Über jeden Zweifel erhaben – Feststellung von Völkergewohnheitsrecht in der BGH-Rechtsprechung zur funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter

Isabel Walther*
Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Deutschland/Germany
waltheri@hu-berlin.de

Abstract 200
Keywords 201
I. Einleitung 201
II. Die Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter und ihre Kodifizierung 203
1. Das Immunitätsurteil vom 28. Januar 2021 203
2. Der Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024 204
3. Der Revisionsbeschluss vom 20. März 2024 204
4. Der Haftbeschwerdebeschluss vom 27. August 2024 205
5. Die Kodifizierung der BGH-Rechtsprechung 206
III. Methodische Defizite bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht 206
1. Methode zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht 207
2. Methodische Defizite im Urteil vom 28. Januar 2021 209
a) Unklarer Prüfungsmaßstab 209
b) Defizitäre Feststellung von allgemeiner Praxis und *opinio iuris* 213
c) Abweichung von der IGH-Rechtsprechung bezüglich Abgrenzung von Immunität 216
(i) Abgrenzung zu individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit 216
(ii) Abgrenzung zu *ius cogens* 218
(iii) Abgrenzung zu Gerichtsbarkeit 219
d) Defizite in der spezifischen Feststellung von *opinio iuris* 220
e) Unzureichende Analyse staatlicher Stellungnahmen zu den ILC-Arbeiten 221
(i) Die umstrittene Arbeit der ILC zu Ausnahmen von funktioneller Immunität 221
(ii) Grundsätze der Auswertung staatlicher Stellungnahmen zur ILC-Arbeit 224
(iii) Unzureichende Würdigung im Immunitätsurteil 225
f) Unzureichende Auseinandersetzung mit den ILC-Arbeiten 227
3. Methodische Defizite im Beschluss vom 21. Februar 2024 228

* Die Autorin (Ass. jur.) ist Promotionsstudentin der Humboldt-Universität zu Berlin (gefördert durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes) und war bzw. ist in der Völkerrechtskommission als Assistentin der Kommissionsmitglieder Professoren Georg Nolte (2019), Sean Murphy (2021) und Martins Paparinskis (2024, 2025) in Hinblick auf das Thema 'Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction' tätig. Sie dankt Professor Claus Kreß (Universität zu Köln), den Beteiligten des Peer-Review-Verfahrens sowie Jan Cludius (Humboldt-Universität zu Berlin) für wertvolle Anmerkungen.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

a) Defizitäre Feststellung von allgemeiner Praxis und *opinio iuris* 230
b) Unterlassene Analyse staatlicher Stellungnahmen zu den ILC-Arbeiten 231
IV. Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG 232
1. Maßstab der Vorlagepflicht 232
2. Vorliegen objektiv ernstzunehmender Zweifel 234
a) Abweichung von völkerrechtswissenschaftlicher Literatur 234
b) Abweichung von der Meinung eines Verfassungsorgans 236
c) Keine einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 238
d) Keine eindeutige Rechtsprechung internationaler Gerichte 238
3. Kein Vertretbarkeitsspielraum bei der Würdigung ernstzunehmender Zweifel 241
4. Vorlagepflicht bezüglich der Frage der Immunitätsprüfung von Amts wegen 242
V. Mögliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 244
1. Entscheidung bezüglich der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG 244
2. Entscheidung zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Immunitätsausnahme mit Völkergewohnheitsrecht 246
VI. Bedeutung einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht 248
1. Beitrag zur Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren 248
2. Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts 251
VII. Ergebnis 254
Summary: Beyond Any Doubt – Identification of Customary International Law in the Case Law of the Federal Court of Justice on Functional Immunity of Foreign State Officials 255
Keywords 255

Abstract

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) stellte im Jahr 2021 eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von funktioneller Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei bestimmten Kriegsverbrechen fest und weitete sie im Jahr 2024 auf alle völkerrechtlichen Verbrechen aus. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in § 20 Abs. 2 S. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) kodifiziert. Die zugrundeliegende Rechtsprechung gibt jedoch Anlass zu völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Anwendung einer stringenten Methodik offenbart objektiv ernstzunehmende Zweifel an den vom Senat festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln, sodass dieser die Vorlagepflicht an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nach Art. 100 Abs. 2 Grundgesetz (GG) verletzte. Eine Befassung des BVerfG mit der wichtigen wie umstrittenen Frage der Immunitätsausnahmen ist weiterhin möglich und sinnvoll. Eine solche Entscheidung würde eine Heilung der defizitären völkergewohnheitsrechtlichen Begründung der BGH-Rechtsprechung und der hierauf beruhenden gesetzlichen Immunitätsausnahme ermöglichen. Die Entscheidung könnte zudem zur Legitimität der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland beitragen und deren po-

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tenziellem Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts ein größeres Gewicht verleihen.

Keywords

Funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter – völkerrechtliche Verbrechen – Feststellung von Völkergewohnheitsrecht – Bundesgerichtshof – Normverifikationsverfahren (Art. 100 Abs. 2 GG) – Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts – VStGB

I. Einleitung

Am 3. August 2024 trat das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts in Kraft,[1] durch das unter anderem § 20 Abs. 2 S. 2 GVG eingeführt wurde:

> „Funktionelle Immunität hindert nicht die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf die Verfolgung von Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch."[2]

Die Einführung dieser Norm „dient der Festschreibung der Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität" ausländischer Staatsbediensteter.[3] So erschöpft sich die Gesetzesbegründung in einer Wiedergabe der bis zu diesem Zeitpunkt veröffentlichten BGH-Rechtsprechung.[4] Nachdem der Senat zunächst eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme funktioneller Immunität[5] bei bestimmten Kriegsverbrechen im Urteil vom 28. Januar 2021

1 Vgl. Art. 7 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, BGBl. 2024 I Nr. 255 vom 2. August 2024.

2 Vgl. Art. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, BGBl. 2024 I Nr. 255 vom 2. August 2024.

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts [im Folgenden: Gesetzentwurf VStGB-Reform] in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung (BT-Drs. 20/11661, 5. Juni 2024), 19. Der Begriff 'Staatsbediensteter' wird vorliegend im Sinne des Begriffs 'State official' des einschlägigen Projektes der Völkerrechtskommission (ILC) verwandt (Fn. 22). Der BGH nutzt insofern in der diesbezüglichen Rechtsprechung meist 'Hoheitsträger' oder 'Funktionsträger'.

4 Gesetzentwurf VStGB-Reform (Fn. 3).

5 Funktionelle Immunität/Immunität *ratione materiae* bezieht sich auf die völkergewohnheitsrechtliche Immunität von amtierenden oder ehemaligen Staatsbediensteten vor strafrechtlicher Verfolgung im Ausland mit Bezug auf Handeln in offizieller Funktion ('acts performed in an official capacity'). Hiervon zu unterscheiden ist personelle Immunität/Immunität *ratione personae*, die jedenfalls Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister während ihrer Amtszeit bezüglich aller Handlungen genießen (Fn. 178).

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

festgestellt hatte, weitete er seine Rechtsprechung mit Beschluss vom 21. Februar 2024, bestätigt und konkretisiert im Beschluss vom 20. März 2024,[6] auf alle völkerrechtlichen Verbrechen[7] aus. Der ehemalige Generalbundesanwalt beschrieb bereits die Feststellung einer Immunitätsausnahme[8] im Ausgangsurteil als „weltweit von fundamentaler Bedeutung".[9] Dem 3. Strafsenat wurde hierfür die Wahrnehmung einer „Vorreiterrolle" der deutschen Strafjustiz bei der Fortentwicklung des Völkerstrafrechts[10] attestiert. Es wird angenommen, dass diese Rechtsprechung des Senats die entsprechende Rechtsprechung in anderen Ländern beeinflussen könnte.[11] Ihrer gesetzlichen Festschreibung wird erwartungsgemäß ähnliche internationale Aufmerksamkeit zukommen.[12] Die Rechtsprechung des BGH gibt jedoch Anlass zu völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken, denen der vorliegende Beitrag auf den Grund geht.

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick über die Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter gegeben (II.). Hinsichtlich dieser Rechtsprechung werden methodische Defizite bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht (III.) und ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG

6 Nicht Teil der Gesetzesbegründung angesichts seiner Veröffentlichung nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens (vgl. BGH-Pressemitteilung Nr. 158/24 vom 5. August 2024, BGH-Entscheidungsdatenbank <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0158/24>, zuletzt besucht 11. Februar 2025).

7 Der Begriff 'völkerrechtliche Verbrechen' wird vorliegend synonym mit dem Begriff 'Völkerstraftaten' verwandt, vgl. Helmut Kreicker, *Völkerrechtliche Exemtionen* (Duncker & Humblot 2007), 175 f.; vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 2024, AK 4/24, Rn. 53 ('Haftfortdauerbeschluss').

8 Der Begriff 'Immunitätsausnahme' bezieht sich vorliegend auf funktionelle Immunität, sofern nicht abweichend gekennzeichnet.

9 Peter Frank und Christoph Barthe, 'Immunitätsschutz fremdstaatlicher Funktionsträger vor nationalen Gerichten', ZStW 133 (2021), 235-280 (237); vgl. Christoph Safferling, 'Fortentwicklung des Völkerstrafrechts in Deutschland', ZRP 56 (2023), 122-125; Claus Kreß, 'Deutsche Völkerstrafrechtspflege – Betrachtungen aus aktuellem Anlass', DRiZ 100 (2022), 72-75 (73); Leila Sadat, 'New Developments in State Practice on Immunity of State Officials', AJIL Insights 25, 23. September 2021.

10 Vgl. Gesetzentwurf VStGB-Reform (Fn. 3), 14; Safferling, 'Fortentwicklung' (Fn. 9); Kai Ambos, 'Reform des Völkerstrafrechts: überfällig, aber unvollständig', DRiZ (2024), 30 f.; vgl. auch Kreß, 'Völkerstrafrechtspflege' (Fn. 9), 72; Isabelle Hassfurther, 'Gelungene Änderungen und verpasste Chancen', Völkerrechtsblog, 12. Juni 2024, doi: 10.59704/416a9620aadee340.

11 Vgl. z. B. Hague Court of Appeal, Urteil v. 7. Dezember 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2374, Rn. 3.24; Tom Syring, 'Introductory Note to Judgment on Foreign Soldiers' Immunity for War Crimes Committed Abroad (BGH)', ILM 61 (2021), 1-7 (48); Florian Schmid, 'An Unfortunate Trend of Vagueness', Verfassungsblog, 1. Februar 2024, doi: 10.59704/e967e4bea8891b3 f.

12 Vgl. z. B. ILC, Second report, Special Rapporteur Grossmann (2025), UN Dok. A/CN.4/780, Rn. 73.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

festgestellt (IV.). Sodann wird die weiterhin bestehende Möglichkeit einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht erläutert (V.). Schließlich wird die Bedeutung einer solchen Entscheidung für die Legitimität der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland und für die Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts beleuchtet (VI.).

II. Die Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter und ihre Kodifizierung

Der 3. Strafsenat des BGH entwickelte seine bisherige Rechtsprechung zu völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen der funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei völkerrechtlichen Verbrechen maßgeblich in dem Urteil vom 28. Januar 2021, 3 StR 564/19 (im Folgenden „Immunitätsurteil"), dem Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024, AK 4/24, (im Folgenden „Haftfortdauerbeschluss"), dem Revisionsbeschluss vom 20. März 2024, 3 StR 454/22 (im Folgenden „Revisionsbeschluss") und dem Haftbeschwerdebeschluss vom 27. August 2024, StB 54/24 (im Folgenden „Haftbeschwerdebeschluss").

1. Das Immunitätsurteil vom 28. Januar 2021

In dieser Entscheidung befand der BGH einen ehemaligen Oberleutnant der afghanischen Armee unter anderem wegen Kriegsverbrechen für schuldig. Literaturmeinungen verstanden die hierin getroffene Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme auf „nachrangige" Staatsbedienstete[13] und auf Kriegsverbrechen der Folter und der in schwerwiegender Weise entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlung[14] beschränkt.

13 Vgl. Florian Jeßberger und Aziz Epik, 'Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten', JR 2022, 10-16; Aziz Epik, 'No Functional Immunity for Crimes Under International Law Before Foreign Domestic Courts', JICJ 19 (2021), 1263-1281 (1276 f.); Claus Kreß, Einleitung: 'Functional Immunity of Foreign State Officials Before National Courts: A Legal Opinion by Germany's Federal Public Prosecutor General', JICJ 19 (2021), 697-699 (698); Florian Schmid, Anmerkung vom 27. Mai 2024 zu BGH Beschluss vom 21. Februar 2024, AK 4/24, jurisPR-StrafR, 10/2024 Anm. 1; Kai Ambos, Anmerkung zu BGH Urteil vom 28. Januar 2021, 3 StR 564/19, Strafverteidiger 2021, 557-558.

14 Vgl. z. B. Kreß, 'Einleitung' (Fn. 13), 698.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. Der Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024

Die im Immunitätsurteil begründete Rechtsprechung zu Immunitätsausnahmen dehnte[15] der 3. Strafsenat in diesem Haftfortdauerbeschluss auf alle ausländischen Hoheitsträger „unabhängig vom Status und Rang" und mit Bezug auf alle „völkerrechtlichen Verbrechen" aus.[16] Diese Immunitätsausnahme gehöre „zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts".[17] In dem Verfahren nahm der Senat einen dringenden Tatverdacht gegen einen beschuldigten syrischen Staatsangehörigen unter anderem wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Folter und Versklavung an, teilweise in Tateinheit mit Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter.[18]

3. Der Revisionsbeschluss vom 20. März 2024

Der Revisionsbeschluss konkretisierte den Anwendungsbereich der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme teilweise. Demnach gelte die Ausnahme von funktioneller Immunität „für Taten, deren Strafbarkeit unmittelbar im allgemeinen Völkergewohnheitsrecht verwurzelt ist".[19] Der Senat bestätigte dies bisher nur im Hinblick auf die völkerrechtlichen Verbrechen der Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausdrücklich.[20] Fraglich ist beispielsweise, ob der BGH auch die (bislang)[21] vier weiteren, von der Völkerrechtskommission in einem entsprechenden Entwurfsartikel zu Ausnahmen funktioneller Immunität[22] genannten Straftatbestände[23] als von der Immunitätsausnahme erfasst ansieht. Die Feststel-

15 Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung vor dem Sechsten Ausschuss der UN-Generalversammlung vom 21. Oktober 2024, <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/pdfs/statements/ilc/21mtg_germany_1.pdf>, zuletzt besucht 11. Februar 2025, 3 ('the Court further extended its case law').

16 BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53. Zur problematischen Frage, ob dies eine im Verhältnis zum Immunitätsurteil eigenständige völkergewohnheitsrechtliche Feststellung darstellt, s. u. III. 3.

17 BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53.

18 Vgl. BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 47-51.

19 BGH, Beschluss vom 20. März 2024, 3 StR 454/22 ('Revisionsbeschluss'), Rn. 32.

20 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32.

21 Der aktuelle ILC-Sonderberichterstatter Grossmann schlug in seinem zweiten Bericht vor, die Verbrechen der Aggression, der Sklaverei und des Sklavenhandels in die Liste der Immunitätsausnahmen in Entwurfsartikel 7, Abs. 1 aufzunehmen, Grossmann, *Second Report* (Fn. 12), Rn. 79. Die ILC wird planmäßig während ihrer 76. Sitzungsperiode (2025) über diesen Vorschlag entscheiden.

22 ILC, 'Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction' (2022), A/77/10 [im Folgenden: Entwurfsartikel], Entwurfsartikel 7, Kapitel VI, S. 189-194, Rn. 68.

23 D. h. Genozid, Apartheid, Folter und Verschwindenlassen.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

lung des Senats mit Bezug auf eine Stellungnahme der Bundesregierung zu diesem Entwurfsartikel, er habe „bereits dargelegt, dass es der gefestigten Staatenpraxis entspricht und zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts gehört, *in derartigen Fällen* fremdstaatliche Hoheitsträger nicht von inländischer Gerichtsbarkeit zu befreien“[24] ist insofern uneindeutig.

Das dem Revisionsbeschluss zugrunde liegende Verfahren betraf eine Tat, die der Senat als Handeln des syrischen Staates einstufte.[25] Nach der Revision lautete der Schuldspruch des Angeklagten unter anderem auf ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

4. Der Haftbeschwerdebeschluss vom 27. August 2024

Dieser Haftbeschwerdebeschluss betrifft ein Ermittlungsverfahren wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit, die in Deutschland ausgeführt wurde.[26] Der BGH stellte fest, dass die völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von funktioneller Immunität neben völkerrechtlichen Verbrechen auch fremdstaatliche Spionage und geheimdienstlich gesteuerte Gewaltakte auf fremdem Staatsgebiet umfassen.[27]

Der vorliegende Beitrag unternimmt keine nähere Betrachtung letzterer Immunitätsausnahmen, sondern konzentriert die Untersuchung auf solche bei völkerrechtlichen Verbrechen. Zum einen basiert die Ausnahme für Straftaten, die auf fremdem Hoheitsgebiet begangen werden, auf einer eigenständigen völkerrechtlichen Regel.[28] Das Vorliegen objektiv ernstzunehmender Zweifel bezüglich dieser Regel als Voraussetzung der Vorlagepflicht wäre daher gesondert zu prüfen. Zum anderen hat das BVerfG zum Komplex fremdstaatlicher Spionage bereits entschieden.[29] Schließlich hat auch die gesetzliche Immunitätsausnahme in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG keine rechtlichen

24 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33 [zitiert Immunitätsurteil; Hervorhebung hinzugefügt].

25 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32.

26 BGH, Beschluss vom 27. August 2024, StB 54/24 (‘Haftbeschwerdebeschluss’), Rn. 29.

27 BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), Rn. 23.

28 Vgl. ‘territorial (tort) exception’: Straftaten, die von ausländischen Staatsbediensteten im Hoheitsgebiet eines Forumsstaates ohne dessen Zustimmung zu ihrer Anwesenheit und Tätigkeit begangen werden. Dass Spionage unter diesen Umständen dem Grundsatz der territorialen Souveränität unterliegt und funktionelle Immunität grundsätzlich nicht besteht, hat die ILC bei der ersten Lesung ihrer Entwurfsartikel anerkannt und daher derartige Straftaten aufgrund ihrer Abweichungen nicht in die umstrittene Liste der Immunitätsausnahmen in Entwurfsartikel 7, Abs. 1 aufgenommen. ILC, ‘Immunity of State Officials’ (Fn. 22), S. 241, Rn. 27.

29 BVerfGE 92, 277; vgl. BGH, Urteil v. 28. Januar 2021, 3 StR 564/19 (‘Immunitätsurteil’), Rn. 47. Es wird hier offengelassen, ob die Reichweite dieser BVerfG-Entscheidung mit derjenigen des Haftbeschwerdebeschlusses des BGH (Fn. 26) übereinstimmt.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Wirkungen für die im Haftbeschwerdebeschluss festgestellten Immunitätsausnahmen.[30]

5. Die Kodifizierung der BGH-Rechtsprechung

Wie bereits ausgeführt soll die Einführung von § 20 Abs. 2 S. 2 GVG die BGH-Rechtsprechung zu funktioneller Immunität festschreiben.[31] Der BGH interpretierte diese Intention des Gesetzgebers dahingehend, dass es ihm „allein darum ging, die völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Nichtgeltung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen deklaratorisch festzuschreiben, ohne weitere Ausnahmen bei anderen Deliktsgruppen zu negieren".[32] Die Anwendungsbereiche der vom Bundestag beschlossenen gesetzlichen Immunitätsausnahme und der BGH-Rechtsprechung sind hinsichtlich der Immunitätsausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht zwangsläufig deckungsgleich. Während das GVG auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) verweist, ist der Verweis des BGH auf völkerrechtliche Verbrechen nach Völkergewohnheitsrecht offen für zukünftige Entwicklungen.[33] Einen vergleichbar zukunftsoffenen Verweis auf das Völkergewohnheitsrecht enthielt auch die bisher bezüglich funktioneller Immunität einschlägige gesetzliche Regelung in § 20 Abs. 2 GVG a. F.[34]

III. Methodische Defizite bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht

Die Feststellungen des BGH zum Völkergewohnheitsrecht im Immunitätsurteil und im Haftfortdauerbeschluss genügen nicht den methodischen Anforderungen des Völkerrechts. Im Folgenden werden zunächst die wesentlichen Elemente dieser Methode dargestellt und sodann diesbezügliche Defizite in den beiden Entscheidungen des 3. Strafsenats identifiziert. Auf den Revisionsbeschluss wird an inhaltlich geeigneten Stellen, aber nicht se-

30 BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), Rn. 24.

31 S. o. Fn. 3.

32 BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), Rn. 24.

33 Zu denken wäre etwa an das Verbrechen des Verschwindenlassens, § 234b StGB.

34 Vgl. auch Claus Kreß, 'Germany and International Criminal Law: Some Additional Reflections in Light of Another Set of Current Developments', EJIL:Talk!, 21. August 2024 [angesichts des bisherigen dynamischen Verweises auf das Völkerrecht und der BGH-Rechtsprechung sei ein Gesetz nicht erforderlich gewesen].

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

parat eingegangen, da er keine eigenständigen Ausführungen zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht enthält, sondern insofern auf die vorhergehenden Entscheidungen verweist.[35]

Der Beitrag beleuchtet ausschließlich die vom BGH verwandte Methode zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht. Die materiell-rechtliche Frage, ob und in welchem Ausmaß Ausnahmen von funktioneller Immunität, etwa bei völkerrechtlichen Verbrechen, nach Völkergewohnheitsrecht bestehen, wird offengelassen.[36]

1. Methode zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht

Die Anforderungen an die Feststellung von Völkergewohnheitsrecht sind in den Schlussfolgerungen der Völkerrechtskommission (ILC) zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht[37] reflektiert. Angesichts der Autorität dieser Anforderungen[38] wäre eine Abweichung von ihnen zumindest rechtfertigungsbedürftig. Die Völkerrechtspraxis, einschließlich innerstaatlicher Ge-

35 Vgl. BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32 f.

36 Eine umfassende Beantwortung dieser Frage überstiege den Umfang des Beitrags. Es wird auf die Literatur zu diesem Thema verwiesen: Neben den in der BGH-Rechtsprechung (v. a. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 38; BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53) und unten (bei IV. 2. a)) Genannten z. B. Claus Kreß, Peter Frank und Christoph Barthe, 'Functional Immunity of Foreign State Officials Before National Courts', JICJ 19 (2021), 697-716; Claus Kreß, 'Article 98', in: Kai Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court Commentary (C. H. Beck 2021), 2585; Dire Tladi, 'The International Law Commission's Recent Work on Exceptions to Immunity: Charting the course for a Brave New World in International Law?', LJIL 32 (2019), 169-187; Hervé Ascensio und Béatrice Bonafé, 'L'absence d'immunité des agents de l'Etat en cas de crime international: pourquoi en débattre encore?', RGDIP 122 (2018), 821-850; Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes* (Brill 2015); Joanne Foakes, *The Position of Heads of States and Senior Officials in International Law* (Oxford University Press 2014); Dapo Akande und Sangeeta Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts', EJIL 21 (2011), 815-852; Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press 2008).

Der Beitrag bezieht auch keine Stellung zu Immunitätsausnahmen im Zusammenhang mit Verfahren gegen Staatsbedienstete vor bzw. Kooperation mit internationalen Strafgerichtshöfen/-tribunalen.

37 ILC, 'Identification of Customary International Law', (2018) A/73/10, Kapitel V, Rn. 65 f.; im Folgenden: ILC-Schlussfolgerungen, jew. m. w. N.

38 Vgl. z. B. Georg Nolte, 'How to Identify Customary International Law: On the Outcome of the Work of the International Law Commission (2018)', Japanese Yearbook of International Law 62 (2019), 251-273 (258); ILC, Wood 'Formation and Evidence of Customary International Law' (2011) A/66/10, Annex A, 305, Rn. 4.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

richte, ist sowohl Ausgangspunkt als auch Adressatin der ILC-Schlussfolgerungen.[39]

Die konstitutiven Bestandteile der Völkerrechtsquelle des Völkergewohnheitsrechts, die Staatenpraxis und die Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*),[40] sind wohl bekannt. Zur Feststellung des Bestehens und des Inhalts einer Regel des Völkergewohnheitsrechts gilt es daher zu ermitteln, ob eine allgemeine Praxis vorliegt, die als Recht anerkannt ist.[41] Eine allgemeine Praxis setzt voraus, dass sie ausreichend weit verbreitet, repräsentativ und konsistent ist.[42] Praxis kann eine Vielzahl von Formen annehmen[43] und umfasst Verhalten der drei Staatsgewalten, beispielsweise im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Verträgen, Beschlüssen einer internationalen Organisation oder diplomatische Amtshandlungen und Korrespondenz.[44]

Das Erfordernis der Anerkennung der allgemeinen Praxis als Recht (*opinio iuris*) bedeutet, dass die fragliche Praxis im Bewusstsein eines völkergewohnheitsrechtlichen Rechts oder einer Verpflichtung vorgenommen werden muss.[45] Auch die Nachweise von *opinio iuris* können eine Vielzahl von Formen annehmen,[46] zum Beispiel: Öffentliche Stellungnahmen und Veröffentlichungen, Rechtsauffassungen von Regierungen, diplomatische Korrespondenz, Entscheidungen nationaler Gerichte und Vertragsbestimmungen.[47]

Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat in dem Verfahren *Jurisdictional Immunities of the State (Deutschland/Italien)* die besondere Bedeutung folgender Formen der Nachweise von Staatenpraxis und *opinio iuris* im Kontext der Staatenimmunität hervorgehoben:

> „In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other

39 ILC, Wood (Fn. 38); ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), General Commentary, 92, Rn. 2, 4.
40 Vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut.
41 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 2.
42 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 8(1).
43 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 6(1) S. 1.
44 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 6(2).
45 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 9(1).
46 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 10(1).
47 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 10(2).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States."[48]

Diese Maßstäbe sind auf die funktionelle Immunität von Staatsbediensteten übertragbar[49], die eine besondere Ausprägung der Staatenimmunität darstellt.[50] Letzteres stellte auch der BGH fest.[51]

Im Hinblick auf Literaturbeiträge folgt aus Art. 38 Abs. 1 lit. d) des IGH-Statuts, dass Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtlerinnen und Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen, also auch solchen des Völkergewohnheitsrechts, dienen können.[52] Für sich genommen stellen sie jedoch keinen Nachweis von Staatenpraxis und *opinio iuris* dar. Auch Entscheidungen internationaler Gerichte können Hilfsmittel zur Feststellung völkergewohnheitsrechtlicher Regeln sein.[53] Ihre Bedeutung als Hilfsmittel variiert in Abhängigkeit von nachfolgender Rechtsprechung und der Qualität der völkergewohnheitsrechtlichen Begründung, für die insbesondere eine eingehende Prüfung von Nachweisen der behaupteten allgemeinen, als Recht anerkannten Praxis maßgeblich ist.[54]

2. Methodische Defizite im Urteil vom 28. Januar 2021

Diesen Maßstäben werden die Feststellungen zum Völkergewohnheitsrecht in dem Immunitätsurteil[55] nicht hinreichend gerecht. Der vom Senat hierbei angelegte Prüfungsmaßstab ist unklar und die getroffenen Feststellungen weisen methodische Defizite auf.

a) Unklarer Prüfungsmaßstab

Bereits im Ausgangspunkt ist nicht eindeutig, welchen völkerrechtlichen Prüfungsmaßstab der BGH anwendet. Ein zentraler Streitpunkt ist insofern

48 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Deutschland v. Italien)*, Urteil v. 3 Februar 2012, ICJ Reports 2012, 99 (123, Rn. 55).

49 Dem steht nicht entgegen, dass der BGH im *Immunitätsurteil* die Anwendbarkeit der Erwägungen des IGH in *Jurisdictional Immunities* (Fn. 48) bezüglich *ius cogens* verneinte (s. u. Text bei Fn. 119-122).

50 Zu Letzterem ILC Report 2022 (Fn. 22), S. 195, Rn. 5.

51 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 17.

52 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 14.

53 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 13(1).

54 Kommentierung zu ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 13, 149, Rn. 3.

55 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 13-49.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die Verteilung der „Darlegungslast“[56] für den Nachweis der (Nicht-)Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme.[57] In der Literatur vertretene Ansichten halten funktionelle Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen wegen ihres „rationale“,[58] aufgrund von Normkonflikten[59] bzw. systematischer Gesichtspunkte[60] für *prima facie* unanwendbar. Folglich müsste die *Geltung* funktionaler Immunität durch eine allgemeine Staatenpraxis und *opinio iuris* nachgewiesen werden. Eine vergleichbare Position vertrat der Generalbundesanwalt (GBA) in dem Verfahren, das zu dem Immunitätsurteil führte.[61] Nach anderer Ansicht gilt die aus der Staatenimmunität abgeleitete funktionelle Immunität grundsätzlich, solange keine völkergewohnheitsrechtliche *Ausnahme* nachgewiesen ist.[62]

Der BGH verhält sich zu dieser Problematik in seiner bisherigen Rechtsprechung zu funktioneller Immunität nicht eindeutig.[63] Im Immunitätsurteil prüfte er eine „allgemeine Staatenpraxis“[64] und eine „allgemeine Überzeu-

56 Vgl. ‘Verschiebung der Darlegungslast’ bei Rensmann (Thilo Rensmann, ‘Die Immunität ausländischer Amtsträger, der Bundesgerichtshof und das Vermächtnis von Nürnberg’, in: Arnd Koch et al., *50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg* (Mohr Siebeck 2021), 513-540 (531-533)) und ‘shift in the burden of proof’ bei Strewe (vgl. Hannah Sophie Strewe, ‘Functional Immunity Before the Federal Court of Justice’, GYIL 64 (2021), 491-509 (503)). Der Begriff ‘Darlegungslast’ betrifft hier eine rechtliche und keine tatsächliche Frage (es gilt ‘iura novit curia’).

57 Vgl. z. B. Chimene I. Keitner, ‘Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem’, Fordham L. Rev. 80 (2011), 605-621 (607).

58 Vgl. Kreß, ‘Article 98’ (Fn. 36), Rn. 34; Rosanne van Alebeek, ‘Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts’, in: Tom Ruys, Nicolas Angelet und Luca Ferro, *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press 2019), 496-524 (498-502); van Alebeek, *Immunity of States* (Fn. 36), Kapitel 3.

59 Vgl. z. B. Akande und Shah (Fn. 36), 843.

60 Vgl. Kreß, ‘Article 98’ (Fn. 36), Rn. 38; Ascensio und Bonafé (Fn. 36), 844; vgl. ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22) Kommentierung zu Entwurfsartikel 7, Rn. 10; differenzierend Philippa Webb, ‘How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us?’, AJIL Unbound 112 (2018), 16-21.

61 Frank und Barthe, ‘Immunitätsschutz’ (Fn. 9), 242 ff.: Hinsichtlich seiner sekundären Argumentationslinie zum Völkergewohnheitsrecht argumentierte der GBA, dass nicht die Frage maßgeblich sei, ob eine Ausnahme von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist, da dies bereits ‘eindeutig geklärt’ sei (277) und entsprechendes Völkergewohnheitsrecht ‘spätestens seit Nürnberg’ bestehe (271). Vielmehr komme es darauf an, ob diese völkergewohnheitsrechtliche Regel ‘durch die innerhalb der ILC seit 2008 geführten Diskussionen und die sich daran anschließende Verbalpraxis einzelner Staaten eine Änderung dergestalt erfahren hat, dass […] nunmehr eine funktionale Immunität zu gewähren ist’ (277 f.).

62 So z. B. Ingrid Wuerth, ‘Pinochet’s Legacy Reassessed’, AJIL 106 (2012), 731-768 (744 m. w. N.).

63 So auch Claus Kreß, ‘On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law – The Jan. 28, 2021 Judgment of Germany’s Federal Court of Justice’, Just Security (31 März 2021), <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law>, zuletzt besucht 13 Februar 2025.

64 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 18.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gung“[65] dahingehend, dass „nach dem Völkerrecht […] jedenfalls die Strafverfolgung niederrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte durch nationale Gerichte zulässig ist“.[66] Ob sich die völkergewohnheitsrechtliche Prüfung des BGH im Ausgangspunkt auf das Bestehen funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen, oder auf das Vorliegen von Ausnahmen funktioneller Immunität bezieht, blieb nach dem Wortlaut im Immunitätsurteil und in den beiden nachfolgenden Entscheidungen des BGH[67] offen.

Im jüngsten Haftbeschwerdebeschluss spricht der Senat insofern eindeutiger von einer „Ausnahme“ von Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen.[68] Dem entspricht auch die grundsätzliche Feststellung im Immunitätsurteil, dass sich funktionelle Immunität von Staatsbediensteten als Ausfluss der Staatenimmunität ergibt, „da ein Staat regelmäßig nur durch solche handeln kann“, und „[i]m Ausgangspunkt geklärt ist, dass ein Staat angesichts der souveränen Gleichheit der Staaten zumindest in Bezug auf Hoheitsakte (acta iure imperii) grundsätzlich keiner fremden staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen ist“.[69] Demgegenüber führt der BGH keine systematischen Erwägungen an, die *prima facie* zu einem Immunitätsausschluss führen würden.[70] In dieser Hinsicht weicht der BGH von der Ansicht des GBA ab.[71]

---

65 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 23.

66 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 23.

67 Im BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53 und BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32-34) ist von ‘Begrenzung’ bzw. ‘Ausschluss’ von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen die Rede.

68 BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), Rn. 23 (‘allgemeine Funktionsträgerimmunität erfährt […] bei bestimmten Delikten völkergewohnheitsrechtlich verankerte Ausnahmen. Dazu zählen […] völkerrechtliche Verbrechen’).

69 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 17. Der BGH fügt an, dass ‘hier Gegenstand des Verfahrens und Bezugspunkt der etwaigen Immunität nicht das hoheitliche Handeln eines fremden, an dem Gerichtsverfahren nicht beteiligten Staates im Allgemeinen, sondern die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit’ (BGH, Immunitätsurteil, Fn. 27) sei, ohne auszuführen, worin die Einschränkung der vorherigen Aussage bestehe. Jedenfalls bestätigte der BGH die grundsätzliche Geltung funktioneller Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten im BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), (Rn. 23: ‘Personen, die für einen Staat hoheitlich tätig werden, [kommt] grundsätzlich aus der Staatenimmunität abgeleitete und völkergewohnheitsrechtlich anerkannte (funktionelle) Immunität in Bezug auf ihr hoheitlich-staatliches Handeln gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten (allgemeine Funktionsträgerimmunität) zu. […] entscheidend ist allein, dass sich die Tätigkeit funktional als fremdstaatliches hoheitliches Handeln darstellt.’).

70 So auch Kreß, ‘On Functional Immunity’ (Fn. 63). Vgl. u. bezüglich der Abgrenzung von Immunität zu sachnahen Regelungsgegenständen (III. 2. c).

71 Der GBA bejahte in seiner primären Argumentationslinie das Nichtbestehen von Immunität aufgrund von ‘grundlegenden, die Gesamtheit der Völkerrechtsordnung in den Blick nehmenden Erwägungen’ (242), vgl. Frank und Barthe, ‘Immunitätsschutz’ (Fn. 9), 238-242.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die völkergewohnheitsrechtliche Prüfung des BGH im Immunitätsurteil enthält aber auch einen Anhaltspunkt dafür, dass sie sich, zumindest teilweise, auf den Nachweis des Bestehens von Immunität und nicht des Bestehens von Immunitätsausnahmen bezog. Denn die – aus anderen Gründen wenig überzeugende[72] – Aussage des BGH zu den ILC-Arbeiten „aus jüngerer Zeit" bezieht sich auf eine mögliche Änderung der als bestehend angenommenen völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme: Diese ILC-Arbeiten „ändern […] nicht die durch einheitliche Übung und Überzeugung belegte allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts, dass jedenfalls die Strafverfolgung fremder niederrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte durch nationale Gerichte zulässig ist".[73]

Dieser Aussage wurde in der Literatur entnommen, dass der BGH zu einem bestimmten, wenn auch nicht genannten Zeitpunkt eine „Kristallisation" der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahmen annahm und somit eine Umkehr der „Darlegungslast" zum Tragen kommt, mit der Konsequenz, dass die Uneinheitlichkeit der Staatenpraxis und *opinio iuris* hinsichtlich Immunitätsausnahmen,[74] wie sie insbesondere im Rahmen des ILC-Projektes zum Ausdruck kam, zulasten der Feststellung des Bestehens von Immunität und nicht mehr zulasten der Feststellung von ihren Ausnahmen geht.[75]

Hiergegen kann eingewandt werden, dass der völkergewohnheitsrechtlichen Prüfung des BGH im Übrigen keine Anhaltspunkte für eine derartige Differenzierung zu entnehmen sind. Falls der BGH einen „Kristallisations"-Zeitpunkt der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme annahm, wäre im Interesse der Rechtssicherheit seine konkrete Benennung bedeutsam gewesen. Denn die Staatenpraxis im 20. Jahrhundert wird hinsichtlich der Feststellung von völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahmen, auch innerhalb ihrer Befürworter, sehr unterschiedlich bewer-

72 S. u. bei III. 2. f).

73 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 35.

74 Vgl. u. (Abschnitt III. 2.; III. 3.).

75 Vgl. Kreß, 'On Functional Immunity' (Fn. 63); 'While the Court does not mention any specific date, it is very apparent from its reasoning that the Court believes that, well before the ILC began its work on immunity from foreign jurisdiction, there existed a general practice of States accepted as law in support of the Court's main conclusion (for the same view, see [zitiert Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), Rn. 65 ff.])'. Vergleichbar mit einer Umkehr der 'Darlegungslast' prüft Kreß völkergewohnheitsrechtlich zunächst die Herausbildung einer Immunitätsausnahme und ab dem Jahr 1990 die Herausbildung von funktioneller Immunität, jeweils bezüglich völkerrechtlicher Verbrechen, Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), Rn. 31, 53-83. Rensmann (Fn. 56), 531-533 und Strewe (Fn. 56), 499-503 stellen eine Verschiebung der Darlegungslast, bzw. Beweislastumkehr durch Umdeutung der völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklung durch den BGH fest.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tet.[76] Dies verdeutlicht auch die Relevanz einer etwaigen Umkehr der „Darlegungslast". Es ist nicht erkennbar, dass der BGH bei der Prüfung völkergewohnheitsrechtlicher Nachweise im Sinne einer Umkehr der „Darlegungslast" (zeitlich) differenzierte, etwa zwischen Gerichtsentscheidungen vor und nach dem Beginn der ILC-Arbeiten. Vielmehr erstreckte der BGH seine Prüfung auf Nachweise einer Immunitätsausnahme im Zeitraum vom zweiten Weltkrieg[77] bis zum Entscheidungszeitpunkt. Insbesondere stützte der BGH die von ihm festgestellte völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme maßgeblich auf Entscheidungen, die *nach* dem Beginn der ILC-Arbeiten ergangen sind.[78] Dies trifft auch auf die Prüfung des GBA zu.[79] Es wäre zu erwarten gewesen, dass eine etwaige Änderung des Prüfungsmaßstabs im Sinne einer Umkehr der „Darlegungslast" im Text des Urteils deutlich zum Ausdruck kommt.

Jedenfalls würde ein derart geänderter Prüfungsmaßstab voraussetzen, dass zunächst die Kristallisation von völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahmen hinreichend festgestellt wird. Hieran bestehen jedoch methodische Zweifel.

b) Defizitäre Feststellung von allgemeiner Praxis und *opinio iuris*

Die völkergewohnheitsrechtlichen Feststellungen im Immunitätsurteil weisen im Wesentlichen in vierfacher Hinsicht methodische Defizite auf:

Erstens wurden gängige Formen von Staatenpraxis und *opinio iuris* nicht in die Prüfung einbezogen. Insbesondere wurden innerstaatliche Gesetzgebung und staatliche Stellungnahmen vor ausländischen Gerichten nicht untersucht, denen nach der auf den vorliegenden Kontext übertragbaren

---

76 Beispielsweise wird vertreten, dass die Immunitätsausnahme bereits weit vor dem Jahr 1990 völkergewohnheitsrechtlichen Status erlangt habe (Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2620, Rn. 65), während man 'sicherlich' bezweifeln könne, dass die anschließende Praxis an sich eine allgemeine, als Recht anerkannte Praxis darstelle (vgl. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2623, Rn. 76). Nach einer weiteren Ansicht gab es 1945-1995 nur wenige Strafverfolgungen ausländischer Staatsbediensteter wegen völkerrechtlicher Verbrechen (van Alebeek, 'Functional Immunity' (Fn. 58), 509 f.).

77 In der Literatur wird auch frühere Staatenpraxis herangezogen, vgl. z. B. Claus Kreß, 'Einleitung' (Fn. 13), 698 f. [mit Verweis auf den GBA].

78 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), zwei Urteile aus 2015 (Rn. 21); Urteile 'in den letzten Jahren' (Rn. 22); Urteile zitiert in Christoph Barthe, 'Otto Trifterer und Kai Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary', JICJ 16 (2018), 663-668 (665 ff.), auf die BGH verweist, sind frühestens aus dem Jahr 2016; Urteil aus 2012 (Rn. 32); Urteile aus 2013 und 2018 (Rn. 33).

79 Vgl. z. B. Frank und Barthe, 'Immunitätsschutz' (Fn. 9), 243 ff. (führt u. a. Strafverfahren 'vor allem in den vergangenen zwei Jahrzehnten' an, S. 250).

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

IGH-Rechtsprechung eine besondere Bedeutung bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht zukommt.[80] Vielmehr beschränkt sich der Senat fast ausschließlich auf Gerichtsentscheidungen.[81] Eine Literaturansicht begründete die Unvollständigkeit der Prüfung von Staatenpraxis und *opinio iuris* durch den BGH zudem damit, dass der geprüften Regel entgegenstehende Staatenpraxis, insbesondere Entscheidungen des Unterlassens von Strafverfolgung aufgrund funktioneller Immunität, nicht berücksichtigt wurden.[82]

Zweitens ist die festgestellte Staatenpraxis und *opinio iuris* nicht repräsentativ. Eine „allgemeine" Praxis im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b) des IGH Statuts muss ausreichend weit verbreitet, repräsentativ und konsistent sein.[83] Der BGH stellte aber ganz überwiegend auf europäische Staatenpraxis ab.

Drittens ist die vom Senat zur Unterstützung der von ihm festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme für bestimmte Kriegsverbrechen genannte Staatenpraxis und *opinio iuris* teilweise nicht einschlägig oder unterstützt nicht die vom Senat angenommene völkergewohnheitsrechtliche Regel.[84] Beispielsweise differenziert der Senat bei der Prüfung von Nachweisen und Hilfsmitteln nicht konsequent zwischen den Straftatbeständen der Kriegsverbrechen, des Völkermords und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit,[85] bzw. „bestimmter anderer die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte".[86] So sind die Ausführungen zur Feststellung der völkergewohnheitsrechtlichen Regel bezüglich des Kriegsverbrechens der Folter und der in schwerwiegender Weise entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlung mitunter auf Gerichtsentscheidungen gestützt, die keine Kriegsverbrechen zum Gegenstand hatten.[87] Eine völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme bezüglich eines bestimmten Straftatbestands ist aber jeweils eigenständig festzustellen. Zwischen den völkerrechtlichen Verbrechen bestehen erhebliche Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen Staatenpraxis und *opinio iuris*, sowie ihres jeweiligen völkerrechtlichen Rahmens. Während beispielsweise bezüglich der Straftatbestände des Genozids und der Kriegs-

80 S. Fn. 48.

81 Andersartige Nachweise v. a. in BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 24 (IMT-, IStGH-Statute, UNGA-Resolution, Field Manual).

82 Strewe (Fn. 56), 505 f.

83 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 8(1).

84 Zu Letzterem etwa die *Lozano*-Entscheidung, zitiert in BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 31 ('[A] more recent trend can be discerned, both in international law doctrine and in still a minority part of domestic jurisprudence, which is intended to dispute the wider application of the customary rule on […] the immunity from criminal jurisdiction of the individual author, […] if the individual is guilty of "international crimes".').

85 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 18 ff., 26 ff.

86 Zu Letzterem BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 23 ff.

87 Z. B. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 21, 28.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

verbrechen bereits nach Ende des zweiten Weltkriegs völkerrechtliche Verträge abgeschlossen wurden,[88] wurde erst im November 2024 entschieden, dass eine umfassende Konvention zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Rahmen der Vereinten Nationen verhandelt wird.[89] Etwaige in völkerrechtlichen Verträgen niedergelegte Sonderregeln können für die Prüfung von Immunitätsausnahmen relevant[90] und ggf. vorrangig anzuwenden sein.[91] Zwischen den von einer Immunitätsausnahme betroffenen Straftatbeständen könnte zudem angesichts spezieller Immunitätsregeln im Verhältnis von Kriegsparteien untereinander[92] zu differenzieren sein.

Viertens führt die isolierte Betrachtung einzelner ausländischer Gerichtsentscheidungen durch den Senat zu einer verkürzten Darstellung der jeweiligen Staatenpraxis und *opinio iuris*. Stattdessen hätte die vorhandene Praxis eines bestimmten Staates möglichst umfassend berücksichtigt und in ihrer Gesamtheit beurteilt werden müssen.[93] Variierender Praxis eines bestimmten Staates kann den Umständen entsprechend weniger Gewicht beizumessen sein.[94] Dass die Analyse des BGH insofern unzureichend ist, zeigt sich beispielsweise mit Bezug auf die vom Senat zitierten niederlän-

88 Z. B. wird auf die 1948 Genocide Convention und die 1949 Geneva Conventions verwiesen, vgl. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2619, Rn. 58 f.

89 Vgl. UN, GV Resolution 79/122 v. 4. Dezember 2024, <https://docs.un.org/en/A/RES/79/122>, zuletzt besucht 13. Februar 2025. Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind u. a. vorgesehen im IStGH-Statut (u. a. Art. 7) und in der 'Ljubljana-Hague-Convention' vom 26. Mai 2023 (36 Unterzeichnungen, Stand 28. November 2024), <https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/013717>, zuletzt abgerufen 13. Februar 2025.

90 Vgl. z. B. Frank und Barthe, 'Immunitätsschutz' (Fn. 9), 274.

91 Der BGH ließ die (zumindest bezüglich des ersten Anklagevorwurfs relevante) Frage eines konkludenten völkervertragsrechtlichen *waiver* im Zusammenhang mit der Ratifikation der 'Antifolterkonvention' durch Afghanistan und Deutschland ausdrücklich offen angesichts des 'zweifelsfrei[en]' Bestehens der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme (BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 60). Dass diese Herangehensweise Raum für völkerrechtliche Fragen hinterlässt zeigt beispielsweise die Lesart des Immunitätsurteils von Orakhelashvili (zu der hier keine Stellung bezogen wird), Alexander Orakhelashvili, 'Is the ILC about to Endorse the Absolute Immunity of Foreign State Officials from Ciminal Jurisdiction?', (9. Oktober 2024), <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2024/10/is-the-ilc-about-to-endorse-the-absolute-immunity-of-foreign-state-officials-from-criminal-jurisdiction/>, zuletzt abgerufen 13. Februar 2025.

92 Vgl. bezüglich persönlicher und funktioneller Immunität Dapo Akande, ILC-Sitzung 2024, Summary record (3679th meeting), A/CN.4/SR.3679, 12 f. Keine Berücksichtigung derartiger Sonderregeln hingegen bei Benjamin Meret, 'Some States' Position on Draft Article 7 Versus the Very Same States' Positions Concerning Atrocities in Ukraine: An Inconsistent Stand?', (6. August 2024), EJIL:Talk!, 6. August 2024.

93 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 7(1) und ihre Kommentierung, Rn. 2.

94 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 7(2); ihre Kommentierung geht nicht auf den insofern maßgeblichen Zeitraum ein, vgl. Rn. 4 f. In IGH, *Fisheries (Vereinigtes Königreich v. Norwegen)*, Urteil v. 19 September 1951, ICJ Reports 1951, 116 (138) wurde die Praxis mehrerer Jahrzehnte berücksichtigt.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dischen[95] Gerichtsentscheidungen, die als Nachweise für das Bestehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme gewertet wurden. Denn die niederländische Regierung stellte 2023[96] und 2024[97] im Hinblick auf Entwurfsartikel 7 der ILC klar, dass die niederländische Rechtsprechung mit Bezug auf Ausnahmen von funktioneller Immunität noch nicht hinreichend geklärt ist und bezog zu der völkergewohnheitsrechtlichen Rechtsnatur der in Entwurfsartikel 7 enthaltenen Regelung eine uneindeutige Stellung.[98] Im Hinblick auf die vom BGH genannte Praxis Israels[99] ist anzumerken, dass die israelische Regierung in ihren Stellungnahmen im Rechtsausschuss der Generalversammlung der Vereinten Nationen (UN) mehrfach nachdrücklich ihre Rechtsansicht zum Ausdruck gebracht hat, dass nach Völkergewohnheitsrecht keine Ausnahmen von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen gelten, beispielsweise in den Jahren 2017[100] und 2022[101] bis 2024[102] mit Bezug auf Entwurfsartikel 7.

c) Abweichung von der IGH-Rechtsprechung bezüglich Abgrenzung von Immunität

Der BGH verneint pauschal die Relevanz zweier IGH-Entscheidungen, obwohl diese rechtliche Erwägungen enthalten, die auf seine Feststellungen zum Völkergewohnheitsrecht übertragbar sind. Zu dieser IGH-Rechtsprechung setzt sich der BGH in Widerspruch, indem er nicht hinreichend zwischen funktioneller Immunität und anderen sachnahen Rechtsfiguren differenziert.

(i) Abgrenzung zu individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit

So stützt der Senat seine Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme ohne nähere Begründung auf Ausführungen zu Nachweisen und Hilfsmitteln, die sich auf die individuelle strafrechtliche Verant-

95 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 28.

96 Niederländische Stellungnahme, 75. ILC-Sitzungsperiode (2024), <https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_netherlands.pdf>, 2, zuletzt besucht 13 Februar 2025.

97 Niederländische Stellungnahme im Sechsten Ausschuss 2024, Summary record (21st meeting), A/C.6/79/SR.21 (im Erscheinen), Rn. 91.

98 Zu Letzterem vgl. Fn. 152.

99 *Eichmann*-Entscheidung, BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27.

100 Israelische Stellungnahme im Sechsten Ausschuss 2017, <https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/ilc/israel_2.pdf>, 4, zuletzt besucht 13 Februar 2025.

101 UN, GV Summary record (28th meeting, 1. November 2022), A/C.6/77/SR.28, 3, Rn. 12.

102 Israelische Stellungnahme, 75. ILC-Sitzungsperiode (2024), <https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_israel.pdf>, zuletzt besucht 13 Februar 2025, 3, Rn. 11; Israelische Stellungnahme im Sechsten Ausschuss 2024, SR.21 (Fn. 97), Rn. 61.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wortlichkeit, aber nicht auf funktionelle Immunität beziehen.[103] Der IGH hat aber in der Rechtssache *Arrest Warrant* (*D. R. Kongo/Belgien)* klargestellt, dass die materiell-rechtliche Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von der prozessualen Frage der Immunität zu trennen ist:

> „Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility."[104]

Das IGH-Urteil in *Jurisdictional Immunities* legt eine Übertragung dieses Verständnisses auf funktionelle Immunität nahe.[105] Jedenfalls die ILC hat sich dieser Lesart eindeutig angeschlossen und zudem betont, dass diese Position der herrschenden Ansicht in der Staatenpraxis und Literatur entspricht.[106]

Hiervon weicht eine Ansicht in der Literatur ab, wonach funktionelle Immunität nicht (ausschließlich) prozessualer, sondern (auch) materiell-rechtlicher Natur ist.[107] Diese Ansicht argumentiert unter anderem, dass die Rechtsprechung in *Arrest Warrant* zu Immunität *ratione personae* nicht auf Immunität *ratione materiae* übertragbar sei.[108]

Hiermit vergleichbar hat der BGH in dem Immunitätsurteil ursprünglich im Zusammenhang mit dem *Arrest Warrant*-Urteil pauschal angenommen, dass „Konstellationen, die Staatsoberhäupter, Regierungschefs oder Außenminister betreffen […], keine maßgeblichen Rückschlüsse auf die hier zu prüfende funktionelle Immunität eines Militärangehörigen" zuließen, „[s]elbst wenn dabei auch Aspekte der Immunität ratione materiae in Rede stehen".[109] Dies bezog der BGH auf die funktionelle Immunität „nachrangiger" Hoheitsträger.[110] Ab dem Haftfortdauerbeschluss betonte der BGH aber, dass die Immunitätsausnahmen „unabhängig vom Status und Rang des Täters" gelten würden,[111] ohne darauf einzugehen, ob er an seiner Aussage mit Bezug auf das *Arrest Warrant*-Urteil festhalte. Jedenfalls bleibt letztlich

103 Z. B. BGH, Immunitätsurteil (Fn. 29), Rn. 27 [zitiert *Eichmann*-Urteil], Rn. 37.

104 IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (D. R. Kongo v. Belgien),* Urteil v. 14. Februar 2002, ICJ Reports 2002, 3, Rn. 60.

105 IGH, *Jurisdictional Immunities* (Fn. 48), Rn. 58 und Rn. 100.

106 ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), 199 f., Kommentierung zu Entwurfsartikel 1, Rn. 8.

107 Vgl. z. B. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), Rn. 35; van Alebeek, *Immunity of States* (Fn. 36), Kapitel 3, 114; Ascensio und Bonafé (Fn. 36), 832 ff.; vgl. Akande und Shah (Fn. 36), 817.

108 Vgl. z. B. Ascensio und Bonafé (Fn. 36), 833; vgl. auch van Alebeek, 'Functional Immunity' (Fn. 58), 519 (bezüglich Abgrenzung von Immunität und Gerichtsbarkeit).

109 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 40.

110 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 39 f.

111 BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53; BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

im Dunkeln, mit welcher Begründung der BGH einen Gleichlauf individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit und funktionaler Immunität annimmt.

Die prozessuale Natur von Immunität kommt insbesondere in der Möglichkeit des *waiver* von Immunität zum Ausdruck.[112] Die Abgrenzung zwischen Immunität als prozessualem Hindernis und materiell-rechtlichen Regeln fügt sich auch im weiteren Sinne in die Rechtsprechung des IGH ein, beispielsweise zur Trennung zwischen der Rechtsnatur einer Verpflichtung und dem Umfang des Vorliegens der Gerichtsbarkeit des IGH, die erneut bestätigt wurde.[113] Schließlich beruht die Gegenansicht teilweise auf dem Konzept der ausschließlichen Zurechnung der vorgeworfenen Handlung zu dem jeweiligen Staat, anstelle des Staatsbediensteten.[114] Mit der ILC[115] und im Einklang mit der Rechtsprechung des IGH[116] ist im Völkerrecht aber von doppelter Zurechnung auszugehen.

(ii) Abgrenzung zu *ius cogens*

Der Senat stützt seine Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme zudem ohne nähere Begründung auf Gerichtsentscheidungen, in denen die Strafverfolgung gegen ausländische Staatsbedienstete mit der *ius cogens* Natur der ihnen vorgeworfenen Straftaten gerechtfertigt wurde.[117] Bezüglich eines vergleichbaren Arguments hat der IGH jedoch in dem Verfahren *Jurisdictional Immunities* mit Bezug auf Staatenimmunität festgestellt:

> „This argument therefore depends upon the existence of a conflict between a rule, or rules, of *jus cogens*, and the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another. In the opinion of the Court, however, no such conflict exists. […] The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining

112 Vgl. ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), Entwurfsartikel 12.

113 Zu Letzterem IGH, *Application of ICERD (Aserbaidschan v. Armenien)*, Preliminary Objections, Urteil v. 12. November 2024, Rn. 48.

114 Vgl. z. B. Ascensio und Bonafé (Fn. 36), 834; van Alebeek, *Immunity of States* (Fn. 36), Kapitel 3, z. B. 106 f.; vgl. Roger O'Keefe, 'Book Review of Rosanne van Alebeek, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law', LJIL 23 (2010), 955-960 (957).

115 ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), Kommentierung von Entwurfsartikel 2, Rn. 24.

116 Vgl. ICJ, *Application of the Genocide Convention (Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro)*, Urteil v. 26. Februar 2007, ICJ Reports 2007, 43 (116, Rn. 173) ('constant feature of international law').

117 Z. B. *Lozano*-Entscheidung (Fn. 84), Schweizer Bundesgericht, Arrêts du Tribunal Pénal Fédéral Suisse 2012, 97 (BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 32); vgl. auch BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 33.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful."[118]

Nach dem BGH seien die in dieser IGH-Entscheidung enthaltenen „grundlegenden Erwägungen dazu, dass weder der Vorwurf schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts und des Rechts im bewaffneten Konflikt noch der Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht (ius cogens) zum Verlust der Immunität führe […] nicht ohne Weiteres auf Strafverfahren anwendbar".[119] Zur Begründung verweist der BGH lediglich auf die Klarstellung des IGH, dass die Frage der Immunität von Staatsbediensteten nicht Teil des Streitgegenstands in *Jurisdictional Immunities* war.[120] Dies steht aber nicht *per se* der Übertragbarkeit des obenstehenden Rechtsverständnisses des IGH auf die Frage der funktionellen Immunität entgegen, die vielmehr wegen der prozessualen Natur beider Institute und mangels eines Normenkonfliktes[121] anzunehmen ist.[122] Zumindest begründet der BGH nicht positiv, weshalb der Fall funktioneller Immunität abweichend zu behandeln sein soll.

(iii) Abgrenzung zu Gerichtsbarkeit

Schließlich stützt der Senat seine Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme auch auf die Würdigung von Nachweisen, wonach lediglich die Gerichtsbarkeit bejaht wurde. Teils wurde dabei Immunität nicht von dem betreffenden Gericht geprüft,[123] teils macht der BGH hierzu keine Angaben.[124] Der IGH hat jedoch in seinem *Arrest Warrant-*

118 IGH, *Jurisdictional Immunities* (Fn. 48), Rn. 93, s. auch Rn. 95.

119 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 43.

120 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 43, zitiert IGH, *Jurisdictional Immunities* (Fn. 48), Rn. 91: 'The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case.'

121 Vgl. z. B. Akande und Shah (Fn. 36), 834-837.

122 Zu Letzterem vgl. z. B. Hazel Fox und Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press 2013), 566 f. Die Übertragbarkeit im Ergebnis bejahend auch z. B. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), Rn. 30, m. w. N. [zitiert: Pierre d'Argent and Pauline Lesaffre, in: Tom Ruys, Nicolas Angelet und Luca Ferro (Hrsg.), *Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press 2019), 614 ff.; Jia Bingbing, in: Morten Bergsmo and Ling Yang, *State Sovereignty and International Criminal Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2012), 75-96 (82 ff.); Akande und Shah (Fn. 36), 832 ff.

123 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 30.

124 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), 19, 24.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Urteil ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei der Gerichtsbarkeit und der staatlichen Immunität um zwei unterschiedliche Fragen handelt, die voneinander zu trennen sind:

> „It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions."[125]

Auch hier ist keine Begründung für einen abweichenden Ansatz im Immunitätsurteil ersichtlich.

d) Defizite in der spezifischen Feststellung von *opinio iuris*

Der Senat hat darüber hinaus nicht hinreichend dargelegt, dass die zitierte gerichtliche Praxis im Bewusstsein eines Rechts oder einer Verpflichtung vorgenommen wurde. *Opinio iuris* ist ein eigenständiges konstitutives Element des Völkergewohnheitsrechts, das neben bloßer Praxis gesondert festzustellen ist.[126] Anders als der Senat meint[127] ist es daher durchaus erheblich, wenn ein Gericht bei seiner Entscheidung nicht explizit die Immunität ausländischer Staatsbediensteter erörtert hat.[128] Dies ist bei mehreren der vom Senat zitierten Entscheidungen der Fall.[129] Ein Nachweis von *opinio iuris* liegt hingegen vor, wenn in einem Urteil zum Ausdruck kommt, dass das Ergebnis (etwa eine Immunitätsausnahme) nach dem Völkergewohnheitsrecht vorgeschrieben oder zulässig ist.[130]

125 IGH, *Arrest Warrant* (Fn. 104), Rn. 59.

126 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), Schlussfolgerung 9, Schlussfolgerung 2 und deren Kommentierung, Rn. 4; ILC, Schlussfolgerung 3 Abs. 2 und dessen Kommentierung, Rn. 8.

127 Vgl. z. B. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27 ff.

128 Vgl. Rensmann (Fn. 56), 534-536; Strewe (Fn. 56), 500-503; Wuerth (Fn. 62), 760 ('at best, only weak state practice and provide little basis for inferring *opinio juris*').

129 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27 ff. ; z. B. Belgischer Kassationshof, *H. S. A. et al., V. S. A. et al.*, ILM 42 (2003), 596-506 (BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 29).

130 Vgl. Nolte (Fn. 38), 260: 'a judgment of a national court on the issue of immunity of a foreign State official may serve as practice, but may also express that the result is mandated or permitted under customary international law – and thus, from a different perspective, serve as evidence of acceptance as law as well'.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

e) Unzureichende Analyse staatlicher Stellungnahmen zu den ILC-Arbeiten

Den staatlichen Stellungnahmen im Rechtsausschuss der UN-Generalversammlung mit Bezug auf die einschlägige Arbeit der Völkerrechtskommission kommt im Einklang mit der übertragbaren IGH-Rechtsprechung in *Jurisdictional Immunities* eine besondere Bedeutung zu.[131] Die staatlichen Stellungnahmen sind auch für die Arbeit der ILC von fundamentaler Bedeutung.[132]

Der 3. Strafsenat hat die Bedeutung dieser staatlichen Stellungnahmen in seinem Immunitätsurteil[133] zwar grundsätzlich erkannt, sie aber nicht hinreichend gewürdigt. So vermittelt der BGH ein unzureichendes Bild davon, dass Immunitätsausnahmen in den staatlichen Stellungnahmen zur ILC-Arbeit seit Langem umstritten sind.

(i) Die umstrittene Arbeit der ILC zu Ausnahmen von funktioneller Immunität

Seit die ILC im Jahr 2008 ihre vertiefte Bearbeitung des Projektes zu „Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction" begann, war die Frage völkergewohnheitsrechtlicher Immunitätsausnahmen unter den ILC-Mitgliedern und Staaten strittig.[134] Einen vorläufigen Höhepunkt erreichte die Debatte im Jahr 2017 anlässlich der vorläufigen Annahme von Entwurfsartikel 7 in erster Lesung, der sich mit Ausnahmen funktioneller Immunität von Staatsbediensteten befasst.[135] Die Umstrittenheit von Entwurfsartikel 7 führte zu seiner kontroversen[136] vorläufigen Annahme durch

131 S. o. bei Fn. 48.

132 Vgl. ILC Statut (v. a. Art. 3, Kapitel 2). Der Erfolg der Entwurfsartikel (ggf. in Form eines Vertragsentwurfs) hängt von den Staaten ab. Vor diesem Hintergrund erscheint der Vorschlag in der Literatur wenig zielführend, die ILC solle sich in ihrer Arbeit zu Entwurfsartikel 7 weniger von den Positionen der Staaten leiten lassen (vgl. Joana de Andrade Pacheco, 'Where Do States Stand on Official Immunity Under International Law?' (19. April 2024), <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/>, zuletzt besucht 13. Februar 2025).

133 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 36 f.

134 Michael Wood, 'Lessons from the ILC's Work on "Immunity of State Officials": Melland Schill Lecture, 21 November 2017', Max Planck UNYB 22 (2019), 34-69 (52).

135 Entwurfsartikel 7 Abs. 1 lautet: 'Immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance'.

136 Vgl. Isabel Walther, The Current Work of the International Law Commission on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction – Comments on the Procedural Safeguards Provisionally Adopted in 2021 (April 13, 2022), KFG Research Group 'The International Rule of Law – Rise or Decline?', Working Paper Series No. 54, 7 ff. verfügbar unter SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4052724.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die außergewöhnliche Methode der Abstimmung anstelle des etablierten Konsensprinzips.[137] Bedingung hierfür war außerdem die Aufnahme verfahrensrechtlicher Sicherungsmaßnahmen.[138] Diese Sicherungsmaßnahmen sollen als Schutz gegen Missbrauch und Politisierung von Strafverfahren gegen ausländische Staatsbedienstete, insbesondere bei Anwendung von Ausnahmen funktioneller Immunität nach Entwurfsartikel 7 dienen.[139]

Bei der Annahme der Entwurfsartikel im Jahr 2022 in erster Lesung blieb diese Vorschrift unverändert.[140] Auch wenn keine erneute Abstimmung erfolgte, hielten die Kontroversen um Entwurfsartikel 7 an.[141] Die zweite Lesung dieser Vorschrift ist für die Sitzungsperiode der ILC im Jahr 2025 vorgesehen.[142] Ob Entwurfsartikel 7 eine Kodifizierung von Völker(gewohnheits)recht oder einen Entwurf für die progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts darstellen soll, hat die ILC bislang offengelassen.[143] Für Letzteres spricht die Begründung des Vorschlags von Entwurfsartikel 7 in der Kommentierung mit einem „Trend"[144] in der Staatenpraxis.

In den Stellungnahmen der Staaten im Rechtsausschuss der Generalversammlung kommt bis heute zum Ausdruck, dass die in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen von funktioneller Immunität in der internationalen Staatengemeinschaft hoch umstritten sind. Eine Auswertung in der Literatur der schriftlichen Stellungnahmen zu den ILC-Entwurfsartikeln in der Fassung der ersten Lesung kam zu dem Ergebnis, dass zehn Staaten die Regelung in Entwurfsartikel 7 zu Immunitätsausnahmen mangels ausreichender Staatenpraxis und *opinio iuris* nicht als Ausdruck des geltenden Völkergewohnheitsrechts eingestuft hätten, während elf Staaten dies zumindest teilweise[145] bejaht hätten.[146] Richtigerweise sind aus der zweiten Gruppe drei Stellungnahmen auszunehmen, die nicht ausdrücklich auf Völkergewohnheitsrecht eingehen.[147] Auffallend ist, dass die zweite Gruppe ausschließlich

137 Wood, *Lessons* (Fn. 134), 54 f.

138 Wood, *Lessons* (Fn. 134), 54 f.

139 Vgl. Walther (Fn. 136), 9. Vgl. ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), Entwurfsartikel 8-18, S. 189-194, Rn. 68.

140 Vgl. ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), S. 189-194, Rn. 68.

141 Michael Wood, 'The ILC's First Reading Draft Articles on "Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction" (2022)', Max Planck UNYB 26 (2023), 717-746 (729-734).

142 Vgl. First Report, Special Rapporteur Grossmann, A/CN.4/775, Rn. 12. Die zweite Lesung bezüglich Entwurfsartikel 1, 3, 4 und 5 [6] erfolgte 2024, vgl. ILC, Summary Record (3698th Meeting), A/CN.4/SR.3698, 9.

143 Vgl. ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), S. 197, Rn. 12.

144 ILC, Entwurfsartikel (Fn. 22), S. 197, Rn. 9.

145 Zumindest bzgl. Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

146 Pacheco (Fn. 132).

147 Dies betrifft die Stellungnahmen von Estland, der Tschechischen Republik und Polen, in denen andere Argumente für die Unterstützung der Regelung in Entwurfsartikel 7 maßgebend sind.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

aus europäischen Ländern (einschließlich der Ukraine) besteht,[148] während in der ersten Gruppe nur ein europäischer Staat vertreten ist.[149]

Aus der Debatte im Sechsten Ausschuss im Jahr 2024[150] ergab sich ein noch deutlicheres Bild. 13 Staaten[151] zufolge reflektiere Entwurfsartikel 7 nicht das geltende Völkergewohnheitsrecht, einschließlich der nunmehr erneut geäußerten Position Chinas. Dagegen haben zwei Stellungnahmen mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gebracht, dass nach Völkergewohnheitsrecht keine funktionelle Immunität bei bestimmten völkerrechtlichen Verbrechen gelte.[152]

148 Pacheco (Fn. 132) nennt Österreich, die Tschechische Republik, Irland, Estland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Polen, Rumänien, Spanien, Ukraine.

149 Pacheco (Fn. 132) nennt Australien, Brasilien, Frankreich, Iran, Israel, Japan, Singapur, Russland, Vereinigte Arabische Emirate, Vereinigte Staaten.

150 Die bisher vorliegenden, zur 76. Sitzungsperiode der ILC (2025) eingereichten Stellungnahmen (von Deutschland, Israel und Kolumbien [Stand: 19. März 2025]) wurden ebenfalls berücksichtigt.

151 Algerien (Summary record (20th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.20 (im Erscheinen), Rn. 100), Australien (SR.21 (Fn. 97), Rn. 109), Brasilien (Summary record (20th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.20 (im Erscheinen), Rn. 69), Belarus (Summary record (20th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.20 (im Erscheinen), Rn. 115), China (SR.21, Fn. 97, Rn. 9), Eritrea (Summary record (22nd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.22 (im Erscheinen), Rn. 53), Indien (Summary record (24th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.24 (im Erscheinen), Rn. 5), Iran (Summary record (23rd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.23 (im Erscheinen), Rn. 17), Israel (SR.21, (Fn. 97), Rn. 61), Japan (Summary record (22nd meeting), UN Dok. A/C/79/SR.22 (im Erscheinen), Rn. 12), Kamerun (Summary record (22nd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.22, (im Erscheinen), Rn. 111), Russland (Summary record (24th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.24 (im Erscheinen), Rn. 27), USA (Summary record (23rd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.23 (im Erscheinen), Rn. 3).

Zwei weitere Stellungnahmen können so verstanden werden, dass sie von dem Nichtbestehen von Immunitätsausnahmen nach geltendem Völkerrecht ausgehen: Ägypten, Stellungnahme, 3 f., <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/pdfs/statements/ilc/22mtg_egypt_1.pdf>, zuletzt besucht 13. Februar 2025; vgl. auch Summary record (22nd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.22 (im Erscheinen), Rn. 79-80; Marokko, Summary record (23rd meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.23 (im Erscheinen), Rn. 25-28.

152 Estonia (SR.24 (Fn. 151), Rn. 69: 'In principle, her delegation believed that that provision [draft article 6] reflected customary international law. However, it also believed that not every act performed in an official capacity by a State official was covered by immunity *ratione materiae*. Notably, such immunity did not apply to the most serious international crimes of concern to the international community as a whole.'); Palestine (SR.22 (Fn. 151), Rn. 65: 'As a matter of customary international law, State officials did not enjoy functional immunity for international crimes under international law.').

Einem weiteren Staat zufolge sei völkerrechtliche Immunität nicht automatisch anwendbar: Niederländische Stellungnahme im Sechsten Ausschuss (Fn. 97) Rn. 91: 'under international law as it stands, when it comes to the exercise of foreign criminal jurisdiction, functional immunity does not automatically apply to international crimes'; die niederländische schriftliche Stellungnahme zur 75. ILC-Sitzungsperiode (Fn. 96) enthielt den zusätzlichen Satz: 'There is a trend towards recognition of exceptions to immunity *ratione materiae* at international and national levels.' (auf diese Stellungnahme wurde in der niederländischen Stellungnahme im Sechsten Ausschuss 2024 hingewiesen).

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Während zwei Staaten[153] die sich verändernde Entwicklung des Völkerrechts zu Immunitätsausnahmen betonten, befürworteten sechs weitere Staaten eine Hinzufügung des Verbrechens der Aggression zu Entwurfsartikel 7 ohne sich zu dem völkergewohnheitsrechtlichen Gehalt von Letzterem zu äußern.[154]

(ii) Grundsätze der Auswertung staatlicher Stellungnahmen zur ILC-Arbeit

Bei der Auswertung staatlicher Stellungnahmen im Rechtsausschuss der Generalversammlung im Rahmen der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht kommt es maßgeblich darauf an, inwiefern eine Stellungnahme einen Ausdruck von Staatenpraxis und *opinio iuris* darstellt. Außerhalb dessen ist auch ein etwaiges (rechtspolitisches) „eindeutiges Bekenntnis" zu einer Einschränkung der Immunität[155] bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht unerheblich. Diese Maßstäbe sind auch bezüglich der Äußerung des BGH im Revisionsbeschluss, wonach sich „die ganz überwiegende Mehrzahl der europäischen und weitere Staaten deutlich entschiedener zu dem Immunitätsausschluss bekannt haben",[156] zu beachten.

Hervorzuheben ist, dass eine isolierte Betrachtung gewisser staatlicher Stellungnahmen zu den Arbeiten der ILC, etwa beschränkt auf ein bestimmtes Jahr, ein verfälschtes Bild ergeben kann. Denn aus verschiedenen Gründen[157] geben Staaten nicht jedes Jahr eine Stellungnahme im Rechtsausschuss zu jedem Projekt auf der Agenda der ILC ab. Beispielsweise reichten 39 Staaten zur 75. Sitzungsperiode der ILC (2024) eine schriftliche Stellungnahme zu den Entwurfsartikeln in der Fassung der ersten Lesung ein.[158] Es

153 Slowakei: 'the current international law does favour the tendency that immunities from foreign criminal jurisdiction are sensible to the most serious crimes under international law', s. S. 3 der abgegebenen Stellungnahme, <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/pdfs/statements/ilc/20mtg_slovakia_1.pdf>, zuletzt besucht 13. Februar 2025 (die Zusammenfassung der UN gibt die Aussage etwas verändert wieder, vgl. SR.20 (Fn. 151), Rn. 142); Sri Lanka (Summary record (25th meeting), UN Dok. A/C.6/79/SR.25 (im Erscheinen), Rn. 46: 'recognized the evolving nature of international law in relation to draft article 7').

154 Kroatien (SR.21 (Fn. 97), Rn. 116), Liechtenstein (SR.22 (Fn. 151), Rn. 95), Mexiko (SR.20 (Fn. 151), Rn. 121), Portugal (SR.21 (Fn. 97), Rn. 84), Tschechische Republik (SR.21 (Fn. 97), Rn. 103), Österreich (SR.20 (Fn. 151), Rn. 95).

155 Vgl. Ambos, 'Reform des Völkerstrafrechts' (Fn. 10), 33, Fn. 48; Kai Ambos, 'Zum Regierungsentwurf über eine Reform des Völkerstrafrechts', Völkerrechtsblog, 5. Januar 2024, doi: 10.59704/9203f7c696bf2dc2.

156 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33 [zitiert: 'vgl. Ambos, 'Reform des Völkerstrafrechts' (Fn. 10), 30, 33; Claus Kreß, FAZ vom 6. November 2023, 8; Svenja Raube, 'Das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts', Kriminalpolitische Zeitschrift 2024, 216-221 (216).

157 Beispielsweise Kapazität oder Warten auf ein späteres Arbeitsstadium. Vgl. auch Danae Azaria, '"Codification by Interpretation': The International Law Commission as an Interpreter of International Law", EJIL 31 (2020), 171-200 (191).

158 Link zu den Stellungnahmen: <https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml#govcoms>, zuletzt besucht 13. Februar 2025.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

haben sich allerdings in der Vergangenheit deutlich mehr Staaten zu Entwurfsartikel 7 im Sechsten Ausschuss geäußert. So gaben beispielsweise 20 Staaten im Jahr 2017 eine relevante Stellungnahme ab, die zur 75. Sitzungsperiode keine schriftlichen Stellungnahmen eingereicht hatten. Von diesen wurde mehr oder weniger deutlich die Position geäußert, dass die Regelung in Entwurfsartikel 7 das bestehende Völkergewohnheitsrecht widerspiegele (drei Staaten),[159] dass dies nicht der Fall sei (fünf Staaten),[160] und neun Staaten[161] äußerten eine unklare oder unsichere Haltung hinsichtlich des rechtlichen Gehalts dieser Vorschrift.

(iii) Unzureichende Würdigung im Immunitätsurteil

Der BGH hat die staatlichen Stellungnahmen nicht hinreichend gewürdigt.[162] So bezog sich der Senat lediglich auf einen Teil der Analyse der staatlichen Stellungnahmen im Sechsten Ausschuss im Jahr 2017 durch die ehemalige ILC-Sonderberichterstatterin Escobar Hernández.[163] Im Grundsatz zutreffend folgert der Senat, dass „die Mehrheit der sich äußernden Staaten eine funktionelle Immunität selbst bei Kriegsverbrechen für gegeben erachtet".[164] Daher überrascht die anschließende pauschale Feststellung, dass „dies bei näherer Betrachtung nicht allgemein der Fall" sei.[165] Zur Begründung wird lediglich „beispielhaft" die Stellungnahme von Deutschland im Sechsten Ausschuss im Jahr 2017 interpretiert. Die Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel durch den Senat erforderte aber eine möglichst umfassende Analyse der im Sechsten Ausschuss abgegebenen Stellungnahmen. Dem werden die Feststellungen des Senats in zweierlei Hinsicht nicht gerecht.

159 Italien, Slowakei, Vietnam.

160 Belarus, China, Indonesien, Sri Lanka, Thailand.

161 Chile, Cuba, El Salvador, Griechenland, Indien, Peru, Slowenien, Südafrika, Ungarn.

162 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 36 f.

163 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 36; eingehendere Analyse der Stellungnahmen: Janina Barkholdt, Julian Kulaga, 'Analytical Presentation of the Comments and Observations by States on Draft Article 7, paragraph 1, of the ILC Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, United Nations General Assembly, Sixth Committee, 2017' (May 16, 2018) KFG Research Group 'The International Rule of Law – Rise or Decline?' Working Paper Series No. 14, verfügbar unter SSRN: Barkholdt, Janina and Kulaga, Julian, Analytical Presentation of the Comments and Observations by States on Draft Article 7, Paragraph 1, of the ILC Draft Articles on Immunity of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction, United Nations General Assembly, Sixth Committee, 2017 (May 2018). KFG Working Paper Series No. 14, Berlin Potsdam Research Group 'The International Rule of Law – Rise or Decline?', verfügbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3172104> oder <http://dx. doi.org/10.2139/ssrn.3172104>.

164 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 37.

165 So auch Strewe (Fn. 56), 505.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Erstens ist die Analyse des Senats beschränkt auf die Stellungnahmen im Jahr 2017 und nimmt keine Gesamtbetrachtung der Stellungnahmen im Laufe der Zeit, insbesondere in den letzten Jahren, vor. Das isolierte Herausgreifen einzelner Stellungnahmen kann das Gesamtbild der Stellungnahmen im Laufe der Jahre verfälschen. Die Bedeutung einer solchen Gesamtbetrachtung der Stellungnahmen eines Staates wird beispielsweise mit Bezug auf die Position der deutschen Bundesregierung durch den Senat illustriert. Deren selektive Darstellung durch den BGH wurde zu Recht kritisiert.[166] So steht auch die entsprechende Schlussfolgerung des Senats[167] im Kontrast zur schriftlichen Stellungnahme der deutschen Bundesregierung an die Völkerrechtskommission aus dem November 2023. Diese stellte im Hinblick auf Entwurfsartikel 7 klar:

> „Germany is therefore of the view that one might speak of a norm of customary international law ‚in status nascendi'. Germany discerns a trend towards the acceptance of exceptions from immunity *ratione materiae* when it comes to the most serious crimes under international law."[168]

Von einem derartigen „Trend" auszugehen bedeutet gerade nicht die Annahme des völkergewohnheitsrechtlichen Status der entsprechenden Regelung.[169] Dieses Verständnis der Stellungnahme erkannte der BGH denn auch in seinem Revisionsbeschluss dem Grunde nach an,[170] nachdem er im Haftfortdauerbeschluss nicht auf sie eingegangen war.

---

166 Strewe (Fn. 56), 504 f. U. a. ist die Einordnung der Zitate des Bundespräsidenten und des Außenministers, die nicht ausdrücklich auf Immunität eingehen, als Nachweise von einer weit verstandenen *opinio iuris* nicht überzeugend. Hierfür müsste hinreichend bestimmt zum Ausdruck kommen, dass ein Staat eine Praxis aus einem Gefühl des Rechts oder der Verpflichtung heraus durchführt. Selbst wenn man aus den Reden die implizite Aussage herauslesen wollte, dass Deutschland nach dem Völkerrecht zur Ausübung des Weltrechtsprinzips in den genannten Strafverfahren berechtigt war, beträfe das nicht die von der Frage der Gerichtsbarkeit zu trennende Frage (s. o. III. 2. c) (iii)) der Immunität. Einen spezielleren Nachweis hätte beispielsweise die Stellungnahme der Bundesregierung zum ILC-Bericht im Jahr 2019 dargestellt (<https://www.un.org/en/ga/sixth/74/pdfs/statements/ilc/germany2.pdf>, z. B. S. 4, zuletzt besucht 13. Februar 2025).

167 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 37 ('Angesichts solcher Vorbehalte kann aus der Ablehnung des Entwurfs nicht der Schluss gezogen werden, aus Sicht Deutschlands sei keine der in ihm enthaltenen Regelungen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, zumal bereits die im Vorjahr abgegebene Stellungnahme Ausnahmen von der Immunität in festumrissenen Fällen befürwortete.').

168 Deutsche Stellungnahme, 11/2023, <https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_germany.pdf>, zuletzt besucht 13. Februar 2025.

169 Das Den Haager Gericht *Rechtbank* (29. Januar 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:667 Rn. 4.43) lehnte aus diesem Grund die völkergewohnheitsrechtliche Natur der Regelung in ILC-Entwurfsartikel 7(1) zu Immunitätsausnahmen ab.

170 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33 ('Der Text bringt zum Ausdruck, eine solche Immunitätsbegrenzung sei allenfalls im Entstehen begriffenes Völkergewohnheitsrecht ('customary international law "in statu […] nasciendi"') beziehungsweise es sei ein auf deren Akzeptanz hindeutender Trend erkennbar'); vgl. u. IV. 2. b).

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Zweitens ist die Analyse einzelner staatlicher Stellungnahmen durch den Senat beschränkt auf die Position der deutschen Bundesregierung, während die Stellungnahmen anderer Staaten nicht genauer untersucht werden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Position der deutschen Bundesregierung lediglich im Hinblick auf die Frage der verfassungsrechtlichen Vorlagepflicht eine etwaige besondere Bedeutung erlangen kann, nicht jedoch bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht im Vergleich zu den Positionen der Regierungen anderer Staaten.[171] Eine insofern missverständliche Aussage des Senatspräsidenten in der mündlichen Begründung des Immunitätsurteils[172] wurde nicht in die schriftliche Urteilsbegründung übernommen.

f) Unzureichende Auseinandersetzung mit den ILC-Arbeiten

Ferner sind die Auseinandersetzungen mit den einschlägigen Arbeiten der ILC im Immunitäts-Urteil unzureichend. Zum einen hat der Senat deren möglichen Wirkungen irreführend dargestellt. Arbeitsergebnisse der ILC können als Hilfsmittel zur Feststellung von völkerrechtlichen Rechtsnormen dienen. Dabei kann der Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel durch die ILC im Einklang mit der Rechtsprechung des IGH und des BVerfG ein besonderes Gewicht zukommen.[173] Die ILC-Arbeiten als solche können aber nicht eine Regel des Völkergewohnheitsrechts ändern, wie der Senat suggeriert.[174] Vielmehr bedarf es dafür einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b) des IGH-Statuts.

Aus diesem Grund ist auch die Feststellung des Senats irreführend, wonach sich aus den ILC-Arbeiten „gegenwärtig zumindest eine funktionelle Immunität auch bei Kriegsverbrechen gewährende völkerrechtliche Regel nicht herleiten“ ließe.[175] Denn im Rahmen der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht ist nicht maßgeblich, dass eine Vorschrift durch die ILC angenommen wurde, sondern inwieweit eine derartige Vorschrift geltendes

171 Vgl. z. B. *Rechtbank* (Fn. 169), Rn. 4.48.

172 Der Senats-Präsident führte bezüglich der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht anhand staatlicher Stellungnahmen zur ILC-Arbeit aus: ‘Von besonderer Bedeutung für die deutsche Justiz ist dabei naturgemäß die in diesem Zusammenhang zu Tage getretene Haltung Deutschlands, die an dem einen oder anderen Punkt vertiefter Betrachtung bedarf.’ <https://www.youtube.com/watch?v=cjp38aSF104>, (Min. 24:29), zuletzt besucht 13. Februar 2025.

173 ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 142, Fn. 739 m. w. N.; vgl. BVerfGE 117, 141, 161.

174 Zu Letzterem BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 35 (die ILC-Arbeiten ‘ändern daher nicht die durch einheitliche Übung und Überzeugung belegte allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts’).

175 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 35.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Völkergewohnheitsrecht reflektiert. Aus Entwurfsartikel 5,[176] der inhaltlich bei Erlass des Urteils bereits vorübergehend beschlossen war,[177] ergibt sich die Grundregel, dass Staatsbedienstete in Bezug auf Handeln in offizieller Funktion funktionelle Immunität von strafrechtlicher Verfolgung im Ausland genießen.[178] Dass diese Grundregel weitgehend unumstritten ist belegen die Stellungnahmen von Staaten, die zur Sitzungsperiode der ILC im Jahr 2024 in Bezug auf den Text der ersten Lesung abgegeben wurden. Von 16 in Bezug auf Entwurfsartikel 5 eingegangenen Stellungnahmen äußerte kein Staat Zweifel an dem Regelungsgehalt der Vorschrift und mehrere Staaten bestätigten seinen völkergewohnheitsrechtlichen Charakter.[179] Aus der Debatte im Sechsten Ausschuss im Jahr 2024 ergab sich ein vergleichbares Bild.[180] Hingegen ist der völkergewohnheitsrechtliche Charakter der in Entwurfsartikel 7 vorgesehenen Ausnahmen funktioneller Immunität innerhalb der internationalen Staatengemeinschaft weiterhin hoch umstritten.[181]

Im Ergebnis stützt der Senat die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel in seinem Immunitätsurteil auf keine hinreichenden Feststellungen von Staatenpraxis und *opinio iuris* und genügt somit nicht den völkerrechtlichen Anforderungen an die Methode zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht.

3. Methodische Defizite im Beschluss vom 21. Februar 2024

Die Maßstäbe zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht sind auch an den Haftfortdauerbeschluss anzulegen, da er eine gegenüber dem Immunitätsurteil eigenständige Feststellung einer solchen Regel enthält. So bezog sich die ausdrückliche Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme im Immunitätsurteil nur auf bestimmte Kriegsverbrechen,

176 i. S. d. Entwurfsartikels 5 [6] in der vorläufigen Fassung der zweiten Lesung, vgl. o. (Fn. 142) und ILC, A/CN.4/L.1001 (23.7.2024). Dieser stellt eine inhaltlich im wesentlichen unveränderte Zusammenführung der Entwurfsartikel 5 und 6 in der Fassung der ersten Lesung dar, vgl. ILC, Report of the Chairperson of the Drafting Committee, 30. Juli 2024, 12-15 <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2024_dc_chair_statement_iso.pdf&lang=E>, zuletzt besucht 13. Februar 2025.

177 Die vorübergehende Annahme der Entwurfsartikel 5 und 6 a. F. durch die ILC erfolgte in den Jahren 2014 und 2016, vgl. ILC Report 2014, A/69/10, Kapitel IX, Rn. 129 und ILC Report 2016, A/71/10, Kapitel XI, Rn. 194.

178 Vgl. ILC, A/CN.4/L.1001 (23.7.2024).

179 Vgl. ILC, First Report (Fn. 142), Rn. 129.

180 Drei Staaten bestätigten den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter von Entwurfsartikel 5 n. F., während kein Staat die gegenteilige Auffassung vertrat: Brasilien (SR.20 (Fn. 151), Rn. 68), Slowakei (SR.20 (Fn. 151), Rn. 138), Tschechische Republik (SR.21 (Fn. 97), Rn. 102).

181 S. o. III. 2. e) (i).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

während sie im Haftfortdauerbeschluss auf alle „völkerrechtlichen Verbrechen" ausgeweitet wurde.[182]

Zu einem anderen Ergebnis könnte man gelangen, wenn man die Übertragbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Feststellung im Immunitätsurteil auf weitere völkerrechtliche Verbrechen bejahte,[183] da sich die zur Begründung dieser Feststellung herangezogenen Nachweise teilweise auf weitere völkerrechtliche Verbrechen beziehen. Letzteres ist für sich genommen im Hinblick auf die Methode zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht problematisch.[184] Zudem sprechen für die Begrenzung der Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme im Urteil vom 28. Januar 2021 dessen Wortlaut,[185] der begrenzte Tatvorwurf[186] und die im Immunitätsurteil ausgeübte gerichtliche Zurückhaltung.[187] Dieses Verständnis wird auch durch den Wortlaut der drei nachfolgenden BGH-Entscheidungen unterstützt, deren jeweilige Zitate des Immunitätsurteils ausdrücklich auf dessen auf Kriegsverbrechen eingeschränkten Anwendungsbereich hinweisen.[188]

Auf dieser Grundlage wurde der BGH im Haftfortdauerbeschluss den Maßstäben zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht nicht gerecht. Denn der 3. Strafsenat hat es versäumt, hinreichende Nachweise für die von ihm festgestellte völkergewohnheitsrechtliche Regel zu erbringen, wonach eine Ausnahme von funktioneller Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei völkerrechtlichen Verbrechen insgesamt besteht. Vielmehr beschränken sich die genannten Quellen (neben dem Verweis auf das Immunitätsurteil) auf drei Gerichtsentscheidungen, darunter zwei Entscheidungen internationaler Straftribunale, sowie fast ausschließlich deutschsprachige Literaturbeiträge.[189]

---

182 S. o. II. 1.; II. 2.

183 Jeßberger und Epik (Fn. 13); Claus Kreß, 'Kriegsverbrechen durch Hoheitsträger – Grenzen völkerrechtlicher Immunität', NJW 74 (2021), 1326-1335 (1335); vgl. Florian Schmid, 'Untersuchungshaft: Dringender Tatverdacht auf Völkerstraftaten in Damaskus/Syrien', jurisPR-StrafR, 10/2024 Anm. 1, 27. Mai 2024.

184 S. o. III. 2. b).

185 Vgl. z. B. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 11, 13, 16, 50.

186 Jeßberger und Epik (Fn. 13); vgl. Kai Ambos, 'Verfahrenshindernis funktioneller Immunität bei Kriegsverbrechen; Folter', StV 41 (2021), 549-558 (557 f.).

187 Zu Letzterem vgl. Claus Kreß, 'Germany and International Criminal Law: Some Additional Reflections in Light of Another Set of Current Developments', EJIL:Talk!, 12. März 2024; Kreß, 'On Functional Immunity' (Fn. 63).

188 BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53 ('in Bezug auf Kriegsverbrechen gegen Personen durch nachrangige Hoheitsträger'); BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32 ('für Kriegsverbrechen'); BGH, *Haftbeschwerdebeschluss* (Fn. 26), Rn. 23 ('zu Kriegsverbrechen').

189 BGH, *Haftfortdauerbeschluss* (Fn. 7), Rn. 53.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

a) Defizitäre Feststellung von allgemeiner Praxis und *opinio iuris*

Die knappen Ausführungen des Senats zum Völkergewohnheitsrecht stellen keine hinreichende Feststellung von allgemeiner Praxis und *opinio iuris* dar. Der Senat unterscheidet bei seiner Feststellung schon nicht zwischen den beiden konstitutiven Bestandteilen des Völkergewohnheitsrechts. Aus den vom IGH als besonders wichtig eingestuften Formen der Nachweise[190] hat der Senat lediglich das *Eichmann*-Urteil des israelischen Supreme Court als Nachweis genannt.

Es ist jedoch fraglich, inwieweit die sowohl im Immunitätsurteil[191] als auch im Haftfortdauerbeschluss zitierte Passage[192] aus dem *Eichmann*-Urteil als Nachweis oder Hilfsmittel zur Feststellung der völkergewohnheitsrechtlichen Regel dienen kann. Der Senat wies in seinem Immunitätsurteil zu Recht darauf hin, dass der Oberste Gerichtshof von Israel nicht explizit die Immunität ausländischer Hoheitsträger, sondern die „act of state doctrine" erörtert hat.[193] Aus diesem Grund wird diese Entscheidung nach einer Literaturansicht nicht als Nachweis von Praxis und *opinio iuris* bezüglich funktioneller Immunität angesehen.[194] Es wurde in der Literatur aber auch darauf hingewiesen, dass der Begriff „act of state doctrine" in der Praxis mit unterschiedlichen Bedeutungen verwandt wurde.[195] Das Bundesverfassungsgericht unterschied zwischen den beiden Rechtsfiguren der funktionellen Immunität und der „act of state doctrine" in seiner Rechtsprechung, die im Immunitätsurteil des BGH zitiert wurde.[196] So lehnte das Bundesverfassungsgericht eine funktionelle Immunität der ehemaligen Inhaber hoher Regierungsämter und Mitglieder eines Verfassungsorgans der DDR ab, da „eine Immunität die Existenz des Staates, dem der Betreffende angehört, nicht überdauert". Zu der ebenfalls, in Anlehnung an anglo-amerikanische Rechtsvorstellungen gerügten „act of state doctrine" stellte das Bundesverfassungsgericht dabei fest, dass sie „nicht als allgemeine Regel des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG angesehen werden" kann, „da sie jedenfalls außerhalb des anglo-amerikanischen Rechtskreises nicht anerkannt ist".[197]

Der 3. Strafsenat stützte die Feststellung, dass die Immunitätsausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen „zum zweifelsfreien Bestand des Völkerge-

190 S. Fn. 48.

191 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27.

192 Israel Supreme Court, 29.5.1962 [*Eichmann*], International Law Reports 36 [1968], 277, 308 ff.

193 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27.

194 Wuerth (Fn. 62), Fn. 167.

195 Vgl. Kreicker (Fn. 7), 298-307.

196 Zu Letzterem BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 27.

197 BVerfG, NJW 50 (1997), 929-933 (929 f., m. w. N).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wohnheitsrechts" gehöre, außerdem auf zwei Urteile internationaler Straftribunale. Als Entscheidungen internationaler Tribunale kommen sie nicht selbst als Nachweise, sondern als Hilfsmittel zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht in Betracht,[198] deren Bedeutung maßgeblich von der in ihnen enthaltenen Prüfung von Nachweisen abhängt.[199] Die beiden zitierten Passagen des *Blaškić*-Urteils der Appeals Chamber des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (IStGHJ)[200] und des *IMT*-Urteils vom 1. Oktober 1946[201] weisen jedoch keine Nachweise von Staatenpraxis oder *opinio iuris* auf, welche die vom Senat angenommene völkergewohnheitsrechtliche Regel stützen würden. Das Bundesverfassungsgericht betonte mit Bezug auf ausländische Gerichtsentscheidungen, dass sie „keine allgemeine Regel des Völkerrechts statuieren" können, wenn sie sich nicht „auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten" stützen.[202] Die genannte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Senat in dem Immunitätsurteil gesehen,[203] aber weder dort, noch in dem Haftfortdauerbeschluss konsequent beherzigt. Darüber hinaus wird vertreten, dass der IStGHJ in seiner späteren Rechtsprechung seine Feststellungen von Ausnahmen funktioneller Immunität auf internationale Gerichtsbarkeit beschränkt und im Hinblick auf innerstaatliche Gerichtsbarkeit explizit offengelassen hat.[204]

b) Unterlassene Analyse staatlicher Stellungnahmen zu den ILC-Arbeiten

Indem die seit dem Immunitätsurteil vorgenommenen ILC-Arbeiten und insbesondere die hierauf bezogenen staatlichen Stellungnahmen in dem Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024 keine Erwähnung finden, wurden einschlägige Nachweise von besonderem Gewicht nicht in die Analyse zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht einbezogen.

198 Fn. 53.

199 Fn. 54.

200 IStGHJ [Appeals Chamber], *Blaškić v. Prosecutor*, Urteil v. 29. Oktober 1997 – IT-95-14-AR 108, Rn. 41.

201 IMT, 1.10.1946, <www.legal-tools.org/doc/45f18e>, 56 zuletzt abgerufen 13. Februar 2025.

202 BVerfG, NJW 73 (2020), 3647-3649 (Rn. 30).

203 Sie wird stattdessen i. R. d. Vorlagepflicht herangezogen, BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 59; s. IV. 2. a).

204 *Rechtbank* (Fn. 169), Rn. 4.34 m. w. N.; vgl. Fifth Report, ILC Special Rapporteur Escobar Hernández, Rn. 99 m. w. N. Eine andere Ansicht sieht das *Blaškić*-Urteil des IStGHJ als Argument für eine völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen an, vgl. z. B. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2601, 2606, 2622.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In dem darauffolgenden Revisionsbeschluss vom 20. März 2024 ging der Senat zwar auf die Stellungnahme der Bundesregierung aus dem November 2023 zum Arbeitsergebnis der ersten Lesung der ILC ein und nannte indirekt entsprechende Stellungnahmen anderer Staaten. Der Senat setzt sich mit diesen allerdings nicht hinreichend und nicht zum Zwecke der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht auseinander.[205] Vielmehr dienen die Ausführungen im Wesentlichen der Verneinung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG.[206]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine methodisch stringente Herangehensweise zu einem weniger klaren Ergebnis hinsichtlich des einschlägigen Völkergewohnheitsrechts führt als in den beiden Entscheidungen des 3. Strafsenats angenommen. Vielmehr hätte der Senat ernstzunehmende Zweifel an den von ihm festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln annehmen müssen.

IV. Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG

Der 3. Strafsenat des BGH hat in dem Immunitätsurteil, dem Haftfortdauerbeschluss und dem Revisionsbeschluss gegen seine verfassungsrechtliche Vorlagepflicht an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG verstoßen.[207] Dieser Abschnitt geht nicht durchgängig spezifisch auf den Haftfortdauerbeschluss und den Revisionsbeschluss ein. Während im Haftfortdauerbeschluss die Vorlagepflicht nicht thematisiert wurde, äußerte sich der Senat im Revisionsbeschluss zwar zur Vorlagepflicht, beschränkte seine Ausführungen jedoch auf eine Auseinandersetzung mit einer Stellungnahme der Bundesregierung aus dem November 2023.[208] Die entsprechenden Erwägungen zum Verstoß gegen die Vorlagepflicht im Immunitätsurteil sind der Sache nach auf den Haftfortdauerbeschluss und den Revisionsbeschluss übertragbar.

1. Maßstab der Vorlagepflicht

Nach Art. 100 Abs. 2 GG hat ein Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn in einem Rechtsstreite „zweifelhaft"

205 S. o. bei Fn. 156.

206 Vgl. BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33. S. u. IV. 2. b).

207 So auch bezüglich des Urteils vom 28.1.2021, Rensmann (Fn. 56), 528-537 und Strewe (Fn. 56), 507 f.

208 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33; s. u. IV. 2. b).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ist, „ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25)". Die Vorlagepflicht kann sich auch auf den Regelungsgehalt oder Anwendungsbereich einer allgemeinen Regel des Völkerrechts beziehen.[209] Nicht nur bei verfahrensabschließenden Entscheidungen, sondern auch bei prozessualen Maßnahmen wie Beweisbeschlüssen[210] ist eine Vorlage grundsätzlich zulässig.[211] Die Gefahr einer von der Entscheidung ausgehenden Völkerrechtsverletzung[212] ist angesichts der Inhaftierung eines (ehemaligen) ausländischen Staatsbediensteten, der potenziell aufgrund von funktioneller Immunität von der Strafverfolgung in Deutschland befreit ist, unzweifelhaft gegeben.[213]

In seinem Immunitätsurteil ging der 3. Strafsenat im Grundsatz von zutreffenden Maßstäben der Vorlagepflicht aus, wie sie aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgen.[214] Danach besteht diese, „wenn das erkennende Gericht bei der Prüfung der Frage, ob und mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, auf ernstzunehmende Zweifel stößt, mag das Gericht selbst auch keine Zweifel haben. Nicht das erkennende Gericht, sondern nur das Bundesverfassungsgericht hat die Befugnis, vorhandene Zweifel selbst aufzuklären."[215] Ernstzunehmende Zweifel liegen vor, wenn „weder auszuschließen noch offenkundig" oder nicht eindeutig ist, ob und mit welcher Tragweite eine entsprechende allgemeine Regel des Völkerrechts gilt.[216] Dabei stellen „Meinungsverschiedenheiten" Anzeichen mangelnder Eindeutigkeit dar.[217] Ernstzunehmende Zweifel sind insbesondere in folgenden Fallgruppen anzunehmen: Wenn das Gericht von der Meinung eines Verfassungsorgans, von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autorinnen und Autoren der Völkerrechtswissenschaft abwiche. Sie sind auch zu bejahen, wenn es keine einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu den vorgelegten

209 Hans-Georg Dederer, 'Art. 100 GG' in: Günter Dürig, Roman Herzog und Rupert Scholz (Hrsg.), *GG* (105. EL August 2024, C. H. Beck), Rn. 300.

210 Vgl. BVerfGE 46, 342 (360); vgl. auch BVerfGE 64, 1 (14).

211 Dederer (Fn. 209), Rn. 314.

212 Vgl. BVerfGE 46, 342 (360).

213 Maßgeblich für eine Immunitätsverletzung ist ein zwingender, rechtliche Verpflichtungen auferlegender Akt der Staatsgewalt, vgl. IGH, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (*Djibouti v. Frankreich),* Urteil v. 4. Juni 2008, ICJ Reports 2008, 177, Rn. 170 f.; Walther (Fn. 136), 16 f.

214 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 54 f. m. w. N.

215 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 54.

216 Vgl. BVerfGE 64, 1, juris Rn. 58.

217 BVerfG, BVerfGE 64, 1, Rn. 55 f.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Fragen gibt und die Judikatur internationaler Gerichte dazu nicht in entscheidender Weise Stellung nimmt.[218]

2. Vorliegen objektiv ernstzunehmender Zweifel

Anhand dieser Maßstäbe lagen objektiv ernstzunehmende Zweifel an dem Bestehen der vom Senat festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln von Ausnahmen funktioneller Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei völkerrechtlichen Verbrechen vor.[219] Dies ergibt sich bereits aus dem Vorstehenden.[220] Darüber hinaus sind mehrere der Fallgruppen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegeben, die jeweils für sich genommen das Vorliegen objektiv ernstzunehmender Zweifel indizieren, wie im Folgenden dargelegt wird. Das Vorliegen solcher Zweifel wird durch Anhaltspunkte in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR unterstrichen.[221]

a) Abweichung von völkerrechtswissenschaftlicher Literatur

Der Senat ist mit seiner Annahme von Ausnahmen funktioneller Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei völkerrechtlichen Verbrechen von den Lehren anerkannter Autorinnen und Autoren der Völkerrechtswissenschaft abgewichen.

Zur Unterstützung der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme zitiert der Haftfortdauerbeschluss Literaturbeiträge von insgesamt zehn Autoren, die bis auf eine Ausnahme ihren Hintergrund in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft und -praxis haben. Zwei der zitierten Beiträge[222] stammen von einem Mitunterzeichner des Beschlusses. Dies stellt keinen

218 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 54 f. m. w. N.

219 So auch bezüglich des Immunitätsurteils Rensmann (Fn. 56), 530 und Strewe (Fn. 56), 508.

220 S. o. III.

221 S. u. IV. 2. d).

222 Helmut Kreicker, 'Völkerrechtliche Immunitäten und die Ahndung von Menschenrechtsverletzungen: Tendenzen einer Schwächung des nationalen Strafrechts', JR 2015, 298-305 (299 ff.); Kreicker (Fn. 7), 175 ff. In Letzterem wurde zur Bedeutung der Vorlagepflicht und zu ihrer mitunter unzureichenden Befolgung in der Rechtspraxis ausgeführt (S. 1307): 'Bedenkt man, daß die Reichweite der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitäten keinesfalls als vollständig geklärt angesehen werden kann, dürfte in den meisten Fällen, in denen die Frage des Vorliegens einer völkergewohnheitsrechtlichen Exemtion im Raum steht, eine Vorlage an das BVerfG geboten sein. In der Rechtspraxis der Strafgerichte ist diese Vorlagepflicht allerdings nicht immer beachtet worden. Generell sind die Gerichte überaus zurückhaltend, wenn es um Vorlagen an das BVerfG nach Art. 100 GG geht.'

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

repräsentativen Ausschnitt der völkerrechtlichen Literatur dar, in welcher die Frage der Immunitätsausnahmen kontrovers diskutiert wird. So gibt es zahlreiche Literaturmeinungen in der internationalen[223] und deutschsprachigen[224] Literatur, welche die völkergewohnheitsrechtliche Basis von Entwurfsartikel 7 ganz oder teilweise in Frage stellen.[225] Auch die einschlägige Arbeit der ILC und ihrer Mitglieder, einschließlich der Äußerungen im Rahmen der Abstimmung zur vorläufigen Annahme von Entwurfsartikel 7,[226] ist in diese Analyse einzustellen. Der Senat nannte in seinem Immunitätsurteil sechs weitere völkerrechtswissenschaftliche Beiträge, die „Bedenken" hinsichtlich der Ausnahme von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbre-

223 Z. B. Wood, 'Draft Articles' (Fn. 141); Wood, 'Lessons' (Fn. 134); Qinmin Shen, 'Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction', AJIL 112 (2018), 9-15; Mathias Forteau, 'Immunities and International Crimes Before the ILC: Looking for Innovative Solutions', AJIL 112 (2018), 22-26; vgl. 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 112 (2018), 27-32; Roger O'Keefe, 'An "International Crime" Exception to the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: not Currently, not Likely', AJIL Unbound 109 (2015), 167-172; vgl. Strewe (Fn. 56).

224 Immunitätsausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen ablehnend: z. B. Christian Appelbaum, *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen* (Duncker & Humblot 2007); die Kontroverse bzgl. völkergewohnheitsrechtlicher Immunitätsausnahmen bei völkerrechtlichen Verbrechen erläuternd und i. E. offenlassend: Volker Epping, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (8. Aufl., C. H. Beck 2024), Rn. 289-296; Julia Gebhard, 'Die strafrechtliche Immunität von Amtsträgern', in: Hans-Heiner Kühne, Robert Esser und Marc Gerding (Hrsg.), *Völkerstrafrecht* (Julius Jonscher Verlag 2007), 175-195; Rudolf Geiger, *Staatsrecht III: Bezüge des Grundgesetzes zum Völker- und Europarecht* (7. Aufl., C. H. Beck 2018), 306 f.; Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, (22. Aufl., C. H. Beck 2023), § 37, Rn. 7; Alexander Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht* (9. Aufl., DeGruyter 2024), 230-232, Rn. 54-57; Bernhard Kempen, Christian Hillgruber und Christoph Grabenwarter, *Völkerrecht*, (3. Aufl., Vahlen 2021), § 32, Rn. 32 f.; Tina Swantje Roeder, 'Grundzüge der Staatenimmunität', JuS 2005, 215-219; Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht* (Springer 2011), § 5, Rn. 61; Kirsten Schmalenbach, 'Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen', ZÖR 61 (2006), 397-432; Theodor Schweisfurth, *Völkerrecht* (Mohr Siebeck 2006), 112-116; Torsten Stein, Christian von Buttlar und Markus Kotzur, *Völkerrecht* (15. Aufl., Vahlen 2024), § 42, Rn. 13-15; Wolfgang Weiß, 'Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität', JZ 57 (2002), 696-704 (774); vgl. Markus Krajewski, *Völkerrecht* (3. Aufl., Nomos 2023), 178, Rn. 33 f.; Rensmann (Fn. 56), 513.

225 Es gibt auch nicht-deutschsprachige Literatur, welche die Annahme einer Ausnahme von funktioneller Immunität für völkerrechtliche Verbrechen stützt, die aber nicht vom BGH zitiert wurde, z. B. Tladi (Fn. 36); Ascensio und Bonafé (Fn. 36); Akande und Shah (Fn. 36); Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2601 f., Fn. 82 m. w. N. Rensmann (Fn. 56), 536 f. führt aus zu der Immunitätsausnahmen bejahenden Literatur im Verhältnis zu dem traditionell-positivistischen Ansatz des BGH.

226 Vgl. z. B . Erklärungen von ILC-Mitgliedern zu ihrem Abstimmungsverhalten bei der ILC-Sitzung 2017, s. <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3378.pdf>, zuletzt besucht 13. Februar 2025.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

chen äußerten.[227] Die Gesamtschau dieser Literaturansichten zeigt, dass es sich bei ihnen nicht um „vereinzelte Stimmen im völkerrechtlichen Schrifttum",[228] bzw. „einzelne […] in der Völkerrechtswissenschaft geäußerte […] abweichende […] Ansichten" handelt, ungeachtet derer „keine durch das Bundesverfassungsgericht zu klärenden Zweifel" bestünden,[229] wie der Senat in seinem Immunitätsurteil meint.[230]

Der Verweis des Senats auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Mai 2020[231] „zur Unbeachtlichkeit" der abweichenden Literaturansichten[232] ist nicht überzeugend. Die entsprechende Feststellung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der dort genannten Gegenansichten in der Literatur, wonach diese „nicht auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten" gestützt seien, bezog sich auf die Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel. Die Zuständigkeit für die Verifikation derartiger Normen ist aber gerade beim Bundesverfassungsgericht konzentriert.[233] Dieser aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hervorgehende Maßstab kann nicht gleichsam für das Bestehen ernsthafter Zweifel anhand von Literaturansichten als *Voraussetzung* der Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gelten. Jedenfalls greift die pauschale Einschätzung des Senats, wonach die von seiner Ansicht abweichenden Literaturstimmen „nicht auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten oder entsprechende Praxis" gestützt seien,[234] zu kurz.

b) Abweichung von der Meinung eines Verfassungsorgans

Ernstzunehmende Zweifel an der vom 3. Strafsenat angenommenen völkergewohnheitsrechtlichen Regel bestanden auch, weil er insofern von der Meinung eines Verfassungsorgans, namentlich der Bundesregierung, ab-

227 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 38 [zitiert: s. beispielsweise Fox und Webb, (Fn. 122), 570 ff.; Harmen van der Wilt, 'Immunities and the International Criminal Court', in: Tom Ruys, Nicolas Angelet und Luca Ferro, *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press 2019), 595-613 (605); Wuerth (Fn. 62), 731; Huikang Huang, 'On Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction', Chinese Journal of International Law 13 (2014), 1-11; Sean Murphy, 'Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?', AJIL Unbound 112 (2018), 4-8; vgl. auch van Alebeek, 'Functional Immunity' (Fn. 58), 517 f.; d'Argent und Lesaffre (Fn. 122), 614)'].

228 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 56.

229 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 59.

230 Vgl. Rensmann (Fn. 56), 536 f.

231 BVerfG, NJW 73 (2020), 3647-3649, (Rn. 30).

232 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 59.

233 Dederer (Fn. 209), Rn. 270.

234 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 38.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wich.[235] Diese Abweichung erkannte der Senat im Revisionsbeschluss mit Bezug auf die Stellungnahme der Bundesregierung aus dem November 2023 auch dem Grunde nach an.[236] Daher überrascht die Schlussfolgerung des Senats, dass diese Stellungnahme „keinen Anlass [gibt], eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen (Art. 100 Abs. 2 GG)".

Die diesbezügliche Argumentation des Senats bleibt vage. Im Wesentlichen nimmt der Senat Bezug auf die Aussage in der Stellungnahme der Bundesregierung, wonach sein Immunitätsurteil von „erheblicher Tragweite" für die Position der Bundesregierung mit Bezug auf die Frage von Immunitätsausnahmen bei völkerrechtlichen Verbrechen sei.[237] Hinsichtlich dieser Aussage ist aber zu beachten, dass die Bundesregierung in der Stellungnahme, wie auch der Senat in seinem Revisionsbeschluss,[238] wohl davon ausging, dass sich die Feststellung einer Ausnahme funktioneller Immunität in dem Immunitätsurteil nur auf (bestimmte) Kriegsverbrechen bezieht.[239] Ein breiteres Verständnis der Aussage, wie es der Senat suggeriert, erscheint in der Gesamtschau der Stellungnahme nicht widerspruchsfrei. Somit wich der Senat jedenfalls durch die Feststellung von über das Immunitätsurteil hinausgehenden Ausnahmen von funktioneller Immunität in dem Haftfortdauerbeschluss und dem Revisionsbeschluss von der Rechtsauffassung der Bundesregierung ab, wie sie in der Stellungnahme aus dem November 2023 zum Ausdruck kam.

Diese Rechtsauffassung der Bundesregierung bleibt auch angesichts ihrer beiden nachfolgenden Stellungnahmen aus dem Oktober und November 2024 bestehen. In diesen erfolgte im Wesentlichen ein „Update" zu den oben genannten[240] Entwicklungen in der Rechtslage in Deutschland.[241] In den Stellungnahmen wurde geschlussfolgert, dass die hieraus hervorgehenden Ausnahmen von funktioneller Immunität klar im deutschen Recht anerkannt sind.[242] Zum geltenden Völker(gewohnheits)recht bezüglich Immunitätsausnahmen wurde hingegen keine Aussage getroffen.

---

235 Vgl. o. III. 2. e) (iii).

236 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33 (Fn. 170).

237 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 33. Vgl. deutsche Stellungnahme (Fn. 168), Rn. 9 ('The judgment by the Federal Court of Justice […] has a significant bearing also on the German government's position on the present topic.').

238 BGH, *Revisionsbeschluss* (Fn. 19), Rn. 32.

239 Vgl. Deutsche Stellungnahme (Fn. 168), Rn. 8.

240 S. II.

241 Vgl. Deutsche Stellungnahme vom 21. Oktober 2024, <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/pdfs/statements/ilc/21mtg_ germany_1.pdf>, 3, zuletzt abgerufen 13. Februar 2025 und aus dem November 2024 <https://legal.un.org/ilc/sessions/76/pdfs/english/iso_germany.pdf>, Rn. 4, zuletzt abgerufen 13. Februar 2025.

242 Deutsche Stellungnahme (Fn. 241): 'German law therefore clearly recognizes the existence of exceptions to the principle of functional immunity.' (S. 4 der Stellungnahme vom 21. Oktober 2024; Rn. 8 der Stellungnahme aus dem November 2024).

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

c) Keine einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Senat stellte in dem Urteil zutreffend fest, dass das Bundesverfassungsgericht zur funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter in Strafverfahren noch keine Entscheidung getroffen hat.[243] Es erscheint daher widersprüchlich, dass sich der Senat bei der Verneinung der Vorlagepflicht maßgeblich auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. August 2020[244] beruft.[245] Laut dem Senat habe das Bundesverfassungsgericht in diesem Beschluss, der zwar nicht die hier maßgebliche Rechtsfrage, aber einen „vergleichbaren Sachverhalt" betroffen habe, die einschlägige Gerichtszuständigkeit nach dem Weltrechtsprinzip genannt, ohne sich mit der „Problematik der Immunität" auseinanderzusetzen.[246] Es bestand in diesem Eilrechtsschutzverfahren aber auch kein Anlass für das Bundesverfassungsgericht, sich zur Frage der funktionellen Immunität ausländischer Staatsbediensteter zu äußern. Denn es betraf die Klärung einer Frage der Medienöffentlichkeit als Ausfluss des Rechts auf gleichberechtigte reelle Teilhabe an den Berichterstattungsmöglichkeiten zu gerichtlichen Verfahren (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Im Rahmen dieser Prüfung wurde die Art der Gerichtszuständigkeit lediglich als Argument zur Begründung einer erhöhten öffentlichen Aufmerksamkeit im Ausland an einem inländischen Strafverfahren genannt, nicht jedoch dem Grunde nach geprüft. Schließlich ist an das *Arrest Warrant*-Urteil des IGH zu erinnern, wonach die Rechtsfragen der Gerichtsbarkeit und der staatlichen Immunität zu trennen sind.[247]

d) Keine eindeutige Rechtsprechung internationaler Gerichte

Auch die Judikatur internationaler Gerichte nimmt nicht in entscheidender Weise zur Frage der Ausnahmen von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen Stellung. Der IGH hat in dem *Arrest Warrant*-Urteil festgestellt, dass ehemalige Außenminister keine (funktionelle) Immunität für während ihrer Amtszeit vorgenommene Handlungen genießen, wenn sie das Kriterium „in a private capacity" erfüllen.[248] In der Literatur wurde diese

243 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 45.

244 BVerfG, NJW 73 (2020), 3166-3168 (Rn. 11).

245 Vgl. auch Andreas Paulus, 'Völkerrechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts', ZaöRV 83 (2023), 869-891, in Fn. 87 auf S. 888 ('unzutreffende […] Heranziehung' des BVerfG-Beschlusses durch den BGH).

246 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 58.

247 S. o. bei Fn. 125.

248 IGH, *Arrest Warrant* (Fn. 104), 25 f., Rn. 61 ('a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State […] in respect of acts committed during that period of office in a private capacity').

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Stelle als mehrdeutig angesehen. Nach einem weiten Verständnis schließt die Aussage Ausnahmen von funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen aus.[249] Dagegen wurde jedoch auch angeführt, dass die Auflistung von Strafverfolgungsmöglichkeiten eines ehemaligen Außenministers im *Arrest Warrant*-Urteil nicht abschließend sei.[250] Zum anderen sei unklar, ob Verhalten eines Staatsbediensteten, das nach Völkerrecht strafbar ist, per Definition Handeln „in privater Funktion" darstellt und daher nicht „in offizieller Funktion" erfolgen kann, was die Voraussetzung von funktioneller Immunität ist.[251] Letztere Frage ist umstritten.[252] Zu dieser Frage bezog der ehemalige Generalbundesanwalt in dem Verfahren des Immunitätsurteils nicht Stellung.[253] Der 3. Strafsenat ging, ohne sich in dieser Frage ausdrücklich zu positionieren, in diesem Urteil davon aus, dass die dort maßgeblichen Kriegsverbrechen Taten eines Hoheitsträgers „in Ausübung seiner hoheitlichen Tätigkeit" darstellten.[254]

Auch im Übrigen liegt keine eindeutige Judikatur internationaler Gerichte vor. Der IGH stellte in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Jurisdictional Immunities* fest, dass die Frage des Bestands und Umfangs der Immunität von Staatsbediensteten nicht Teil des Streitgegenstands war.[255] Der BGH führte im Immunitätsurteil aus, der IStGH habe „sich nicht dazu geäußert, ob für Kriegsverbrechen vor nationalen Gerichten funktionelle Immunität bestehe".[256] Zu der umstrittenen Aussagekraft der Rechtsprechung des IStGHJ in dieser Frage wurde bereits ausgeführt.[257]

Der EGMR verneinte eine Ausnahme von funktioneller Immunität in Strafverfahren mit Bezug auf den Straftatbestand der Folter in seinem Urteil vom 15. Oktober 2024 in der Rechtssache *Sassi und Benchellali/Frankreich*.[258] In dem

249 Vgl. Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), 2603, Rn. 26 (unterschiedliche Lesarten erläuternd).

250 Vgl. Tladi (Fn. 36), 181.

251 Kreß, 'Article 98' (Fn. 36), Rn. 26.

252 Vgl. ILC Kommentierung von Entwurfsartikel 7, ILC Bericht 2022, A/77/10, Kapitel VI, 236 f., Rn. 14 (dort i. E. offengelassen).

253 Vgl. Frank und Barthe, 'Immunitätsschutz' (Fn. 9).

254 Vgl. z. B. 1. Leitsatz.

255 S. o. Fn. 120.

256 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 25.

257 S. o. bei Fn. 200, 204.

258 EGMR, Urt. v. 15. Oktober 2024 – 35884/21, 35886/21 – ECLI:2024:1015DEC003588421. Dem steht nicht entgegen, dass die Strafverfahren durch Nebenklageverfahren (partie civile) nach Art. 85 ff. der französischen Strafprozessordnung (Code de procédure pénale) eingeleitet worden waren und der EGMR die zivilrechtliche Ausprägung von Art. 6 Abs. 1 EMRK für einschlägig hielt. Denn die Nebenklageverfahren waren auf die Ausübung von Strafgerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staatsbediensteten gerichtet, die den Verfahrensgegenstand in dem Verfahren *Sassi und Benchellali v. Frankreich* darstellte, vgl. Rn. 4-26, 41-46, 54; ebenso in *M.M. v. Frankreich*, Urt. v. 16. April 2024 – 13303/21 – ECLI:CE:ECHR:2024:0416DEC001330321, z. B. Rn. 64-69.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zugrundeliegenden französischen Verfahren hatte zuvor der *Cour de Cassation* am 13. Januar 2021 ebenso entschieden.[259] In dem Verfahren wurden ehemalige US-amerikanische Staatsbedienstete, einschließlich George W. Bush und Donald Rumsfeld, aufgrund ihrer funktionellen Immunität nicht für Vorwürfe der Folter im US-Gefangenenlager in Guantánamo Bay in Frankreich strafrechtlich verfolgt. Da dies im Einklang mit geltendem Völkerrecht geschehen sei, lehnte der EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK ab. Dabei bezog sich der EGMR auf seine in der Rechtssache *Al-Adsani/Vereinigtes Königreich*[260] begründete Rechtsprechung, in der er völkerrechtliche Ausnahmen von der Immunität *ratione materiae* eines Staates und seiner Bediensteter[261] in Zivilverfahren, unabhängig von der Schwere oder besonderen völkerrechtlichen (*ius cogens*) Natur der Tatvorwürfe, abgelehnt hatte.[262] Der BGH hatte die Relevanz der *Al-Adsani*-Rechtsprechung in seinem Immunitätsurteil hingegen verneint,[263] da sie Immunität in Zivilverfahren und nicht Strafverfahren betreffe.[264] Dementsprechend betonte auch die Bundesregierung, dass die im deutschen Recht anerkannten Ausnahmen von funktioneller Immunität nur auf Strafgerichtsbarkeit und nicht auf Zivilgerichtsbarkeit anwendbar seien.[265]

259 Cour de Cassation, Urt. v. 13. Januar 2021, ECLI:FR:CCASS:2021:CR00042, Rn. 24-30 ('La coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un Etat, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes entrant dans cette catégorie [actes relevant de l'exercice de la souveraineté d'un Etat], devant les juridictions pénales d'un État étranger. Il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture. En l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.', Rn. 25-27).

260 Urt. v. 21. November 2001 – 35763/97 – ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, Rn. 66.

261 Letztere betrachtet der EGMR als Teil der Immunität des Staates, vgl. z. B. *Jones et al. v. Vereinigtes Königreich,* Urt. v. 14. Januar 2014 – 34356/06, 40528/06 – ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606, Rn. 200. Die rechtliche Würdigung des EGMR unterscheidet nicht immer zwischen beiden Aspekten, vgl. z. B. *Sassi und Benchellali v. Frankreich* (Fn. 258)*,* Rn. 53, 61 f.; *M.M. v. Frankreich* (Fn. 258), Rn. 77, 86 f.

262 *Sassi und Benchellali v. Frankreich* (Fn. 258)*,* Rn. 53, 61. Siehe auch *M.M. v. Frankreich* (Fn. 258), Rn. 77, 86; *J.C. et al. v. Belgien*, Urt. v. 12. Oktober 2021 – 11625/17 – ECLI:CE:ECHR:2021:1012JUD001162517, Rn. 64. Die Feststellungen des EGMR in *Sassi und Benchellali v. Frankreich* und *M.M. v. Frankreich* unterscheiden nicht wesentlich zwischen Immunität in Zivil- und Strafverfahren, vgl. *Sassi und Benchellali v. Frankreich* (Fn. 258)*,* Rn. 53, 61 f., *M.M. v. Frankreich* (Fn. 258), Rn. 77, 86 f. In *Jones et al. v. Vereinigtes Königreich* hatte der EGMR angemerkt, dass eine parallele Betrachtung von Immunität *ratione materiae* vor Zivil- und Strafgerichtsbarkeit angesichts der Möglichkeit der Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche im Rahmen von Strafverfahren naheliegend sei, vgl. *Jones et al. v. Vereinigtes Königreich* (Fn. 261), Rn. 212.

263 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 42.

264 Vgl. BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 17, 39, 41-44.

265 Stellungnahmen aus dem November 2024 (Fn. 241), Rn. 9, und vom 21. Oktober 2024 (Fn. 241), S. 4.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Nach einer Literaturansicht stellte der EGMR in *Sassi und Benchellali/Frankreich* zudem fest, dass Entwurfsartikel 7 der ILC zu Ausnahmen von funktioneller Immunität kein geltendes Völker(gewohnheits)recht reflektiere.[266] Denn der EGMR begründete sein Festhalten an der *Al-Adsani*-Rechtsprechung damit, dass sich die maßgebliche Völkerrechtslage seit dem Jahr 2012, insbesondere im Lichte der ILC-Arbeiten, nicht geändert habe.[267] Die Beschwerdeführer hatten dieses vom EGMR abgelehnte Argument unter anderem darauf gestützt, dass sich aus den ILC-Arbeiten zur ersten Lesung von Entwurfsartikel 7 die Herauskristallisierung einer auf *ius cogens* bezogenen Immunitätsausnahme ableiten lasse.[268]

Jedenfalls bietet die Entscheidung in *Sassi und Benchellali/Frankreich* Anhaltspunkte dafür, dass der EGMR in künftiger Rechtsprechung völkerrechtliche Ausnahmen von funktioneller Immunität in Strafverfahren bei völkerrechtlichen Verbrechen, wie sie in der BGH-Rechtsprechung festgestellt wurden, ablehnen könnte.[269]

Schließlich wird das Bestehen der Vorlagepflicht dadurch unterstrichen, dass dem Immunitätsurteil des BGH bezüglich der festgestellten Immunitätsausnahme eine „Vorreiterrolle" auf internationaler Ebene zugeschrieben wird.[270]

3. Kein Vertretbarkeitsspielraum bei der Würdigung ernstzunehmender Zweifel

Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kam dem Senat kein Vertretbarkeitsspielraum bei der Würdigung objektiv ernstzunehmender Zweifel zu. Das Bundesverfassungsgericht stützt die Ablehnung des Vertretbarkeitsspielraums auf die besondere völker- und verfassungsrechtliche Bedeutung des Normverifikationsverfahrens:

---

266 Tal Mimran, 'Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction: The Debate Continues', EJIL:Talk!, 5. Februar 2025, <https://www.ejiltalk.org/immunity-of-state-officials-from-criminal-jurisdiction-the-debate-continues/>, zuletzt besucht 16. März 2025.

267 *Sassi und Benchellali v. Frankreich* (Fn. 258), Rn. 61, vgl. auch Rn. 53.

268 *Sassi und Benchellali v. Frankreich* (Fn. 258), Rn. 39.

269 Mit Bezug auf Zivilverfahren verneinte der EGMR Ausnahmen von funktioneller Immunität bei den Tatvorwürfen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Genozids, *J.C. et al. v. Belgien* (Fn. 262) [zitiert *Kalogeropoulou et al. v. Griechenland und Deutschland*, Urt. v. 12. Dezember 2002 – 59021/00 – ECLI:CE:ECHR:2002:1212DEC005902100; *Stichting Mothers of Srebrenica et al. v. Niederlande*, Urt. v. 11.6.2013 – 65542/12 – ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212 mit Bezug auf Immunität der UN].

270 S. Fn. 10.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

> „Es ist der primäre Zweck des Verifikationsverfahrens, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen. Darüber hinaus soll das Verfahren auch die staatenübergreifende Einheitlichkeit und Verlässlichkeit der Völkerrechtsregeln sichern; es ist insofern ein Element der Völkerrechtsoffenheit des Grundgesetzes. Das BVerfG stellt sich damit mittelbar in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts. Deshalb hat das Fachgericht in diesem Verfahren keinen Vertretbarkeitsspielraum bei der Würdigung objektiv ernst zu nehmender Zweifel. Für lediglich rechtsirrtümliche Verstöße gegen die Vorlagepflicht, die nicht Art. 101 I 2 GG verletzen, bleibt hiernach nur ein gering bemessener Raum."[271]

Auf diese Rechtsprechung des BVerfG geht eine abweichende Literaturansicht nicht ein. Diese Ansicht nimmt vielmehr an, dass dem BGH bei seinem Immunitätsurteil ein „Spielraum des Vertretbaren" bei der Beantwortung der Frage zugekommen sei, ob den „gewiss" bestehenden Zweifeln „ein i. S. v. Art. 100 II GG ernst zu nehmendes Ausmaß zu bescheinigen war", ohne verfassungsrechtliche Gründe zu nennen.[272]

4. Vorlagepflicht bezüglich der Frage der Immunitätsprüfung von Amts wegen

Ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus Art. 100 Abs. 2 GG ergibt sich auch mit Bezug auf die Feststellung des 3. Strafsenats im Immunitätsurteil, es sei über das Vorliegen funktioneller Immunität ausländischer Hoheitsträger „zu entscheiden, obwohl sie im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht worden ist".[273] Der Senat führt zur Begründung lediglich an, dass die Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit als allgemeine Verfahrensvoraussetzung „als Rechtsfragen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen" seien, ohne erkennbare Prüfung der relevanten völkerrechtlichen Maßstäbe.[274] Dabei verkennt der Senat, dass es sich um eine entscheidungserhebliche Frage des Völkergewohnheitsrechts[275] handelt,

271 BVerfG, NJW 57 (2004), 141-146 (142 m. w. N.); s. auch BVerfG, NJW 51 (1998), 50-57 (51).

272 Kreß, 'Kriegsverbrechen' (Fn. 183), 1335; zustimmend Gerhard Werle, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 28.1.2021, JZ 76 (2021), 732-736 (734). Einen Vertretbarkeitsspielraum bejaht auch Epik (Fn. 13), 1279.

273 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 12.

274 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 12.

275 Vgl. Rensmann (Fn. 56), 527.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

an deren Bestand objektiv ernstzunehmende Zweifel bestehen. Diese Zweifel ergeben sich insbesondere aus der Abweichung des Senats von einer Entscheidung des IGH, sowie von völkerrechtlichen Literaturansichten.

So entschied der IGH in dem Verfahren *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (*Dschibuti/Frankreich)*, dass die strafrechtliche Verfolgung zweier dschibutischer Staatsbediensteter in Frankreich nicht die völkergewohnheitsrechtliche funktionelle Immunität von Dschibuti verletzte mit der Begründung, dass sich Dschibuti nicht auf die Immunität der beiden Staatsbediensteten berufen hatte.[276] Diese Entscheidung des IGH interpretierten Mitglieder der Völkerrechtskommission,[277] insbesondere ihre ersten beiden Sonderberichterstatter zum Thema der Immunität von Staatsbediensteten,[278] und Autorinnen und Autoren der Völkerrechtswissenschaft[279] dahingehend, dass funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter nicht von Amts wegen von den innerstaatlichen Strafverfolgungsbehörden und der Justiz zu prüfen ist. Eine völkerrechtliche Prüfungspflicht besteht demnach nur, wenn sich der Staat, dessen Bedienstete gehandelt haben, gegenüber dem „Forum-Staat" auf funktionelle Immunität beruft.[280] In Abwesenheit dieser „Einrede" der Immunität kann keine Völkerrechtsverletzung darin bestehen, dass die funktionelle Immunität nicht im Strafverfahren geprüft wird. Somit verstieß der BGH gegen seine Vorlagepflicht indem er verkannte, dass diese Rechtsfrage durch eine Regel des Völker(gewohnheits)rechts determiniert sein kann, an deren Bestand objektiv ernstzunehmende Zweifel bestehen.

---

276 IGH, *Mutual Assistance* (Fn. 213), Rn. 196.

277 Vgl. ILC Report 2019, A/74/10, 321, Rn. 163.

278 ILC, Third report, Special Rapporteur Roman Kolodkin (2011), A/CN.4/646, Rn. 17, 61 (f); ILC, Seventh report, Special Rapporteur Escobar Hernández (2019), UN Dok. A/CN.4/729, Rn. 52.

279 Vgl. Rensmann (Fn. 56) 527, 538 f.; Strewe (Fn. 56) 500; van Alebeek, 'Functional Immunity' (Fn. 58) 502; Pierre d'Argent 'Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute' in: Anne Peters et al. (Hrsg.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill Nijhoff 2015), 244-266 (249); Heike Krieger, 'Between Evolution and Stagnation Immunities in a Globalized World', GoJIL 177 (2014), (177-216), 215 f.; Foakes (Fn. 36), 173; Wuerth (Fn. 62), 745; Robert Cryer und Ioannis Kalpouzos, 'International Court of Justice, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) Judgment of 4 June 2008', ICLQ 59 (2010), 193-205 (204); Rebecca Zaman, 'Playing the Ace? Jus Cogens Crimes and Functional Immunity in National Courts', Australian International Law Journal 17 (2010), 53-87 (81); vgl. auch Gionata Piero Buzzini, 'Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case', LJIL 22 (2009), 455, 472.

280 Vgl. z. B. Kolodkin, Third report (Fn. 278), Rn. 17; 61(f); Escobar Hernández, Seventh report (Fn. 278), Rn. 52.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

V. Mögliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage völkergewohnheitsrechtlicher Ausnahmen funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen ist weiterhin möglich. Hierfür ist durch die gesetzliche Immunitätsausnahme ein weiterer potenzieller Anknüpfungspunkt entstanden. Wahrscheinlicher sind aber ein Normverifikationsverfahren nach richterlicher Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 2 GG oder ein Verfassungsbeschwerdeverfahren aufgrund des Unterlassens einer derartigen Vorlage, insbesondere angesichts der geringeren Zulässigkeitsanforderungen dieser beiden Verfahrensarten.

1. Entscheidung bezüglich der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG

Angesichts der dargestellten Verstöße des 3. Strafsenats gegen seine Vorlagepflicht[281] erscheint es unwahrscheinlich, dass dieser für Staatsschutz- und Völkerstrafsachen zuständige Senat zukünftig seiner insoweit bestehenden Vorlagepflicht nachkommen wird. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dennoch durch die Vorlage eines Fachgerichts oder eine Verfassungsbeschwerde möglich. Es wird hier angenommen, dass die Fachgerichte angesichts objektiv ernstzunehmender Zweifel an völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen funktioneller Immunität weiterhin der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG unterliegen. Dies hat sich durch die entsprechende BGH-Rechtsprechung und deren nun erfolgte gesetzliche Festschreibung nicht geändert.[282] Die Frage des Bestehens einer derartigen völkergewohnheitsrechtlichen Regel erfüllt auch angesichts der gesetzlichen Immunitätsausnahme das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal[283] der Entscheidungs-

281 S. o. IV.

282 Zwar wird vertreten, dass 'zwischenzeitlich ergangene höchstrichterliche Entscheidungen früheren Zweifeln die Grundlage entziehen' könnten (Dederer (Fn. 209), Rn. 305). Die zitierte Entscheidung BGHZ 155, 279 bezog sich jedoch auf Urteile des Obersten Sondergerichts Griechenlands und des EGMR, die nicht mit der BGH-Rechtsprechung vergleichbar sind, die ihrerseits unter Verstoß gegen die Vorlagepflicht erging. Dass das *mangelnde* Vorliegen einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung das Vorliegen der Vorlagepflicht (mit-)begründen kann (BVerfG, Beschl. v. 8. Mai 2007, 2 BvM 1/03, Rn. 25), bedeutet nicht zwingend, dass das *Vorliegen* einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung der Vorlagepflicht entgegensteht, die sich auch aus weiteren Fallgruppen ergeben kann (vgl. o. IV. 1). So ließ das BVerfG offen, ob Fachgerichte von anderen Gerichten abwichen, da aus anderen Gründen hinreichende Zweifel vorlagen (BVerfG, Beschl. v. 12. April 1983, Rn. 57).

283 Vgl. Dederer (Fn. 209), Rn. 308 ff.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

erheblichkeit. Denn die gesetzliche Immunitätsausnahme würde im Fall des Konflikts mit einer völkergewohnheitsrechtlichen funktionellen Immunität als entgegenstehendes innerstaatliches Recht zurücktreten.[284]

Verstößt ein Gericht gegen die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG, kann im Wege der Verfassungsbeschwerde Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht ersucht werden. Denn ein derartiger Verstoß verletzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter.[285] Zur Begründung hebt das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Bedeutung des Normverifikationsverfahrens hervor.[286] Die Beurteilung, ob eine gerichtliche Entscheidung auf einem Verstoß gegen die Vorlagepflicht beruht[287] und eine Entscheidung somit das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt, setzt die Klärung der im konkreten Fall zweifelhaften völkergewohnheitsrechtlichen Regel voraus. Dies liegt in der alleinigen Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts.[288] Bezüglich der vorliegend untersuchten BGH-Entscheidungen wäre etwa kein Beruhen gegeben, wenn völkergewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahmen für die dort betroffenen völkerrechtlichen Verbrechen anzunehmen sind.

Eine Befassung des Bundesverfassungsgerichts mit der Frage völkergewohnheitsrechtlicher Ausnahmen von funktioneller Immunität im Normverifikationsverfahren hätte Vorteile gegenüber einem Verfassungsbeschwerdeverfahren. Diese bestehen insbesondere in den Äußerungs- und Beteiligungsrechten von Bundestag, Bundesrat und der Bundesregierung im Normverifikationsverfahren nach § 83 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG), sowie der Gesetzeskraft der Entscheidung nach §§ 31 Abs. 2 S. 1, 13 Nr. 12 BVerfGG,[289] deren Bedeutung das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung betonte:

> „Das Verifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG ersetzt im Ergebnis das Gesetzgebungsverfahren […] Im Hinblick auf die Eingliederung der Bundesrepublik in die Völkergemeinschaft ist es nicht minder wichtig, daß die an der Pflege

284 Vgl. Matthias Herdegen, 'Art. 25 GG', in: Günter Dürig, Roman Herzog und Rupert Scholz (Hrsg.): *GG* (105. EL August 2024, C. H. Beck 2024), Rn. 89.

285 BVerfG, NJW 57 (2004), 141-146 (142); BVerfG, NJW 51 (1998), 50-57 (51).

286 BVerfG, NJW 57 (2004), 141-146 (142); BVerfG, NJW 51 (1998), 50-57 (51).

287 Vgl. z. B. BVerfG, NJW 57 (2004), 141-146 (143); Martin Kment, 'Art. 101 GG', in: Hans Jarass und Bodo Pieroth (Hrsg.), *GG* (18. Aufl., C. H. Beck 2024), Rn. 20. Kritisch gegenüber dem Beruhens-Erfordernis: Klaus Schlaich und Stefan Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht* (13. Aufl., C. H. Beck 2025), Rn. 433.

288 S. o. IV. 1.

289 Die Gesetzeskraft gilt auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren, wenn ein Gesetz als mit dem Grundgesetz (un)vereinbar oder für nichtig erklärt wird, § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, vgl. u. bei Fn. 299.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der auswärtigen Beziehungen beteiligten Verfassungsorgane die Möglichkeit haben, ihre Auffassung darzulegen, damit die Gerichte die bestehenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht verkennen."[290]

Es ist nicht erkennbar, dass ein vergleichbar strukturiertes und transparentes Konsultationsverfahren zum geltenden Völkergewohnheitsrecht unter Einbezug der genannten Verfassungsorgane im Gesetzgebungsverfahren vor Annahme der gesetzlichen Immunitätsausnahme stattfand. Denn diese Vorschrift wurde dem Gesetzentwurf nachträglich zur Festschreibung der BGH-Rechtsprechung hinzugefügt, nachdem der BGH seine Rechtsprechung im Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024 ausgeweitet hatte.[291] Gegenstand der öffentlichen Anhörung mit Sachverständigen im Rechtsausschuss am 31. Januar 2024 war somit nur das Immunitätsurteil, nicht aber die nachfolgende BGH-Rechtsprechung zur funktionellen Immunität. In dieser Anhörung äußerten sich zwei Sachverständige zum Immunitätsurteil des BGH.[292] In der Plenardebatte erfolgte keine Auseinandersetzung mit dem völkergewohnheitsrechtlichen Gehalt der Immunitätsausnahme oder der diesbezüglichen BGH-Rechtsprechung.[293]

In einem Normverifikationsverfahren des Bundesverfassungsgerichts könnte ein eingehendes Konsultationsverfahren zum einschlägigen Völkergewohnheitsrecht, insbesondere mit den an der Pflege der auswärtigen Beziehungen beteiligten Verfassungsorganen, nachgeholt werden.

2. Entscheidung zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Immunitätsausnahme mit Völkergewohnheitsrecht

Grundsätzlich kommt auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Immunitätsausnahme mit Völkergewohnheitsrecht in Betracht. Angesichts der bestehenden Zweifel an völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zu Immunitätsausnahmen könnte die gesetz-

290 BVerfGE 23, 288, Rn. 117.

291 Immunitätsausnahmen wurden weder im BMJ-Eckpunktepapier noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung erwähnt, vgl. Gesetzentwurf VStGB-Reform (Fn. 3); BMJ, Eckpunkte VStGB-Reform, 23. Februar 2023, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/230223_Eckpunkte_VStGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, zuletzt besucht 14. Februar 2025.

292 Vgl. Änderungsantrag CDU/CSU-Fraktion (BT-Drs. 20/11668); s. auch Ambos, Stellungnahme im Rechtsausschuss (29. Januar 2024) <https://www.bundestag.de/resource/blob/988088/9578598fa0a5d366cec729b87a33b820/Stellungnahme-Ambos.pdf>, zuletzt besucht 14. Februar 2025.

293 Vgl. Plenarprotokoll 20/172, 172. Sitzung, 6. Juni 2024, S. 22257-22265.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

liche Immunitätsausnahme (teilweise) gegen Völkergewohnheitsrecht verstoßen. Dies würde einen seltenen Fall[294] der unmittelbaren Wirkung einer Völkerrechtsnorm und einer damit kollidierenden innerstaatlichen Norm darstellen, die nicht über eine völkerrechtsfreundliche bzw. -konforme Auslegung einfachen Rechts vermieden werden kann.

Es ist umstritten, ob das Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG über die Vereinbarkeit einfachen Bundesrechts mit Völkergewohnheitsrecht entscheiden kann. Dies hängt insbesondere von der problematischen Frage ab, ob der maßgebliche Prüfungsmaßstab, eine Verletzung des Grundgesetzes, das Völkergewohnheitsrecht als allgemeine Regel des Völkerrechts i. S. d. Art. 25 GG umfasst.[295] Jedenfalls ist jedoch von einem Vorrang des Normverifikationsverfahrens nach Art. 100 Abs. 2 GG auszugehen, wenn die Voraussetzungen des Art. 25 S. 1 GG zweifelhaft sind.[296] Dies ist hier der Fall, da objektiv ernstzunehmende Zweifel an der Existenz bzw. Reichweite funktioneller Immunität nach Völkergewohnheitsrecht bestehen. Es wird auch diskutiert, ob eine prozessuale Verbindung der Frage nach Existenz bzw. Inhalt einer Völkerrechtsnorm mit der Frage nach der Vereinbarkeit im Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG aus Gründen der Prozessökonomie zulässig ist.[297]

Auch die Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde wäre im konkreten Fall fraglich und unterliegt jedenfalls höheren Anforderungen[298] als die bereits dargestellte Urteilsverfassungsbeschwerde. Letztere kann sich grundsätzlich (mittelbar) auch auf die Verfassungswidrigkeit einer in der Entscheidung für verfassungsmäßig gehaltenen und deshalb angewandten Norm stützen, woraufhin das Bundesverfassungsgericht die Norm für verfassungswidrig erklären könnte.[299] Grundsätzlich kann eine den Einzelnen belastende gerichtliche Entscheidung, die auf einer mit dem allgemeinen Völkerrecht unvereinbaren Anwendung einer Vorschrift des innerstaatlichen Rechts be-

294 Vgl. Marco Meyer und Charlotte von Fallois, 'Das Völkerrechtsverifikationsverfahren nach Art. 100 II GG im Überblick', JuS 59 (2019), 1066-1070 (1069).

295 Bejahend z. B. Karl-Georg Meyer, 'Art. 100 GG', in: Ingo von Münch und Philip Kunig (Hrsg.), *GG* (7. Aufl. C. H. Beck 2021), Rn. 86; Schlaich und Korioth, (Fn. 287), Rn. 415; Kment (Fn. 287), Rn. 31 m. w. N. A. A. Dederer (Fn. 209), Rn. 287.

296 Meyer (Fn. 295), Rn. 86.

297 I. d. S. Klaus Stern, 'Art. 100 GG', in: Wolfgang Kahl, Christian Waldhoff und Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG* (18. EL 1967, C. F. Müller 1967), Rn. 221 ff.; vgl. Meyer und von Fallois (Fn. 294), 1069; krit. Dederer (Fn. 209), Rn. 288; Schlaich und Korioth (Fn. 287), Rn. 417.

298 U. a. strenge Prüfung des Betroffenseins (Schlaich und Korioth (Fn. 287), Rn. 536, 585 f.) und des Subsidiaritäts-Grundsatzes (Schlaich und Korioth (Fn. 287), Rn. 587 ff.).

299 Vgl. Schlaich und Korioth (Fn. 287), Rn. 292, 752.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ruht, gegen das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit und den Anspruch auf Gleichbehandlung verstoßen.[300]

Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG[301] erscheint ein derartiger Antrag durch die Bundesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages schon aus Gründen der politischen Opportunität[302] fernliegend.

VI. Bedeutung einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht

Eine völker- und verfassungsrechtskonforme Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der wichtigen und umstrittenen Frage der Immunitätsausnahmen würde eine Heilung der defizitären völkergewohnheitsrechtlichen Begründung der BGH-Rechtsprechung und der hierauf verweisenden gesetzlichen Immunitätsausnahme bewirken. Dies könnte zur Legitimität der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland beitragen (1.) und ihrem potenziellen Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts ein größeres Gewicht verleihen. Jedenfalls vermag eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch klärende Feststellungen zur Rechtslage nach dem Völkergewohnheitsrecht der Fortentwicklung desselben im weiteren Sinne zu dienen (2.). Somit ist die Bedeutung einer Entscheidung unabhängig davon gegeben, ob das BVerfG zu dem gleichen völkergewohnheitsrechtlichen Ergebnis käme wie der BGH, also ob bzw. inwieweit es völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen von funktioneller Immunität feststellen würde.[303]

1. Beitrag zur Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren

Die Dominanz von europäischen Ländern bei der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen auf Grundlage des Weltrechtsprinzips ist den

300 Vgl. BVerfGE 112, 1 (22), Rn. 65-70.

301 Vgl. o. zur problematischen Frage bzgl. Art. 100 Abs. 1 GG, ob der Prüfungsmaßstab der Grundgesetz-Verletzung allgemeine Regeln des Völkerrechts umfasst (Fn. 295). Dies wird bzgl. der abstrakten Normenkontrolle z. B. bejaht von Karl-Georg Meyer, 'Art. 93 GG', in: Ingo von Münch und Philip Kunig (Hrsg.), *GG* (7. Aufl. C. H. Beck 2021), Rn. 70a.

302 Vgl. Schlaich und Korioth (Fn. 287), Rn. 359.

303 Zu dieser Möglichkeit, s. o. Fn. 287. Das Bundesverfassungsgericht wird jedenfalls eine Prüfung des Völkergewohnheitsrechts vornehmen und kann die diesbezüglichen Feststellungen veröffentlichen (vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1243/03).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Vorwürfen des Eurozentrismus und der Doppelstandards ausgesetzt.[304] Selbst wenn man annähme, dass die entsprechende europäische Praxis ein regionales oder in sonstiger Hinsicht partikulares Völkergewohnheitsrecht darstellte,[305] könnte dieses nur zu Lasten der „teilnehmenden" Staaten Rechtswirkungen entfalten.[306] Beispielsweise bezog sich das Fallaufkommen von Strafverfolgung nach dem VStGB in Deutschland bis zum Jahr 2023 auf Verbrechen in Afghanistan, der Demokratischen Republik Kongo, Gambia, dem Irak, Libyen, Pakistan, Ruanda, Sri Lanka und Syrien.[307] Auch gegen die als selektiv wahrgenommene Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland wurde der Vorwurf der Doppelstandards erhoben,[308] was die Legitimität der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland gefährde.[309]

Zu diesen Vorwürfen trägt die Intransparenz der Entscheidung über ein Absehen von der Verfolgung bei völkerrechtlichen Verbrechen durch die Bundesregierung und den GBA bei.[310] Die maßgeblichen Vorschriften, § 153f Strafprozessordnung (StPO) und § 147 Nr. 1 GVG, blieben bislang vom Gesetzgeber unangetastet.[311] So wird die Auflösung des externen, ministeriellen Weisungsrechts bei völkerrechtlichen Verbrechen gefordert,[312] „um unnö-

304 Vgl. Brianne McGonigle Leyh, 'Using Strategic Litigation and Universal Jurisdiction to Advance Accountability for Serious International Crimes', International Journal of Transitional Justice 16 (2022), 363-379 (375 f.). Unabhängig von der Stichhaltigkeit dieser Vorwürfe, zu der hier keine Stellung bezogen werden soll, sind sie eine politische Realität (vgl. Robert Stendel, 'The Council of Europe as a Preferable and Viable Partner to Ukraine for Prosecuting the Crime of Aggression', VerfassungsBlog, 28. Oktober 2024, doi: 10.59704/29e9a885a0aaeb31 [zitiert: Patryk Labuda 'Beyond Rhetoric: Interrogating the Eurocentric Critique of International Criminal Law's Selectivity in the Wake of the 2022 Ukraine Invasion', LJIL 36 (2023) 1095-1116].

305 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 16(2); Robert Stendel und Anne Peters, 'Ein Sondertribunal zur Aggression gegen die Ukraine? Ja.' Vereinte Nationen 2/2023, 74 (wonach 'sich in Europa eine regionale Immunitätsausnahme für das Verbrechen der Aggression herauszubilden scheint').

306 Vgl. Kommentierung zu ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 16, 155, Rn. 3.

307 Safferling, 'Fortentwicklung' (Fn. 9).

308 Arne Bardelle, 'Der kurze Atem der deutschen Strafverfolgungsbehörden: Regimeverbrechen in Belarus', Völkerrechtsblog, 13. Mai 2024, doi: 10.17176/20240513-185149-0; Ignaz Szlacheta, 'Auch gegen befreundete Staaten muss ermittelt werden' (1. März 2024), <https://magazin.zenith.me/de/politik/interview-mit-voelkerrechtsanwalt-patrick-kroker>, zuletzt besucht 14. Februar 2025.

309 Hassfurther (Fn. 10).

310 Hassfurther (Fn. 10).

311 Hassfurther (Fn. 10), wonach der BMJ-Referentenentwurf eines Gesetzesentwurfs zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft (26. März 2024) unzureichend sei.

312 Julia Geneuss, Rechtsausschuss-Stellungnahme VStGB-Reform (31. Januar 2024), Zusammenfassung, S. 9; Ambos, 'Reform des Völkerstrafrechts' (Fn. 9), 31; Kreß, 'Völkerstrafrechtspflege' (Fn. 10), 75.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tiges Misstrauen hinsichtlich politischer Einflussnahme zu vermeiden".[313] Angesichts des potenziell weitreichenden und gerichtlich nicht voll überprüfbaren Verfolgungsermessens[314] lässt es sich schwer nachverfolgen, inwiefern Entscheidungen in diesem Zusammenhang von dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten geleitet sind.[315] Kontroverse Entscheidungen des GBA gegen die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unter Ausübung seines Verfolgungsermessens betrafen beispielsweise die Strafanzeigen gegen Donald Rumsfeld und andere wegen Vorwürfen der Folter in Abu Ghraib und Guantanamo,[316] gegen den ehemaligen usbekischen Innenminister Zokirjon Almatov wegen Vorwürfen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Folter[317] sowie gegen hochrangige Mitglieder des belarussischen Sicherheitsapparats unter anderem wegen Vorwürfen der Folter.[318]

Die Strafverfolgungspraxis des GBA außerhalb seines Verfolgungsermessens nach § 153f StPO, also unter Geltung des Legalitätsprinzips,[319] dürfte einfacher nachzuverfolgen sein. Dies ist beispielsweise unter bestimmten Bedingungen[320] der Fall bei Anwesenheit eines Beschuldigten in Deutschland, etwa zu einer medizinischen Behandlung wie im Fall von Herrn Almatov.[321] In derartigen Fällen dürfte sich die allgemein zu erwartende Entwicklung manifestieren, wonach die Strafverfolgungspraxis des GBA nach dem Weltrechtsprinzip, insbesondere angesichts der von ihm angenommenen Immunitätsausnahmen bei völkerrechtlichen Verbrechen,[322] zukünftig mit erhöhter Aufmerksamkeit verfolgt werden wird. Unter anderem könnte die Frage relevant werden, ob der GBA unter Umständen zur Aufnahme von

313 Geneuss (Fn. 312).

314 Vgl. § 172 Abs. 2 S. 3 StPO; ECCHR, Stellungnahme zum Referentenentwurf VStGB-Reform, August 2023, 16 ff. m. w. N.

315 Vgl. Hassfurther (Fn. 10) zur mangelnden Überprüfbarkeit '[i]nwiefern Völkerstrafrecht tatsächlich unterschiedslos und frei von politischen Erwägungen angewendet wird'; ECCHR, (Fn. 314), 23 f. weist auf das Risiko (des Anscheins) der Politisierung von Einstellungsentscheidungen und die Bedeutung von deren Transparenz für die Legitimität der Strafverfolgung bei völkerrechtlichen Verbrechen hin.

316 Vgl. Wolfgang Kaleck, 'Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond – Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe?', JICJ 16 (2018), 165-191 (177); Herbert Diemer, '§ 153f StPO' in: Christoph Barthe und Jan Gericke (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, (9. Aufl., C. H. Beck 2023), Rn. 7.

317 Salvatore Zappalà, 'The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister: Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?', JICJ 4 (2006), 602-622.

318 Zu Letzterem Bardelle (Fn. 308).

319 Julia Geneuss, *Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen* (Nomos 2013), 336.

320 Vgl. arg. e contr. § 153 f. Abs. 2 S. 2 StPO.

321 Zu Letzterem Zappalà (Fn. 316).

322 Vgl. Frank und Barthe, 'Immunitätsschutz' (Fn. 9), 235.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Strafverfolgung nach deutschem Recht oder Völkerrecht verpflichtet ist.[323] Diese erhöhte Aufmerksamkeit ist nicht zuletzt auf aktuelle Vorwürfe völkerrechtlicher Verbrechen im Nahen Osten[324] und das Verfahren Nicaraguas gegen Deutschland in der Rechtssache *„Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory"* vor dem IGH[325] zurückzuführen. In diesem Verfahren hat Nicaragua unter anderem die Feststellung völkerrechtswidrigen Verhaltens durch Deutschland beantragt, angesichts der behaupteten Weigerung, Personen der Strafverfolgung zuzuführen, denen schwere völkerrechtliche Verbrechen, einschließlich Kriegsverbrechen und Apartheid, vorgeworfen werden.[326]

Eine positive Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zu völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der funktionellen Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen würde zur Legitimität der innerstaatlichen Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen beitragen. Denn das Völkergewohnheitsrecht schafft insofern einen Ausgleich zwischen der Verfolgungspflicht von völkerrechtlichen Verbrechen und dem Grundsatz der souveränen Gleichheit, dem die funktionelle Immunität ausländischer Staatsbediensteter dient.[327] Eine Feststellung des geltenden Völkergewohnheitsrechts durch das Bundesverfassungsgericht mit entsprechender Bindungswirkung könnte die defizitäre völkergewohnheitsrechtliche Begründung der BGH-Rechtsprechung und der hierauf verweisenden gesetzlichen Immunitätsausnahme überwinden.[328]

2. Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts

Unabhängig davon, ob bzw. inwieweit das Bundesverfassungsgericht völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen von funktioneller Immunität feststellen würde, könnte seine Entscheidung zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts beitragen. Der hier verwandte weite Begriff der „Fortentwicklung" umfasst auch die weitere Klärung des Bestands und Umfangs einer

323 Diese Frage wird hier offengelassen.

324 Vgl. z. B. 'Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant' (21 November 2024), <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges>, zuletzt besucht 14. Februar 2025.

325 Vgl. Nicaragua, *Application Instituting Proceedings* (1. März 2024), 28 f., Rn. 67; vgl. auch IGH, Order (Provisional Measures), 30. April 2024, *Separate Opinion Sebutinde*, 8 f., Rn. 22.

326 Nicaragua (Fn. 325).

327 Zu Letzterem vgl. z. B. IStGHJ, *Blaškić* (Fn. 200), Rn. 41.

328 S. o. III.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

völkergewohnheitsrechtlichen Regel und diesbezüglicher Nachweise. Eine Entscheidung des BVerfG könnte in mehrerlei Hinsicht diese Funktion erfüllen, insbesondere im hierfür prädestinierten Normverifikationsverfahren. Die Entscheidung kann zunächst selbst einen Nachweis von Praxis und *opinio iuris* darstellen. Zudem kann die Entscheidung, bei entsprechender Begründung, als Hilfsmittel zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht dienen.[329] Insofern könnte insbesondere eine Klärung völkergewohnheitsrechtlicher Nachweise bewirkt werden, unter anderem der Praxis und *opinio iuris* verschiedener Akteure in Deutschland, einschließlich des Bundestags und der Bundesregierung.

Darüber hinaus kann sich eine Entscheidung des BVerfG auch auf den Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland[330] auswirken. Im Falle der Annahme von Immunitätsausnahmen durch das BVerfG könnte diesem Beitrag aus mehreren Gründen ein größeres Gewicht zukommen.

Zum einen könnte in einem Verfahren vor dem BVerfG eine Klärung der *opinio iuris* des Bundestags und der Bundesregierung erfolgen. Ihnen kommen im Normverifikationsverfahren Äußerungs- und Beteiligungsrechte zu.[331] Innerstaatliche Gesetzgebung, die zwar meist das Ergebnis politischer Entscheidungen ist, kann insbesondere dann als Nachweis von derartiger *opinio iuris* geeignet sein, wenn angegeben wurde (etwa bei Verabschiedung der Rechtsvorschrift), dass sie nach dem Völkergewohnheitsrecht vorgeschrieben ist oder diesem Wirkung verleiht.[332] Die Begründung der gesetzlichen Immunitätsausnahme beschränkt sich jedoch auf einen Verweis auf die ihrerseits defizitär begründete Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität, deren „Festschreibung" sie dienen soll.[333] Diese Klärung der *opinio iuris* könnte auch dazu beitragen, dass die innerstaatliche Annahme von Immunitätsausnahmen nicht als bloße Anwendung einfachen innerstaatlichen Rechts missverstanden wird. Zudem böte sich eine Gelegenheit zur Klärung der Rechtsauffassung der Bundesregierung[334] angesichts ihrer Stellungnahmen in der Vergangenheit, die in der Sache von der BGH-Rechtsprechung, die nun gesetzlich festgeschrieben wurde, abwichen.[335]

Zum anderen wird Entscheidungen höherer Gerichte als Nachweis von Staatenpraxis regelmäßig mehr Gewicht bei der Feststellung einer völkerge-

329 Vgl. Kommentierung zu ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 13, Rn. 1.
330 Den potenziellen Beitrag des GBA betont Kreß, 'Einleitung' (Fn. 13), 698.
331 S. o. V. 1.
332 Kommentierung zu ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 10, 104, Rn. 5.
333 S. o. Fn. 3.
334 Rensmann (Fn. 56), 539, vgl. Strewe (Fn. 56), 508 f. bzgl. *Immunitätsurteil*.
335 Zu Letzterem s. o. IV. 2. b).

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wohnheitsrechtlichen Regel beigemessen.[336] Der potenzielle Beitrag der völkerstrafrechtlichen Praxis in Deutschland zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts würde schließlich auch durch die Vereinheitlichung der staatlichen Praxis und *opinio iuris* ein größeres Gewicht erhalten können. So kann die bisherige Praxis nur begrenzt zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen, da variierender Praxis eines Staates den Umständen entsprechend weniger Gewicht beizumessen sein kann.[337] Dies ist etwa der Fall, wenn die Praxis in der Gesamtschau widersprüchlich ist, also die Praxis verschiedener Staatsorgane hinsichtlich der gleichen völkergewohnheitsrechtlichen Frage abweicht, oder die Praxis eines Staatsorgans im Laufe der Zeit variiert.[338] Für beides liegen mit Bezug auf Deutschland Anhaltspunkte vor. Unter anderem hatte der GBA im Jahr 2005 von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Jiang Zemin, den ehemaligen Staatspräsidenten der Volksrepublik China, abgesehen, da eine „allgemeine völkerrechtliche Regel, die im internationalen Recht fest verankert ist, besagt, dass amtierende und ehemalige Regierungschefs und Staatsoberhäupter jedenfalls für Handlungen während ihrer Amtszeit Immunität von der Gerichtsbarkeit fremder Staaten genießen".[339] Im Immunitätsurteil merkte der BGH zwar an, dass sich aus dieser GBA-Entscheidung „keine maßgeblichen Rückschlüsse" für die funktionelle Immunität von „niederrangigen" Staatsbediensteten ergäben.[340] Es ist jedoch offen, ob der BGH an dieser Aussage festhielte, da er letzteres Kriterium in der nachfolgenden Rechtsprechung aufgegeben hat.[341] Jedenfalls scheint der BGH nicht dem GBA[342] darin gefolgt zu sein, dass die *Jiang Zemin*-Entscheidung auf einer missverständlichen Formulierung im *Arrest Warrant*-Urteil des IGH beruht haben könnte.[343]

Neben einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wäre zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts bezüglich Immunitätsausnahmen bei völkerrechtlichen Verbrechen auch entsprechende, international repräsentative Staatenpraxis begrüßenswert.[344] Gleiches gilt für die Legitimität der

336 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 134, Rn. 6.

337 Vgl. ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 7(2).

338 Kommentierung zu ILC, Schlussfolgerungen (Fn. 37), 7(2), 135, Rn. 4.

339 GBA-Schreiben v. 24. Juni 2005, Az. 3 ARP 654/03-2.

340 BGH, *Immunitätsurteil* (Fn. 29), Rn. 40.

341 Vgl. o. Text bei Fn. 109 ff.

342 Frank und Barthe, 'Immunitätsschutz' (Fn. 9) 261 (es handele sich bei der Entscheidung bezüglich Jiang Zemin um eine von 'singuläre[n] Entscheidungen nationaler Strafverfolgungsbehörden, die – zum Teil unter Hinweis auf die missverständliche Formulierung in Randnummer 61 des Urteils des IGH im *Haftbefehl*-Fall – eine Immunität auch bei einem Verdacht von Völkerrechtsverbrechen zugunsten fremdstaatlicher *vormaliger* Staatsoberhäupter, Regierungschefs oder sonstiger Kabinettmitglieder bejaht haben').

343 Vgl. o. IV. 2. d).

344 Vgl. Syring (Fn. 11), 485.

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vielfach betonten internationalen „Vorreiterrolle“ der deutschen Strafjustiz bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen mit Bezug auf ausländische Staatsbedienstete. Jedenfalls sollte den staatlichen Akteuren in Deutschland viel daran gelegen sein, dass keine Zweifel an ihrem strikten und ernsthaften Streben nach Einhaltung des Völkerrechts bestehen.

VII. Ergebnis

Der 3. Strafsenat des BGH stellte im Jahr 2021 eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von funktioneller Immunität ausländischer Staatsbediensteter bei bestimmten Kriegsverbrechen fest und weitete sie in dem Haftfortdauerbeschluss vom 21. Februar 2024, bestätigt und konkretisiert in dem Revisionsbeschluss vom 20. März 2024, auf alle ausländischen Hoheitsträger unabhängig von ihrem Status und Rang und mit Bezug auf alle völkerrechtlichen Verbrechen aus. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG kodifiziert, der am 3. August 2024 in Kraft trat. Es wird angenommen, dass diese Rechtsprechung des BGH, dem insofern eine internationale „Vorreiterrolle“ zugeschrieben wird, die entsprechende Rechtsprechung in anderen Ländern beeinflussen könnte. Der gesetzlichen Festschreibung dieser Rechtsprechung wird erwartungsgemäß ähnliche internationale Aufmerksamkeit zukommen.

Die kodifizierte BGH-Rechtsprechung gibt jedoch Anlass zu völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken. Angesichts objektiv ernstzunehmender Zweifel an den vom Senat festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln – bei einer methodisch stringenten Anwendung der völkerrechtlichen Maßstäbe hieran – verletzte er in seinen Entscheidungen zu Immunitätsausnahmen bei völkerrechtlichen Verbrechen die Vorlagepflicht an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 2 GG. Eine Befassung des BVerfG mit dieser wichtigen wie umstrittenen völkergewohnheitsrechtlichen Frage der Ausnahmen von funktioneller Immunität ist weiterhin möglich und sinnvoll. In Betracht kommt insbesondere ein Normverifikationsverfahren nach richterlicher Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 2 GG oder ein Verfassungsbeschwerdeverfahren aufgrund des Unterlassens einer derartigen Vorlage. Eine solche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts würde eine Heilung der defizitären völkergewohnheitsrechtlichen Begründung der BGH-Rechtsprechung und der hierauf verweisenden gesetzlichen Immunitätsausnahme ermöglichen. Die Entscheidung könnte zudem zur Legitimität der Strafverfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen in Deutschland beitragen und deren potenziellem Beitrag zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts ein größeres Gewicht verleihen.

 DOI 10.17104/0044-2348-2025-1-199

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Summary: Beyond Any Doubt – Identification of Customary International Law in the Case Law of the Federal Court of Justice on Functional Immunity of Foreign State Officials

The Federal Court of Justice (FCJ) identified an exception to functional immunity for certain war crimes under customary international law in 2021 and extended it to all crimes under international law in 2024. The German legislator codified this case law in sec. 20(2), second sentence of the Courts Constitution Act (GVG). However, this case law raises international and constitutional law concerns. Applying a stringent methodology reveals objectively serious doubts about the identified customary rules. Therefore, the FCJ violated its constitutional obligation of referral to the Federal Constitutional Court (FCC) under art. 100(2) of the Basic Law (GG) in these decisions. A decision by the FCC on the controversial immunity exceptions may remedy the deficient customary international law reasoning of the FCJ's jurisprudence and its statutory codification. This could enhance the legitimacy of the prosecution of crimes under international law in Germany and its potential contribution to the development of customary international law.

Keywords

Functional immunity for crimes under international law – identification of customary international law – Federal Court of Justice referral to the Federal Constitutional Court

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2025-1-199 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY-SA