg Prinzipien, Art. 7 (2) und 6 (2) der Statute des ICTY und ICTR: Tan (Fn. 69), 353, 359.

⁸¹ Kreß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2638, Rn. 112.

⁸² Kreß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2638, Rn. 112. Für die lückenhafte Begründung: IStGH, *Al Bashir Jordan Referral* (Fn. 72), Rn. 451, entgegen der weiteren Fassung bei Rn. 444; sowie in der Entscheidung IStGH, *Al Bashir Jordanien* (Fn. 71), Rn. 114.

⁸³ Kreß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2642 ff.

⁸⁴ Claus Kreß, Written observations by Professor Claus Kreß as amicus curiae, with the assistance of Ms Erin Pobjie, on the merits of the legal questions presented in 'The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on

Die vielfältige Kritik hat letztlich eines gemeinsam: Wenn eine grundsätzliche völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme abgelehnt wird, muss für ein Abbedingen der Immunität eine vertragliche Grundlage bestehen. Diese vertragliche Grundlage ist im Statut eines internationalen Gerichtshofes zu finden, oder kann – wenn der Heimatstaat nicht Vertragspartei ist – mittelbar durch eine Sicherheitsratsresolution geschaffen werden. Heller und Akande vertreten daher, dass die Unterscheidung nicht zwischen nationalen und internationalen Strafgerichten, sondern zwischen vertragsbasierten Gerichten und solchen, die durch den Sicherheitsrat eingesetzt wurden vorzunehmen sei.⁸⁵ Auf Basis dieser Grundannahme wird von Akande schon das *Arrest Warrant dictum* unter derselben Bedingung gelesen.⁸⁶

3. Der Stand des Rechts

Es hat sich gezeigt, dass Immunität *ratione materiae* der Strafverfolgung Putins nicht im Weg stehen kann. Das Recht der Immunität *ratione personae* ist dagegen weniger eindeutig. Klar ist, dass das Oberhaupt eines Staats, der sich an das Statut eines internationalen Strafgerichts gebunden hat oder durch eine Kapitel-VII-Maßnahme des Sicherheitsrats gleichsam gebunden wurde, sich nicht auf eine Immunität *ratione personae* berufen kann. Diese Bedingung wird freilich für die Russische Föderation und ihren Präsidenten mindestens für die Dauer seiner Amtszeit nicht eintreten.

Der konkrete Inhalt einer potenziellen völkergewohnheitsrechtlichen Regel ist dagegen weniger eindeutig. So besteht in der Praxis einer nicht unerheblichen Anzahl an Staaten ein starker Widerstand gegen eine völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme bei internationalen Strafgerichten. Dahingehende Urteile der vergangenen 20 Jahre sind in manchen Aspekten kritikwürdig. Das Recht befindet sich hier folglich in einem Schwebezustand.

Nichtsdestominder bleibt das *obiter dictum* des IGH in *Arrest Warrant* bestehen. Es ist anzunehmen, dass sich ein Aggressionstribunal für den russischen Präsidenten – wie andere Strafgerichte vor ihm – in die Tradition

the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir” of 12 March 2018 (ICC-02/05-01/09-326), 18. Juni 2018, ICC-02/05-01/09-359, Rn. 12.

⁸⁵ Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 11; Dapo Akande, ‘International Law Immunities and the International Criminal Court’, AJIL 98 (2004), 407-433 (417), stützt dies auf die Grundannahme, dass vertragsbasierte Gerichte nur die kollektiv delegierte Rechtsprechungsgewalt ihrer Parteien ausüben, zu dieser Debatte vgl. unten (V.).

⁸⁶ Akande (Fn. 85), 418 f.

von *Arrest Warrant* stellt. Daher ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht den „certain international criminal courts“-Test erfüllen kann.

V. Rechtsgrundlage: Ein Gericht im Sinne von *Arrest Warrant*

Nur ein internationales Gericht im Sinne von *Arrest Warrant* kommt für die Anwendung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme in Betracht. Folglich ist es entscheidend, welche Anforderungen an die Rechtsgrundlage eines solchen Gerichts zu stellen sind.

Dabei sind zum einen die Möglichkeit einer Delegation nationaler territorialer Rechtsprechungsgewalt (1.) und zum anderen die Ausübung universeller Rechtsprechungsgewalt durch ein internationales Gericht (2.) zu prüfen. Zuletzt wird bewertet, welche Option den „certain international criminal courts“-Test erfüllen kann (3.).

1. Vertragsrechtliche Delegation nationaler Rechtsprechungsgewalt

Bei einem Gericht auf Vertragsbasis, würde es sich um eine internationale Organisation (IO) handeln: Es würde auf Basis eines völkerrechtlichen Vertrags operieren und hätte mit seinen Kammern und einer Anklagebehörde unabhängige Organe.⁸⁷

Aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁸⁸ folgt, dass ein solches Gericht nur diejenige Rechtsprechungsgewalt ausüben kann, die ihm von seinen Mitgliedsstaaten übertragen wurde.⁸⁹ Dabei wird nicht in Zweifel gezogen, dass es grundsätzlich zulässig ist, strafrechtliche Rechtsprechungsgewalt an ein internationales Gericht zu delegieren.⁹⁰

⁸⁷ Vgl. Monique Cormier, *The Jurisdiction of the International Criminal Court Over Nationals of non-States Parties* (Cambridge University Press 2020), Kapitel 3.; Zur Definition einer IO wird Art. 2 (a) der *ILC Articles on the Responsibility of International Organizations* herangezogen: “an organization established by a treaty or other instrument governed by international law and possessing its own international legal personality”.

⁸⁸ Anne Peters und Anna Petrig, *Völkerrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., C.F. Müller 2020), 257. So auch IGH, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, Gutachten v. 8. Juli 1996, ICJ Reports 1996, 66 (Rn. 24).

⁸⁹ Cormier (Fn. 87), 69.

⁹⁰ Cormier (Fn. 87), 49 ff.

Die Ukraine als Staat, der Ziel des russischen Angriffskriegs ist, hat ohne Zweifel territoriale Rechtsprechungsgewalt für die Verfolgung des Verbrechens der Aggression.⁹¹ Ein Aggressionstribunal könnte diese territoriale Rechtsprechungsgewalt der Ukraine im Wege der Delegation somit ausüben. Hierfür ist erforderlich, dass die Ukraine auch Partei eines solchen Tribunals ist. Auch wenn die Beteiligung möglichst vieler Staaten aus anderen Gründen wünschenswert sein kann – zur Begründung der Rechtsprechungsgewalt nach dem Territorialitätsprinzip kommt es darauf nicht an. Allein die Ukraine hat eine territoriale Rechtsprechungsgewalt über die Aggression, die gegen sie stattfindet, nur sie kann diese an ein Aggressionstribunal übertragen.

Mit Blick auf die oben besprochene Immunitätsproblematik ist dann allerdings zu fragen, inwiefern ein Gericht, das seine Rechtsprechungsgewalt letztlich aus der Territorialität (eines) seiner Mitgliedsstaaten zieht, ein internationales Strafgericht im Sinne von *Arrest Warrant* sein kann. Diesem Ansatz begegnet zurecht die Kritik, dass Staaten sich zu einem solchen Gericht zusammenschließen, um gemeinsam zu tun, was einem Staat alleine nicht gestattet wäre – nämlich über das Staatsoberhaupt eines dritten Staats zu Gericht zu sitzen.⁹² Gründet ein Tribunal seine Rechtsprechungsgewalt nur auf der territorialen Zuständigkeit einer Partei, so können mögliche weitere Parteien keine „zusätzliche“ Rechtsprechungsgewalt delegieren (da sie keine eigene territoriale Zuständigkeit haben). Ihre Beteiligung könnte allenfalls die Legitimität des Tribunals stärken.

2. Unmittelbare Ausübung universeller Rechtsprechungsgewalt

Vorzugswürdig ist dagegen eine Rechtsprechungsgewalt nach dem Universalitätsprinzip.⁹³ Wenngleich die genaue Definition des Verbrechens der Aggression unter Völkergewohnheitsrecht konzeptionell unscharf ist⁹⁴ und manche Stimmen eine universelle Rechtsprechungsgewalt für das Verbrechen anzweifeln,⁹⁵ ist nicht ersichtlich, was das Verbrechen der Aggression in dieser

⁹¹ Für Rechtsprechungsgewalt nach dem Territorialitätsprinzip als Ausfluss staatlicher Souveränität, vgl. Cormier (Fn. 87), 61 f.

⁹² Akande (Fn. 85), 416–417. So auch Sands und MacDonald in ihrer Stellungnahme als *Amicus Curiae* beim SCSL, Philippe Sands und Alison MacDonald, ‘Submissions of the Amicus Curiae on Head of State Immunity’, Rn. 78.

⁹³ Zur Definition des Prinzips: Peters und Petrig (Fn. 88), 68 f., 71f; so auch Michael Scharf, ‘Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression’, Harv. Int’l. L. J. 53 (2012), 358–389 (366).

⁹⁴ Vgl. oben (II.).

⁹⁵ Für viele: Kevin Jon Heller, ‘The Best Option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression’, *Opinio Juris*, 16. März 2022, <<https://opiniojuris.org/2022/03/16/the-best-option-an-extraordinary-ukrainian-chamber-for-aggression/>>, zuletzt besucht 26. August 2024.

Hinsicht von den übrigen drei Kernverbrechen unterscheiden soll.⁹⁶ Schließlich besteht die Ratio des Universalitätsprinzips in der Verfolgung der Kernverbrechen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter, welche die internationale Gemeinschaft an sich betreffen.⁹⁷ Dies lässt sich schlüssig auf das Verbrechen der Aggression übertragen, welches die Verletzung des Verbots der Aggression als *jus cogens* Norm und zentralem Pfeiler der völkerrechtlichen Friedensordnung kriminalisiert.

Es ließe sich nun vertreten, dass Staaten, die ein Aggressionstribunal gründen, ihre eigene Rechtsprechungsgewalt über Aggression nach dem Universalitätsprinzip an das Tribunal delegieren können.⁹⁸ Dies würde jedoch analog der Delegation von territorialer Rechtsprechungsgewalt wie oben dargelegt funktionieren, letztlich also in den Parteien des Tribunals begründet sein und im Ergebnis keinen Unterschied machen.⁹⁹

Deshalb ist im Sinne einer alternativen Grundlage für die Rechtsprechungsgewalt eines Tribunals eine zweite Lesart vorzugswürdig: Eine universelle Rechtsprechungsgewalt der internationalen Gemeinschaft, die ein solches Tribunal unmittelbar selbst ausüben könnte. Diese ist gerade mit der Schwere der internationalen Kernverbrechen, hier dem Verbrechen der Aggression, zu begründen: Sie richten sich gegen die internationale Gemeinschaft als solche und können daher von dieser auch verfolgt werden. In dieser Logik agieren internationale Tribunale dann gleichsam als Organe der internationalen Gemeinschaft („agents of the international community“).¹⁰⁰ Diese universelle Rechtsprechungsgewalt über die internationalen Kernverbrechen, die mit Kreß als „*jus puniendi* der internationalen Gemeinschaft“ bezeichnet wird, ist demnach nicht etwa durch Delegation der Staaten entstanden, sondern hat sich völkergewohnheitsrechtlich entwickelt.¹⁰¹ Wenn internationale Gerichte diese *jurisdiction* ausüben, wird sie folglich als diesen inhärent angesehen.¹⁰²

Dies wird zum Beispiel auch durch den ICTY gestützt, der festhält:

⁹⁶ So auch Peters und Petrig (Fn. 88), 71; Cormier (Fn. 87), 180.

⁹⁷ Peters und Petrig (Fn. 88), 71.

⁹⁸ So als eine Möglichkeit bei Cormier (Fn. 87), 182 f.

⁹⁹ Zu diesem Ergebnis kommt auch Cormier (Fn. 87), 161.

¹⁰⁰ Cormier (Fn. 87), 185. So bspw. auch Rüdiger Wolfrum, 'The Decentralized Prosecution of International Offences Through National Courts', in: Yoram Dinstein und Mala Tabory (Hrsg.), *War Crimes in International Law* (Martinus Nijhoff 1996), 233–250 (236).

¹⁰¹ Claus Kreß, Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2019), 19.

¹⁰² Mitsue Inazumi, 'The Meaning of the State Consent Precondition in Article 12 (2) of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Theoretical Analysis of the Source of International Criminal Jurisdiction', NILR 49 (2002), 159–193 (166).

„[...] in such circumstances, the sovereign rights of States cannot and should not take precedence over the right of the international community to act appropriately as they affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objections to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community.“¹⁰³

Die Appeals Chamber des SCSL hat die Rechtsprechungsgewalt des Gerichts auf dieselbe Begründung gestützt:

„[...] the establishment of the Special Court did not involve a transfer of jurisdiction or sovereignty of Sierra Leone. [...] It does not operate on the basis of transferred jurisdiction but is a new jurisdiction operating in the sphere of international law.“¹⁰⁴

Hier schließt sich auch der Kreis zur Kritik an den Entscheidungen in *Taylor* und *Milosevic*: So hält Kreß zutreffend fest, dass weder Jugoslawien zum Zeitpunkt der Anklage Milosevics ein VN-Mitgliedsstaat (und damit durch die Sicherheitsratsresolution verpflichtet) war, noch Liberia als Heimatstaat Taylors an das Statut des SCSL gebunden.¹⁰⁵ Nichtsdestotrotz sei anerkannt worden, dass beide Gerichte „hinreichend universell“ waren, um die völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme für sich in Anspruch zu nehmen. Dies sieht Kreß gerade dadurch legitimiert, dass „diese Gerichte nicht eine Bündelung von delegierter nationaler Rechtsprechungsgewalt ausüben, sondern das *jus puniendi* der internationalen Gemeinschaft“.¹⁰⁶ Mit dieser Lesart sind diese beiden Gerichte in diesem Gesichtspunkt als Vorläufer eines neuen Aggressionstribunals verstehen, das unter bestimmten Bedingungen ebenfalls universelle Rechtsprechungsgewalt unmittelbar ausüben könnte.

Der Vorteil dieses Ansatzes bestünde klar darin, dass ein Gericht auf dieser Grundlage losgelöst von der Delegation staatlicher Kompetenzen (insbesondere der Ukraine) agieren könnte – und damit die besten Erfolgsaussichten hätte Präsident Putins Immunität *ratione personae* zu überwinden.

¹⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction)*, Beschluss v. 10. August 1995, Case No. IT-94-1 (Rn. 42).

¹⁰⁴ SCSL, *Prosecutor v. Augustine Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court*, Beschluss v. 25. Mai 2004, SCSL-2004-15-AR72(E) (Rn. 6). Der SCSL wurde anders als der ICTY nicht unter Einbezug der Kapitel-VII-Kompetenzen des VN-Sicherheitsrats eingesetzt und stützte sich somit auf den völkergewohnheitsrechtlichen Rahmen.

¹⁰⁵ Kreß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2649, Rn. 127.

¹⁰⁶ Kreß, 'Art. 98' (Fn. 46), 2649, Rn. 127.

3. Wege zu einem Gericht

Ein Aggressionstribunal, das Präsident Putin anklagen soll, muss ein internationales Strafgericht im Sinne der *Arrest Warrant*-Entscheidung sein. Dafür darf es nicht auf eine letztlich nationale Rechtsprechungsgewalt angewiesen sein. Vielmehr muss es auf eine möglichst breite Basis gestellt werden, um als Organ der internationalen Gemeinschaft angesehen zu werden.

Es bleibt allerdings, dass ein solches Gericht hohe Anforderungen an seine Legitimation zu erfüllen hat, insbesondere bei der Beantwortung der Frage, wie sich eine hinreichende Unterstützung der internationalen Gemeinschaft ausdrückt. Dies könnte entweder durch die Einrichtung des Tribunals mittels einer VNGV-Resolution erreicht werden oder durch eine möglichst breite Ratifikation des Statuts an sich.¹⁰⁷

VI. Der Weg über den Europarat: Nur scheinbar eine Lösung

Wie oben dargelegt wird aktuell ein Szenario wahrscheinlicher, in dem das Minister-Komitee des Europarats gem. Art. 15 (a) der Satzung des Europarats eine gemeinsame Politik beschließt, auf deren Grundlage der Europarat mit der Ukraine einen völkerrechtlichen Vertrag zur Einrichtung eines regionalen Tribunals abschließt.

Der Bezug zum Europarat würde dabei dadurch hergestellt, dass der russische Krieg „eine schwere Verletzung der Satzung des Europarats“ bedeute und dass ein Tribunal „eine Reaktion auf massive Menschenrechtsverletzungen [wäre], die im Hoheitsgebiet eines seiner Mitglieder begangen werden“.¹⁰⁸ Dem ist hinzuzufügen, dass Russland selbst zu Beginn der Invasion im Februar 2022 noch Mitglied des Europarats war.¹⁰⁹ Damit würden insbesondere Vorwürfe der Selektivität vermieden, da ein europä-

¹⁰⁷ So vertritt bspw. Cormier, dass die 120 Unterzeichner-Staaten des RS Ausdruck der Unterstützung durch eine „vast majority“ der internationalen Gemeinschaft sind: Cormier (Fn. 87), 56.

¹⁰⁸ So in: Council of Europe, Pocij Report (Fn. 26), 15; der sich allerdings selbst für ein Sondertribunal ausspricht. Für ein hybrides Tribunal mit dem CoE aufgrund dieses Zusammenhangs: Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 17 f.; mit derselben Ratio Stendel und Peters (Fn. 37).

¹⁰⁹ Die Russische Föderation wurde erst am 16. März 2022 durch Beschluss des Minister-Komitees aus dem Europarat entfernt; Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, 16. März 2022, CoE-Doc. CM/Res(2022)2.

isches Tribunal naturgemäß nur mit europäischen Sachverhalten befasst sein könnte.¹¹⁰

Wenngleich dieser regionale Bezug des Europarats nicht zu bestreiten ist, erscheint es zweifelhaft, dass ein solches Tribunal ohne Ansehung der Immunität des russischen Präsidenten verfahren könnte.

Teilweise wird vertreten, dass sich unter den Mitgliedern des Europarates regionales Völkergewohnheitsrecht entwickelt habe, das zur Vermeidung der Straflosigkeit eine „europäische Immunitätsausnahme“ normiert.¹¹¹ Zwar ist anzuerkennen, dass zahlreiche Mitgliedsstaaten Aggression grundsätzlich kriminalisieren. Allerdings zeigt sich schon am Beispiel Deutschlands, dass daraus nicht geschlossen werden kann, dass dies im Fall der russischen Aggression auch Anwendung finden würde.¹¹² Schon gar nicht kann daraus ein Rückschluss auf die Anwendbarkeit von Immunitäten getroffen werden: Selbst wenn diese Staaten Aggression nach ihrem nationalen Recht verfolgen, können sie jedenfalls aufgrund der Immunität *ratione personae* nicht gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt vorgehen.

Abseits einer solchen regionalen Ausnahme führt Gaiane Nuridzhanian dagegen aus, dass auch ein Tribunal unter der Ägide des Europarats an sich „hinreichend international“ sein könnte, um ohne Ansehung von Immunitäten zu verfahren.¹¹³ Als erste Voraussetzung nennt sie dafür, dass ein Tribunal durch ein völkerrechtliches Instrument zweier oder mehr Staaten begründet werden muss, und nicht im nationalen Rechtssystem eines Staates angesiedelt sein darf.¹¹⁴

Zwar lässt sich vertreten, dass ein solches Tribunal „international“ im Sinne von „zwischenstaatlich“ wäre. Wie oben bereits ausgeführt, sähe es sich jedoch mit der Kritik konfrontiert, dass sich hier mehrere Staaten zusammenschließen um zu tun, was sie alleine nicht tun dürfen, jedenfalls wenn wie hier keine hinreichende Schwelle zu einer Mindestzahl an Unterstützern definiert wird. Alleine die Tatsache, dass „zwei oder mehrere“ Staaten das Gründungsinstrument eines Tribunals ratifiziert haben, genügt noch nicht dem oben hergeleite-

¹¹⁰ So u.a. Peters und Stendel (Fn. 37); ausführlicher dazu noch: Heller, 'Options for Prosecuting' (Fn. 1), 18.

¹¹¹ Heller stellt dafür darauf ab, dass 28 der 53 Staaten, die das Verbrechen der Aggression unter dem RS ratifiziert haben Mitglieder des Europarats sind, ebenso wie 26 der 39 Staaten weltweit die Aggression in ihrem nationalen Strafrecht kriminalisieren. Insgesamt hätten 37 der 46 CoE-Mitgliedsstaaten entweder Aggression unter dem RS ratifiziert oder einen nationalen Straftatbestand geschaffen; Heller, 'Options for Prosecuting' (Fn. 1), 18.

¹¹² Zur Unanwendbarkeit von § 13 VStGB oben (II.).

¹¹³ Gaiane Nuridzhanian, 'International Enough? A Council of Europe Special Tribunal for the Crime of Aggression', 3. Juni 2024, Just Security, <<https://www.justsecurity.org/96320/council-of-europe-ukraine-tribunal/>>, zuletzt besucht 16. August 2024.

¹¹⁴ Nuridzhanian (Fn. 113).

ten Test, „hinreichend universell“ zu sein. Es könnte damit nicht als Organ der internationalen Gemeinschaft angesehen werden und auch die oben beschriebene universelle Rechtsprechungsgewalt nicht für sich beanspruchen.

Dann verbliebe jedoch nur noch ein Transfer der nationalen Rechtsprechungsgewalt der Ukraine. Würde ein Tribunal jedoch diese ausüben, erfüllte dies nach der hier vertretenen Ansicht schon nicht das von Nuridzhanian selbst aufgestellte Kriterium, nicht im nationalen Rechtssystem eines Staates angesiedelt zu sein.¹¹⁵ Es kann keinen Unterschied machen, ob diese Rechtsprechungsgewalt von einem „formal“ ukrainischen Gericht oder von einem „formal“ internationalen – da durch völkerrechtlichen Vertrag gegründetem – Tribunal ausgeübt wird.¹¹⁶

Um dies zu überwinden, führt Nuridzhanian als zweite Voraussetzung eine hinreichend breite Unterstützung des Tribunals an, wodurch dieses zu einem Gericht würde das – mit dem IStGH in der *Jordanien*-Entscheidung – „für die internationale Gemeinschaft als Ganzes handelt“.¹¹⁷ Sie schlägt dafür die Zahl von mindestens 60 Unterstützer-Staaten vor, angelehnt an die Zahl der Ratifikationen, die das RS zu seinem Inkrafttreten benötigte.¹¹⁸ Dies begründete sie damit, dass eine solche Unterstützung vielleicht noch nicht hinreichend wäre, das Tribunal zu einem Organ der internationalen Gemeinschaft zu erheben – aber jedenfalls ausreichend, um zu belegen, dass es nicht nur im Namen eines Staates bzw. einiger weniger Staaten handle.¹¹⁹

Schon ob 60 Unterstützer-Staaten genügen, darf an dieser Stelle bezweifelt werden: So zeichnet sich das Beispiel des IStGH ja gerade dadurch aus, dass es hier um das Inkrafttreten des RS nur mit *inter-partes*-Wirkung ging. Vorliegend muss hingegen eine praktisch universelle Unterstützung belegt werden, um dem Tribunal eine völkergewohnheitsrechtliche Rechtsprechungsgewalt auch gegenüber nicht-Parteien (nämlich der Russischen Föderation) einzuräumen. Dass dafür ein, wie Nuridzhanian selbst ausführt,¹²⁰ „knappes Drittel“ (60 von 193) der VN-Mitglieder genügt, erscheint fraglich.

¹¹⁵ Nuridzhanian (Fn. 113): „Conversely, an ad hoc tribunal incorporated into the domestic court system and *deriving from the domestic law its power to exercise judicial function* will remain domestic even if injected with numerous international elements.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁶ Dazu siehe oben (V. 1.). Dass ein Tribunal, das letztlich in der nationalen Gerichtsbarkeit der Ukraine verankert ist, an die Immunität Präsident Putins gebunden bliebe, gestehen auch einige Unterstützer dieser Lösung ein: Auswärtiges Amt, Rede Baerbock (Fn. 34), 10; letztlich auch Heller, ‘Options for Prosecuting’ (Fn. 1), 18 f. Auch Claus Kreß hält fest, dass es letztlich für den Charakter des Tribunals nicht auf seine institutionelle Ansiedlung ankommt, sondern darauf, woher es seine Rechtsprechungsgewalt herleitet: Kreß, ‘Sustainability in the Prosecution of the Crime of Aggression’ (Fn. 18).

¹¹⁷ Nuridzhanian (Fn. 113).

¹¹⁸ Nuridzhanian (Fn. 113).

¹¹⁹ Nuridzhanian (Fn. 113).

¹²⁰ Nuridzhanian (Fn. 113).

Entscheidender ist aber, dass sich hier ein praktisches Problem der Europarats-Lösung zeigt. Es ist letztlich gerade das politische Problem, das die Vertreter dieses Ansatzes zu lösen versuchen:

Wie Nuridzhanian zutreffend darlegt, kann ein Vertrag selbst aller Europarats-Mitglieder mit der Ukraine höchstens 46 Parteien aufbieten.¹²¹ Der Vertrag müsste also, schon um nur die von ihr vorgeschlagene Mindestzahl von 60 Unterstützer-Staaten zu erreichen, für nicht-Europaratsmitglieder geöffnet werden. Zwar wäre dies als „enlarged (partial) agreement“¹²² durchaus möglich, auch scheint es im Beschluss des Minister-Komitees explizit angelegt.¹²³

Nicht ersichtlich ist jedoch, warum dies vor dem Hintergrund der Vorwürfe von „double standards“ und der allgemeinen Legitimitätskrise der westlichen Unterstützer der Ukraine wahrscheinlicher sein soll als ein Internationales Sondertribunal unter Ägide der VN.

In beiden Varianten müssten die Befürworter-Staaten um die Unterstützung der Staaten (u. a.) des „globalen Südens“ werben: Entweder, um die nötigen Stimmen in der VNGV zu sichern oder eben, um eine breite Ratifikation eines „enlarged (partial) agreements“ mit dem Europarat zu gewährleisten.

Es bleibt damit sehr zweifelhaft, dass ein regionales Tribunal die in diesem Beitrag herausgearbeiteten Anforderungen an „certain international criminal courts“ im Sinne von *Arrest Warrant* erfüllen kann. Selbst wenn man dies unterstellen würde, erscheint es zurzeit jedoch politisch ebenso schwierig wie bei anderen Lösungen, dass es die nötige Unterstützung erfahren würde.

¹²¹ Nuridzhanian (Fn. 113).

¹²² Dazu Jörg Polakiewicz, ‘Council of Europe (COE)’ in: Anne Peters und Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* (Online Ausgabe, Oxford University Press 2019), Rn. 34: “These agreements allow a limited number of Member States to carry out a certain activity within the institutional framework of the COE in spite of the abstention of other Member States. A partial agreement remains an activity of the whole organization, albeit with a separate budget and working methods determined solely by its Member States. After being authorized by the Committee of Ministers to do so, the interested Member States adopt a resolution setting up the partial agreement which contains the agreement’s statute. *In the event of non-Member States participating, one speaks of an ‘enlarged partial agreement’* or, in the case of all Member States having joined, of an ‘enlarged agreement’ (Statutory Resolution (93) 28 on Partial and Enlarged Agreements, which replaced Resolution (51) 62E, adopted by the Committee of Ministers at its 9th Session on 2 August 1951).” (Hervorhebung hinzugefügt).

¹²³ Council of Europe (Fn. 6): „[...] authorised the Secretary General to prepare any necessary documents to contribute to consultations within the Core Group on a possible draft Agreement between the Council of Europe and the Government of Ukraine on the Establishment of a Special Tribunal for the Crime of Aggression of the Russian Federation against Ukraine, including its Statute, and on a possible *draft enlarged partial agreement* governing the modalities of support to such a Tribunal, its financing and other administrative matters.” (Hervorhebung hinzugefügt).

VII. Fazit

Auch im dritten Jahr der Aggression gegen die Ukraine bleibt ihr Ruf nach der Strafverfolgung des russischen Präsidenten ungebrochen. Diese begegnet zahlreichen Hürden, von denen ein über den Europarat eingesetztes Tribunal nicht alle überwinden kann:

Die materielle Strafbarkeit des russischen Präsidenten wegen des Verbrechens der Aggression begegnet keinem Zweifel. Ebenso hat die Analyse belegt, dass die Durchführung eines Akts der Aggression nicht als „offizieller Akt“ von Immunität *ratione materiae* erfasst ist.

Kontrovers hat sich die Frage zu Immunität *ratione personae* eines amtierenden Staatsoberhauptes dargestellt. Während ein grundsätzlicher Trend zur Nicht-Anerkennung von Immunitäten vor internationalen Tribunalen nicht zu bestreiten ist, ist die Grundlage hierfür Gegenstand einer andauernden Debatte. Nur ein internationales Strafgericht, das als Organ der internationalen Gemeinschaft das Verbrechen der Aggression aufgrund einer originären Rechtsprechungsgewalt verfolgt, kann die Anwendung der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme für sich beanspruchen.

Insbesondere die Praxis internationaler Strafgerichte zur Frage der völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von Immunitäten hat sich in dieser Analyse als teilweise inkohärent und in entscheidenden Punkten als dogmatisch kritikwürdig herausgestellt. Dieser Beitrag vertritt daher die Ansicht, dass sich das Recht der Immunität *ratione personae* in einem Schwebezustand befindet.

Nur ein allgemein akzeptiertes Tribunal, das ausdrücklich die relevanten Rechtsfragen adressiert und dabei von einer breiten Mehrheit der Staaten gestützt wird, hat das Potenzial die Immunitätsausnahme nach *Arrest Warrant* zu konkretisieren und für sich in Anspruch zu nehmen.

Es hat sich gezeigt, dass ein Tribunal unter der Ägide des Europarats diesen Anforderungen nicht schon wegen seines regionalen Charakters genügt. Auch ein solches Tribunal müsste sich im Wege eines „enlarged (partial) agreements“ der Beteiligung von nicht-Mitgliedern des Europarats öffnen, um als „hinreichend universell“ gelten zu können. Auch auf diesem Weg können die Unterstützer der Ukraine folglich nicht das Problem umgehen, das am Ausgang dieses Beitrags stand: Ohne die Unterstützung einer überwiegenden Mehrheit der Staaten, auch des „globalen Südens“, kann die Einrichtung eines Tribunals nicht gelingen.

Mit der hier vertretenen Ansicht macht die Frage des Rahmens – sei es die Einrichtung des Tribunals unter Ägide der VN oder eben durch den Europarat – letztlich keinen Unterschied. Das Problem bleibt ein politisches, dessen Lösung in jedem Szenario einen völkerrechtsdiplomatischen Kraftakt erfordert.

Die Unterstützer der Ukraine sollten diese Herausforderung annehmen, um Präsident Putin rechtssicher zur Verantwortung zu ziehen. Nicht nur, um in diesem Fall Gerechtigkeit zu üben – sondern, um potenziellen Aggressoren zukünftiger Kriege aufzuzeigen, dass das Völkerrecht ihnen kein Schild mehr bietet. Dazu müssen sie der Versuchung widerstehen, aus politischer *convenience* einen Ausweg zu suchen, der am Ende *de lege lata* unzureichend und auch rechtspolitisch nicht wünschenswert ist.

Summary: An Aggression Tribunal for President Putin: (Not) a European Solution? The Prosecution of the Russian President between International Legal Possibilities and Political Realities

This article deals with the conditions for prosecuting the Russian President Putin for the crime of aggression. The focus is on the question of whether a regional tribunal under the auspices of the Council of Europe could proceed without regard to immunity *ratione personae*.

The article provides a comprehensive assessment of the current state of the law and shows where the law is in a state of limbo. To this end, it analyses the debates in international law on the immunity of heads of state and the nature of international criminal courts. Starting from the landmark decision of the ICJ in *Arrest Warrant*, the article analyses in particular the case law of international criminal courts over the past 20 years.

The article concludes that the establishment of a tribunal through the Council of Europe would make no functional difference. Only a tribunal that enjoys virtually universal support beyond just the “western” States can proceed without regard to immunities.

Keywords

Ukraine – Russia – aggression – special tribunal – head of state immunity – Council of Europe

