



Universität Potsdam • August-Bebel-Str. 89 • 14482 Potsdam

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Staatsrecht, Europa-
und Völkerrecht sowie
Europäisches Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftsvölkerrecht

Prof. Dr. Andreas Zimmermann,
LL. M. (Harvard)

Member of the Human Rights Committee and
of the Permanent Court of Arbitration

Bearbeiter/in: Ullrike Schiller

Telefon: 0331/977-35 16

Telefax: 0331/977-32 24

Datum: 30. Januar 2023

Thesenpapier für die

Öffentliche Anhörung des

Auswärtigen Ausschusses des Deutschen Bundestages

zum Thema

„Strafverfolgung und Beendigung von Straflosigkeit
angesichts des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine“

6. Februar 2023

vorgelegt von

Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

Seite 1 von 9

Bankverbindung:
Landesbank Hessen-Thüringen (Helaba)
BIC/Swift: WELADEDXXX
IBAN: DE09 3005 0000 7110 4028 44

E-Mail: andreas.zimmermann@uni-potsdam.de

Internet: <http://www.uni-potsdam.de/ls-zimmermann/index.html>

Dienstgebäude:
August-Bebel-Str. 89, Haus 1, Zimmer
3.36

A. Vorbemerkungen

1. Ich darf mich für die Einladung bedanken, an der öffentlichen Anhörung zum o.g. Thema teilnehmen zu dürfen. Angesichts der knappen Frist habe ich von einer ausführlichen schriftlichen Stellungnahme abgesehen zumal viele Fragen bereits kontrovers in der Öffentlichkeit diskutiert worden sind (vgl. nur etwa K. Ambos, Ukraine-Sondertribunal mit Legitimationsproblemen?, Verfassungsblog vom 31. 12. 2022 und die dort genannten weiteren Äußerungen).
2. Ich werde mich dabei ungeachtet der Breite der Fragestellung auf die aufgeworfenen *völkerrechtlichen* und *völkerrechtspolitischen* Fragen des Aggressionsverbrechens beschränken.

B. Normative Ausgangslage: (vorr. dauerhaft) fehlende Zuständigkeit des IStGH für Drittstaatsangehörige/ Staatsangehörige nicht-ratifizierender Vertragsparteien und mögliche Vertragsänderung des Römischen Statuts

3. Obwohl weder die Ukraine noch die Russische Föderation Vertragspartei des Römischen Statuts sind ist der Internationale Strafgerichtshof für auf dem Gebiet der Ukraine (in deren völkerrechtlich anerkannten Grenzen und damit auch einschließlich der Krim) begangene Völkermordhandlungen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zuständig weil die Ukraine eine nach Art. 12 Abs. 3 Römischer Statut mögliche ad hoc-Unterwerfungserklärung abgegeben hat, welche die entsprechende Zuständigkeit des IStGH begründet ohne dass es auf die Staatsangehörigkeit etwaiger Täter ankommt.
4. Anlässlich der Erarbeitung des Römischen Statuts („RS“) bis zum Jahr 1998 konnten sich die Verhandlungsstaaten (noch) nicht darauf einigen, das Aggressionsverbrechen in das Römische Statut aufzunehmen. Erst im Jahr 2010 gelang dies durch eine Vertragsergänzung (sog. „Kampala Amendment“). Dies sieht jedoch eine – insbesondere

auf Druck des Vereinigten Königreichs, Frankreichs und der USA zustande gekommene - Einschränkung der Zuständigkeit des IStGH vor. Danach ist der IStGH außer im Falle der Befassung durch den Sicherheitsrat *nicht* für mögliche Aggressionsverbrechen zuständig, die von Drittstaatsangehörigen begangen werden, selbst wenn sie auf dem Gebiet einer Vertragspartei begangen werden (Art. 15bis Abs. 5 RS).

5. Der Beschluss der Vertragsparteien aus dem Jahr 2017 zur Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH für das Verbrechen der Aggression hat zudem (zutreffend) bestätigt, dass selbst im Hinblick auf Vertragsparteien des Römischen Statuts, die (wie insbesondere etwa Frankreich und das Vereinigte Königreich) ihrerseits das ‚Kampala Amendment‘ *nicht* ratifiziert haben (und dies auch nicht beabsichtigen!) der IStGH nicht für etwaige Aggressionsverbrechen ihrer Staatsangehörigen zuständig ist. Wörtlich heißt es dort:

“The Assembly of States Parties,
(...) *Confirms* that, (...) the Court shall **not exercise its jurisdiction** regarding a crime of aggression **when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments;** (...)”

6. Selbst im Falle einer zukünftig erfolgenden Erstreckung der Zuständigkeit des IStGH durch eine erneute Vertragsänderung wären in jedem Fall nach allgemeinen Grundsätzen des Völkervertragsrechts und den Bestimmungen des Römischen Statuts zu den Wirkungen von Vertragsänderungen solche Vertragsparteien vor der Erstreckung der Zuständigkeit des IStGH auf ihre Staatsangehörigen geschützt.

7. Angesichts der bisherigen Erfahrungen erscheint es mindestens extrem unwahrscheinlich, wenn nicht gar politisch unmöglich, auf absehbare Zeit die notwendige

Mehrheit für eine Vertragsänderung zu erreichen, welche versuchen würde, die Zuständigkeit des IStGH in Sachen Aggressionsverbrechen (ohne Vorliegen einer Sicherheitsratsüberweisung) auf Drittstaatsangehörige zu erstrecken.

8. Dies wird durch den Umstand bestätigt, dass von den 123 Vertragsparteien des Römischen Statuts seit dem Jahr 2010 (also binnen mittlerweile mehr als 10 Jahren) erst 44 Staaten das Kampala Amendment ratifiziert haben, also etwa nur 1/3 der Vertragsparteien.

9. Von den 30 NATO-Staaten haben dies im Übrigen nur 16 getan, also nur circa die Hälfte, darunter (bis auf Deutschland und Polen) keiner derjenigen Staaten, welche die Hauptlast der militärischen Unterstützung der Ukraine leisten (also etwa nicht die USA, das Vereinigte Königreich, Frankreich, aber auch etwa nicht Kanada, Dänemark oder Norwegen).

10. Selbst wenn eine Erweiterung der Zuständigkeit des IStGH auf von Drittstaatsangehörigen begangene Aggressionsverbrechen auf absehbare Zeit zu erreichen wäre, wären die völkerrechtspolitischen Folgen auch im Hinblick auf Situationen jenseits des russischen Angriffs auf die Ukraine zu bedenken.

11. So umfasst etwa – um nur ein Beispiel zu nennen - die Definition der Aggression in Art. 8bis Römisches Statut auch

„(...) *jede* gewaltsame Annexion des Hoheitsgebiets eines anderen Staates oder eines Teiles desselben;“

selbst wenn die vorherige Besetzung des fraglichen Gebietes – wie im Fall der Besetzung der Westbank und Ost-Jeruselems durch Israel – in Ausübung des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 UN-Charta erfolgte. Nun muss man sich vor Augen halten,

- dass zum einen der Internationale Gerichtshof (IGH) sich derzeit aufgrund einer Anfrage der UN-Generalversammlung mit der Frage befasst, ob die gegenwärtige Besetzung des palästinensischen Gebietes einschließlich des Siedlungsbaus bereits heute einer *de facto* Annexion gleichkommt,

und

- dass zum anderen eine Vorverfahrenskammer des StIGH im Jahr 2021 bestätigt hatte, dass Palästina jedenfalls für die Zwecke des Römischen Statuts ein Staat ist und dass der StIGH damit für etwaige Kriegsverbrechen auf dem Gebiet Palästinas zuständig ist.

12. Würde aber nunmehr die Zuständigkeit des IStGH für das Verbrechen der Aggression durch eine Vertragsänderung auf Drittstaatsangehörige erstreckt lässt sich die Möglichkeit nicht von der Hand weisen, dass der IStGH dann in der Zukunft auch mit der Strafbarkeit israelischer Staatsangehöriger im Falle einer anzunehmenden *de facto* oder *de jure* Annexion palästinensischen Gebietes befasst würde.

C. Mögliche ad hoc Lösungen

a) durch den UN-Sicherheitsrat

13. Die Schaffung eines *ad hoc* Tribunals für das Verbrechen der Aggression durch den *Sicherheitsrat* auf der Grundlage von dessen Zwangsbefugnissen nach Kap. VII UN-Charta kommt wegen des russischen Vetos (Art. 27 (3) UN-Charta) nicht in Betracht.

b) durch die UN-Generalversammlung

14. Möglich wäre aber, dem Beispiel der Schaffung des Special Court for Sierra Leone folgend, dass die *Generalversammlung* der Vereinten Nationen den UN-Generalsekretär ermächtigt, etwa mit der Ukraine einen völkerrechtlichen Vertrag abzuschließen, der die Schaffung eines solchen Tribunals vorsieht.

15. Es ist schwer abzuschätzen, ob und wenn ja mit welcher Mehrheit, die Generalversammlung ein solches ukrainisches Ansinnen unterstützen würde.

16. Nach Art. 18 UN-Charta kann, sollte nicht von davon auszugehen sein, dass es sich um eine wichtige Frage handelt, die von vorneherein mit 2/3-Mehrheit zu beschließen ist, die Generalversammlung (mit einfacher) Mehrheit beschließen, dass es sich dabei um eine wichtige Frage handelt mit der Folge, dass die Abstimmung dann einer 2/3-Mehrheit der Staaten ‚present and voting‘ bedürfte, wobei Enthaltungen nicht mitgezählt werden.

17. Hinzuweisen ist insoweit auf den Umstand, dass anders als die ersten GV-Resolutionen zum russischen Angriffskrieg (die mit überwältigender Mehrheit mit mehr als 140 Ja-Stimmen angenommen wurde) die letzte Resolution zur Schaffung eines Schadensregisters) mit 94 Ja-Stimmen bei 14 Gegenstimmen, 73 Enthaltungen und 12 nicht an der Abstimmung teilnehmenden Staaten angenommen wurde. Es ist anzunehmen (und es steht zu befürchten), dass eine Resolution zur Schaffung eines vorliegend diskutierten, speziell allein auf den Einzelfall des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine ausgerichteten *ad hoc*-Tribunals eher weniger, denn mehr Zustimmung finden dürfte.

18. Jenseits der notwendigen formalen Mehrheit wirft dies die Frage nach der politischen Unterstützung eines solchen Projekts und dessen damit einhergehenden Maßes an Legitimität auf.

19. Es bleibt abzuwarten, ob die für den 24. Februar 2023 anlässlich des Jahrestages des Beginns des russischen Angriffskrieges geplante Resolution der Generalversammlung bereits *en passant* auf die Möglichkeit eines solches Tribunals hinweisen wird, oder ob die Ukraine darauf verzichtet, um eine möglichst große Mehrheit für diese Resolution nicht zu gefährden.

D. Immunitätsfragen

20. Sollte es zur Schaffung eines ad hoc-Tribunals kommen stellt sich die Frage nach der Immunität russischer Amtsträger und insbesondere die Frage nach der Immunität des russischen Präsidenten und Außenministers.

21. Es ist bis heute praktisch unbestritten, dass amtierende Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister (sog. ‚Troika‘) vor *nationalen* Gerichten eine umfassende, *persönliche* Immunität genießen. Dies wird auch durch die laufenden Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (‚ILC‘) bestätigt.

22. Ob im Hinblick auf andere Amtsträger vor nationalen Gerichten nach Völkergewohnheitsrecht eine Ausnahme von deren *funktioneller* Immunität bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen besteht ist fraglich. Die ILC hat dies in ihren Arbeiten – wenn auch nicht bezogen auf das Verbrechen der Aggression – mit sehr knapper Mehrheit bejaht wobei auch viele westliche Mitglieder, darunter die aus den Vereinigten Staaten, Großbritannien und Deutschland, dies verneinten; zudem blieb offen, ob es sich dabei aus der Sicht der ILC um eine Regel *de lege lata* oder *de lege ferenda* handeln solle. Bis zu Rechtsprechung des BGH in afghanischen und syrischen Folterfällen war auch die Bundesregierung skeptisch.

23. Im Hinblick auf die Immunität vor (echten) *internationalen* Strafgerichten weisen Urteile des Special Court for Sierra Leone und des IStGH auf eine deutliche gewohnheitsrechtliche Entwicklung hin, dass vor ihnen jedenfalls im Hinblick auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen weder eine persönliche noch eine funktionelle Immunität geltend gemacht werden kann. Man wird mit guten Gründen davon ausgehen können, dass dies *mutatis mutandis* auch für das Aggressionsverbrechen gilt.

24. In jedem Fall wird sich die Russische Föderation (als mit der UdSSR völkerrechtlich identischer Staat) entgegenhalten lassen müssen, dass bereits das von

ihr mit ausgearbeitete und ratifizierte Statut des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals gerade auch für das Verbrechen gegen den Frieden keine Immunität gelten ließ und dass das letzte Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches Admiral Dönitz dort unter anderem wegen des deutschen Angriffskrieges angeklagt und verurteilt worden war.

25. Eine solche Ausnahme selbst von der umfassenden persönlichen Immunität der sog. Troika ist aber – wenn überhaupt - nur für genuin internationale Straftribunale erdianzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist insbesondere fraglich, ob ein bloß internationalisiertes ad hoc-Tribunal, welches ukrainische Strafgewalt ausüben würde, Strafverfahren etwa gegen den (amtierenden) russischen Staatspräsidenten und Außenminister durchführen dürfte (so auch BM'in Baerbock in ihrer kürzlichen Rede an der Haager Akademie).

26. Insgesamt spricht damit, will man den Weg hin zu einem ad hoc-Tribunal beschreiten, sehr viel für den Weg über die UN-Generalversammlung sofern mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eine rechtlich und völkerrechtspolitisch ausreichende Mehrheit gesichert werden kann.

E. In absentia-Verfahren

27. Bis zu einem auf absehbare Zeit wenig wahrscheinlichen grundsätzlichen politischen Wandel in der Russischen Föderation wird Russland weder mit dem IStGH noch mit einem etwaigen ad hoc-Tribunal kooperieren; sie ist dazu im Übrigen auch nicht verpflichtet. Damit muss sich ein etwaiges ad hoc-Tribunal entweder auf vorbereitende prozessuale Schritte bis hin zum Erlass von Haftbefehlen beschränken oder aber dessen Statut muss die Möglichkeit von in absentia-Verfahren vorsehen.

0. Das Völkerstrafrecht kennt, wie das Beispiel des vom Sicherheitsrat mit Billigung der Russischen Föderation eingerichtete Special Tribunal for Lebanon bestätigt, kein Verbot von in absentia-Verfahren. Es ist daher eine Frage des politischen Ermessens, ob dies im Statut eine zu schaffenden ad hoc-Tribunals für das Verbrechen der

Aggression vorgesehen werden sollte. Hinzuweisen ist aber auf den Umstand, dass das Römische Statut diese Möglichkeit ausgeschlossen hat.

Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)