

## Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane

*Michael Bothe* \*)

Es geschieht immer wieder, daß Staatsorgane, seien es hohe Würdenträger wie Staatsoberhaupt und Regierungsmitglieder, seien es subalterne Beamte, in die Gewalt eines anderen Staates geraten oder sich begeben, der ihnen Handlungen als strafbar vorwirft, die sie in Ausübung amtlicher Funktionen begangen haben. Die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse sind wohl das am meisten debattierte Beispiel. Aufsehen erregt hat auch der Prozeß gegen den marokkanischen Geheimdienstchef in Paris wegen der Entführung des marokkanischen Exilpolitikers *Ben Barka* und der Prozeß gegen den U2-Piloten *Powers*. Während im letzteren Fall das Recht der Sowjetunion, den Piloten des Spionage-Flugzeugs zu bestrafen, soweit ersichtlich, nicht bestritten wurde und auch kaum bestreitbar ist, ist die Frage des Rechts zur Bestrafung etwa von Militärpiloten, die ohne Absicht den Luftraum eines fremden Staates verletzen, wesentlich schwieriger zu beantworten. Oder wie steht es mit dem Recht zur Bestrafung eines Grenzbeamten, der bei einer Kontrolle einen Schuß über die Grenze abgibt, nach dem Recht seines Heimatstaates rechtmäßig, nach dem Recht des anderen Staates rechtswidrig? Kann ein Diplomat, ein Konsul, ein Botschafts- oder Konsulatsfahrer wegen Verletzung von Verkehrsvorschriften zur Verantwortung gezogen werden, und zwar während seiner Amtstätigkeit oder nach ihrem Ablauf?

Bei der Beantwortung solcher und ähnlicher Fragen sind zwei Probleme zu trennen. Zunächst ist zu fragen, ob die einer bestimmten Person, die Staatsorgan ist oder war, von einem anderen Staat vorgeworfene Tat nach den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln über die Strafhoheit der Staaten überhaupt unter die Strafgewalt des letzteren Staates fällt. Erst wenn diese Frage bejaht wird, ist zu prüfen, ob sich aus dem besonderen Charakter der Tat oder des Täters eine völkerrechtliche Schranke der Strafverfolgung ergibt, weil die Tat Amtshandlung oder der Täter Amtsperson ist.

---

\*) Dr. iur., Referent am Institut.

Die erstere Frage soll im Rahmen dieser Untersuchung zurücktreten. Die Strafgewalt eines Staates ist wohl eindeutig gegeben hinsichtlich Taten, die auf seinem Staatsgebiet oder von seinen Staatsangehörigen begangen werden. Wieweit darüber hinaus eine Bestrafung von Taten, die im Ausland oder auf hoher See die Interessen eines Staates oder seiner Staatsangehörigen verletzen, oder gar solcher Taten, die den eine Tat verfolgenden Staat nicht berühren, völkerrechtlich zulässig ist, mag im einzelnen zweifelhaft sein<sup>1)</sup>. Die folgenden Erörterungen unterstellen, daß in den behandelten Fallkonstellationen diese allgemeine Zulässigkeit der Ausübung von Strafgerichtsbarkeit zu bejahen ist.

### *I. Der Ausschluß der Strafverfolgung wegen der besonderen Qualifikation der Tat*

Die erste nunmehr zu prüfende Frage ist, ob und inwieweit einem Staat die Bestrafung eines Täters völkerrechtlich verwehrt ist, dessen Tat Amtshandlung für einen anderen Staat war. Die Behandlung dieser Frage in Lehre und Praxis ist nicht ganz einheitlich.

Als Ausgangspunkt der These, daß ein Staat die Staatsorgane eines anderen Staates wegen deren Amtshandlungen nicht zur Verantwortung ziehen darf, wird meist der *McLeod-Fall* zitiert<sup>2)</sup>. McLeod wurde vorgeworfen, an einem Überfall beteiligt gewesen zu sein, den ein britisches Expeditionskorps von Kanada aus auf ein in einem amerikanischen Hafen liegendes Schiff unternommen hatte. Deswegen wurde gegen McLeod im Staat New York ein Verfahren wegen Mordes und Brandstiftung eingeleitet. In der diplomatischen Korrespondenz, die sich an eine diesbezügliche britische Demarche angeschlossen, waren sowohl die amerikanische als auch die britische Seite sich darin einig, daß McLeod nicht vor amerikanischen Gerichten zur Verantwortung gezogen werden dürfe, da es sich um eine Aktion des britischen Staates gehandelt habe. Webster, Secretary of State der USA, schrieb aus diesem Anlaß an den Attorney-General:

“That an individual, forming part of a public force, and acting under the authority of his Government, is not to be held answerable as a private trespasser or malefactor, is a principle of public law sanctioned by the usages of all

<sup>1)</sup> Vgl. dazu O'Connell, *International Law* (2. Aufl. 1970), S. 823 ff. mit Nachweisen. Eine solche Frage war beispielsweise Gegenstand des StIGH-Urteils im *Lotus-Fall*, PCIJ Series A, No. 10.

<sup>2)</sup> Jennings, *AJIL* Bd. 32 (1938), S. 92 ff.; Jescheck, *McLeod-Fall*, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch* Bd. 2, S. 492.

nations, and which the Government of the United States has no inclination to dispute. This has no connection whatever with the question, whether, in this case, the attack on the 'Caroline' was, as the British Government think it, a justifiable employment of force for the purpose of defending the British territory from unprovoked attack, or whether it was a most unjustifiable invasion, in time of peace, of the territory of the United States, as this Government regarded it" <sup>3)</sup>).

Die Regel, daß Organen fremder Staaten für ihre Amtshandlungen gerichtliche Immunität zukommt, läßt sich in der Staatenpraxis bis in die neueste Zeit nachweisen.

Die Gerichte einer Reihe von Staaten haben in diesem Sinne entschieden. So heißt es in der Entscheidung des amerikanischen Supreme Court aus dem Jahre 1897 in Sachen *Underhill v. Hernandez*:

"... acts of the defendant were the acts of the Government of Venezuela, and as such are not properly subject to adjudication in the courts of another government" <sup>4)</sup>).

In *Pilger v. United States Steel Corporation et al.* führt der Court of Errors and Appeals of New Jersey aus:

"The Public Trustee is undoubtedly a governmental agency; and, to the extent that his acts are within the scope of the powers vested in him, as such agent, it must be conceded that he is a representative of his government; that suits brought against him for the commission of such acts are, in legal effect, suits brought against the government itself; and that such suits cannot be maintained in the absence of governmental consent" <sup>5)</sup>).

Zitiert sei ferner die Entscheidung eines U. S. District Court in Sachen *Lyders v. Lund*:

"... in actions against the officials of a foreign state not clothed with diplomatic immunity, it can be said that suits based upon official, authorized acts, performed within the scope of their duties on behalf of the foreign state, and for which the state will have to respond directly or indirectly in the event of a judgment, are actions against the foreign state" <sup>6)</sup>).

<sup>3)</sup> Moore, International Law Digest, Bd. 1 (1906), S. 24 ff. Das Gericht des Staates New York, vor dem sich McLeod zu verantworten hatte, hat allerdings den Einwand der Immunität nicht gelten lassen (Hudson, Cases on International Law [1. Aufl. 1929], S. 733 f.) und McLeod später lediglich wegen eines Alibi freigesprochen. Das führte jedoch zu einem Eingreifen des Gesetzgebers im Sinne der Äußerung Webster's (*ibid.*, S. 736 f. Anm. 2).

<sup>4)</sup> 18 S. Ct. Rep. 83 (1897), 85.

<sup>5)</sup> 130 Atl. 523 (1925), 524.

<sup>6)</sup> 32 F. 2nd 308 (1929), 309.

Die Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung lassen sich vermehren<sup>7)</sup>. In einigen der zitierten Fälle wurde allerdings die Immunität im Ergebnis nicht gewährt, da die fragliche Handlung nicht zu den Amtsaufgaben der beklagten Person gehörte<sup>8)</sup> oder der Einwand der Immunität nicht gehörig vorgebracht war<sup>9)</sup>, so z. B. im Falle *Horn v. Mitchell*<sup>10)</sup>, in dem eine *habeas corpus*-Petition eines 1915 in USA inhaftierten und wegen Sprengstoffvergehens angeklagten deutschen Offiziers mit der Begründung abgewiesen wurde, er habe nicht dargetan, seine Handlungen seien von Deutschland genehmigt oder befohlen worden.

Aus der britischen Praxis sei die Entscheidung des englischen Court of Appeal in Sachen *Godman v. Winterton* zitiert, die ein Mitglied eines internationalen Regierungskomitees zur Hilfe für jüdische Emigranten betraf:

“... the committee being a committee of Governments or sovereign states, no action lay against the members of that committee in the English Courts”<sup>11)</sup>.

Ähnlich haben Gerichte der Philippinen<sup>12)</sup> und die gemischten Gerichtshöfe in Ägypten entschieden<sup>13)</sup>. Im gleichen Sinne hat der brasilianische Oberste Gerichtshof die Zuständigkeit der brasilianischen Gerichte zur Bestrafung eines amerikanischen Soldaten verneint, der als Wache eines amerikanischen Lagers im Dienst einen Brasilianer tötete. Das Gericht hob hier zur Begründung wesentlich auf den militärischen, dienstlichen Charakter der Tat ab<sup>14)</sup>.

Auf gleicher Linie liegt die französische Praxis:

In der Entscheidung *Esnault-Pelterie c. The A. V. Roc Ry Ltd.* (1925) führt das Tribunal civil de la Seine aus:

«Attendu, en effet, que la règle de l'indépendance réciproque des Etats doit s'appliquer non seulement aux demandes dirigées contre le gouvernement lui-même, mais encore à celles introduites contre les agents, mandataires ou

---

<sup>7)</sup> *Walthier v. Thompson*, 189 F. Supp. 319 (1960); *Arcaya v. Paez*, 145 F. Supp. 464 (1956), bestätigt durch 244 F. 2d 958 (1957).

<sup>8)</sup> *Arcaya v. Paez*; *Pilger v. United States Steel Corporation*.

<sup>9)</sup> *Lyders v. Lund*.

<sup>10)</sup> 223 Fed. 549 (1915).

<sup>11)</sup> AD 11 (Supp. 1919—1942) case no. 111.

<sup>12)</sup> *Syrnia v. Lopez* ILR 18 (1951) case no. 55; *Johnson v. Major-General Howard M. Turner et al.* ILR 21 (1954), S. 103 f.

<sup>13)</sup> *Ministère Public c. Scordalos* (1944), vgl. dazu *Barton*, BYIL Bd. 31 (1954), S. 355, 358.

<sup>14)</sup> *In re Gilbert*, AD Bd. 13 (1946), S. 86 ff. Ein früher Fall aus der brasilianischen Praxis, der in die gleiche Richtung geht, findet sich bei *Moore*, Digest, Bd. 2 (1906), S. 590: Schußwechsel auf den Straßen einer brasilianischen Stadt bei Verhaftung eines von einem US-Kriegsschiff desertierten Soldaten.

contractants de ce gouvernement, à raison des actes qu'ils accomplissent en cette qualité, ou en vertu des ordres dudit Etat;

Attendu que l'on ne peut, par un moyen détourné, faire juger par un tribunal étranger les agissements d'un autre Etat;

...

Attendu que la conclusion à tirer . . . est que tous les faits relevés à la charge des défendeurs . . . ont été accomplis par eux, en vertu d'une délégation du Gouvernement anglais, d'après les ordres et sous la surveillance dudit Gouvernement anglais lequel a agi dans sa pleine souveraineté; attendu que ces faits ne relèvent que du droit international et sont soustraits, à ce titre, à l'appréciation des tribunaux français»<sup>15</sup>).

In einer anderen Entscheidung heißt es:

«Attendu qu'aux termes de l'assignation, le colonel Vinckier est assigné en tant que commandant les troupes belges du camp du Ruchard; que c'est donc le représentant de l'Etat belge et par suite l'Etat belge lui-même qui est visé en l'espèce; qu'il résulte que, sur ce point, le tribunal doit se déclarer incompétent; . . .»<sup>16</sup>).

Die Beispiele ließen sich auch hier vermehren<sup>17</sup>).

Auch Erklärungen der Staaten bekennen sich zu der Regel der Immunität ausländischer Staatsorgane für ihre Amtshandlungen. So heißt es in einer Demarche der kanadischen Regierung gegenüber den USA wegen eines Prozesses gegen einen kanadischen Konsulatsbeamten:

“(Canada) is not subject to suit . . . without Her consent whether the suit be brought directly against Her or Her Government or by way of suit against an officer of Her Majesty's Government acting in course of his official duties and in Her Majesty's behalf . . .”<sup>18</sup>).

Die gleiche Auffassung kommt im Kommentar der britischen Regierung zu dem Vertragsentwurf der International Law Commission über *special missions* zum Ausdruck, wenn dort gesagt wird, daß Angehörige solcher Mis-

<sup>15</sup>) Kiss, *Repertoire français de droit international public*, Bd. 3 (1964), S. 236.

<sup>16</sup>) *Ibid.*, S. 237.

<sup>17</sup>) *Bernet et autres c. Herrau, Dreyfus-Scheyer et autres* (1880) *ibid.*, S. 238, *Captaine Seabrok c. Société maritime auxiliaire de transports* (1919), *ibid.*, S. 239.

<sup>18</sup>) *Whiteman*, *Digest of International Law*, Bd. 6 (1968), S. 655. (Es handelt sich um das Verfahren *Walthier v. Thompson*, oben Anm. 7). Die gleiche Auffassung vertritt eine vom State Department an den Botschafter der USA in Paris am 31. 8. 1933 gerichtete Instruktion, die den Prozeß gegen einen Beamten des U.S. Department of Agriculture in Paris betrifft (*Hackworth*, *Digest of International Law*, Bd. 2 [1941], S. 472).

sionen jedenfalls soweit Immunität genießen, als die Staatenimmunität (*sovereign immunity*) reicht<sup>19)</sup>.

Auch die wohl überwiegende Auffassung der Lehre anerkennt diese Regel<sup>20)</sup>. Wie aus den angeführten Gerichtsentscheidungen ersichtlich, ist die Regel ein Ausfluß des Gedankens der Staatenimmunität. Da und insoweit ein Staat nicht über Handlungen eines anderen Staates zu Gericht sitzen darf, soll er auch nicht die Staatsorgane des anderen Staates persönlich für diese Handlungen in Anspruch nehmen können<sup>21)</sup>. Diese Lehre wird vielfach als *Act of State*-Doktrin bezeichnet<sup>22)</sup>. Sie darf aber mit der gleichnamigen Doktrin, die die Frage der Nachprüfbarkeit und Anerkennung fremder Hoheitsakte betrifft, nicht verwechselt werden<sup>23)</sup>, obwohl beide Regeln in einer gewissen Beziehung zueinander stehen. Der Gedanke der Staatenimmunität ist allerdings zuvörderst praktisch geworden bei Zivil-, nicht bei Strafverfahren. So beziehen sich die meisten der oben zitierten Entscheide und Erklärungen auf zivilrechtliche Klagen. Die hauptsächliche Ausnahme ist der *McLeod*-Fall, ferner der Fall *Horn v. Mitchell*<sup>24)</sup> und eine brasilianische Entscheidung<sup>25)</sup>. Bei der Entscheidung *Arcaya v. Paez* ging es um üble Nachrede (*libel*), das Verfahren kann vielleicht einem Privatklageverfahren nach deutschem Recht verglichen werden. Die Gründe jedoch, die für die Immuni-

<sup>19)</sup> UN Doc. A/7156, S. 28 (para. 3) und S. 29 (para. 5). Vgl. auch den Kommentar der dänischen Regierung UN Doc. A/7156/Add.1, S. 6 (para. 9). Zum Vertrag über *special missions* vgl. unten Anm. 83 und zugehöriger Text.

<sup>20)</sup> D a h m, Völkerrecht, Bd. 1 (1958), S. 225, 237, 303 f., 325, 338 f., 369; J e n n i n g s, AJIL Bd. 32, S. 94; J e s c h e c k, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), S. 164 f.; M a n n e r, AJIL Bd. 37 (1943), S. 416; K e l s e n, ILQ Bd. 1 (1947), S. 159; K e l s e n / T u c k e r, Principles of International Law, S. 358; V e r d r o s s, Völkerrecht (5. Aufl. 1964), S. 234 f.; League of Nations Committee for the Progressive Codification of International Law, Report of Subcommittee, AJIL Bd. 22 (1928) Spec. Suppl., S. 125 (Rapporteur: M a t s u d a); vgl. auch J e s c h e c k, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch Bd. 2, S. 492.

<sup>21)</sup> D a h m, Völkerrecht Bd. 1, S. 237 (mit Nachweisen), und insbesondere K e l s e n, ILQ Bd. 1, S. 159. Die Ableitung der *Act of State*-Doktrin aus der Staatenimmunität wird insbesondere daran deutlich, daß die Gerichte bei Klagen gegen Staatsorgane häufig fragen, ob die Klage der Sache nach gegen den Staat gerichtet sei, ob der Staat *real party in interest* sei (*Godman v. Winterton*, britischer Court of Appeal, AD 11 [Supp. 1919—1942], case no. 111; *Syrnia v. Lopez*, Oberstes Gericht der Philippinen, ILR 18 [1951], case no. 55; *Johnson v. Major-General Howard M. Turner et al.*, Oberstes Gericht der Philippinen, ILR 21 [1954], S. 103 f.; vgl. auch *Lyders v. Lund* U.S. District Court, California, 32 F. 2nd 308 ff. [1929]).

<sup>22)</sup> M a n n e r, AJIL Bd. 37 (1943), S. 416. D a h m, Zur Problematik des Völkerstrafrechts (1956), S. 40.

<sup>23)</sup> Zum Unterschied beider Versionen der *Act of State*-Doktrin vgl. Z a n d e r, AJIL Bd. 53 (1959), S. 829.

<sup>24)</sup> Siehe oben Anm. 10.

<sup>25)</sup> *In re Gilbert*, AD Bd. 13 (1946), S. 86 ff.

tät angeführt werden, lassen keine Anhaltspunkte dafür erkennen, daß die genannten Grundsätze nur für Zivilklagen gelten sollten. Das Prinzip der Staatenimmunität gilt grundsätzlich im gleichen Umfang für Strafverfahren wie für Zivilverfahren<sup>26)</sup>.

Diese Regel der Gerichtsimmunität fremder Staatsorgane hat jedoch vielfach Kritik erfahren, gerade im Hinblick auf Strafverfahren, und gilt jedenfalls nicht uneingeschränkt. Allgemein anerkannt ist seit längerem, daß sie nicht für Kriegsverrat<sup>27)</sup> und Spionage, überwiegend anerkannt, daß sie auch nicht für sonstige Verletzungen des Kriegsrechts gilt<sup>28)</sup>. Auch als Repressalien lassen sich Ausnahmen von der Regel wohl rechtfertigen<sup>29)</sup>. Diese Regel kam darüberhinaus zu Ende des zweiten Weltkrieges unter heftigen Angriff. Denn sie stellte ein rechtliches Hindernis für die Verfahren gegen deutsche und japanische Staatsorgane vor den Militärgerichten der Alliierten dar. Eine angesehene Meinung, vor allem Kelsen, hält auch wegen dieser Regel die Verfahren der Militärtribunale für völkerrechtswidrig<sup>30)</sup>. Die Angriffe, die gegen die *Act of State*-Doktrin damals in der Lehre erhoben wurden, waren oft sehr allgemeiner Natur. Die Lehre verstieß, so wurde gesagt, gegen Vernunft und Gerechtigkeit<sup>31)</sup>. Es wurde auch gesagt, daß

<sup>26)</sup> Vgl. Seidl-Hohenveldern, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters (1967), S. 918 ff.

<sup>27)</sup> Kriegsverrat ist ein etwas vager Sammelbegriff für eine Reihe von Kriegshandlungen, denen das Element der Heimlichkeit oder Täuschung gemeinsam ist und bei denen die Handelnden, wenn gefangen, nicht die Privilegien des Kriegsgefangenen-Status besitzen, z. B. Teilnahme an Kampfhandlungen, ohne äußere Kennzeichen zu tragen, vgl. Oppenheim-Lauterpacht, *International Law* (7. Aufl. 1952) Bd. 2, S. 422, 425 ff.; Castrén, *The Present Law of War and Neutrality* (1954), S. 86, 155 f.

<sup>28)</sup> Jescheck, *Verantwortlichkeit*, a.a.O. (oben Anm. 20), S. 166; Kelsen, *ILQ* Bd. 1, S. 159. Die Gerichte, die solche Straftaten abzuurteilen hatten, haben sich in diesem Zusammenhang, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich mit der *Act of State*-Doktrin befaßt. Bezüglich des Kriegsverrats wird im allgemeinen als grundlegend angeführt die Entscheidung des U.S. Supreme Court im Falle *Ex parte Quirin et al.*, 317 U.S. 1 (1942), vgl. dazu Baxter, *BYIL* Bd. 28 (1951), S. 339 f. Hinsichtlich der Spionage seien zitiert die Entscheidung *U.S. v. Coplon*, 84 F. Supp. 472 (1949) und die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts im Falle *Vitiano*, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, Bd. 7 (1950), S. 146 ff. In beiden Fällen prüfte das Gericht nur die Frage einer etwaigen diplomatischen Immunität der Täter, die ein Prozeßhindernis gewesen wäre. Da die diplomatische Immunität abgelehnt wurde, wurden die Täter verurteilt. Für die allgemeine Nichtgeltung der *Act of State*-Doktrin bei Verletzungen des Kriegsrechts Dahm, *Problematik*, a.a.O. (oben Anm. 22), S. 28, 45; dagegen Kelsen, a.a.O. (oben Anm. 20), S. 158 ff., und Mannner, a.a.O. (oben Anm. 22).

<sup>29)</sup> Vgl. dazu G. Hoffmann, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht* (1962), S. 138. In diesem Sinne ist wohl auch Keenan/Brown, *Crimes against International Law* (1950), S. 131, zu verstehen.

<sup>30)</sup> Kelsen *ILQ* Bd. 1 (1947), S. 167; vgl. auch Jescheck, *Verantwortlichkeit*, a.a.O., S. 164 ff., 288.

<sup>31)</sup> Glueck, *The Nuremberg Trial and Aggressive War* (1946), S. 58; Glaser,

Voraussetzung der *Act of State*-Doktrin sei, daß der Heimatstaat des straffällig gewordenen Staatsorgans dieses bestrafe<sup>32</sup>). Die Regel könne deshalb dann nicht angewandt werden, wenn eine solche Bestrafung durch den Heimatstaat ausgeschlossen sei. Damit zusammen hängt das Argument, daß, wolle man im Völkerrecht Handlungen nur dem Staat und nicht dem handelnden Individuum zurechnen, eine Lücke in der Strafbarkeit entstehen würde, da ein Staat als juristische Person nicht mit Kriminalstrafen belegt werden könne<sup>33</sup>). Auf Belege aus der Staatenpraxis stützten sich die Angriffe auf die *Act of State*-Doktrin kaum, lediglich auf gewisse Kritik, die in USA an der Auffassung der Regierung im *McLeod*-Fall und auch an einigen Gerichtsentscheidungen geübt worden war<sup>34</sup>). Das Statut des Internationalen Militärtribunals in Nürnberg schloß den Einwand der *Act of State*-Doktrin aus<sup>35</sup>), und das Gericht behandelte ihn recht kurz. Es schob ihn mit Hinweis auf eine amerikanische Entscheidung beiseite, die allerdings einen anerkannten Ausnahmefall von der *Act of State*-Doktrin bestrafte, nämlich Kriegsverrat<sup>36</sup>).

---

Revue de droit pénal et de criminologie, Bd. 31 (1950/51), S. 13. Auch Naturrecht wurde zur Begründung herangezogen, Keenan/Brown, Crimes, a.a.O., S. 130. Ähnlich auch die Argumentation von Drost, The Crime of State, Bd. 1 (1959), S. 311. Vgl. auch Greenspan, The Modern Law of Land Warfare (1959), S. 8 ("Murder is murder in all languages, not excluding the language used between nations").

<sup>32</sup>) Glueck, a.a.O., S. 53 f.; Keenan/Brown, a.a.O., S. 131.

<sup>33</sup>) Graven, RdC Bd. 76 (1950 I), S. 574. Es wurde auch gesagt, die *Act of State*-Doktrin gelte nur für völkerrechtsmäßige Handlungen, Glueck, a.a.O., S. 52; Keenan/Brown, a.a.O., S. 131, dazu unten; vgl. auch Jescheck, Verantwortlichkeit, a.a.O. (oben Anm. 20), S. 165.

<sup>34</sup>) Wright, AJIL Bd. 39 (1945), S. 272 Anm. 75. Die Schweizer Praxis, die als Beleg für eine Aufweichung oder Nichtgeltung der *Act of State*-Doktrin hätte dienen können, blieb, soweit ersichtlich, unbeachtet. Dazu siehe unten.

<sup>35</sup>) Art. 7 des Statuts lautet: »Die amtliche Stellung eines Angeklagten, sei es als Oberhaupt eines Staates oder als verantwortlicher Beamter in einer Regierungsabteilung, soll weder als Strafausschließungsgrund noch als Strafmilderungsgrund gelten«. (Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. 1, S. 12).

<sup>36</sup>) Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, S. 52 f. Das Gericht berief sich auf die Entscheidung *Ex parte Quirin*, oben Anm. 28. Die Urteile der amerikanischen Militärgerichte enthalten nichts, das auf eine generelle Ablehnung der *Act of State*-Doktrin schließen ließe. Eine gründliche Auseinandersetzung mit der Frage findet sich jedenfalls nicht. Im Juristen-Prozeß wird die Jurisdiktion des Gerichts mit der Übernahme der höchsten Gewalt in Deutschland durch die Alliierten begründet und darauf hingewiesen, daß die Jurisdiktion eine durch die deutsche Ausnahmesituation gerechtfertigte Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der staatlichen Souveränität sei (Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Bd. 3 [1951], S. 971). Im Einsatzgruppen-Prozeß wird lediglich als Begründung der Bestrafung durch das Gericht der Sieger aufgeführt, daß der eigene Staat der Angeklagten die Bestrafung unterlassen habe (*ibid.*, Bd. 4 [1950], S. 498). Ebenso summarisch sind die Ausführungen im *Wilhelmstraßen*-Prozeß: "To permit such immunity is to shroud international law in a

Wie auch immer man die Rechtslage zur Zeit des Nürnberger Urteils ansehen mag, man wird doch sagen müssen, daß das Ergebnis, zu dem dieses Gericht gekommen ist, sich alsbald jedenfalls in der hier interessierenden Frage der strafrechtlichen Immunität zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entwickelt hat. Man wird heute zumindest insoweit eine Ausnahme von der *Act of State*-Doktrin annehmen müssen, als die zu beurteilenden Amtshandlungen Straftatbestände sind, wie sie vom Internationalen Nürnberger Militärtribunal abgeurteilt wurden, d. h. Verletzungen des Kriegsrechts und wohl auch Verbrechen gegen den Frieden und die Menschlichkeit<sup>37)</sup>. Eine weitere Ausnahme gilt für die Genozid-Konvention<sup>38)</sup>.

Die entscheidende Frage ist, ob durch diese Abweichungen von der Regel der gerichtlichen Immunität fremder Staatsorgane dieses Prinzip überhaupt oder jedenfalls über die bereits genannten Ausnahmen hinaus aufgehoben ist. Wengler bezeichnet beispielsweise die Regel des *McLeod*-Falls pauschal als »überholt«<sup>39)</sup>. Dahm will eine Ausnahme von der *Act of State*-Doktrin dann annehmen, wenn die zu beurteilende Amtshandlung grob völkerrechtswidrig war. Er schreibt:

»Kein Widerspruch zum Völkerrecht kann sich aber daraus ergeben, daß die örtliche Jurisdiktion dem grob völkerrechtswidrigen Handeln fremder Organe die Anerkennung als einem amtlichen Handeln versagt. Denn die Zuordnung des Hoheitsaktes zu dem Staat, um dessen Organ es sich handelt,

mist of unreality. We reject it and hold that those who plan, prepare, initiate, and wage aggressive wars and invasions violate international law and may be tried, convicted, and punished for their acts" (*ibid.*, Bd. 14 [1952], S. 322).

<sup>37)</sup> Vgl. Hoffmann, Verantwortung, a.a.O. (oben Anm. 29), S. 133 ff. Der Ausschluß der *Act of State*-Doktrin, den Art. 7 des Statuts des Internationalen Militärtribunals aussprach (oben Anm. 35) findet sich wieder im Prinzip III der Formulierung der »Nürnberger Prinzipien« durch die International Law Commission im Jahre 1950, YILC 1950 II, S. 192. Die UN-Generalversammlung hatte bereits in Res. 95 (I) vom 11. 12. 1946 die »Nürnberger Prinzipien« bestätigt. Zu einer Verabschiedung der von der ILC vorgelegten Formulierung kam es dann allerdings nicht. Vgl. Resolution der UN-Generalversammlung 488/V vom 12. 12. 1950. Die Schwierigkeiten, die einer solchen Verabschiedung entgegenstanden, betrafen aber wohl nicht Prinzip III (vgl. Hoffmann, a.a.O., S. 178 ff.). Insbesondere für die Bestrafung von Verbrechen gegen den Frieden bleibt die Frage der Immunität von Staatsorganen problematisch. Denn der Ausschluß dieser Immunität bedeutet, daß die Gerichte einer Konfliktpartei über die Auslegung des Aggressionsbegriffs und die Anwendung des Aggressionsverbots durch die Gegenseite urteilen können. Gerade die Schwierigkeiten einer Definition der Aggression haben aber die UN-Generalversammlung veranlaßt, die Verabschiedung eines Codex der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit vorläufig zurückzustellen (Resolution der UN-Generalversammlung 1186/XII vom 11. 12. 1957).

<sup>38)</sup> Art. IV der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (UNTS Bd. 78, S. 277).

<sup>39)</sup> Wengler, Der Begriff des Politischen im internationalen Recht (1956), S. 20 Anm. 26.

setzt eine entsprechende Rechtsnorm voraus. Wenn aber die Norm, auf der die Beziehung beruht, dem Völkerrecht grob widerspricht, so sind jedenfalls ausländische Staaten nicht völkerrechtlich verpflichtet, sie als Rechtsnorm gelten zu lassen und damit das Handeln des Organs statt ihm persönlich, dem Staat zuzurechnen, auf dessen Befehl oder mit dessen Ermächtigung das Organ seine Tätigkeit ausgeübt hat«<sup>40)</sup>.

Zu dieser Argumentation von Dahm ist zu sagen, daß die *Act of State*-Doktrin gerade auch für völkerrechtswidriges Handeln Anwendung gefunden hat<sup>41)</sup>. In dem dieser Lehre zugrunde liegenden Fall, dem erwähnten *McLeod*-Fall, stand die amerikanische Regierung auf dem Standpunkt, daß die Aktion von Kanada aus völkerrechtswidrig gewesen war<sup>42)</sup>. Auch das Abstellen auf die Gültigkeit der Rechtsnorm, die die Amtshandlung erst zu einer solchen mache, erscheint verfehlt. Für den Charakter einer Handlung als Amtshandlung ist es nicht notwendig, daß diese auf einer gültigen Rechtsnorm beruht. So ist beispielsweise anerkanntermaßen das »amtliche« Handeln eines *de facto*-Staatsorgans als Staatshandlung anzusehen<sup>43)</sup>. Ferner darf nicht verkannt werden, daß dann, wenn man ein bestimmtes Verbrechen nicht als Amtshandlung gelten lassen will, die unmittelbare völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Heimatstaates des handelnden Staatsorgans entfällt<sup>44)</sup>. Andererseits hat das Argument Gewicht, daß Tendenzen des modernen Völkerrechts für eine Einschränkung der *Act of State*-Doktrin sprechen. Wenn es richtig ist, die Staatenimmunität und damit die Immunität der Staatsorgane für Amtshandlungen aus dem Gedanken der Souveränität herzuleiten<sup>45)</sup>, dann könnte man die zahlreichen Beweise einer Auflösung der staatlichen Souveränität, die das heutige Völkerrecht kennt, auch als Gründe für eine Einschränkung der *Act of State*-Doktrin anführen<sup>46)</sup>. Die Einschränkung der staatlichen Souveränität ist für sich allein aber noch

<sup>40)</sup> Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staaten, Festschrift für Nikisch (1958), S. 170. Ebenso Dahm, Problematik, a.a.O. (oben Anm. 22), S. 39 ff.; Wengler, a.a.O., S. 19 f.

<sup>41)</sup> Vgl. oben Anm. 33.

<sup>42)</sup> Vgl. Text zu Anm. 3.

<sup>43)</sup> Dazu ausführlich mit Nachweisen Bothé, Streitkräfte internationaler Organisationen (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 47) (1968), S. 32 f.

<sup>44)</sup> In Frage kommt dann nur eine mittelbare Haftung wegen Nichtverhinderung der Straftat oder wegen Nichtbestrafung des Schuldigen. Eine unmittelbare Haftung des Staates für Privathandlungen seiner Bediensteten gibt es nur im Kriegsfall nach Art. 3 der Haager Konvention über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs von 1907.

<sup>45)</sup> Vgl. dazu im einzelnen Schumann, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 8 (1968), S. 14 ff.

<sup>46)</sup> Das ist der Kern der Argumentation von Glaser, *Revue de droit pénal*, Bd. 31, S. 3 ff., der aber mit der Folgerung aus diesem Gedanken (die *Act of State*-Doktrin wird als Anachronismus bezeichnet) sicherlich zu weit geht.

kein Argument, da es bei der Staatenimmunität im Grunde um die Abgrenzung zweier Souveränitätsbereiche geht<sup>47)</sup>. Ähnliches trifft zu für die Gedanken der Würde und der gegenseitigen Achtung der Staaten. Auch hier taucht die Frage auf, wessen Würde den Ausschlag gibt, die des Gerichtsstaates oder die des auswärtigen Staates.

In diesem Widerstreit der staatlichen Souveränitäten kommt dem Gedanken des Rechtsschutzes des Individuums besondere Bedeutung zu<sup>48)</sup>. Hier läßt sich wohl eine Tendenz erkennen, dem Individuum gegenüber dem Staat in zunehmender Weise Schutz zu gewähren. Auf völkerrechtlichem Gebiet sei hier nur die Europäische Menschenrechtskonvention erwähnt. Auch auf innerstaatlichem Gebiet sind die Staaten mehr und mehr geneigt, sich vor ihren eigenen Gerichten von Individuen zur Verantwortung ziehen zu lassen. Das spricht für eine gewisse Einschränkung der Staatenimmunität und damit der *Act of State*-Doktrin. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, soweit die *Act of State*-Doktrin der Ahndung von Verbrechen gegen das Leben entgegenstehen könnte, die Tendenz des modernen Völkerrechts, dem menschlichen Leben besonderen Schutz angedeihen zu lassen. Hier seien erwähnt Art. 6 des UN Covenant on Civil and Political Rights, die Attentatsklauseln in Auslieferungsverträgen, das Abkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See.

All das liefert gewisse Argumente dafür, daß die Tendenz zur Aufweichung der *Act of State*-Doktrin, deren Markstein die Kriegsverbrecherprozesse nach dem 2. Weltkrieg sind, sich fortsetzt. Andererseits ist es gefährlich, Abweichungen von etablierten Sätzen des Gewohnheitsrechts mit dem Hinweis auf allgemeine Entwicklungstendenzen zu begründen<sup>49)</sup>. Ohne die Erfordernisse einer Rechtsentwicklung gering schätzen zu wollen, wird man eine Änderung der bestehenden Rechtslage wohl nur mit einer Änderung der Staatenpraxis oder allenfalls mit einer klaren Wandlung der allgemeinen Rechtsüberzeugung nachweisen können. Eine klare allgemeine Rechtsüberzeugung läßt sich jedenfalls nicht in einer Form nachweisen, die für konkrete Fälle eine sichere Lösung zuläßt. Die Staatenpraxis auf diesem Gebiet ist, wie auch Dahm zugibt, spärlich<sup>50)</sup>. An dieser Stelle muß aber versucht werden, aus dieser »spärlichen« Staatenpraxis einige Anhaltspunkte für mögliche Einschränkungen der *Act of State*-Doktrin zu gewinnen.

<sup>47)</sup> Schaumann, a.a.O., S. 16.

<sup>48)</sup> Schaumann, a.a.O., S. 19.

<sup>49)</sup> Vgl. Kelsen, ILQ Bd. 1, S. 159: "... such exceptions must be established by special rules of customary or contractual international law".

<sup>50)</sup> Dahm, Problematik, a.a.O. (oben Anm. 22), S. 43.

Als Ausnahmen von der *Act of State*-Doktrin sind in der Praxis anerkannt die Möglichkeit der Bestrafung wegen Spionage und Verletzung des Kriegsrechts. Entsprechendes muß wohl für Verbrechen gegen den Frieden oder die Menschlichkeit gelten<sup>51)</sup>. Ferner zeigt die Staatenpraxis eine deutliche Neigung, für Staatsakte *iure gestionis* keine Immunität zu gewähren<sup>52)</sup>. Diese Einschränkung der Immunität gilt sowohl für Verfahren gegen den Staat selbst wie für solche gegen das handelnde Organ<sup>53)</sup>.

Neben Bestrafung wegen Spionage gibt es eine Reihe weiterer Fälle, in denen Organe eines Staates bestraft wurden, die rechtswidrig eine Amtstätigkeit auf dem Gebiet eines anderen Staates ausübten.

Die Schweiz erließ im Jahre 1935 einen Bundesbeschluß, der die Vornahme von Amtshandlungen für ausländische Staaten auf Schweizer Gebiet ohne Schweizer Genehmigung generell unter Strafe stellte<sup>54)</sup>. Gemäß dieser Bestimmung wurde beispielsweise ein deutscher Wirtschaftsprüfer bestraft, der im Auftrag einer deutschen Devisenbehörde in der Schweiz bei einer Schweizer Firma eine Betriebsprüfung vornahm<sup>55)</sup>. Über die Frage einer möglichen Staatenimmunität sagt das Schweizer Bundesgericht in seinem Urteil nichts. Daß andere Staaten gegen das Gesetz oder Deutschland gegen die Verurteilung protestiert hätten, konnte nicht festgestellt werden<sup>56)</sup>.

Eine dem genannten Bundesratsbeschluß entsprechende Regelung ist nunmehr in Art. 271 des schweizerischen Strafgesetzbuches enthalten. Er lautet:

- »1. Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt, wer solchen Handlungen Vorschub leistet, wird mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft.
2. Wer jemanden durch Gewalt, List oder Drohung ins Ausland entführt, um ihn einer fremden Behörde, Partei oder anderen Organisationen zu über-

<sup>51)</sup> Siehe oben Anm. 37 und zugehöriger Text.

<sup>52)</sup> Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 15, 25 ff. und 16, 27 ff.

<sup>53)</sup> Seidl-Hohenveldern, in: Gedächtnisschrift für Peters, S. 922.

<sup>54)</sup> Amtliche Sammlung Bd. 51 (1935), S. 482. Zur Geschichte dieser Bestimmung vgl. eingehend Outry, Verletzung schweizerischer Gebietshoheit durch verbotene Handlungen für einen fremden Staat (1951), S. 37 ff.

<sup>55)</sup> Entscheidungen des Bundesgerichts (BGE) 65 I (1939), 39 ff.

<sup>56)</sup> In den Debatten der schweizerischen Bundesversammlung sind völkerrechtliche Bedenken gegen das Gesetz, soweit ersichtlich, nicht erhoben worden. Es ist in diesem Zusammenhang allerdings interessant festzustellen, daß das Gesetz nach dem Willen seiner Schöpfer, freilich nicht ausschließlich, auf einen anerkannten Ausnahmefall von der *Act of State*-Doktrin gemünzt war, nämlich auf Spionage, weswegen es auch Spitzelgesetz genannt wurde, vgl. Sten.Bull. der schweizerischen Bundesversammlung, Ständerat Bd. 45 (1935), S. 219 ff., Nationalrat Bd. 45 (1935), S. 213 ff.

liefern oder einer Gefahr für Leib und Leben auszusetzen, wird mit Zuchthaus bestraft.

3. Wer eine solche Entführung vorbereitet, wird mit Zuchthaus oder Gefängnis bestraft«.

Diese Bestimmung steht in Zusammenhang mit weiteren Strafbestimmungen für Handlungen, die auch oder sogar hauptsächlich von fremden Staatsorganen begangen werden können, so das völkerrechtswidrige Eindringen auf Schweizer Gebiet (Art. 269), Spionage (Art. 272—274), subversive Propaganda (Art. 275 *bis*) und das Komplott zur Begehung dieser Taten (Art. 275 *ter*). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang besonders Art. 271 Abs. 2, der die Entführung zum Zwecke der Auslieferung an eine fremde Macht unter Strafe stellt<sup>57</sup>). Vor Erlaß dieser Bestimmung wurde 1939 ein deutscher Gestapo-Agent, Wesemann, wegen Freiheitsberaubung nach Basler Kantonsrecht verurteilt, der offenbar im Auftrag höchster deutscher Stellen die Entführung des deutschen Staatsangehörigen Jakob aus der Schweiz organisiert hatte<sup>58</sup>). Deutscherseits wurden gegen dieses Verfahren, soweit ersichtlich, Einwände nicht erhoben.

Nicht ganz einheitlich und schwierig zu beurteilen ist die Praxis bezüglich der sog. *aerial intrusion*. Aus der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen werden einige Fälle berichtet, in denen Deutschland die Piloten polnischer und französischer Militärflugzeuge, die versehentlich in den deutschen Luftraum eingedrungen waren, wegen unerlaubten Grenzübertritts bestraft hat<sup>59</sup>). Eine Reaktion Polens oder Frankreichs hierauf ist dem Verfasser nicht bekannt. Im Jahre 1951 bestrafte Ungarn die Mannschaft eines Militärflugzeugs der USA mit hohen Geldstrafen, das ohne Absicht nach Ungarn eingeflogen war<sup>60</sup>). Gegen dieses Verfahren hat die USA energisch protestiert. In der Protestnote der USA heißt es:

“The detention, trial and conviction of airmen in the circumstances of the case constitute a flagrant and manifest denial of justice in that:

...

c) The trial of the accused by military court and under military procedure was without legal authority and the court was without jurisdiction to try them . . . ”<sup>61</sup>).

Das kann man, nach dem Zusammenhang, als eine Behauptung der Verlet-

<sup>57</sup>) Diese Bestimmung ist aber keineswegs nur auf Täter anwendbar, die für einen Staat, eine Partei u. ä. handeln, BGE 80 IV, 154 ff.

<sup>58</sup>) Rousseau, RdC Bd. 73 (1948 II), S. 228, Outry, a.a.O. (oben Anm. 54), S. 72 ff.

<sup>59</sup>) Lissitzyn, AJIL Bd. 47 (1953), S. 565 f. Anm. 30.

<sup>60</sup>) Lissitzyn, *ibid.*, S. 581 ff.

<sup>61</sup>) *Ibid.*, S. 584.

zung von einschlägigen ungarischen Rechtsnormen, aber vielleicht auch als eine Berufung auf die Gerichtsimmunität der Piloten als Staatsorgane verstehen. Ein amerikanischer Kommentator, Lissitzyn, lehnt eine solche Auslegung allerdings ab<sup>62</sup>). Freilich ist die Praxis der Staaten zur *aerial intrusion* insgesamt schwer überschaubar, und auf ein solches Gesamtbild käme es hier angesichts der Häufigkeit solcher Fälle wohl an. Denn es gibt auf der anderen Seite offenbar eine Reihe von Fällen, in denen nicht gestraft wurde<sup>63</sup>).

Im Jahre 1963 verurteilte der Bundesgerichtshof einen Angehörigen des sowjetischen Geheimdienstes, *Staschynskij*, wegen Beihilfe zum Mord, der auf dem Gebiet der BRD in amtlichem sowjetischen Auftrag zwei Exilpolitiker getötet hatte<sup>64</sup>). Das Problem einer möglichen Immunität wegen der *Act of State*-Doktrin wurde von dem Gericht nicht behandelt<sup>65</sup>).

1966/67 wurde vor einem Schwurgericht in Paris ein Strafverfahren gegen den Chef des marokkanischen Geheimdienstes, Dlimi, und den marokkanischen Innenminister, Ufkir (letzteres als Kontumazverfahren), durchgeführt<sup>66</sup>). Ihnen und einer Reihe weiterer Personen wurde vorgeworfen, in Paris an der Entführung und möglichen Ermordung des marokkanischen Exilpolitikers *Ben Barka* beteiligt gewesen zu sein. Die marokkanische Regierung hat zwar gegen dieses Verfahren protestiert, ihre Argumentation dabei aber, soweit feststellbar, nicht auf die *Act of State*-Doktrin gestützt. Die einzige feststellbare Äußerung, die man als Geltendmachung dieser Doktrin betrachten könnte, ist die Bemerkung des marokkanischen Sultans, ein Strafverfahren gegen einen seiner Minister sei »undenkbar«<sup>67</sup>). Im übrigen stützte Marokko seine Argumentation nur auf den französisch-marokkanischen Rechtshilfe-Vertrag<sup>68</sup>), und nur zu diesem haben sich die französischen Gerichte geäußert<sup>69</sup>).

In allen diesen Fällen, mit Ausnahme der Fälle der Militärflieger, könnte man die Bestrafung auch bei einer vollen Geltung des Prinzips der strafrechtlichen Immunität für Amtshandlungen wohl kaum für unzulässig halten. Sie wäre wohl als Repressalie eine angemessene Reaktion auf eine grobe Verletzung der staatlichen Souveränität, auf eine vorangegangene schwere

<sup>62</sup>) *Ibid.*, S. 584.

<sup>63</sup>) *Ibid.*, S. 569 ff. Vgl. auch Rousseau, RGDIP Bd. 66 (1962), S. 588 ff.

<sup>64</sup>) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 18, 87 ff.

<sup>65</sup>) Vgl. dazu Seidl-Hohenveldern, a.a.O. (oben Anm. 26), S. 921 Anm. 37.

<sup>66</sup>) Keesings AdG 12344 B, 12416 C, 12780 B, 12856 A, 13222 A.

<sup>67</sup>) Interview des Königs Hassan, *Le Monde* vom 29. 10. 1966, S. 5.

<sup>68</sup>) *Le Monde* vom 6. 9. 1966, S. 5. Vgl. auch den Text der französischen Note, *Le Monde* vom 25. 1. 1966, S. 3.

<sup>69</sup>) *Le Monde* vom 16. 11. 1966, S. 10, und vom 2. 11. 1966, S. 10.

Verletzung der Territorialhoheit des strafenden Staates. Gerade dieser Punkt ist bei den sog. *aerial intruders* zweifelhaft, die Staatenpraxis ist hier denn auch alles andere als einheitlich<sup>70)</sup>. Die Frage ist, ob man die schweizerische Regelung und die angeführten Fälle von Bestrafungen lediglich als Repressalienfälle behandeln will<sup>71)</sup> oder ob man aus ihnen allgemein den Grundsatz ableiten will, daß die Immunität im Falle grober Verletzung der Territorialhoheit des strafverfolgenden Staates nicht zu gewähren ist. Diese Frage kann, wiewohl das völkerrechtliche Ergebnis jeweils das gleiche, nämlich Zulässigkeit der Bestrafung ist, erhebliche praktische Bedeutung haben, besonders im innerstaatlichen Recht, wie noch zu zeigen sein wird. Die Praxis scheint eher dafür zu sprechen, hier eine Ausnahme von der Regel der Immunität anzunehmen. Soweit ersichtlich, ist in den aufgeführten Fällen gestraft worden, ohne daß sich der strafende Staat auf ein Recht zur Repressalie berufen hätte. Miele will die Nichtverfolgbarkeit von Amtshandlungen, die *immunità funzionale*, bei Amtshandlungen auf fremdem Staatsgebiet auf die Fälle beschränkt wissen, in denen dem handelnden Organ der Aufenthalt auf dem fremden Gebiet gestattet war<sup>72)</sup>. Das würde diese Immunität in die Nähe der vertraglich gewährten Immunität rücken, sie wäre sozusagen in der Zulassung des Organs impliziert, eine Konstruktion, die auch zur Begründung der Staatenimmunität im allgemeinen aufgeführt wird<sup>73)</sup>, sicherlich aber zu unrecht, denn diese These verkennt die gewohnheitsrechtliche Geltung der Staatenimmunität<sup>74)</sup>. Nach der Konstruktion von Miele könnten Militärflieger auch bei fahrlässigen Grenzverletzungen, die man nicht als grobe Verletzung der staatlichen Souveränität ansehen kann, stets bestraft werden, ein Ergebnis, das in der Staatenpraxis jedenfalls nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit belegbar ist und

<sup>70)</sup> Gerade darum könnte in einer genaueren Analyse der Staatenpraxis zum Problem der *aerial intrusion*, die aber den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde, ein wesentlicher Schlüssel zum hier untersuchten Problem liegen. Hier wäre insbesondere die Praxis der Behandlung privater Luftfahrzeuge zu vergleichen.

<sup>71)</sup> Dabei könnte auch der Schutz der ständigen Neutralität der Schweiz eine gewisse Rolle spielen.

<sup>72)</sup> Miele, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri* (1961), S. 9, 163 f.; ähnlich Hyde, *International Law*, Bd. 1 (1947), S. 820 ff. Hyde will eine Immunität für militärische Diensthandlungen anerkennen in dem Fall, daß ein Staat der Anwesenheit fremder Truppen zugestimmt hat oder für diese Anwesenheit sonst ein völkerrechtlicher Rechtstitel besteht. Nach seiner Ansicht kommt es im *McLeod*-Fall darauf an, ob die britische Kommando-Aktion, an der McLeod beteiligt war, völkerrechtswidrig war oder nicht. Die Rechtmäßigkeit der Anwesenheit eines fremden Staatsorgans ist zu unterscheiden von der Frage der Völkerrechtmäßigkeit der Amtshandlung, die Dahm und Wengler als Voraussetzung der Immunität fordern.

<sup>73)</sup> Vgl. Gmür, *Gerichtbarkeit über fremde Staaten* (1948), S. 88 ff.

<sup>74)</sup> Schumann, *Berichte*, a.a.O. (oben Anm. 45) H. 8, S. 10.

vielleicht etwas zu weit geht. Richtig an dem Gedanken Mieses ist aber sicherlich, und insoweit erscheint er durch die Staatenpraxis gedeckt, daß für Amtshandlungen, die eine grobe Verletzung der Territorialhoheit eines Staates darstellen, von diesem Staat keine strafrechtliche Immunität zu gewähren ist. Das bedeutet, daß die eingangs zitierte Auffassung der amerikanischen Regierung im *McLeod*-Fall heute in dieser Allgemeinheit nicht mehr zutrifft. Möglicherweise müßte man aber heute den *McLeod*-Fall unter Anwendung kriegsrechtlicher Regeln lösen, nämlich des Prinzips, daß Gefangene nicht wegen der Teilnahme an Kampfhandlungen bestraft werden dürfen, soweit sie nicht kriegsrechtliche Verbote verletzen. Eine solche Anwendung kriegsrechtlicher Regeln auch auf militärische Operationen kleinen Ausmaßes unter Aufrechterhaltung des allgemeinen Friedenszustandes zwischen den Parteien entspricht wohl dem heutigen Stand des Völkerrechts<sup>75</sup>). Dies reicht aber über die hier behandelte Frage der Nichtverfolgbarkeit von Amtshandlungen fremder Staaten hinaus.

Für diese Frage ist festzuhalten, daß heute für Amtshandlungen, die eine grobe Verletzung der Territorialhoheit eines Staates darstellen, eine strafrechtliche Immunität nicht zu gewähren ist.

Ob man darüber hinaus das Urteil des BGH und die *Ben Barka*-Affäre im Sinne einer Ausnahme von der *Act of State*-Doktrin bei Verbrechen gegen das Leben ansehen kann, erscheint äußerst zweifelhaft. Wenn sich die Tätigkeit eines Staates in seinem eigenen Hoheitsbereich vollzieht und erschöpft, hat er wohl stets Anspruch darauf, daß seine Organe nicht vor die Gerichte eines anderen Staates gestellt werden. Hier steht der Tendenz des Völkerrechts zum Schutz des menschlichen Lebens eine andere, wenn auch nicht unbestrittene und allgemeine Tendenz entgegen, nämlich die Hoheitsakte anderer Staaten insoweit als gültig anzuerkennen, als sie im fremden Hoheitsbereich vollzogen sind<sup>76</sup>). Wenn darum beispielsweise ein Ausländer vom Geheimdienst des Staates, in dem er sich aufhält, umgebracht wird, dann kann der Heimatstaat des Ausländers den Täter nicht bestrafen<sup>77</sup>).

---

<sup>75</sup>) Dazu eingehend *Bothe*, *Le Droit de la Guerre et les Nations Unies* (Etudes et Travaux de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, No. 5) (1967), S. 149 ff. In die gleiche Richtung geht bereits die Entscheidung eines texanischen Gerichts in *Arce v. State* (202 S.W. 951 [1918]). In diesem Verfahren waren mexikanische Soldaten wegen Totschlags angeklagt, die US-Soldaten im Kampf getötet hatten. Ein formeller Kriegszustand bestand zwischen USA und Mexiko nicht. Das Gericht hält seine Jurisdiktion nicht für gegeben, da es sich um *acts of warfare* handle.

<sup>76</sup>) Vgl. *Geck*, »Anerkennung fremder Hoheitsakte«, in: *Strupp-Schlochauer*, Wörterbuch Bd. 1, S. 56, siehe auch *Baye*r, *ZaöRV* Bd. 25 (1965), S. 48 f.

<sup>77</sup>) Derartige wurde beispielsweise anlässlich der *Schwirkmann*-Affäre (Attentat gegen einen Angehörigen der Botschaft der BRD in Moskau) vermutet, *Keesings AdG* 11455 A, 11496 A.

Eine solche Bestrafung konnte jedenfalls in der Staatenpraxis nicht festgestellt werden. Die Rechtfertigung hierfür muß wohl in der Tatsache gesehen werden, daß die Staatenpraxis generell an der Immunität für hoheitliches Handeln festhält<sup>78)</sup>.

Zu fragen ist dann, ob man einen Mord oder Sabotage-Akte als hoheitliches Handeln ansehen kann. Man mag zögern, einen Mord als Ausfluß des *ius imperii* zu bezeichnen. Dabei ist jedoch folgendes zu bedenken: Daß die Tötung eines Menschen Amtshandlung sein kann, ist nicht zweifelhaft. Es sei nur hingewiesen auf die Vollstreckung eines Todesurteils, Kampfhandlungen im Kriege, Waffengebrauch der Polizei gegen einen flüchtigen Verbrecher. Gerade vom letztgenannten Beispiel dürfte die Grenze zur vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung rechtlich wie tatsächlich fließend sein. Man denke an die Problematik des sog. Schießbefehls in der DDR. Auch die Verwerflichkeit einer Tat besagt nichts gegen ihren Charakter als Amtshandlung. Wollte man besonders verwerfliche Taten nicht als Amtshandlungen ansehen, so entfielen die unmittelbare völkerrechtliche Haftung des Staates gerade dafür. Daß von Staats wegen viel Verwerfliches geschehen ist und noch geschieht, ist notorisch. All das nicht als Amtshandlung akzeptieren zu wollen, hieße einem überholten Prinzip des "The King can do no wrong" huldigen. Ein Mord muß als Amtshandlung angesehen werden, wenn er von einem Amtsträger in Verfolgung staatlicher Zwecke begangen wird, z. B. zur Beseitigung eines »Staatsfeindes«. Anders wäre ein Mord anzusehen, der lediglich bei Gelegenheit der Ausübung einer Amtstätigkeit begangen wird. Kann man also einen Mord als Amtshandlung ansehen, bleibt die Frage, zu welcher Kategorie von Amtshandlungen er einzuordnen ist, ob er eine Handlung *iure gestionis* oder *iure imperii* ist. Hierbei kommt es auf die Art der Staatstätigkeit an, in deren Verfolgung die Tat geschieht. Die Aufrechterhaltung der staatlichen Sicherheit durch Polizei, Geheimdienst und ähnliche Organe dürfte wohl nach allgemeiner Auffassung stets dem hoheitlichen Bereich der Staatstätigkeit zuzuordnen sein. In diesem Bereich sind Morde u. ä. am ehesten als Amtshandlungen denkbar. Im Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit sind solche Fälle schwerer vorstellbar. Wenn ein Amtsträger, der mit wirtschaftlicher Staatstätigkeit betraut ist, einen Mord begeht, kann vermutet werden, daß lediglich eine Tat bei Gelegenheit der Amtstätigkeit, nicht eine Amtshandlung vorliegt.

Soweit danach eine Handlung, auch ein Mord oder ein anderes schweres Verbrechen gegen das Leben, sich als Amtshandlung *iure imperii* darstellt, greift der Grundsatz der Staatenimmunität ein. Der Amtsträger braucht sich

---

<sup>78)</sup> Vgl. Schumann, a.a.O. (oben Anm. 45) H. 8, S. 78.

nicht vor den Gerichten eines anderen Staates zu verantworten. Dies gilt sicherlich, soweit der Amtsträger auf dem Gebiet seines Staates handelt und der Erfolg auch auf diesem Gebiet eintritt. Zweifelhaft sind Fälle, in denen eine Handlung über die Grenze hinüberwirkt, z. B. es wird ein Schuß über die Grenze abgegeben, es wird einem untergeordneten Organ der Befehl zu einem Mord, zur Sabotage auf fremdem Staatsgebiet gegeben. Könnten beispielsweise die sowjetischen Befehlshaber des Mordgehilfen im *Staschynskij*-Fall vor deutschen Gerichten verantwortlich gemacht werden? Staatenpraxis, die eine solche Fallgestaltung decken würde, ist dem Verfasser nicht bekannt. Angesichts des Festhaltens der Staatenpraxis an der Staatenimmunität für Akte *iure imperii* scheint es aber kaum angemessen, eine Ausnahme von dieser Regel ohne Beleg in der Staatenpraxis anzunehmen<sup>79</sup>). Bei der relativ häufig vorkommenden Ausnahme von der *Act of State*-Doktrin, der Spionage, sind soweit ersichtlich nur Fälle der Bestrafung der Spione, nicht der ausländischen Befehlshaber bekannt geworden. Der *Ben Barka*- und der *Staschynskij*-Fall haben viel Gemeinsames mit diesen Spionage-Fällen. In dem Fall des Befehls zu Mord, Sabotage, Spionage würde die Durchführung eines Strafverfahrens gegen die handelnden Staatsorgane durch einen ausländischen Staat Beweisaufnahme über Regierungsinterna des anderen Staates verlangen, wogegen zumindest praktische Bedenken sprechen. Solange das ausländische Staatsorgan im Ausland handelt, unterliegt es wegen seiner Amtshandlungen darum wohl auch nicht der Strafgewalt eines anderen Staates, in dem diese Handlungen Wirkungen erzeugen.

Da die durch die *Act of State*-Doktrin gewährte Befreiung von der Gerichtsbarkeit den Staat davor schützen soll, daß ein anderer Staat über seine Amtshandlungen zu Gericht sitzt, gilt die Befreiung auch ohne Rücksicht darauf, ob die als Staatsorgan handelnde Person zu dem Zeitpunkt, in dem ein gerichtliches Verfahren gegen sie in Frage steht, noch das gleiche oder ein anderes öffentliches Amt innehat<sup>80</sup>). Die Wiener Konventionen über

---

<sup>79</sup>) In der Schweizer Lehre nimmt man allerdings an, daß Teilnahme und Vorbereitungshandlungen zu Straftaten nach Art. 271 Schweizerisches StGB, wie etwa die Erteilung von Instruktionen an den in der Schweiz handelnden Täter, auch dann in der Schweiz bestraft werden können, wenn sie im Ausland vorgenommen wurden (O u t r y, a.a.O. [oben Anm. 54], S. 51; S c h w a n d e r, Das Schweizerische Strafgesetzbuch [1952], S. 360). Angesichts des ausgesprochenen Repressaliencharakters des Art. 271 und der ihm vorangegangenen Bestimmung (der Bundesbeschuß von 1935 war Reaktion auf eine Reihe von Verletzungen der schweizerischen Gebietshoheit insbesondere durch Nachbarstaaten der Schweiz; völkerrechtsmäßige Amtshandlungen fallen nicht unter die Bestimmung) wird diese Auffassung im Einzelfall wohl kaum zu völkerrechtswidrigen Ergebnissen führen. Praktisch ist diese Frage, soweit ersichtlich, in der Schweiz noch nicht geworden.

<sup>80</sup>) D a h m, Völkerrecht, Bd. 1, S. 303 (für das Staatsoberhaupt).

diplomatische<sup>81)</sup> und konsularische<sup>82)</sup> Beziehungen und der Vertrag über "Special Missions"<sup>83)</sup> bestätigen dies. Die Immunität der durch die Abkommen geschützten Personen erlischt grundsätzlich mit Beendigung ihrer Mission. Lediglich für Amtshandlungen bleibt sie fortbestehen.

## II. Der Ausschluß der Strafverfolgung wegen der besonderen Qualifikation des Täters

Ohne Rücksicht auf den Charakter der Tat kann einem Staat die Bestrafung eines Täters völkerrechtlich verwehrt sein, wenn dieser persönliche Immunität besitzt. Allgemeine persönliche Immunität genießen kraft Völkerrechts grundsätzlich nur zwei Kategorien von Personen: ausländische Staatsoberhäupter und Diplomaten<sup>84)</sup>. Bereits für Konsuln ist die strafrechtliche Immunität nicht unbeschränkt<sup>85)</sup>. Auch eine allgemeine Immunität von Regierungsmitgliedern auswärtiger Staaten besteht nicht<sup>86)</sup>. Allgemein angenommen wird eine Immunität solcher Ausländer, die zur Erfüllung eines zwischenstaatlichen Auftrages in einem Land weilen. Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, daß sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung der Staaten gebildet hat, daß solchen Emissären Immunität zu gewähren sei<sup>87)</sup>. Streitig ist jedoch der gewohnheitsrechtliche Umfang der Immunität. Das hat sich insbesondere an der Reaktion der Regierungen der UN-Mitgliedstaaten auf den von der International Law Commission vorgelegten Entwurf des Abkommens über *special missions* gezeigt. Einigkeit scheint jedoch insofern zu bestehen, als solchen Emissären, seien es Regierungsmitglieder in offizieller Mission, seien es subalterne Beamte, die sich zur Besprechung von technischen Detailfragen in ein anderes Land begeben, diejenige Immunität zu gewähren sei, die sie zur Erfüllung ihrer Funktionen benötigen<sup>88)</sup>. Dazu

<sup>81)</sup> Art. 39 Abs. 2.

<sup>82)</sup> Art. 53 Abs. 4.

<sup>83)</sup> Art. 43 Abs. 2, Res. der UN-Generalversammlung 2530 (XXIV) Annex.

<sup>84)</sup> Verosta, »Exterritorialität«, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch Bd. 1, S. 500 f.

<sup>85)</sup> Art. 41 und 43 der Wiener Konvention über konsularische Beziehungen.

<sup>86)</sup> So hätte sich offenbar die französische Regierung in der *Ben Barka*-Affäre aus Rechtsgründen nicht gehindert gesehen, den marokkanischen Innenminister bei Vorliegen eines entsprechenden Ermittlungsergebnisses in Paris zu verhaften, vgl. die Aussage des französischen Innenministers im *Ben Barka*-Prozeß, *Le Monde* vom 11. 10. 1966, S. 8.

<sup>87)</sup> Vgl. bereits Oppenheim-Lauterpacht, Bd. 1, S. 862.

<sup>88)</sup> Bartoš, Report on Special Missions, YILC 1964 II, S. 111; vgl. auch Yassen, YILC 1967 I, S. 7. Der japanische Regierungskommentar zum Entwurf der ILC möchte die Immunität der *special missions* weitgehend der konsularischen angleichen, UN

gehört nach allgemeiner Auffassung eine weitgehende persönliche Unverletzlichkeit<sup>89)</sup>. Es kann jedoch nicht mit Sicherheit gesagt werden, daß für solche Emissäre stets volle Immunität von der Strafgerichtsbarkeit gewährt werden muß. Die Regelung des Abkommens über *special missions* ist in diesem Sinn<sup>90)</sup>, aber es kann nicht gesagt werden, daß es insofern Gewohnheitsrecht kodifiziert.

Voraussetzung für die Gewährung dieser funktionsbezogenen Immunität ist, daß die zu privilegierende Person sich in Erfüllung eines zwischenstaatlichen Auftrages im Ausland aufhält. Es muß sich um eine Mission von Staat zu Staat, von Regierung zu Regierung handeln<sup>91)</sup>. Darum will beispielsweise der Berichterstatter der International Law Commission über *special missions* gemischte Staats- und Parteidelegationen, wie sie zwischen sozialistischen Staaten ausgetauscht werden, nicht unter die von dem Abkommen erfaßten Missionen zählen<sup>92)</sup>.

Es sei hinzugefügt, daß es für die Gewährung dieser funktionsbezogenen Immunität nicht darauf ankommt, ob der Emissär im öffentlichen Dienst seines Heimatlandes beschäftigt ist. Allein ausschlaggebend ist der Charakter seiner Mission. So genießt ein Privatmann, der im Auftrag seiner Regierung im Ausland mit einem anderen Staat Verhandlungen führt, diese funktionsbezogene Immunität<sup>93)</sup>, nicht jedoch ein ausländisches Regierungsmitglied, das sich beispielsweise zum Urlaub in einem anderen Land befindet. Auch Mitglieder ausländischer Streitkräfte genießen gewohnheitsrechtlich Immunität nur für Amtshandlungen<sup>94)</sup>, sieht man einmal von der be-

---

Doc. A/7156, S. 15 f., 19 = GAOR, 23rd session, Annexes, agenda item 85, S. 6. Der Kommentar der britischen Regierung meint, es gäbe keine klare (Hervorhebung des Verf.) Regel des Gewohnheitsrechts über die Immunität von *special missions*, will aber offenbar solche Immunitäten akzeptieren, die notwendig sind "to enable missions to discharge their functions effectively", GAOR, a.a.O., S. 8. Sowohl die britische als auch die französische Regierung wollten die strafrechtliche Immunität auf *official acts* beschränkt sehen, GAOR, a.a.O.

<sup>89)</sup> Bartoš, a.a.O., S. 111. Vgl. auch Oppenheim-Lauterpacht, a.a.O. Folgt man der japanischen Auffassung (siehe vorige Anm.), wäre jedoch beispielsweise die Verhaftung des Mitglieds einer *special mission* wegen eines schweren Verbrechens möglich (Art. 41 der Wiener Konvention über konsularische Beziehungen).

<sup>90)</sup> Delegationsleitern und diplomatischem Personal wird volle Immunität von der Strafgerichtsbarkeit gewährt (Art. 31), technischem und Verwaltungspersonal nur Immunität für Amtshandlungen (Art. 36).

<sup>91)</sup> Report of the ILC, GAOR 20th session, Suppl. 9, S. 12.

<sup>92)</sup> Bartoš, a.a.O. (oben Anm. 88), S. 89.

<sup>93)</sup> Bartoš, a.a.O. (oben Anm. 88), S. 88.

<sup>94)</sup> Vgl. dazu Bothe, Streitkräfte, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 95 ff., 99. Etwas weiter geht die Auffassung von Panebianco, *Giurisdizione interna e immunità degli stati stranieri* (1967), S. 192.

sonderen gewohnheitsrechtlichen Stellung der Kriegsschiffe ab, wo noch der Gedanke des »schwimmenden Territoriums« wirkt<sup>95)</sup>.

Gerade die Stellung solcher Staatsorgane, bei denen eine gewohnheitsrechtliche persönliche Immunität nicht oder nur in zweifelhaftem Umfang besteht, ist darum immer wieder eingehend vertraglich geregelt worden. Dies ist insbesondere der Fall für Streitkräfte<sup>96)</sup> und für ständige Vertretungen von Staaten, die nicht diplomatischen oder konsularischen Charakter haben, wie z. B. Handelsmissionen oder die Israel-Mission in der BRD vor der Aufnahme diplomatischer Beziehungen.

### III. Sonstige Gründe für den Ausschluß der Strafverfolgung

Mit den geschilderten Regeln sind die völkerrechtlichen Verbote der Strafverfolgung von Staatsorganen nicht erschöpfend dargestellt. Im Einzelfall können hier auch weitere allgemeine Regeln des Völkerrechts eine Rolle spielen. Hier ist insbesondere an den Grundsatz von Treu und Glauben in der Ausformung des *estoppel*-Prinzips zu denken. Zwei Fallkonstellationen kommen in Betracht. Zunächst kann eine bestimmte Tat zu zwischenstaatlichen Protesten, Demarchen und Verhandlungen geführt haben. Wenn auf diesem Wege der Fall seine Erledigung gefunden hat, dann dürfte wohl grundsätzlich ein späteres Wiederaufrollen des Falles durch Bestrafung des fremden Staatsorgans unzulässig sein, auch wenn ein vertraglicher Abschluß des Vorgangs nicht vorliegt. Voraussetzung wäre allerdings, daß der strafverfolgende Staat deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er keine Ansprüche mehr zu erheben gedenkt, etwa durch die vorbehaltlose Annahme einer Entschuldigung oder Entschädigung.

Eine andere denkbare Fallkonstellation wäre, daß der Staat einem fremden Staatsorgan die Einreise zu einem offiziellen Zweck gestattet, der nicht in den von den Regeln über *special missions* gedeckten Bereich gehört, etwa zum Besuch internationaler Sportveranstaltungen oder zu Handelsbesprechungen. Auch hier kann im Einzelfall eine Vertrauenssituation geschaffen werden, in der sich der fremde Staat darauf verlassen können muß, daß gegen sein Staatsorgan (u. U. auch sein ehemaliges Staatsorgan) keine Strafverfolgung eingeleitet wird.

<sup>95)</sup> Vgl. Miele, a.a.O. (oben Anm. 72), S. 167 ff.

<sup>96)</sup> Bothe, *ibid.*, S. 95 ff., 138 ff. mit Nachweisen.

#### IV. Die Wirkungen eines völkerrechtlichen Verbots der Strafverfolgung im deutschen Recht<sup>97)</sup>

Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die einem Staat die Bestrafung eines Täters verbieten, sei es, weil die Tat Amtshandlung war, sei es, weil der Täter persönliche Immunität besitzt, sind in der BRD wegen Art. 25 GG Prozeßhindernisse, die von den Gerichten von Amts wegen zu berücksichtigen sind. Diese Verbote gehen den Bestimmungen der einzelnen Prozeßgesetze vor.

Bei völkerrechtswidrigen Amtshandlungen ist es möglich, daß Immunität im Wege der Repressalie nicht gewährt wird. Ob eine solche Repressalie ergriffen werden soll, bleibt allerdings allein dem Ermessen der auswärtigen Gewalt überlassen<sup>98)</sup>. Den Gerichten steht eine Entscheidung hierüber nicht zu<sup>99)</sup>. In Fällen, in denen das Verbot der Strafverfolgung auf Vertrauensschutztatbeständen (Abschnitt III) beruht, ist es allerdings nicht ganz unproblematisch, ob dieses ohne weiteres wegen Art. 25 GG als Prozeßhindernis anzusehen ist. Denn diese Vertrauenslage mußte auf einer Handlung oder Erklärung eines Organs der BRD beruhen. Damit ist der mögliche Rechtsgrund für das Prozeßhindernis in die Nähe der vertraglichen Regelung gerückt. Zur Durchführung einer vertraglichen Regelung über die Gewährung von Immunität (an Staaten oder bestimmte Personen) über das vom Völkergewohnheitsrecht gebotene Maß hinaus wäre grundsätzlich gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG die Mitwirkung des Gesetzgebers erforderlich, da der gesetzlich begründete Strafanspruch des Staates, also ein Gegenstand der Gesetzgebung berührt wird. Gemäß dem 2. Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Beitritt der BRD zum Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen der UN-Sonderorganisationen<sup>100)</sup> genügt allerdings eine Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates. Es ist aber zweifelhaft, ob die Bundesregierung durch eine Erklärung oder Handlung innerstaatlich eine Immunität des ausländischen Besuchers erreichen könnte, die bei einer vertraglichen Gewährung nur durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates möglich wäre.

Die Frage läuft darauf hinaus, ob wegen der innerstaatlichen Geltung

---

<sup>97)</sup> Eine Analyse der italienischen Rechtslage findet sich bei Miele, a.a.O. (oben Anm. 72), S. 197 ff.

<sup>98)</sup> So z. B. Entscheidungen des Bundessozialgerichts 13, 210, dazu kritisch Tomuschat, ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 90. Vgl. auch den Nachweis der Rechtsprechung bei Münch, ZaöRV Bd. 20 (1959/60), S. 200.

<sup>99)</sup> Wenn eine Repressalie ergriffen wird, können die Gerichte allerdings ihre Völkerrechtsmäßigkeit überprüfen.

<sup>100)</sup> BGBl. 1964 II, S. 187.

des *estoppel*-Prinzips über Art. 25 GG die Bundesregierung durch eine nicht-rechtsgeschäftliche Handlung (Schaffen einer Vertrauenssituation) eine Immunität herbeiführen kann, die sie vertraglich wegen Art. 59 GG nicht ohne Mitwirkung des Parlaments innerstaatlich wirksam gewähren könnte. Es muß hierbei unterschieden werden zwischen der innerdeutschen Geltung des *estoppel*-Prinzips als solchen kraft Art. 25 GG und der innerdeutschen Wirkung einer aus diesem Prinzip folgenden konkreten völkerrechtlichen Verpflichtung, die aus einer Handlung der Bundesregierung erwächst. Hier bietet sich als Parallele die Problematik der innerstaatlichen Wirkung des Satzes *pacta sunt servanda* an. Obwohl dieser Rechtssatz an sich über Art. 25 ins deutsche Recht inkorporiert ist, genießt nicht jede vertragliche Regelung den Schutz des Art. 25<sup>101)</sup>. Ebenso könnte man argumentieren, daß nicht jede durch nicht-rechtsgeschäftliche Handlungen der Bundesregierung aus dem *estoppel*-Prinzip folgende völkerrechtliche Verpflichtung der BRD über Art. 25 entsprechende innerstaatliche Wirkungen entfaltet<sup>102)</sup>. Eine solche Argumentation würde jedoch übersehen, daß Verträge nur deswegen nicht über Art. 25 und den Satz *pacta sunt servanda* innerstaatlich sanktioniert sind, weil in Art. 59 GG eine Sondervorschrift vorliegt<sup>103)</sup>, die die innerstaatliche Wirksamkeit einer vertraglichen völkerrechtlichen Verpflichtung auf andere Weise sicherstellt und gleichzeitig eine parlamentarische Kontrolle einführt. Eine solche *lex specialis* als Alternative zu Art. 25 fehlt aber für völkerrechtliche Verpflichtungen aus dem *estoppel*-Prinzip, die das allgemeine Völkerrecht an bestimmte Verhaltensweisen anknüpft, die z. B. auch in Untätigkeit bestehen können. Darum verbleibt es bei der Regel des Art. 25 GG. Für die innerstaatliche Wirkung solcher Verpflichtungen aus dem *estoppel*-Prinzip stets die Mitwirkung des Gesetzgebers verlangen zu wollen, würde auch die Dispositionsbefugnis der Bundesregierung über die auswärtigen Angelegenheiten ungebührlich beeinträchtigen, die das Bundesverfassungsgericht betont hat:

»In der parlamentarischen Demokratie ist grundsätzlich dem Parlament die Rechtsetzung vorbehalten und der Exekutive die Regierung und Verwaltung übertragen. Hierzu gehört auch die Führung der Außen- und Handelspolitik.

<sup>101)</sup> BVerfGE 6, S. 362 f.

<sup>102)</sup> In diesem Sinne offenbar Wengler, Völkerrecht, Bd. 1, S. 813 f., der für die innerstaatliche Verbindlichkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen, die aus einseitigen Erklärungen entstehen, die innerstaatliche Zuständigkeit des handelnden Organs fordert. Die Ausführungen von Wengler sind jedoch sehr allgemein gehalten und nicht auf die konkrete Situation in der BRD nach Art. 25, 59 GG zugeschnitten.

<sup>103)</sup> Dahm, Völkerrecht, Bd. 1, S. 66.

Die Rechtsvermutung spricht für die Ausschließlichkeit dieser ausdrücklich statuierten Zuständigkeiten der Regierung.

Der Bundestag kann diese Funktion der Regierung nicht übernehmen, soweit ihm nicht ausdrücklich Regierungsaufgaben zugewiesen sind. Eine solche Ausnahmebefugnis der Legislative im Bereich der Exekutive hat Art. 59 Abs. 2 GG in ganz bestimmten Grenzen begründet.

Darüber hinaus hat Art. 59 Abs. 2 GG dem Bundestag kein Recht gegeben, in den Zuständigkeitsbereich der Regierung einzugreifen. Der Bundestag bleibt auf die allgemeinen verfassungsmäßigen Kontrollmöglichkeiten beschränkt.

Er kann aber nicht selbst die Politik führen<sup>104</sup>).

Darum müssen wohl, soweit Art. 59 Abs. 2 GG nicht zum Zuge kommt, die sich aus allgemeinen Regeln des Völkerrechts ergebenden Verpflichtungen der BRD eine entsprechende innerstaatliche Wirkung haben, auch wenn diese Verpflichtungen dadurch zustande gekommen sind, daß die Bundesregierung durch ein bestimmtes Verhalten erst die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit dieser Regeln schuf<sup>105</sup>). Auch in anderen Bereichen ist anerkannt, daß die Bundesregierung durch Handlungen der auswärtigen Gewalt ohne Mitwirkung des Parlaments auf die Gültigkeit gesetzlicher Normen Einfluß nehmen kann, so bei der Kündigung völkerrechtlicher Verträge<sup>106</sup>).

Darum muß es von deutschen Gerichten als Verfahrenshindernis beachtet werden, wenn die Bestrafung eines Ausländers als Verstoß gegen das *estoppel*-Prinzip völkerrechtlich unzulässig ist.

---

<sup>104</sup>) BVerfGE 1, S. 394.

<sup>105</sup>) Der Gedanke, daß hinsichtlich der Gewährung von Vorrechten und Befreiungen an bestimmte Personen aus konkretem Anlaß der Bundesregierung aus politischen Gründen ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt sein muß, liegt auch dem Gesetz über befristete Freistellung von der deutschen Gerichtsbarkeit vom 29. 7. 1966 (BGBl. I, S. 453) zugrunde. Die Fälle, die dieses Gesetz im Auge hat (Befreiung von Organen der DDR), liegen allerdings insofern anders, als eine Immunität von Organen der DDR jedenfalls nach der 1966 herrschenden Auffassung der BRD nicht aus Art. 25 GG folgen konnte, da die Beziehungen zwischen den Teilen Deutschlands nicht als völkerrechtlich angesehen wurden. Wieweit dies gegenwärtig anders zu beurteilen wäre, kann hier nicht untersucht werden; für eine Anwendung völkerrechtlicher Grundsätze auf die Rechtsstellung von DDR-Emissären in der BRD neuerdings K n u t h, JZ Jg. 25 (1970), S. 540 ff.

<sup>106</sup>) B a y e r, Die Aufhebung völkerrechtlicher Verträge im deutschen parlamentarischen Regierungssystem (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 48) (1969), S. 215 f.

## Summary

## Immunity from Criminal Jurisdiction of Agents of Foreign States

The trials of German war criminals at Nürnberg, of the head of the Moroccan secret service in Paris for the kidnapping of Ben Barka, a Moroccan politician in exile, and of the U.S. pilot Powers are some well known examples of the situation analyzed in this article: A state brings criminal charges against agents of another state for acts which the latter did in the performance of their official duties. To what extent may the former state, in these cases, exercise its criminal jurisdiction? If it is assumed that the general requirements for the exercise of criminal jurisdiction against a foreign national are given, two further questions arise: Is there immunity from criminal jurisdiction because the act charged as criminal was an official act of another state (immunity based on the nature of the act)? Secondly, is there immunity from jurisdiction because the person acting was (or is) an official of a foreign state (personal immunity)?

As to the first question, the author shows, starting from the position of the U.S. and British Governments in the *McLeod* Case, that there is a rule of customary international law that agents of a state may not be tried in the courts of another state for acts done in the performance of their official duties. This rule, however, is subject to several exceptions. It does not apply to violations of the laws of war, crimes against peace and humanity (*i.e.* acts like those dealt with by the Nürnberg Allied Tribunal), and probably also not to acts *iure gestionis*. Neither is it valid in cases where the act in question is a gross violation of another state's territorial sovereignty, *e.g.* in cases of sabotage, kidnapping or even murder by an agent of a foreign secret service. It is also doubtful whether an exception exists with regard to the so-called aerial intrusion.

As to the second question, personal immunity may have to be granted according to the international rules on the immunity of heads of state, diplomats, consuls or members of special missions. There may also exist particular circumstances under which a state is estopped from exercising its jurisdiction against the agents or former agents of another state.

In Germany, all these limitations imposed by international law on a state's criminal jurisdiction must be observed by the courts under German law regardless of whether or not they fall within one of the express immunity provisions of the relevant procedural codes.