

Diskussionsbericht

Antonia Gillhaus

Das zweite Panel des ersten Themenblocks des Symposiums befasste sich mit den Schnittstellen zwischen Völkerstrafgesetzbuch und deutschem Strafrecht einerseits und dem (humanitären) Völkerrecht andererseits. Moderiert wurde es von *Jochen Bung*. An die Beiträge von *Stefan Oeter* aus der völkerrechtlichen¹ und von *Boris Burghardt* aus der strafrechtlichen Perspektive² schloss sich eine lebhafteste Diskussion an, die sich insbesondere um Fragen der Strafzumessung und der Immunität drehte.

Zunächst kam *Aziz Epik* auf die von *Oeter* angesprochene Frage der Immunitäten zu sprechen. Er bemerkte, dass es eine Frage des Betrachtungswinkels sei, von welchem *status quo* hier ausgegangen werde. Seiner Auffassung nach sei dem Bundesgerichtshof darin zuzustimmen, dass es im Rahmen der aktuell geführten Diskussion nicht um die erstmalige Begründung des Immunitätsausschlusses in Fällen von Völkerrechtsverbrechen gehen könne, sondern allenfalls um eine Änderung des seit Nürnberg bestehenden Grundsatzes, dass es keine funktionelle Immunität für Völkerrechtsverbrechen gebe. Insoweit sei mangels entsprechender Staatenpraxis jedoch keine Änderung des Völkergewohnheitsrechts eingetreten. Im Folgenden stellte er im Hinblick auf *Burghardts* Vortrag fest, die absolut angeordnete lebenslange Freiheitsstrafe sei vor allem angesichts des besonderen Profils der Verurteilten – vor allem Täter*innen der unteren Hierarchieebene – nicht mit dem Schuldprinzip zu vereinbaren. Bemerkenswerterweise sei die lebenslange Freiheitsstrafe beim Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und beim Internationalen Strafgerichtshof nicht der Standard. Insofern plädierte er für die Einführung wenigstens eines minder schweren Falles und stimme auch mit *Burghardts* weitergehenden kritischen Betrachtung der Strafrahmen im Völkerstrafgesetzbuch überein. In Anbetracht der Funktionsweise der §§ 6 ff. VStGB sei die lebenslange Freiheitsstrafe gerade bei § 8 Abs. 1 VStGB enorm schwierig zu begründen. Während im Rahmen des § 6 Abs. 1 VStGB die internationale Unrechtsdi-

1 Siehe 123 ff. in diesem Band.

2 Siehe 149 ff. in diesem Band.

mension als Unrechtssteigerung auch individuell zugerechnet werden könne und bei § 7 Abs. 1 VStGB immerhin die Kenntnis des Kontextes eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung erforderlich sei, sei nicht erkennbar, was in § 8 Abs. 1 VStGB eine lebenslange Freiheitsstrafe rechtfertige. Insgesamt sehe er hier Berichtigungspotential. Außerdem stimmte er *Burghardt* dahingehend zu, dass die Entwicklung der letzten Jahre dringend Anlass gebe, die Überlegungen zum Profil der Angeklagten und zu den Strafraumen des Völkerstrafgesetzbuchs zu verbinden.

In Bezug auf den von *Epik* erwähnten *status quo* der Immunitätsfrage antwortete *Oeter*, dass es dazu, anders als von *Epik* dargestellt, sehr unterschiedliche Auffassungen gebe. Aus Sicht des Völkerstrafrechts sei die Annahme einer Ausnahme von der funktionellen Immunität sicherlich wünschenswert, im Völkerrecht bestünden daran jedoch eher Zweifel. Rein empirisch würden unter Staatenvertreter*innen nur sehr wenige diese Position vertreten. Die Mehrzahl gehe nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Abbedingung der Immunität aus. Diese müsse erst durch einen Vertrag begründet werden. Einen von *Epik* suggerierten Konsens in dieser Frage gebe es innerhalb der Staatengemeinschaft also gerade nicht. Seiner Einschätzung nach würde hier ein wünschenswertes Ergebnis als ein schon bestehendes ausgehen. Auf der globalen Ebene sei dies so erst noch zu erarbeiten.

Sodann kam *Burghardt* auf *Epiks* Kommentar zum Zusammenhang zwischen Anwendungsprofil und Strafraumen zu sprechen. Er stimmte zu, dass sich die Strafraumenproblematik durch das sich bisher abzeichnende Anwendungsprofil verschärft habe und zog dabei eine Parallele zur Dogmatik des deutschen Mordtatbestandes. Die durch die Rechtsprechung *praeter legem* entwickelten Möglichkeiten, die lebenslange Freiheitsstrafe zu umgehen, halte er bei Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch für noch schlechter begründbar als bei § 211 StGB, weil die Gesichtspunkte, die die individuelle Verantwortlichkeit des Einzelnen für das Verbrechen minderten, in den völkerstrafrechtlichen Begehungsszenarien keine außergewöhnlichen Umstände darstellten, sondern dem empirischen Normalfall entsprächen. Flexibilität für die Rechtsprechung im Hinblick auf die Sanktionsnormen könne aber potentiell durch eine entsprechend angepasste Anwendung der Täterschafts- und Teilnahmeregelungen gewonnen werden, indem in bestimmten Ausnahmefällen eine Zurechnung gerade nicht unter dem Gesichtspunkt der (Mit-)Täterschaft erfolge. Dies entspräche aber gerade nicht der aktuellen deutschen Rechtsprechung im völkerstraf-

rechtlichen Kontext. Als Beispiel führte er das Verfahren des Oberlandesgerichts Stuttgart anlässlich der Entführung eines kanadischen Mitarbeiters der Vereinten Nationen in Syrien an.³ Darin sei der Wachdienst durch eine in der Hierarchie untergeordnete Person nach der Revision durch den Bundesgerichtshof⁴ als mittäterschaftsbegründend angesehen worden. *Burghardt* befand, dass die Strafraumenthematik insofern bereits ein altes Problem darstelle, welches bei der Formulierung der Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuches nicht gesehen und durch das sich abzeichnende Anwendungsprofil eher noch verschärft worden sei. Der Überlegung *Epiks* zu § 7 Abs. 1 VStGB, wonach der Vorsatz in Hinblick auf das Vorliegen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung unrechtssteigernd einzustufen sei, stehe er skeptisch gegenüber. Er halte es für fraglich, ob ein solcher Vorsatz das individuell verantwortbare Unrecht tatsächlich signifikant steigere und so für die*den konkrete*n Täter*in schuldstrafrechtlich relevant sein könne. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich um Umstände handle, zu deren Genese die*der am Einzeltatbestand mitwirkende Einzeltäter*in nichts beigetragen habe. Zur Verdeutlichung stellte er einen Vergleich her mit der Tatsache, dass auch wir alle wüssten, dass wir in einer kapitalistischen Gesellschaft lebten, die den Globalen Süden ausbeute. Ob ein solches Wissen über die Zustände der Welt, in der wir leben und handeln, eine individuell vorwerfbare Unrechtssteigerung begründen könne, sei aus schuldstrafrechtlicher Perspektive alles andere als ausgemacht.

Als Nachtrag zu seinem vorherigen Diskussionsbeitrag stellte *Oeter* fest, dass sich die deutsche Strafjustiz in völkerstrafrechtlicher Hinsicht einerseits in eine durchaus wünschenswerte Richtung bewege, die deutsche Immunitätspraxis insgesamt jedoch widersprüchlich sei.⁵ Gegenüber stünden sich eine progressive, offensiv operierende deutsche Strafjustiz auf der einen und ein im Rechtsausschuss (Sechster Ausschuss) der VN-Generalversammlung konservativ argumentierendes Auswärtiges Amt auf der anderen Seite. Diese Diskrepanz identifizierte er als ein häufig auftretendes Problem in Deutschland. Aus völkerrechtlicher Perspektive habe er vollste Sympathie für die geäußerten Positionen zum Immunitäten-Problem, plä-

3 OLG Stuttgart, Urt. v. 23. Januar 2019, 6 - 3 StE 5/16.

4 BGH StV 2019, 441.

5 Hierzu verwies er auf seine Veröffentlichung in: Peters/Lagrange/Oeter/Tomuschat (Hrsg.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (2014), 355.

dierte jedoch erneut für eine realistische Betrachtung der aktuellen Situation.

Ebenfalls anschließend an die Immunitäten-Problematik kam *Kai Ambos* auf die Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zu sprechen, in welcher dieser entschieden habe, dass einer Strafverfolgung durch nationale Gerichte in Deutschland bei Anwendung der Regeln des Völkerrechts nicht das Verfahrenshindernis der Immunität eines staatlichen Funktionsträgers entgegenstehe.⁶ Die Entscheidung sei tatsächlich recht konservativ formuliert und betreffe allein die funktionelle Immunität von nachrangigen Hoheitsträgern für Kriegsverbrechen der Folter.⁷ Darin würden seiner Meinung nach auch die von *Oeter* beschworenen Grotianischen Völkerrechtler*innen keine Probleme sehen. Viel interessanter sei die Frage im Blick auf die nicht im Urteil explizit angesprochenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diesbezüglich gebe es betreffend die Reichweite der Immunität zwei Meinungen: eine konservative, zu der er Russland, China und Indien zählte, sowie eine europäische, eher progressive, die sich für eine Einschränkung von Immunitäten ausspreche. Er stellte damit *Oeters* Aussage in Frage, empirisch gesehen würde eine Mehrheit die Einschränkung der funktionellen Immunität ablehnen. Das Bestehen oder Nichtbestehen von Völkergewohnheitsrecht sei nicht so einfach festzustellen, wie *Oeter* dies in seinem Beitrag suggeriert habe. Mit Verweis auf die von *Oeter* angesprochene progressive Praxis der deutschen Strafstjustiz stelle sich die Frage, ob nicht einzelne Staaten mit gutem Beispiel voranschreiten und Immunitäten weiter einschränken könnten: Habe der Staat das Recht, sich über die zweifelhafte völkerrechtliche Lage hinwegzusetzen und so funktionelle Immunität auch bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzuschränken oder würde dies von der Staatengemeinschaft als Völkerrechtsverletzung angesehen werden?

Als Antwort verwies *Oeter* zunächst auf seinen vorangegangenen Redebeitrag und betonte, dass er damit kein konkret empirisch belegtes Bild habe generieren, sondern deutlich machen wollen, dass die Auffassung innerhalb der Staatengemeinschaft gerade nicht einem positiven Konsens entspreche. Vor allem auch die USA sprächen sich gegen eine Einschränkung des Immunitätsschutzes aus. Rein quantitativ entstehe so ein klares

6 BGHSt 65, 286; s. auch die Anmerkungen von *Kreß*, NJW 2021, 1335; *Werle*, JZ 2021, 732; *Ambos*, StV 2021, 557; *Frank/Barthe*, ZStW 133 (2021), 235; *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10.

7 BGHSt 65, 286 = NJW 2021, 1326, 1328.

Bild. In umstrittenen Fällen sei er aber durchaus der Meinung, dass ein Staat, wie von *Ambos* angesprochen, mutig vorangehen und die Praxis setzen könne, die wir gerne als Gewohnheitsrecht etabliert sehen würden. Auf erneute Nachfrage durch *Ambos*, ob der Staat das tatsächlich dürfe, antwortete er, dass *Ambos* damit einen häufigen Konflikt in völkerrechtlich umstrittenen Räumen anspreche. Aus Angst vor dem Vorwurf der Völkerrechtswidrigkeit solle man sich hier nicht an Konservatismen festhalten und davon abhalten lassen, etwas zu tun, was man eigentlich für richtig halte. Eine solche Situation sei im Gewohnheitsrecht grundsätzlich unumgänglich, wenn einige Staaten die traditionelle *opinio iuris* nicht mehr unterstützten. Dann sei es eben die Aufgabe dieser Staaten, andere von der Notwendigkeit zu überzeugen, die Rechtsüberzeugung „zu drehen“.

In einem kurzen Einwurf kommentierte *Bung* den vermeintlichen Konservatismus eines Grotian'schen Völkerrechtsverständnisses, auf den *Ambos* zuvor angespielt hatte. Tatsächlich habe *Hugo Grotius* in seinem Werk vom „Recht des Krieges und des Friedens“⁸ bereits sein Befremden darüber ausgedrückt, dass nur die „kleinen“ und nicht die „großen“ Gesetzesbrecher verfolgt würden.

Florian Jeßberger legte im Folgenden Wert auf die Feststellung, dass, obwohl die Immunitätenfrage bezüglich des Völkerstrafgesetzbuches glücklicherweise innerhalb Deutschlands zufriedenstellend geklärt sei, dies für das Agieren Deutschlands im Rechtsausschuss der Vereinten Nationen keineswegs der Fall sei. Es bleibe abzuwarten, ob die seit einem knappen Jahr im Amt befindliche, neue Bundesregierung Bewegung in diese Frage bringe. In Bezug auf die Schnittstellen zwischen Völkerstrafgesetzbuch und Völkerrecht richtete er das Wort an *Oeter*. Die Formulierung der Kriegsverbrechen habe bei Entstehung des Völkerstrafgesetzbuchs im Grunde eine Momentaufnahme dargestellt. Es sei daher eine interessante Frage, ob sich das Verständnis von Kriegsverbrechen und humanitärem Völkerrecht in den letzten 20 Jahren auf völkerrechtlicher Ebene entwickelt oder erweitert habe, wodurch eine erneute Überarbeitung des Völkerstrafgesetzbuches angezeigt sein könnte. Gleichzeitig sehe er eine Herausforderung für die Praxis in den im Völkerstrafgesetzbuch angelegten Schnittstellen zum Völkerrecht, in denen internationales Recht für die Auslegung der Normen des Völkerstrafgesetzbuchs maßgeblich sei. Als Beispiel nannte er das Tatbestandsmerkmal des „internationalen bewaffneten Konflikts“ in den §§ 8 ff. VStGB. Zuletzt bezog *Jeßberger* sich noch einmal auf die von

8 *Grotius*, Recht des Krieges und Friedens (1869).

Oeter in Bezug auf das Kriegsverbrechen der Plünderung erwähnten Divergenzen zwischen Völkerstrafgewohnheitsrecht und der tatbestandlichen Ausführung im Völkerstrafgesetzbuch (§ 9 Abs. 1 Var. 1 VStGB). Er sehe dies vor allem als potentiell Problem in der theoretischen Situation, in der eine Tat, die einen möglicherweise gegenüber dem Völkerrecht weiter gefassten deutschen Straftatbestand erfülle, allein über die Anwendung des § 1 S. 1 VStGB in der Form des echten Weltrechtsprinzips verfolgt werden könne. Seiner Auffassung nach könne das Universalitätsprinzip nur solche tatbestandlichen Ausformungen in den staatlichen Binnenraum transponieren, die auch als solche im Völker(gewohnheits)recht anerkannt seien.

In seiner Replik äußerte Oeter sich zunächst zustimmend zu diesem letzten Punkt. Die Überlegungen zu einem möglichen Nachbesserungsbedarf des Völkerstrafgesetzbuchs halte er für schwierig, da die Normtexte des humanitären Völkerrechts im starren Korsett der *Grave Breaches* der Genfer Abkommen⁹ steckten – einige der wenigen wirklich universellen Verträge, die so praktisch nicht mehr zu verändern seien. Dies bedeute nicht, dass die Normtexte vollkommen statisch seien; es gebe Entwicklungen in der Konfliktpraxis, in denen die Regelungen durch dynamische Interpretation auf Situationen angewendet werden könnten, die die Normgeber so nicht antizipiert hätten. Dadurch seien die Entwicklungen der letzten 20 Jahre relativ gut abgedeckt worden, weshalb er keinen Zwang zur Normänderung sehe. Ständigen überschießenden Änderungen bei im humanitären Völkerrechtsdiskurs streitigen Entwicklungen stehe er dabei generell eher skeptisch-konservativ gegenüber. Besser seien gegebenenfalls Strafnormen, die möglicherweise etwas hinter dem Diskurs auf humanitärvölkerrechtlicher Ebene zurückblieben. Im Sinne von Rechtssicherheit und Bestimmtheit seien Zurückhaltung und Orientierung am internationalen Konsens geboten.

Im Folgenden wandte sich Leonie Steinl noch einmal der Strafrahmen Diskussion zu und erkundigte sich, ob die Frage der Strafrahmen im Zeitpunkt der Schaffung des Völkerstrafgesetzbuchs überhaupt – in der Arbeitsgruppe oder bei der Anhörung im Bundestag – thematisiert worden sei. Von Burghardt erfragte sie zudem, ob dieser eine Senkung der Strafrahmen im Völkerstrafgesetzbuch als eine zentrale rechtspolitische Forderung begreifen oder ob er eher für eine Änderung der Anwendungspraxis hin

9 Vgl. für Definitionen der *Grave Breaches* in den vier Genfer Konventionen von 1949 und dem ersten Zusatzprotokoll von 1977: Art. 50 Genfer Konvention I, Art. 51 Genfer Konvention II, Art. 130 Genfer Konvention III, Art. 147 Genfer Konvention IV, Art. 11, 85 Zusatzprotokoll I.

zu den „großen Fischen“ plädieren würde, die die derzeitigen Strafrahen rechtfertigten. Insgesamt halte sie die Diskussion um die Strafrahen im allgemeinen völkerstrafrechtlichen Diskurs noch für unterentwickelt.

Daraufhin antwortete *Burghardt*, er sehe darin zwei voneinander unabhängige Forderungen. Inwieweit die Frage der Strafrahen bereits zum Zeitpunkt der Formulierung des Entwurfs zum Völkerstrafgesetzbuch eine Rolle gespielt habe, sei ihm nicht bewusst, aber es sei ganz klar, dass schon angesichts der Symbolwirkung ein Gleichlauf von mindestens § 6 Abs. 1 VStGB und § 211 Abs. 1 StGB im Hinblick auf die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe unausweichlich sei. Dabei verwies er auf das von ihm bereits erwähnte Frankfurter Verfahren gegen *Onesphore Rwabukombe*¹⁰, das die Problematik der obligatorischen Freiheitsstrafe verdeutliche. Bei § 8 Abs. 1 VStGB sei jedoch selbst rechtspolitisch zu argumentieren, dass die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe bei dem bestehenden Anwendungsprofil nicht zu rechtfertigen sei. § 7 Abs. 1 VStGB halte er für einen Grenzfall, aber auch hier sei ein gesetzgeberisches Tätigwerden wünschenswert. Wie sich die – seiner Meinung nach rechtlich überzeugende – Argumentation in den politischen Diskurs übersetzen lasse, sei dagegen offen.

In Bezug auf die Entstehungsgeschichte des Völkerstrafgesetzbuchs betonte *Ambos*, dass er *Burghardts* und *Epiks* Kritik an den Strafrahen zustimme, das Gesetz jedoch unter extremem Zeitdruck entstanden sei. Es sei nicht zu vermeiden gewesen, dass auch Fehler passieren, die inzwischen zu Reformbedarf führten. Als Beispiel für einen solchen Fehler erwähnte er die lebenslange Freiheitsstrafe in § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB und verwies auf den Fall eines russischen Panzersoldaten in der Ukraine, der zunächst lebenslang verurteilt wurde, wobei aber dann die höhere Instanz eine zeitliche Freiheitsstrafe verhängt hat.¹¹ Obwohl in der Ukraine keine Punktstrafe vorgesehen sei, hätte dieser in Deutschland für den Tod eines einzelnen Menschen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden müssen. Mit Verweis auf den von *Lüder* und *Th. Vormbaum*¹² herausgegebenen Materialienband zum Völkerstrafgesetzbuch berichtete er erneut vom erheblichen

10 OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2016, 515.

11 Krit. zur erstinstanzlichen Verurteilung *Ambos*, FAZ Einspruch, 1. Juni 2022, abrufbar unter <<https://www.faz.net/einspruch/ukrainische-verfolgung-voelkerrechtlicher-verbrechen-18073903.html>>; s. auch *Ambos*, EJIL Talk, 10. Juni 2022, abrufbar unter <<https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>>.

12 *Lüder/Vormbaum* (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch: Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens (2002).

Zeitdruck bei der Entstehung des Gesetzes, der auch durch den Wunsch der damaligen Bundesministerin der Justiz, *Herta Däubler-Gmelin*, entstanden sei, das Völkerstrafgesetzbuch zu dem Zeitpunkt fertigzustellen, zu dem das Römische Statut in Kraft treten werde. Dies sei aus symbolischen Gründen sehr wichtig und nur durch eine extrem effizient geführte Expert*innenarbeitsgruppe möglich gewesen, die die Arbeit innerhalb kürzester Zeit erledigt hätte. Natürlich seien in diesem Prozess jedoch viele Fragen zu wenig intensiv behandelt worden, was nun zu Nachbesserungsbedarf führe, etwa im Bereich der Strafraumen.

Ergänzend führte *Epik* an, dass für den Fall der Einführung milder schwerer Fälle im Völkerstrafgesetzbuch eine entsprechende Regelung konsequenterweise auch für § 211 StGB geschaffen werden müsste. Seiner Meinung nach sei dies jedoch geradezu wünschenswert und hätte das Potential auch dort, im Kernstrafrecht, Anwendungsprobleme zu lösen. Seiner Einschätzung nach sei das Bedürfnis für höhere Strafen größer je höher der Rang der verurteilten Person sei; die rechtlichen Argumente blieben jedoch dieselben. Dabei müsse man versuchen, auf der Schwere skala des Strafraumens den richtigen Punkt zu finden. Für das Strafzumessungsrecht müssten daher die gesetzlichen Vorgaben so gestaltet sein, dass ein Gericht die Möglichkeit habe, Strafzumessung zu betreiben und nicht allein zwischen besonderer Schwere der Schuld und lebenslanger Freiheitsstrafe zu differenzieren.

Im Anschluss daran stellte *Stefanie Bock* in Frage, ob die parallele Einführung eines minderschweren Falls bei § 211 StGB, wie *Epik* sie vorgeschlagen habe, tatsächlich notwendig wäre. Sie halte dies nicht für zwingend, da zu überlegen sei, ob der Kontext des bewaffneten Konflikts tatsächlich als unrechtsteigernd zu bewerten sei. Vielmehr könne eine solche Handlung in einem Gesamtkontext von Gewalt als unrechtsmindernd zur Geltung kommen. Als Beispiel führte sie den von *Ambos* erwähnten Fall des heranwachsenden russischen Soldaten in der Ukraine an, der in einer Grenzsituation auf Befehl gehandelt und für den eine Notstandsrechtsfertigung nur ganz knapp nicht gegriffen habe. In Anbetracht dessen brauche es vor allem mehr Spielraum, gerade auch um einen Umgang mit einer generellen Problematik im Völkerstrafrecht zu finden: Dieses stehe vor der Herausforderung, Strafgerechtigkeit sowohl in Fällen zu schaffen, in denen ein Mensch getötet wurde, als auch in solchen Konstellationen, in denen Tausende getötet wurden. Der Rückgriff auf § 211 StGB müsse dabei gesperrt sein. Dies führe sie auch erneut auf das generelle Problem der

Konsistenz von Rückgriffmöglichkeiten zurück, welches *Burghardt* erwähnt habe.¹³

Epik betonte daraufhin, er beziehe sich vor allem auf eine Parallelität zu § 6 Abs. 1 VStGB, wo er andernfalls definitiv einen Wertungswiderspruch sehe. Eine Völkermordabsicht könne als niedriger Beweggrund eingestuft werden. Ansonsten stimme er *Bocks* Einschätzung zu, dass der Umstand, dass die Tat im Kontext eines bewaffneten Konflikts begangen worden sei, unrechtsmindernd wirke. Auf Wertungswidersprüche bei der Einführung von minder schweren Fällen müsse jedoch geachtet werden.

13 Siehe 149 ff. in diesem Band.

