

Völkergewohnheitsrechtliche Exemtionen der allgemeinen Funktionsträgerimmunität abseits des Völkerstrafrechts – Von fremdstaatlicher Spionage und dem deklaratorischen Charakter des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.8.2024, StB 54/24

von Dr. Svenja Raube, LL.M.*

I. Einleitung

Die Reihe spannender höchstrichterlicher Entscheidungen zur Frage der allgemeinen Funktionsträgerimmunität staatlicher Funktionäre reißt nicht ab. Erneut hatte der BGH zu der Frage Stellung zu beziehen, ob der Verfolgung ausländischer Funktionsträger das Verfahrenshindernis der sogenannten funktionellen Immunität entgegensteht. Anders als in den letzten Entscheidungen des BGH zu dieser Frage stand in der vorliegenden Entscheidung allerdings nicht die Begehung einer Völkerstraftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), sondern eine Straftat nach dem StGB in Rede, und zwar die geheimdienstliche Tätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Insofern hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt, wonach die allgemeine völkergewohnheitsrechtliche Funktionsträgerimmunität bei fremdstaatlicher Spionage nicht gilt. Bei dieser Gelegenheit hatte er sich auch erstmals mit dem am 3.8.2024 in Kraft getretenen § 20 Abs. 2 S. 2 GVG auseinanderzusetzen.¹ Mit der Feststellung, dass diese Vorschrift lediglich als deklaratorische Festbeschreibung der inzwischen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur funktionellen Immunität bei Völkerstraftaten zu verstehen sei und demgemäß die Fälle nicht abschließend beschreibt, in denen die allgemeine völkergewohnheitsrechtliche Funktionsträgerimmunität nicht gilt, hat der BGH die wichtige Einsicht gestärkt, dass es für die Anwendbarkeit funktioneller Immunität auch künftig allein auf den Stand des Völkergewohnheitsrechts ankommen wird. Zugleich erinnert der BGH in seiner Entscheidung daran, dass sich die Frage der allgemeinen Funktionsträgerimmunität auch bei anderen durch fremdstaatliche Amtsträger begangenen Straftaten als den Völkerstraftaten stellen kann.

II. Sachverhalt und Kontext

Gegenstand der Entscheidung ist die Haftbeschwerde eines Beschuldigten, gegen den der Generalbundesanwalt ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der geheimdienstlichen Agententätigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB eingeleitet hat.

Zielperson der dem Beschuldigten vorgeworfenen Agententätigkeit war der kriegsversehrte ukrainische Staatsangehörige K, der seit 2023 in Deutschland lebt und der vor

seiner Übersiedlung für den ukrainischen Militärgeheimdienst tätig war. Im April 2024 erhielt K einen Anruf von J, der ihm das vermeintliche Angebot unterbreitete, in Deutschland für einen näher bestimmten ukrainischen Inlandsgeheimdienst tätig zu werden. In Wahrheit war J nicht für den genannten ukrainischen Geheimdienst, sondern für einen anderen, bislang nicht näher identifizierten ausländischen Geheimdienst eines anderen Staates tätig. Als K durch Nachforschungen herausfand, dass J tatsächlich nicht für den genannten ukrainischen Inlandsgeheimdienst tätig war, wandte er sich an die deutschen Polizeibehörden und arbeitete in der Folgezeit mit diesen zusammen, um die Herkunft des Anwerbeversuchs aufzuklären. Zu diesem Zweck vereinbarte K mit J zum Schein ein persönliches Treffen, bei dem ein angeblicher Ausforschungsauftrag des K besprochen werden sollte. Zur Absicherung des Treffens beauftragte J den Beschuldigten und zwei weitere Personen, ihn zu dem Treffen zu begleiten und das Geschehen zu observieren. Der Beschuldigte sicherte J die gewünschte Unterstützung zu, wobei er es zumindest für möglich hielt, es aber jedenfalls billigend in Kauf nahm, durch seine Handlungen Dienste für einen ausländischen Dienst zu leisten. Am vereinbarten Tag warteten der Beschuldigte und die beiden Mitbeschuldigten zur vereinbarten Zeit in einem Café auf K. Als K nicht erschien, fertigte einer der beiden Mitbeschuldigten Fotos von den anwesenden Gästen des Cafés an, unter denen die drei den K vermuteten. Anschließend verließen der Beschuldigte und die beiden Mitbeschuldigten den Treffpunkt wieder mit dem PKW des Beschuldigten, in dem dieser einen GPS-Sender deponiert hatte.

Nach den Feststellungen des BGH sollten die Kontaktaufnahme und das Treffen mit K der Gewinnung näherer Informationen über diesen dienen. Obwohl nach dem Stand der Ermittlungen zur Zeit der Entscheidung noch nicht feststand, für welchen ausländischen Geheimdienst die Ausforschungsbemühungen des Beschuldigten erfolgten, hielt es der BGH für naheliegend, dass es sich um einen russischen Nachrichtendienst gehandelt hat. Die Informationen seien „hochwahrscheinlich“ dazu bestimmt gewesen, weiteren gegen K gerichteten nachrichtendienstlichen Operationen im Bundesgebiet den Weg zu ebnen. Nicht ausschließbar hätten diese sogar bezweckt, eine staatlich veranlasste Tötung des K in Deutschland oder seine Ent-

* Dr. Svenja Raube ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ § 20 Abs. 2 S. 2 GVG trat mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts in Kraft, s. BGBl. 2024 I Nr. 255 vom 2.8.2024.

führung vorzubereiten, um ihn für vermeintliche im Frühjahr 2022 begangene Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten im Konflikt mit der Ukraine zur Verantwortung zu ziehen, wie sie der Beschuldigte in seiner Vernehmung behauptet hatte. Insofern ging der *BGH* davon aus, dass der Beschuldigte bei dem geplanten Treffen den GPS-Sender am Fahrzeug des K hatte anbringen wollen, um dessen Aufenthaltsort nach dem Treffen jederzeit feststellen zu können. Aufgrund dieser Feststellungen bestand nach Ansicht des *BGH* ein dringender Tatverdacht in Bezug auf die Begehung einer geheimdienstlichen Tätigkeit i.S.d. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch den Beschuldigten.

Neben der Prüfung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Straftatbestandes der geheimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB (dazu IV.) stand in der Entscheidung zunächst die Frage im Vordergrund, ob der Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit bereits ein nach Art. 25 GG und § 20 Abs. 1 S. 1 GVG beachtliches Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität deshalb entgegenstand, weil der Beschuldigte mutmaßlich im Dienste eines fremden Staates tätig war (III.). Insofern hatte sich der *BGH* auch mit dem erst kürzlich in Kraft getretenen § 20 Abs. 2 S. 2 GVG zu befassen. Der Blick in die Entstehungsgeschichte dieser Norm gibt Anlass, eine Einschränkung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität in den Blick zu nehmen, die in jüngerer Zeit wieder in den Fokus der nationalen wie internationalen Aufmerksamkeit gerückt ist.

III. Kein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität

1. Grundsätze und Reichweite

Die Regeln über Immunitäten fremdstaatlicher Funktionsträger gehören seit Jahren zu jenen völkerrechtlichen Normen, die für die strafrechtliche Praxis von unmittelbarer Bedeutung sind.² Der Grundsatz, dass kein Staat befugt ist, über die Hoheitsakte eines anderen Staates zu Gericht zu sitzen, folgt aus dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten (*par in parem non habet imperium*).³ Doch auch Amtsträger und Organe, deren Handlungen dem Staat zugerechnet werden, genießen – innerhalb bestimmter Grenzen⁴ – völkerrechtliche Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten.⁵

In der hiesigen Entscheidung stellte sich indessen zunächst die Frage, ob es der Entstehung funktioneller Immunität von vornherein entgegensteht, wenn der Beschuldigte – wie womöglich hier der Fall – nur im Einzelfall für den ausländischen Staat tätig wird. Insofern stellte der *BGH* in einem ersten Schritt klar, dass die allgemeine Funktionsträgerimmunität unabhängig davon gilt, ob die betreffende Person „etwa als Beamter oder Soldat“ in einem festen Dienstverhältnis zu dem ausländischen Staat steht oder nur einzelfallbezogen für diesen tätig wird.⁶ Entscheidend sei allein, dass sich die Tätigkeit funktional als fremdstaatliches hoheitliches Handeln darstelle. Dieses weite Verständnis verdient Zustimmung und steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, der zufolge für die Entstehung funktioneller Immunität ein formaler Status als Staatsbediensteter nicht erforderlich ist.⁷

Auch die Einordnung des *BGH*, dass es sich bei den Handlungen des Beschuldigten um „hoheitlich-staatliche“ Handlungen gehandelt habe, verdient Zustimmung. Für die Frage, wann eine Handlung als hoheitlich-staatlich zu qualifizieren ist, hat eine Einordnung nach nationalem Recht auf Grund der Natur der Handlung und des äußeren Erscheinungsbilds zu erfolgen,⁸ wobei das Ergebnis völkerrechtlicher Absicherung bedarf.⁹ Die deutsche Rechtsprechung nimmt ein weites Verständnis ein und versteht unter einer Dienst- oder Amtshandlung in Abgrenzung zur Privathandlung jede Tätigkeit, die der Verfolgung bestimmter politischer Ziele dient, sofern die Betätigung nach außen als solche erkennbar ist.¹⁰ Dass dies bei Spionagetätigkeiten regelmäßig der Fall ist, ist allgemein anerkannt – und dies erneut unabhängig davon, ob die Handlung im Rahmen eines festen Dienstverhältnisses zu einem bestimmten Geheimdienst erfolgt.¹¹

2. Völkergewohnheitsrechtliche Exemtionen

Interessanter sind sodann die Ausführungen des *BGH* zu den völkergewohnheitsrechtlichen Grenzen der allgemeinen Funktionsträgerimmunität.

a) Völkerrechtliche Verbrechen

Bevor der *BGH* sich jedoch der Geltung der funktionellen Immunität im Falle von Spionageakten widmet, bekräftigt er zunächst seine Rechtsprechung zu einer anderen „völkergewohnheitsrechtlich verankerte[n] Ausnahme [...]“¹²

² Kreicker, ZIS 2014, 129.

³ Werle/Jeffberger, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. §§ 3 ff. Rn. 390.

⁴ Hierzu s.u. III 2.

⁵ Auch „funktionelle Immunität“ oder Immunität „*ratione materiae*“ genannt. Hiervon zu unterscheiden ist die sog. „personelle Immunität“ (Immunität *ratione personae*), die sich nur auf den engen Personenkreis hochrangiger staatlicher Funktionsträger (Staatsoberhaupt, Regierungschef, Außenminister) erstreckt und die mit der Amtszeit endet, s. Kreß, in: Ambos, Rome Statute of the ICC, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 22, 84 f.; Raube, KriPoZ 2024, 216 (217 f.).

⁶ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23.

⁷ *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 17; *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53; *BGH*, Beschl. vom 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32; *BVerfG*, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68 (85, 91).

⁸ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 139 ff.; Ambos, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2024), Vorb. § 3 Rn. 139.

⁹ Vgl. Pabst, in: MüKo-ZPO, Bd. 3, 6. Aufl. (2022), GVG, § 20 Rn. 12.

¹⁰ Ambos, in: MüKo-StGB, Vorb. § 3 Rn. 141 m.w.N.

¹¹ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 234.

¹² Die besseren Gründe sprechen dafür, dass die funktionelle Immunität im Falle völkerrechtlicher Verbrechen von vornherein unanwendbar ist, über die genaue dogmatische Herleitung besteht jedoch keine Einigkeit, s. Kreß, in: Ambos, Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31 ff.; s. auch United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 237 para. 15.

von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität, die in jüngerer Zeit im Fokus nicht nur der internationalen Aufmerksamkeit gestanden hat, sondern die aufgrund der verstärkten Ahndung von im Ausland begangenen völkerrechtlichen Verbrechen durch deutsche Gerichte¹³ auch auf nationaler Ebene hohe praktische Relevanz erlangt hat.¹⁴ In das Feld dieser völkergewohnheitsrechtlichen Grenze führen auch die grundsätzlichen Bemerkungen des BGH zu § 20 Abs. 2 S. 2 GVG.

Die Frage der funktionellen Immunität staatlicher Funktionsträger bei völkerrechtlichen Verbrechen stand bereits bei den Nürnberger Prozessen mit im Zentrum und sie ist von fundamentaler Bedeutung für die Durchführbarkeit von Völkerstrafverfahren.¹⁵ Seither bestand in der Staatengemeinschaft und Literatur lange Zeit ein zutreffender¹⁶ und weitestgehend gefestigter Konsens darüber, dass staatliche Hoheitsträger nach dem Stand des Völkergewohnheitsrechts in nationalen Strafverfahren keine funktionelle Immunität genießen.¹⁷ Dieser Konsens geriet ausgerechnet dann aus dem Gleichgewicht, als sich die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) im Jahr 2007 der Aufgabe annahm, völkergewohnheitsrechtlich geltende Exemtionen der aus der allgemeinen Staatenimmunität resultierenden Immunitäten zu kodifizieren.¹⁸ Zwar deutet der in erster Lesung angenommene Artikelentwurf der ILC in die Richtung des ursprünglichen Konsenses.¹⁹ Doch hat der Artikelentwurf nicht unerheblichen Gegenwind von einigen Staaten und auch von Teilen der Literatur erfahren.²⁰ Hiervon hat sich selbst die Position der – dem Völkerstrafrecht sonst so verpflichteten – deutschen Bundesregierung beeinflussen lassen, deren

Haltung in den vergangenen Jahren bedauerlich unklar war.²¹

Während mehrere widersprüchliche Stellungnahmen der Bundesregierung zum ILC-Artikelentwurf den einst bestehenden Konsens von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nicht gerade stärkten, bezog der BGH zu dieser Grundfrage des Völkerstrafrechts in mehreren Entscheidungen umso deutlicher Stellung. So begründete der 3. Strafsenat in einem Urteil vom 28.1.2021 ausführlich, weshalb „jedenfalls die Strafverfolgung fremder nachrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte zulässig“ sei.²² Zu Beginn des Jahres 2024 bekannte sich der BGH sodann in zwei Entscheidungen vom 21.2.2024²³ und 20.3.2024²⁴ umfassend zu der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen. In der letzteren Entscheidung, die für den Abdruck in der amtlichen Sammlung vorgesehen ist, hat der BGH zudem die „allgemeine“ Funktionsträgerimmunität von speziellen funktionellen Immunitäten abgegrenzt, wie sie Mitgliedern diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen zustehen.²⁵ Diese speziellen Immunitäten unterliegen den §§ 18, 19 GVG.

Unterdessen führte die weiterhin unklare Position der Bundesregierung, die noch in der ambivalenten deutschen Stellungnahme zur ersten Lesung des ILC-Artikelentwurfs vom November 2023 zum Ausdruck gelangte,²⁶ zu beträchtlicher Diskussion und Kritik in der völkerstrafrechtlichen Wissenschaft.²⁷ Die Bemühungen, die Bundesregierung zu einem klaren Bekenntnis zu der – nun

¹³ Geneuss, in: Bock/Wagner, *Gerechtigkeit aus der Ferne*, 2023, S. 58 f.; *Castillejos-Aragón*, *The Road to Koblenz: Pathways for International Justice through the exercise of universal jurisdiction in Germany*, Konrad-Adenauer-Foundation, New York Office, 2024, online abrufbar unter: <https://www.kas.de/de/web/newyork/veranstaltungsberichte/detail/-/content/the-road-to-koblenz> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23; *Kreicker*, JR 2015, 298.

¹⁵ *Kreß*, *Germany and International Criminal Law: Reflections in Light of Current Developments*, EJIL:Talk!, 12.3.2024, online abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-reflections-in-light-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024); *Kreicker*, JR 2015, 298.

¹⁶ Für eine eingehende Herleitung des völkergewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes s. *Kreß*, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 31 ff.; *Frank/Barthe*, ZStW 2021, 235 (243 ff.).

¹⁷ *Kreicker*, *Völkerrechtliche Exemtionen I*, S. 180; *van Alebeek*, *Immunity*, 2008, S. 200 ff., 241; s. *Kreß*, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 24.

¹⁸ *Kreicker*, ZIS 2014, 129.

¹⁹ So verlautet es in Artikel 7 des Artikelentwurfs, dass funktionelle Immunität in Verfahren wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ungeachtet von Rang, Status und Stellung des staatlichen Hoheitsträgers nicht anwendbar sein soll, s. United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/77/10, 12.8.2022; *International Law Commission, Provisional Summary of the 3586th meeting*, A/CN.4/SR.3586, 5.7.2022.

²⁰ M.w.N. *Kreß*, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 25; *Raube*, KriPoZ 2024, 216 (218); zu den staatlichen Stellungnahmen im Überblick s. *de Andrade Pacheco*, *Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?*, Just Security, 19.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024).

²¹ M.w.N. *Kreß*, *Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik*, FAZ, 21.2.2024; *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669 (671); *Raube*, KriPoZ 2024, 216 (218 f.). Zu der jüngsten Stellungnahme der Bundesregierung jedoch s.u. Fn. 31.

²² BGH, Urte. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286, NJW 2021, 1326 (1329). Diese Feststellung stand bereits zu diesem Zeitpunkt in Übereinklang mit der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung. Besonders prominent waren etwa die zwei Verfahren vor dem OLG Koblenz 2021 und 2022 gegen zwei ehemalige Geheimdienstler des syrischen Assad-Regimes, in denen das OLG nicht vom Bestehen eines Verfahrenshindernisses wegen funktioneller Immunität ausgegangen ist, s. *OLG Koblenz*, Urte. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21, dieses wurde bestätigt in BGH, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21; *OLG Koblenz*, Urte. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19, dieses wurde im Wesentlichen bestätigt in BGH, Beschl. vom 20.3.2024 – 3 StR 454/22, NJW 2024, 3166; s. im Übrigen *Frank/Barthe*, ZStW 133 (2021), 235 (250-251). Die Entscheidung vom 28.1.2021 wurde indessen mit dem Argument kritisiert, dass der BGH die Immunitätsfrage dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 2 GG hätte vorlegen müssen, s. *Rensmann*, in: Koch/Kubiciel/Wollenschläger/Wurmnest, 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, 2021, S. 513 (530 ff.).

²³ BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53; für Besprechungen s. *Raube*, KriPoZ 2024, 216; *Schmid*, jurisPR-StrafR 10/2024 Anm. 1.

²⁴ BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, NJW 2024, 3166.

²⁵ BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32, NJW 2024, 3166 (3169).

²⁶ S. *Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”*, November 2023, online abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_germany.pdf (zuletzt abgerufen am 11.11.2024)

²⁷ S. nur *Kreß*, *Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik*, FAZ, 21.2.2024; *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669 (671).

auch durch das höchste deutsche Strafgericht vertretenen Position – zu bewegen, gingen selbst an der deutschen Legislative nicht spurlos vorüber. Das Ringen um eine einheitliche deutsche Position fiel in die Zeit der Reform zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, die das Bundesjustizministerium im Jahr 2023 kurz nach dem 20. Geburtstag des VStGB angestoßen hatte. In dieses Gesetzgebungsverfahren fand schließlich der Vorschlag²⁸ Eingang, der Position des *BGH* in Sachen funktioneller Immunität durch eine gesetzliche Festschreibung den Rücken zu stärken. Diesen Vorschlag griff der Gesetzgeber auf und fügte buchstäblich in der „letzten Minute“ des Gesetzgebungsverfahrens im Sommer 2024 eine neue Vorschrift in das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts ein, um die Rechtsprechung des *BGH* „festzuschreiben“ – § 20 Abs. 2 S. 2 GVG.²⁹ In dieser Vorschrift heißt es:

„Funktionelle Immunität hindert nicht die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf die Verfolgung von Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch.“

Nach dem Inkrafttreten des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG am 3.8.2024 und der letzten Bekräftigung der in ihm zum Ausdruck gelangenden Rechtsüberzeugung durch den *BGH* in der vorliegenden Entscheidung vom 27.8.2024³⁰, war die am 15.11.2024 fällige Stellungnahme der deutschen Bundesregierung zur zweiten Lesung des ILC-Artikelentwurfs mit Spannung zu erwarten. Und tatsächlich kam es in der jüngst veröffentlichten Stellungnahme zu einem Durchbruch in der deutschen Position. Wenn die Bundesregierung der Rechtsüberzeugung der deutschen Justiz und des deutschen Gesetzgebers in ihrer auf November 2024 datierten Stellungnahme zwar nicht ausdrücklich zugestimmt hat, so hat sie der ILC doch vollumfänglich und ohne Vorbehalte von der konsolidierten deutschen Rechtsprechung – inklusive der jüngsten hiesigen Entscheidung – und der Kodifizierung dieser Rechtsprechung in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG berichtet.³¹ Gewiss wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Bundesregierung über die reine Unterrichtung über das deutsche Recht hinausgegangen wäre und zu dieser Grundsatzfrage des Völkerstrafrechts selbst Farbe bekannt hätte. Dennoch markiert die jüngste Stellungnahme der Bundesregierung im Vergleich zu den vorherigen Stellungnahmen einen bedeutsamen und äußerst erfreulichen Schritt in die richtige Richtung. Auch wenn die Bundesregierung ihren zuvor widersprüchlichen Kurs nicht ausdrücklich korrigiert hat, dürfte wichtiger sein, dass die Bundesregierung der Rechtsüberzeugung der deutschen Justiz und des deutschen Parlaments auch nicht widersprochen hat und dass Deutschland damit auf der internationalen Bühne nach langer Zeit endlich wieder mit einer Stimme spricht.

b) *Deklaratorische Festschreibung ohne abschließenden Charakter: § 20 Abs. 2 S. 2 GVG*

Die Bedeutung der hiesigen Entscheidung ist demnach hoch, und dies auch, weil sich der *BGH* in ihr erstmals mit der neuen Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG auseinandersetzen hatte.

Nach Ansicht des *BGH* steht § 20 Abs. 2 S. 2 GVG weiteren völkergewohnheitsrechtlichen Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der funktionellen Immunität nicht entgegen. Diese Feststellung verdient uneingeschränkt Zustimmung. Gleichzeitig zeigt die Notwendigkeit dieser Klarstellung durch den *BGH*, dass die neue Vorschrift Auslegungsschwierigkeiten nach sich zieht.

Die Einfügung des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG war insofern begrüßenswert, als sie das kraftvolle Zeichen aussandte, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Rechtsprechung des *BGH* übereinstimmt. Damit wird § 20 Abs. 2 S. 2 GVG als deutsche Staatenpraxis die völkergewohnheitsrechtliche Rechtsüberzeugung von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten bekräftigen.³² Auch dürfte die klare Positionierung des Gesetzgebers in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG der deutschen Bundesregierung neben der nunmehr konsolidierten deutschen Rechtsprechung einen weiteren Grund geboten haben, diese Rechtsüberzeugung auf der internationalen Bühne zumindest nicht länger mit einem Fragezeichen zu versehen.

Gleichwohl bestand gegenüber der Einfügung von § 20 Abs. 2 S. 2 GVG in Teilen der Wissenschaft ein gewisses Unbehagen³³ und die hiesige Entscheidung zeigt, dass dieses Unbehagen nicht ganz unbegründet war. Daneben, dass darauf hingewiesen wurde, dass es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern der Bundesregierung gewesen sei, der zutreffenden Rechtsüberzeugung des *BGH* auf internationaler Ebene den Rücken zu stärken, sprach für ein solches Unbehagen die bisherige Regelungstechnik in § 20 Abs. 2 GVG. Zum einen rekurrierte § 20 Abs. 2 GVG bereits in seiner alten Fassung im Wege einer dynamischen Verweisung auf das Völkergewohnheitsrecht, in dem die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität verankert ist, sodass es der Einfügung einer neuen Vorschrift nicht bedurft hätte. Auch dürfte allein die Regelungstechnik einer dynamischen Verweisung sachgerecht sein, da der Gesetzgeber über die Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht nicht disponieren kann. Zum anderen zeigt die hiesige Entscheidung deutlich, dass die Einfügung des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG zugleich das Risiko einer einschränkenden Auslegung im Wege eines Umkehrschlusses birgt. So wohlgemeint die Einfügung des § 20

²⁸ *Ambos*, International Criminal Law in Germany: An Overdue but Incomplete Reform, EJIL:Talk!, 4.1.2024, online abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/international-criminal-law-in-germany-an-overdue-but-incomplete-reform/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024). BT-Drs. 20/11661, S. 19.

²⁹ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23.

³¹ Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, November 2024, in Kürze online abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml (zuletzt abgerufen am 18.11.2024).

³² *Jeßberger/Epik*, JZ 2024, 801 (808).

³³ *Kreß*, Germany and International Criminal Law: Some Additional Reflections in Light of Another Set of Current Developments, EJIL:Talk!, 21.8.2024, online abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-some-additional-reflections-in-light-of-another-set-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024); *Jeßberger/Epik*, JZ 2024, 801 (808); *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669 (672); *Raube*, KriPoZ 2024, 278 (296).

Abs. 2 S. 2 GVG auch war, so zeigt die durch den BGH nun vorgenommene Klarstellung, dass das Gericht Anlass sah, einer abschließenden Lesart des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG vorzubeugen, die der dynamischen Verweisung auf das Völkergewohnheitsrecht in § 20 Abs. 2 S. 1 GVG zuwiderliefe.

Die Sorge vor einer solchen abschließenden Auslegung dürfte die Entscheidung des BGH nun genommen haben. Wenngleich sich bereits aus der Inbezugnahme auf das Völkergewohnheitsrecht in § 20 Abs. 2 S. 1 GVG ergab, dass der neue § 20 Abs. 2 S. 2 GVG lediglich deklaratorischen Charakter haben konnte, ist es begrüßenswert, dass der BGH den nicht abschließenden Charakter der Vorschrift seinerseits klargestellt hat. Zutreffend ist insoweit der Verweis des BGH auf den klaren Willen des Gesetzgebers. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung, die Neuregelung diene der „Festschreibung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.“³⁴ Der Gesetzgeber wollte somit die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nicht entgegen einhelliger Rechtspraxis auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch beschränken. Zurecht weist der BGH insofern darauf hin, dass es dem Gesetzgeber allein darum gegangen sei „die völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Nichtgeltung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen deklaratorisch festzuschreiben, ohne weitere Ausnahmen bei anderen Deliktgruppen zu negieren oder sich zu anderen völkerrechtlichen Exemtionen als der allgemeinen Funktionsträgerimmunität zu verhalten.“³⁵

c) Spionage und geheimdienstliche Gewaltakte

Für etwaige Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität kommt es mithin nach wie vor allein auf das Völkergewohnheitsrecht an. Mit dieser Feststellung stand die Tür zu der eigentlichen Frage der hiesigen Entscheidung offen, nämlich zu der Frage der Anwendbarkeit funktioneller Immunität im Fall von Spionagetätigkeiten. Nach Ansicht des BGH soll die funktionelle Immunität auch bei diesen Delikten kraft Völkergewohnheitsrecht nicht gelten. Die Ausführungen des BGH geben den Stand des Völkergewohnheitsrechts zutreffend wieder.

Wenngleich Spionage von beinahe allen Staaten der Welt betrieben wird, werden Spionagetätigkeiten zugleich in wohl allen Rechtsordnungen weltweit unter Strafe gestellt.³⁶ Dies gilt oftmals sogar, wenn es sich um reine Auslandstaten handelt, solange sich diese gegen den eigenen Staat richten.³⁷ Auch in der deutschen Rechtsordnung werden gegen Deutschland gerichtete Spionagetätigkeiten

in den §§ 94 ff. StGB sanktioniert, und zwar aufgrund des Schutzprinzips gemäß § 5 Nr. 4 StGB unabhängig davon, ob sich die Tat im In- oder Ausland ereignet hat.³⁸ Während bereits diese Tatsache für die Rechtsüberzeugung zu streiten scheint, dass funktionelle Immunität staatlicher Funktionsträger für Spionagetaten nicht gilt, ist dieser Schluss keinesfalls zwingend. Erforderlich wäre vielmehr, dass ein Immunitätsausschluss in diesen Fällen völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung erfahren hat, das heißt einer von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragenen Staatenpraxis entspricht.

Bei der Beleuchtung des geltenden Völkergewohnheitsrechts wird im Allgemeinen zwischen Spionagehandlungen in Friedenszeiten und während eines bewaffneten Konflikts unterschieden.³⁹ Die Spionage zur Zeit eines bewaffneten Konflikts ist völkerrechtlich nicht verboten. Dennoch gestattet das Völkerrecht die Bestrafung des Spions aufgrund seiner Gefährlichkeit für den Gegner.⁴⁰ Da tatbestandliche Spionagehandlungen mithin – anders als andere völkerrechtlich zulässige Handlungen im bewaffneten Konflikt – nicht mit einem Ausschluss der Strafbarkeit verbunden sind, wird die Spionage auch als sog. „risikante Kriegshandlung“ bezeichnet.⁴¹ Was die Staatenimmunität und die aus ihr abgeleitete funktionelle Immunität in Fällen von Spionagevorwürfen angeht, so zeigen die Staatenpraxis und eine gefestigte Rechtsüberzeugung, dass sich der Täter, der im gegnerischen Operationsgebiet auf frischer Tat bei seiner Spionagehandlung gefasst wird, nicht auf funktionelle Immunität berufen kann.⁴² Neben der Abschreckung soll die Strafverfolgung vor allem die Weitergabe der erlangten Erkenntnisse verhindern. Im Gegensatz zur Bestrafung von Völkerstraftaten dient das Strafrecht hier somit nicht der Ahndung einer Tätigkeit, die einem auch im Krieg geltenden „ethischen Minimalkonsens“ zuwiderläuft. Vielmehr zielt sie lediglich auf die Abwehr einer für den Gegner aufgrund ihrer Verdecktheit besonders gefährlichen, aber dennoch völkerrechtlich nicht verbotenen Kriegshandlung.⁴³

Anders als für die Spionage in Zeiten eines bewaffneten Konflikts, bestehen für die Friedensspionage keine völkervertraglichen Regelungen, ihre völkergewohnheitsrechtliche Zulässigkeit ist unklar und in der Literatur umstritten.⁴⁴ Allgemein anerkannt ist demgegenüber erneut die völkergewohnheitsrechtliche Zulässigkeit ihrer strafrechtlichen Ahndung.⁴⁵ Dass die funktionelle Immunität jedenfalls dann die Strafverfolgung nicht hindert, wenn es um Spionagehandlungen geht, die auf dem Staatsgebiet des ausspionierten Staates vorgenommen werden, ist eindeutiger Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. So zeigt die Staatenpraxis, dass die Staaten Personen, derer

³⁴ BT-Drs. 20/11661, S. 19.

³⁵ BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 24.

³⁶ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 234.

³⁷ Folz/Soppe, NSTZ 1996, 576.

³⁸ Diesen Umstand bekräftigt der BGH in: BGH, Urt. v. 30.7.1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260, 263; BGH, NJW 1993, 3147 (3148).

³⁹ Teilweise auch „Kriegs- und Friedensspionage“, s. Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 235, der Begriff des „Krieges“ ist heute jedoch vom Begriff des bewaffneten Konflikts abgelöst, s. Solis, *The Law of Armed Conflict*, 2016, S. 159 ff.

⁴⁰ Dies ergibt sich etwa auch aus Art. 30 der Haager Landkriegsordnung; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 237.

⁴¹ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 237.

⁴² S. etwa Urteil des *Supreme Court* vom 31.7.1942 (317 U.S. 1 [1 ff., insb. 31]); Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 238 m.w.N.; Langkau, *Kriegs- und Friedensspionage*, 1970, S. 82 ff.

⁴³ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 239.

⁴⁴ Folz/Soppe, NSTZ 1996, 576; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 241 f. m.w.N.

⁴⁵ BVerfGE 92, 277 (328) = NJW 1995, 1811 (1814); Stein/Marauhn, *ZaöRV* 2000, 1 (32); Mössner, NJW 1982, 1196 (1198); Schuster, *ZaöRV* 1991, 651 (657).

sie in Friedenszeiten auf ihrem Gebiet habhaft werden und die in den Verdacht geraten sind, Spionage betrieben zu haben, einer strafrechtlichen Verurteilung unterziehen, und dass sie dies in der Rechtsüberzeugung der Nichtgeltung der funktionellen Immunität tun.⁴⁶ Auch hier legitimiert sich die Bestrafung nicht aus einem „allgemeinen sozialemischen Unwerturteil über die Spionagehandlungen als solche“, sondern allein aus dem Schutz des eigenen Staates.⁴⁷ Neben dem berechtigten Interesse, eine Ausforschung von Geheimnissen abzuwehren, soll den von der Spionage betroffenen Staat sogar die Pflicht treffen, sich vor Verletzungen seiner Integrität zu schützen und damit seinen Bürgern „den notwendigen Freiraum zu persönlicher und politischer Selbstbestimmung zu gewährleisten.“⁴⁸ Schwieriger zu beurteilen ist die Frage der Immunität im Falle von aus dem Ausland betriebener Spionage, wobei auch hier die besseren Gründe für einen völkerrechtlich Immunitätsausschluss streiten.⁴⁹

Die Rechtsüberzeugung des *BGH* und die Begründung, dass das Völkerrecht das legitime Interesse des betroffenen Staates anerkenne, solchen Souveränitätsverletzungen mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen, trifft somit unabhängig davon zu, ob die hiesige Spionagehandlung als Fall sogenannter „Kriegs- oder Friedensspionage“ einzuordnen ist.⁵⁰

Die Position von einer völkerrechtlich Ein-schränkung bzw. Ausnahme von der funktionellen Immunität wird auch von der ILC in der Begründung des ILC-Artikelentwurfs⁵¹ geteilt. Die Kommission behandelt die fremdstaatliche Spionage und geheimdienstliche Gewaltakte als Straftaten, die von einem ausländischen Amtsträger im Hoheitsgebiet des Staates des angerufenen Gerichts begangen werden, ohne dass dieser Staat sowohl der Anwesenheit des Amtsträgers in seinem Hoheitsgebiet als auch der Tätigkeit des Amtsträgers, die zur Begehung der Straftat geführt hat, zugestimmt hat. Die ILC begründet die Nichtaufnahme dieser Straftaten in Artikel 7 Abs. 1 des Artikelentwurfs damit, dass diese dem Grundsatz der territorialen Souveränität unterliegen.⁵² Der Grund für die

Nichtaufnahme liege mithin nicht darin, dass die Staatenpraxis bei diesen Straftaten für die Anwendbarkeit funktio-neller Immunität spreche.

Auch in der deutschen Rechtsprechung ist diese Rechtsüberzeugung nicht neu, sondern fest in der bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG*⁵³ und des *BGH*⁵⁴ verankert. Einzig in der Literatur hat es mitunter Stimmen gegeben, die dafür streiten, dass die Staatenimmunität zumindest einer Ahndung im Ausland betriebener Spionage entgegenstehen müsse.⁵⁵ Der Fall der im Inland betriebenen Spionage, wie er hier in Rede stand, ist jedoch auch in der deutschen Literatur weitgehend unstrittig.⁵⁶

Der bisherigen deutschen Rechtsprechung und dem Stand des Völkerrechts entspricht auch die nachfolgende Feststellung des *BGH*, wonach die funktionelle Immunität auch bei geheimdienstlichen Gewaltakten nicht gilt.⁵⁷ So erlaubt es das Völkerrecht dem Gebietsstaat etwa, „einen politisch motivierten Mord zu ahnden, den Mitarbeiter eines fremden Geheimdienstes auf seinem Gebiet im Auftrag eines ausländischen Staates begehen.“⁵⁸ Wenngleich der *BGH* im hiesigen Fall nicht über einen geheimdienstlichen Gewaltakt zu entscheiden hatte, verwundert seine Feststellung vor dem Hintergrund nicht, dass nach den Feststellungen im hiesigen Fall nicht ausschließbar war, dass die Ausforschungsbemühungen des Beschuldigten die Grundlage für einen geheimdienstlichen Gewaltakt, womöglich sogar die staatlich veranlasste Tötung oder Entführung der Zielperson bilden sollten.

Während die allgemeine Funktionsträgerimmunität in Fällen von Spionage und geheimdienstlichen Gewaltakten somit nicht vor Strafverfolgung schützt, hat dies – auch hier – keinen Einfluss auf die speziellen Immunitäten etwa des Diplomaten- und Konsularrechts, die von einer Strafverfolgung wegen solcher Delikte befreien.⁵⁹

IV. Die materiell-rechtliche Prüfung des § 99 StGB

Die Entscheidung gab dem *BGH* schließlich Anlass, einige Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung zur ge-

⁴⁶ Mit umfangreichen Nachweisen s. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 243 f.; *Sander*, ICLQ 2015, 193 (212).

⁴⁷ *BVerfGE* 92, 277 (328) = NJW 1995, 1811 (1815).

⁴⁸ *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 245; *BVerfGE* 92, 277 (328 f.) = NJW 1995, 1811 (1814 f.).

⁴⁹ Hierzu näher s. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 245 ff.

⁵⁰ Eine Einordnung der Spionagetätigkeit als Friedens- oder Kriegsspionage wäre vorliegend nach den bisherigen Feststellungen des *BGH* indes auch nicht möglich, da nach diesen nicht feststand, für welchen ausländischen Geheimdienst der Beschuldigte handelte.

⁵¹ S.o. Fn. 19.

⁵² Im genauen Wortlaut lautet die Begründung: „The Commission considers that certain crimes, such as murder, espionage, sabotage or kidnapping, committed in the territory of a State in the aforementioned circumstances are subject to the principle of territorial sovereignty and do not give rise to immunity from jurisdiction *ratione materiae*, and therefore there is no need to include them in the list of crimes for which this type of immunity does not apply“, s. United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 241 para. 27.

⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 15.5.1995 – 2 BvL 19/91, *BVerfGE* 92, 277 (321).

⁵⁴ *BGH*, Urt. v. 30.7.1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260 (263); Beschl. v. 29.5.1991 – 3 StE 4/91-StB 11/91, NSStZ 1991, 429 (430).

⁵⁵ *Bothe*, ZaöRV (1979), 246 (263), m.w.N. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 246 Fn. 52.

⁵⁶ S. nur *Simma/Volk*, NJW 1991, 871 (873); *Berg*, ZaöRV 1982, 295 (317); m.w.N. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 235 Fn. 4; *Herdegen*, ZaöRV 1987, 221 (224); *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412.

⁵⁷ *Werle/Jeßberger*, in LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412; *Böse*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. § 3 Rn. 35; s. auch die Begründung der ILC zum Artikelentwurf, United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 241 para. 27. Von Bedeutung in der Staatenpraxis ist etwa der Rainbow-Warrior-Fall, der viel beachtete Lockerbie-Fall oder der Sprengstoffanschlag auf die Berliner Diskothek *La Belle*, s. *BGH*, NJW 2004, 3051; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 255 Fn. 85 m.w.N.

⁵⁸ *Werle/Jeßberger*, in LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412; *Folz/Soppe*, NSStZ 1996, 576 (580 f.).

⁵⁹ Vgl. *BVerfGE* 96, 68 (82); *BGH*, NSStZ 2013, 600 (601); *Kreicker*, JR 2015, 298 (299); s. auch die Begründung des ILC-Artikelentwurfs, A/77/10, S. 241 para. 27.

heimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 StGB zu bekräftigen. Hier ergaben sich indessen keine größeren Probleme.

Der *BGH* wiederholte zunächst seine Rechtsprechung, wonach eine geheimdienstliche Tätigkeit ausübt, wer „eine aktive Mitarbeit für einen fremden Nachrichtendienst entfaltet und dadurch seine Bereitschaft verwirklicht, sich funktionell in dessen Ausforschungsbestrebungen einzugliedern.“ Eine Eingliederung in den organisatorischen Apparat des Geheimdienstes sei hierfür nicht erforderlich.⁶⁰ Die Observationsmaßnahmen hätten auch ein Handeln bedeutet „das dem Bild entspricht, welches für die Arbeit von Agenten und anderen Hilfspersonen, die für nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden, typisch ist“, wie es die Rechtsprechung und herrschende Meinung im Schrifttum im Ausgangspunkt fordert.⁶¹

Die Agententätigkeit entsprach auch dem von § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB geforderten Zweck, war sie doch auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen i.S.d. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB gerichtet. Insofern stärkt der *BGH* zum einen die Einsicht, dass es sich bei der geheimdienstlichen Agententätigkeit in der Regel um ein Kollektivgeschehen handelt, das sich aus einer Vielzahl an Tatbeiträgen zusammensetzt,⁶² sowie zum anderen, dass der Tatbestand nicht nur die Informationsübermittlung im engeren Sinne, sondern auch alle Vorbereitungshandlungen umfasse, worunter auch die Beschaffung von Informationen und hierfür erbrachte Hilfsdienste fielen. Dabei sei unerheblich, wofür die gewonnenen Informationen letztlich verwendet würden.⁶³ Auch sei irrelevant, ob Endzweck der Tathandlung die Informationsvermittlung sei, vielmehr könne der Zweck auch in der Vorbereitung einer nachrichtendienstlichen Operation liegen, wie etwa eines staatsterroristischen Anschlags, Sabotageakten oder anderen Vorhaben.⁶⁴

Mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ betont der *BGH* zunächst seiner bisherigen Rechtsprechung folgend, dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht eng im Sinne eines unmittelbar gegen den Bestand der Bundesrepublik gerichteten Handelns zu verstehen ist. Vielmehr sei es ausreichend, wenn staatliche Belange zumindest mittelbar tangiert seien und

die Bundesrepublik in ihrer funktionalen Stellung als politische Macht betroffen sei, was bei einer geheimdienstlichen Tätigkeit eines ausländischen Geheimdienstes auf deutschem Staatsgebiet regelmäßig der Fall sei.⁶⁵ Allerdings müsste die Spionagetätigkeit einen inhaltlichen Antagonismus zu den Interessen der Bundesrepublik Deutschland aufweisen.⁶⁶ Insofern bekräftigt der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung, wonach nicht erforderlich ist, dass sich die Spionagetätigkeit gegen deutsche Staatsangehörige richtet, vielmehr könne ein solcher Antagonismus auch bei Spionagetätigkeiten gegen in der Bundesrepublik lebende sowie unter ihrem rechtlichen Schutz stehende ausländische Staatsangehörige gegeben sein.⁶⁷ Auch dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*, wonach die Bundesrepublik schließlich gehalten sei, den hier unter dem Schutz des Grundgesetzes lebenden und sich betätigenden Ausländern diesen Schutz auch zu gewähren.⁶⁸

Unter dem Schutz der Bundesrepublik aber habe im hiesigen Fall der aufenthaltsberechtigte K gestanden, da es sich die Bundesrepublik zur Aufgabe gemacht habe, ukrainischen Kriegsflüchtlingen Schutz zu gewähren.⁶⁹ Da die Operation des Beschuldigten und seiner Mitbeschuldigten darauf abgezielt habe, das von fremdstaatlichen Interventionen unbeeinträchtigte Leben des K im Schutz der Rechtsordnung Deutschlands zu gefährden, sei die Operation auch gegen die Interessen der Bundesrepublik gerichtet gewesen. Dem habe auch nicht entgegengestanden, dass K von russischen Medien vorgeworfen worden sei, Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten in der Ukraine begangen zu haben. Selbst wenn dieser Vorwurf zugefallen habe, so der *BGH*, hätte ein geheimdienstliches Vorgehen einer fremden Macht gegen die Zielperson dem Interesse der Bundesrepublik widersprochen, „dass Maßnahmen zur Aufklärung und gegebenenfalls Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen auf deutschem Boden allein im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens ergriffen werden.“⁷⁰

Zutreffend hielt der *BGH* schließlich für hochwahrscheinlich, dass der Beschuldigte nicht bloß als Gehilfe, sondern als Mittäter gehandelt hat. Nach der Rechtsprechung begründet die Tätigkeit, mit der eine Informationsbeschaffung durch andere nur unterstützt werde, Täterschaft und

⁶⁰ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 22 und Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 16; *BGH*, Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369 (372).

⁶¹ BGHSt 24, 369 (372) = NJW 1972, 1957; *BGH*, NJW 2020, 856; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 99 Rn. 5; *Schmidt*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. (2021), § 99 Rn. 4; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 99 Rn. 8, 10; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 99 Rn. 12.

⁶² *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 14.

⁶³ *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 17.

⁶⁴ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (857); *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 17 m.w.N.

⁶⁵ Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*, s. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (858); *Ellbogen*, in: BeckOK-StGB, 62. Aufl. (Stand: 1.8.2024), § 99 Rn. 17.

⁶⁶ *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (858).

⁶⁷ Tatbestandsmäßig sollen regelmäßig Ausforschungen sein, von denen Personen betroffen werden, denen ein Asylrecht zusteht, oder die sich gegen Exilanten oder deren Organisationen richten, die sich unter dem Schutz des Art. 5 GG in Deutschland in legaler Weise politisch betätigen, ohne dass es darauf ankommt, ob die ausgespähten Personen "im Lager" der Bundesrepublik Deutschland stehen, s. *BGH*, Beschl. v. 20.1.2015 – 3 StR 551/14, BeckRS 2015, 10171 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 99 Rn. 20; *Fischer*, StGB, § 99 Rn. 8; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 18, a.A. *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 99 Rn. 17.

⁶⁸ *BGH*, NStZ 2017, 153; *Ellbogen*, in: BeckOK-StGB, § 99 Rn. 19.

⁶⁹ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 29.

⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 29.

nicht lediglich Beihilfe.⁷¹ Insofern ergaben sich hier keine Bedenken.⁷²

V. Schlussbemerkung

Während die Frage funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen in den vergangenen Jahren aufgrund der bedeutsamen Entscheidungen der deutschen Justiz nach dem Weltrechtspflegeprinzip im Fokus der nationalen und internationalen Aufmerksamkeit stand, zeigt die vorliegende Entscheidung des *BGH*, dass Völkerstraftaten nicht die einzigen Fälle sind, in denen die allgemeine Funktionsträgerimmunität staatlicher Hoheitsträger nicht gilt. Gleichwohl war die Entscheidung des *BGH* in den Nachwehen einer Reihe von Entscheidungen zu sehen, in denen der *BGH* seine Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Ver-

brechen in den letzten Jahren bekräftigt hat. Der hiesige Beschluss wird die Staatenpraxis zu dieser Frage weiter stärken. Insoweit ist zu begrüßen, dass die deutsche Bundesregierung der ILC auch diesen jüngsten *BGH*-Beschluss bereits zur Aufmerksamkeit gereicht hat.⁷³

Daneben geht die wichtigste Aussage der hiesigen Entscheidung dahin, dass für etwaige Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität weiterhin allein das Völkergewohnheitsrecht maßgeblich ist und dass § 20 Abs. 2 S. 2 GVG lediglich als eine deklaratorische Festschreibung der nunmehr konsolidierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten zu verstehen ist. Dem pflichtet die Rezensentin vollumfänglich bei.

⁷¹ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 22; *BGH*, Beschl. v. 2.12.1985 – 3 StR 424/85, NSZ 1986, 165 (166); Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369 (377 f.).

⁷² Es gelten die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme, s. *Hegmann/Stuppi*, in: MüKoStGB, § 99 Rn. 30.

⁷³ S.o. Fn. 31.