

Verfassungs- und völkerrechtliche Fragen der Bestrafung von DDR-Spionen nach der Wiedervereinigung Deutschlands

*Gunnar Schuster**

I. Einleitung

Zu den »Altlasten«, die nach der Wiedervereinigung von der bundesdeutschen Justiz aufgearbeitet werden müssen, gehört auch die Beurteilung von Spionagetätigkeit ehemaliger Staatsbürger der DDR gegen die Bundesrepublik Deutschland. Jüngst hat ein erster Fall zu einem ausführlich begründeten Beschluß des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs¹ geführt, dem man gewisse Zweifel an der Opportunität und Ge-

* LL.M. (U. of Chicago), wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: Alt. = Alternative; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen); BT-Drs. = Drucksache des Bundestages; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; Doc. = Document; EGStGB = Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EPIL Inst. = R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment; EV = Einigungsvertrag; FAZ = Frankfurter Allgemeine Zeitung; GAOR = General Assembly Official Records; GG = Grundgesetz; HLKO = Haager Landkriegsordnung; ILC = International Law Commission; IPbürgR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; KSZE = Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa; MAD = Militärischer Abschirmdienst; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; Österr. Z. öffentl. Recht u. Völkerrecht = Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht; Rdnr. = Randnummer; RGBl. = Reichsgesetzblatt; Sess. = Session; Slg. = Sammlung; StGB = Strafgesetzbuch; StIGH(E) = Ständiger Internationaler Gerichtshof (Entscheidungen); StPO = Strafprozeßordnung; UN Gen.Ass. = United Nations General Assembly.

¹ Beschluß vom 30.1.1991, 2 BGs 38/91, NJW 1991, 929ff.; Simma/Volk, Der Spion, der in die Kälte kam, NJW 1991, 871 ff.; zur strafrechtlichen Ausgangslage und aus der Sicht der Verteidigung des Beschuldigten vgl. Widmaier, Strafbarkeit der DDR – Spionage gegen die Bundesrepublik – auch noch nach der Wiedervereinigung?, NJW 1990,

rechtigkeit der sich ihm nach der derzeitigen Rechtslage aufdrängenden Strafbarkeit ehemaliger DDR-Spione deutlich anmerkt. Trotz des zunehmenden öffentlichen Drucks gegen eine Amnestieregelung für Mitarbeiter des aufgelösten Ministeriums für Staatssicherheit der DDR, genährt durch Spekulationen über eine Unterstützung terroristischer Aktivitäten gegen die Bundesrepublik Deutschland², ist diese Entscheidung geeignet, die Diskussion über eine begrenzte Straffreiheitsregelung neu zu beleben.

Der Beschuldigte im vorliegenden Fall war zuletzt Leiter der Hauptabteilung Aufklärung des ehemaligen Ministeriums für Staatssicherheit. Zu deren Aufgaben gehörte vor allem die Spionage gegen Einrichtungen der Bundesrepublik Deutschland. Offenbar hatte er seine Aktivitäten ausschließlich vom einst sicheren Hafen der Zentrale des Ministeriums für Staatssicherheit aus entfaltet. Aufgrund des Haftbefehls des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. September 1990 wegen des Verdachts der geheimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 StGB wurde er am 3. Oktober 1990, dem Tag der Wiedervereinigung, an seinem Wohnort in Berlin festgenommen. Nachdem der Haftbefehl schon am 4. Oktober 1990 gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt worden war (§ 116 StPO), hatte der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs nunmehr über einen Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls (§§ 117, 120, 126 StPO) zu entscheiden.

II. Die Entscheidung

1. Geltung bundesdeutschen Strafrechts für vor dem Beitritt begangene Spionagehandlungen

Die Besonderheit und Schwierigkeit des Falles lag darin, daß der Beschuldigte lediglich von dem ehemaligen Staatsgebiet der DDR aus agiert hatte. Wären ihm nachrichtendienstliche Aktivitäten in der Bundesrepublik Deutschland nachzuweisen, etwa das Erteilen von Instruktionen während eines Besuches hier, hätte seine Tätigkeit unzweifelhaft nach dem in § 3 StGB normierten Territorialitätsprinzip³ bundesdeutscher Strafgewalt unterlegen. Hier aber war nach dem vorherrschenden funk-

3169ff.; aus strafrechtlicher Sicht Grünwald, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, Strafverteidiger, 1 (1991), 31ff.

² FAZ vom 28.3.1991, 1.

³ Tröndle, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (10. Aufl. 1985) (zit.: LK-Bearbeiter), Vor § 3 Rdnr.4; Oehler, Internationales Strafrecht (2. Aufl. 1983), Rdnr.152ff.

tionellen Inlandsbegriff⁴ sein Verhalten nicht als »im Inland begangen« anzusehen, da die Bundesrepublik Deutschland effektive Staatsgewalt lediglich in den (»alten«) Bundesländern des früheren Art.23 GG⁵ einschließlich West-Berlins ausübte⁶. Nachdem durch den Einigungsvertrag (EV)⁷ neu in das bundesdeutsche Strafrecht aufgenommenen Art.315 EGStGB ist auf vor dem Wirksamwerden des Beitritts in der DDR begangene Taten grundsätzlich das zur Zeit der Tat geltende Recht, hier also Strafrecht der DDR, anzuwenden. Eine Ausnahme macht Art.315 Abs.4 EGStGB für solche Taten, für die schon vor dem Beitritt bundesdeutsches Recht galt.

Diese Ausnahme wirkte sich entscheidend zu Lasten des Beschuldigten aus. Denn gemäß § 5 Nr.4 StGB war unter anderem auch für die im Ausland begangene geheimdienstliche Agententätigkeit, unabhängig vom Recht des Tatorts, bundesdeutsches Strafrecht anwendbar. Die hierin liegende Erstreckung deutscher Strafhoheit auf von Ausländern begangene Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter beruht auf dem völkerrechtlich zwar nicht unumstrittenen, jedoch überwiegend anerkannten Schutzprinzip⁸. Es gründet sich darauf, daß die gegenseitige Achtung der Souveränität und Integrität im Verkehr der Staaten untereinander nicht effektiv gewährleistet ist. Daher wird die mit Mitteln des nationalen Strafrechts verfolgte, präventiv und repressiv wirkende, Durchsetzung des staatlichen Selbstbehauptungswillens für gerechtfertigt angesehen.

2. Zulässigkeit von Spionage und ihrer Bestrafung im Friedensvölkerrecht

a) Zu Recht sieht der Ermittlungsrichter auch im Hinblick auf die vom Ausland her begangene Spionage dem in § 5 Nr.4 StGB normierten Schutzprinzip keine über Art.25 GG oder kraft Zustimmungsgesetzes eingreifenden völkerrechtlichen Schranken gesetzt. Das Friedensvölkerrecht, also die völkerrechtlichen Grundsätze über die Beziehungen zwischen den Staaten zu Friedenszeiten, enthalte gegenwärtig keinerlei Regelungen über die Strafbarkeit nachrichtendienstlicher Betätigung. Vertrag-

⁴ BGHSt 30, 1, 4; 32, 293, 297; LK-Tröndle, *ibid.*, Vor § 3 Rdnr.46 m.w.N.

⁵ Aufgehoben durch Art.4 Ziff.2 EV, BGBl.1990 II, 885 ff.

⁶ BVerfGE 36, 1, 16f.

⁷ BGBl.1990 II, 885 ff.; dort in Art.8 in Verbindung mit Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II, Ziff.1 b).

⁸ Vgl. Oehler (Anm.3), Rdnr.577ff.; Wengler, *Völkerrecht*, Bd.2 (1964), 941; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl. 1984), 779; Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd.1/1 (2. Aufl. 1989), 321f.

liche Regelungen fehlten. Eine gewohnheitsrechtliche Übung, welche Spionage in anderen Staaten⁹ erlaube, untersage oder limitiere, habe sich nicht gebildet. Spionage stelle zwar kein völkerrechtliches Unrecht dar, sei im Krieg oder im Frieden eine völkerrechtlich »legale Handlung«¹⁰; es sei den Staaten allerdings völkerrechtlich auch nicht verwehrt, Spionagetätigkeit, auch wenn sie von amtlichen Stellen auf deren eigenem Staatsgebiet ausgeübt werde, zu bestrafen. Auch wenn die Strafverfolgung somit auf Rechte dritter Staaten einwirke, sei dies angesichts des Schutzbedürfnisses und zur Abschreckung nicht völkerrechtswidrig. Zu berücksichtigen sei auch, daß die entsprechenden Normen wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit regelmäßig nicht zum Tragen kämen.

b) Ob im Friedensvölkerrecht Spionage, die nicht von weiteren Begleitumständen, wie etwa dem Mißbrauch diplomatischer Privilegien oder der Begehung gewöhnlicher Straftaten auf fremdem Staatsgebiet, inkriminiert ist, ein erlaubtes Staatenverhalten ist, kann man durchaus bezweifeln. Zutreffend hat der Ermittlungsrichter daher in Anführungszeichen von einer »legalen Handlung« gesprochen. Die völkerrechtlichen Äußerungen hierzu sind überwiegend zurückhaltend. Nur vereinzelt wird ausdrücklich von einer legalen Handlung geredet¹¹. Zahlreicher sind die Stellungnahmen, denen zufolge Spionage jedenfalls kein völkerrechtliches Unrecht sei¹². Nach einer weiteren Meinung ist Spionage in dem oben beschriebenen Sinne weder völkerrechtlich erlaubt noch verboten, finde also in einem völkerrechtsfreien Raum statt¹³. Gelegentlich wird sogar die gezielte und institutionalisierte Spionage durch eigene Staatsangehörige auf fremdem Territorium für völkerrechtswidrig gehalten¹⁴. Man mag

⁹ Korrekter wäre gewesen: »gegen« andere Staaten, da hier nur die Auslandstätigkeit in Frage stand.

¹⁰ Hervorh. im Original.

¹¹ Haffter, *Le Droit International de l'Europe* (1888), 566; Hinz, Spionage, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd.3 (2. Aufl. 1962), 298, 300; ambivalent Doehring, Spionage im Friedensvölkerrecht, in: *Verfassungsschutz in der Demokratie* (1990), 307, 308 ff. (»erlaubt«) einerseits und 309 (»kein Delikt«) andererseits.

¹² Rauch, Espionage, in: *EPIL Inst.3* (1982), 172; Stone, Legal Problems of Espionage in Conditions of Modern Conflicts, in: *Essays on Espionage and International Law* (1962), 35; Oppenheim/Lauterpacht, *International Law*, Bd.1 (8. Aufl. 1955), 862; M. Cohen, Espionage and Immunity, *The British Year Book of International Law* 1948, 404, 409.

¹³ Gusy, Spionage im Völkerrecht, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 26 (1984), 187, 196. Diese Ansicht wird allerdings der Ordnungsfunktion des Völkerrechts nicht gerecht.

¹⁴ G. Cohen-Jonathan/Kovar, L'espionage en temps de paix, *Annuaire Français de Droit International*, 6 (1960), 239, 254, mit Staatenpraxis; ohne diese Einschränkungen gar Simma/Volk (Anm.1), 871 f.

entgegen, ein völkerrechtlich nicht ausdrücklich verbotenes Handeln sei doch erlaubt. Ob die uneingeschränkte Vermutung für die Handlungsfreiheit souveräner Staaten, wie sie der Ständige Internationale Gerichtshof im *Lotus*-Fall¹⁵ ausgesprochen hat, noch heute als vorherrschend bezeichnet werden kann¹⁶, soll hier dahingestellt bleiben. Einerseits haben ersichtlich viele Staaten kein Interesse an einem völkerrechtlich normierten Verbot der Spionage, da sie auf dieses bewährte Erkenntnismittel nicht verzichten wollen. Selbst die betroffenen Staaten nutzen gegnerische Spionage mitunter zu eigenen Zwecken, z.B. durch gezieltes Zuspielen von Informationen, die, da auf »geheimem« Wege erlangt, um so glaubwürdiger wirken. Daraus den Schluß ziehen zu wollen, der auszuspähende Staat willige in die gegnerische Spionage grundsätzlich ein, begeben sich also seines Souveränitäts- und Integritätsanspruchs, wäre freilich voreilig. Immerhin versucht er gleichzeitig, unliebsame Spionage abzuwehren. Andererseits kann man schwerlich davon sprechen, die Staaten betrieben Spionage in dem öffentlich bekundeten Bewußtsein, rechtens zu handeln. Immerhin greifen sie in fremde Souveränitätsrechte ein, wenn sie sich Geheimnisse anderer Staaten anzueignen suchen. Ob dies in gleichem Maße gilt, wenn lediglich offen zugängliche Informationen systematisch gesammelt werden, um ein mosaikartiges Bild von den Verhältnissen in dem auszuspähenden Staat zu gewinnen, das Grundlage zur Ausnutzung erkannter Schwächen und zum Ausbau des eigenen Kräftepotentials auf internationaler Ebene sein soll¹⁷, erscheint fraglich. Staatspraxis dahin gehend, daß die Entsendestaaten von ertappten Spionen behaupteten, rechtmäßig gehandelt zu haben, ist nicht nachzuweisen¹⁸. Staatenproteste gegen Festnahmen richteten sich allenfalls gegen die Verletzung (angeblicher) diplomatischer Immunitäten, Modalitäten (Gewaltanwendung) der Festnahme oder die Mißachtung der (stillschweigenden) Zusicherung freien Geleits bei dienstlich vereinbarten Grenzüberschreitungen¹⁹. Wenn überhaupt, ge-

¹⁵ StIGH E 5 (1927), 71, 90.

¹⁶ So ausdrücklich für den Fall der Friedensspionage Langkau, *Völker- und landesrechtliche Probleme der Kriegs- und Friedensspionage* (1970), 164.

¹⁷ So die bundesdeutsche Auslegung des Begriffs »nachrichtendienstliche Tätigkeit« in § 99 StGB, vgl. LK-Träger (Anm.3), § 99 Rdnr.1 m.w.N., die aber nicht völkerrechtlich verbindlich ist.

¹⁸ Zu einigen Beispielen aus der Staatenpraxis zwischen 1870 und 1945 vgl. Cohen-Jonathan/Kovar (Anm.14), 249 ff.

¹⁹ Vgl. den Protest Frankreichs und die Antwortnote Bismarcks im *Schnaebelé*-Fall, dazu Freudenberg, *Schnaebelé*-Fall, in: Strupp-Schlochauer (Anm.11), Bd.3, 212.

standen Staaten die Tatsache, daß Aufklärung betrieben wurde, ein²⁰. Hinzu kommt, daß die Spione entsendenden Staaten dies regelmäßig unter großem Aufwand geheimzuhalten und zu vertuschen suchen. Das liegt zwar in der Natur der geheimdienstlichen Nachrichtenbeschaffung und dient auch dem Schutz der entsandten Agenten, die in ihrem Zielstaat schwere Strafen erwarten, falls sie entdeckt werden. Es läßt aber wohl auch den Schluß zu, daß die entsendenden Staaten nicht mit völkerrechtlich »reinem Gewissen« handeln²¹. Das nicht nur gelegentliche, sondern planmäßige und dauerhafte Ausspähen fremder Staaten in Friedenszeiten verdichtet sich von einem bloßen unfreundlichen (nicht völkerrechtswidrigen) Verhalten²² zu einem völkerrechtlichen Delikt²³. Allerdings ist es den meisten Staaten verwehrt, gegen fremde Spionage zu protestieren und Wiedergutmachung zu verlangen. Dies betrifft solche Staaten, die ihrer-

²⁰ Vgl. zu einem kanadisch-sowjetischen Fall *Cohen* (Anm.12), 408; zu den etwas ambivalenten Äußerungen in dem sog. *U-2-Fall* vgl. *Wright*, *Legal Aspects of the U-2 Incident*, *American Journal of International Law*, 54 (1960), 836, 837f. Immerhin gab das State Department zu, daß der Flug dem Zweck diene, "to obtain information now concealed behind the iron curtain", wengleich die Behörden in Washington ihn nicht autorisiert hätten. Allerdings übernahm Präsident Eisenhower später die volle Verantwortung für den Flug.

²¹ Die Haltung der Bundesrepublik Deutschland hierzu ist vorsichtig. In der Begründung zu einem Amnestiegesetz für Spione der DDR (BT-Drs.11/7871, 6) heißt es: »Die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung ist in rechtlicher Hinsicht ambivalent. Einerseits ist sie für den aufklärenden Staat ein legitimes Mittel zur Erlangung von Erkenntnissen für die Lagebeurteilung und Entscheidungsfindung im politischen Bereich. Andererseits handelt es sich bei ihr im fremden Staat in der Regel um strafbare Spionage«. Aus der Verwendung des Begriffs »legitim« kann man immerhin schließen, daß man sich über die Legalität nicht äußern wollte. Ob dagegen der von *Simma/Volk* (Anm.1), 872, geschilderte Fall einer deutschen Entschuldigung für MAD-Verhalten in Österreich ausreicht, eine bundesdeutsche Auffassung zur Völkerrechtswidrigkeit von Auslandsspionage zu belegen, ist zweifelhaft. Sowohl Österreich als auch die Bundesrepublik Deutschland gingen bei diesem Fall offenbar davon aus, daß die Beobachtung deutscher Staatsbürger, die der Spionage verdächtig waren, bei der Durchreise durch Österreich eine unzulässige Ausübung deutscher Hoheitsgewalt darstelle, vgl. *Okressek*, *Hoheitsakte auf fremden Staatsgebiet – Eine Betrachtung anhand praktischer Fälle*, *Österr. Z. öffentl. Recht u. Völkerrecht*, 35 (1985), 325, 331f. Genau genommen ist dies kein Fall der Spionage durch bundesdeutsche Beamten, sondern ein Fall der *Spionageabwehr* auf fremden Territorium, und somit auch kein Beleg für eine bundesdeutsche Auffassung zur Völkerrechtswidrigkeit der im Ausland betriebenen Spionage gegen einen fremden Staat. *Sicherheitsinteressen* Österreichs waren gar nicht betroffen.

²² Dafür hält *Gusy* (Anm.13), 196, die Spionage. Allerdings ist der dort geäußerten Ansicht, Reaktionen auf unfreundliche Akte bewegten sich ihrerseits im völkerrechtsfreien, politischen Raum, entgegenzutreten. Die Grenzen derartiger Reaktionen ergeben sich wiederum aus dem Völkerrecht.

²³ So auch *Wright* (Anm.20), 849; *Simma/Volk* (Anm.1), 871f.

seits gegen den Entsendestaat planmäßig Spionage betreiben. Nach dem alten Prinzip *tu quoque* darf sich eine Partei nicht über ein Verhalten anderer beklagen und Rechte daraus herleiten wollen, wenn sie sich bei gleicher Gelegenheit selbst in gleicher Weise betätigt²⁴. Unbillig wäre es, dem gegnerischen Staat ein Verhalten vorzuwerfen, das man selbst zumindest in der Grauzone völkerrechtlicher Zulässigkeit hält, wenn nicht gar mit schlechtem Gewissen betreibt. Diese Auffassung hat den offensichtlichen Vorteil, daß denjenigen Staaten, die im Rahmen einer zunehmenden internationalen Entspannung und der Institutionalisierung vertrauensbildender Maßnahmen auf Spionage verzichten zu können glauben, das Verlassen dieser Grauzone zwischenstaatlicher Beziehungen erleichtert wird. Sie könnten sich dann in Zukunft auf ein völkerrechtswidriges Verhalten dritter Staaten bei erlittenen Nachteilen aus Spionage berufen und Wiedergutmachung fordern. Auch den Prinzipien der freundschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den Staaten, wie sie in der "Friendly-Relations-Declaration" der Vereinten Nationen²⁵; insbesondere der dort niedergelegten Verpflichtung zur gegenseitigen Zusammenarbeit nach Treu und Glauben, formuliert sind, entspricht diese Auffassung besser. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß Spionage als Notwehr gegen eine äußere Bedrohung auch völkerrechtlich zu rechtfertigen wäre. Allein die Tatsache, daß der betreffende Staat Opfer der von einem anderen Staat betriebenen Spionage ist, dürfte jedoch nicht ausreichen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet auch hier, zunächst andere Mittel zur Abwehr des Eingriffs einzusetzen²⁶.

Der Feststellung des Ermittlungsrichters, die von Spionagetätigkeit betroffenen Staaten seien berechtigt, ergriffene Spione, auch wenn diese staatliche Organe seien und von ihrem eigenen Staat aus gehandelt hätten, zu bestrafen, ist im wesentlichen zuzustimmen. Das Recht, den Spion nach dem eigenen nationalen Strafrecht (nicht wegen Verletzung von Völkerrecht, dessen Adressat der einzelne Spion auch nicht sein könnte) zur Verantwortung zu ziehen, ist völkerrechtlich allgemein anerkannt²⁷ und

²⁴ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Anm.8), 68 m.w.N.; Wright, *ibid.*, 849.

²⁵ GAOR 25th Sess., No.28, 2625 (XXV), 121; deutscher Text bei Schweitzer/Rudolf (Hrsg.), *Friedensvölkerrecht* (3. Aufl. 1985), 691 ff.

²⁶ Vgl. Simma/Volk (Anm.1), 872, mit Nachweisen zum ILC-Entwurf zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten.

²⁷ Doebling (Anm.11), 307; Hinz (Anm.11), 300; Wright (Anm.20), 851; Rauch (Anm.12), 172; Cohen-Jonathan/Kovar (Anm.14), 240ff., mit Nachweisen aus der Staatenpraxis; Langkau (Anm.16), 269ff., zum Nachweis der Entstehungsgeschichte des § 99 StGB; Prevezzer, *Peacetime Espionage and the Law*, *Current Legal*

entspricht auch einhelliger Staatenpraxis. Hierbei wird eine Überzeugung der Staaten, rechtens zu handeln, anders als bei der Ausübung eigener Spionage, nicht zu leugnen sein. Die einzige Einschränkung ergibt sich gegenüber Spionen mit diplomatischem Status. Ihre durch Art.29, 31 der Wiener Diplomatenrechtskonvention²⁸ gewährleistete Immunität vor strafrechtlicher Verfolgung²⁹ läßt lediglich die Forderung nach Abberufung bzw. die Erklärung zur *Persona non grata* zu. Das legitime Schutzbedürfnis³⁰ der Staaten und der Abschreckungszweck sind ausreichende völkerrechtliche Rechtfertigung für die Bestrafung. Wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt und jedenfalls planmäßige und dauerhafte Spionage für völkerrechtswidrig hält, entfällt auch die andernorts aufgezeigte »juristische Schizophrenie«³¹ der völkerrechtlichen Legalität der Spionage einerseits und ihrer ebenso erlaubten Bestrafung andererseits.

Aufschlußreich ist der Hinweis des Ermittlungsrichters, die Schwere des Eingriffs in Rechtspositionen fremder Staaten durch die Inanspruchnahme von Strafgewalt über ihre (amtlichen) Spione werde durch die regelmäßig fehlende Zugriffsmöglichkeit abgemildert. Dieses Hinweises hätte es nicht bedurft, wenn man von der völkerrechtlichen Zulässigkeit der Bestrafung im Grundsatz ausgeht. Wie viele vom Ausland aus tätige Spione tatsächlich ergriffen und verurteilt werden, kann für die völkerrechtliche Beurteilung keine Rolle spielen. Wenn man allerdings die Bemerkung so versteht, als gehe sie von der Unzulässigkeit der Verfolgung ausländischer Spione im Ausland aus, bekommt sie ein anderes Gewicht. Sie bestätigt dann den Grundsatz, daß das Setzen von Hoheitsakten (Strafverfolgung) im Ausland als unzulässige Intervention völkerrechtswidrig ist³².

3. Besonderheiten im Falle der Staatensukzession

a) Nachdem somit die völkerrechtliche Unbedenklichkeit der Bestrafung vom Ausland aus operierender ausländischer Spione im Grundsatz

Problems, 6 (1953), 82, 85ff., zum Nachweis der englischen und amerikanischen Praxis. Anderer Ansicht wohl nur LK-Tröndle (Anm.3), § 5 Rdnr.5, und Dreher, in: Dreher/Tröndle, StGB (45. Aufl. 1991), § 5 Rdnr.4: für eine völkerrechtliche Rechtfertigung.

²⁸ BGBl.1964 II, 959.

²⁹ Dazu Dahm/Delbrück/Wolfrum (Anm.8), 278; Lewis, State and Diplomatic Immunity (2. Aufl. 1985), m.w.N.; Langkau (Anm.16), 263ff.

³⁰ Langkau, *ibid.*, 289.

³¹ Doehring (Anm.11), 308.

³² Dahm/Delbrück/Wolfrum (Anm.8), 326 m.w.N.

festgestellt war, stellte sich dem Ermittlungsrichter die Frage, ob aufgrund des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland eine besondere Betrachtung geboten ist. Durch den Beitritt, so führte er aus, habe die DDR ihre bisherige Qualität im Sinne eines Staats- und Völkerrechtssubjekts verloren, während die Bundesrepublik ihre staats- und völkerrechtliche Identität bewahrt habe. Somit liege eine Staatennachfolge vor. Es sei nicht ersichtlich, daß sich für das Innenverhältnis bei einer Staatennachfolge, insbesondere zur Behandlung von Spionen auf dem Gebiet des beitretenden Staates, völkerrechtliche Regeln gebildet hätten. Die Konventionsentwürfe zu Problemen der Staatensukzession beträfen lediglich Fragen der Staatennachfolge in Verträge, Staatsvermögen, Staatsarchive und Staatsschulden. Rechtspositionen Privater und andere Fragen würden darin nicht geregelt. Die Regelung des Innenverhältnisses, der Ausgleich der Interessen des beitretenden und des aufnehmenden Staates, sei offensichtlich bilateralen Verträgen zwischen den Beteiligten überlassen geblieben.

Eine entsprechende Anwendung des Art.31 der Haager Landkriegsordnung (HLKO) vom 18. Oktober 1907³³, demzufolge Spione, die zu ihrem Heer zurückkehren und später vom Feinde gefangen genommen werden, für die früher begangene Spionage nicht verantwortlich gemacht werden dürfen, sei ausgeschlossen. Die Interessenlagen im Kriegs- und im Friedensvölkerrecht seien vollkommen unterschiedlich. Während Art.31 HLKO von dem Fall der völligen Unterwerfung eines Staates ausgehe, der es ihm unmöglich mache, entsprechende Schutzmaßnahmen für seine Staatsangehörigen zu ergreifen, könne im Falle eines friedlichen Beitritts der beitretende Staat Regelungen aushandeln, um den Schutz derjenigen Personen zu erreichen, die Staatsaufgaben des untergehenden Staates wahrgenommen und aus seiner Sicht legitim gehandelt hätten. Trotz der umfangreichen Verhandlungen um den Einigungsvertrag seien die Probleme der Spionagetätigkeit für die DDR nicht besonders geregelt worden.

b) Diesen, lediglich in ihrer Reihenfolge umgestellten, Ausführungen ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dennoch rechtfertigen einige der aufgeworfenen Fragen eine eingehendere Betrachtung.

(1) Der Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland mit Wirksamwerden des Einigungsvertrages ist ein Anwendungsfall der Staaten-

³³ RGBl. 1910, 132.

nachfolge^{34, 35}. Abgesehen von der faktischen Wahrnehmung der Staatsgewalt in dem Gebiet der ehemaligen DDR durch die Bundesrepublik Deutschland ab dem 3. Oktober 1990, hat die Bundesrepublik Deutschland auch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit³⁶ für dieses Gebiet übernommen³⁷ und somit den Definitionen der gemeinsamen Art.2 (1)(a) der (nicht in Kraft befindlichen) Wiener Konvention über die Staatenachfolge in Verträge³⁸ sowie über die Staatenachfolge in Vermögen, Archive und Schulden von Staaten³⁹ genügt. Ausdruck dieses Tatbestands sind auch die Art.1, 11 und 12 EV⁴⁰, die den Beitritt im Innenverhältnis beider Staaten regeln und zur Weitergeltung ihrer jeweiligen völkerrechtlichen Verträge Stellung nehmen.

Man könnte an eine völkerrechtlich begründete Pflicht des übernehmenden Staates denken, Staatsbedienstete des untergegangenen Staates in ein neues Dienstverhältnis übernehmen zu müssen. Diese Pflicht könnte von einem Verbot, diese Bediensteten schlechter zu stellen, als sie vorher

³⁴ Auch wenn Besonderheiten, vor allem die notwendige Mitwirkung der alliierten Siegermächte des 2. Weltkriegs aufgrund ihrer Verantwortlichkeit für Deutschland als Ganzes und Berlin (vgl. Art.2 des Deutschlandvertrages vom 26.5.1952, BGBl.1955 II, 305), nicht zu leugnen sind.

³⁵ Vgl. die Leitsätze zum Beratungsgegenstand der außerordentlichen Staatsrechtslehrtagung 1990: Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Die Öffentliche Verwaltung, 43 (1990), 607ff., von Frowein, *ibid.*, 608; Isensee, *ibid.*, 609; Tomuschat, *ibid.*, 611; Frowein, Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 49 (1990), 7, 25f.

³⁶ Dieses Element wird zur Charakterisierung des Tatbestands einer Staatenachfolge besonders herausgestellt, vgl. nur Fiedler, State Succession, in: EPIL Inst.10 (1987), 446, 447.

³⁷ Vgl. nur das Schreiben des Bundesministers des Auswärtigen an den Generalsekretär der Vereinten Nationen vom 3.10.1990, in dem er mitteilt, »daß sich durch den Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung vom 3.10.1990 beide deutschen Staaten zu einem souveränen Staat vereinigt haben« und »vom Zeitpunkt der staatlichen Einheit an [...] die Bundesrepublik Deutschland in den Vereinten Nationen unter der Bezeichnung »Deutschland« auftreten« werde (Hervorh. vom Verf.). Dieser Brief wurde auf Bitten des Bundesministers des Auswärtigen am 3.10.1990 allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen mitgeteilt, vgl. UN Gen.Ass. Doc. A/45/567.

³⁸ Vom 23.8.1978, UN Doc. A/Conf.80/31 (1978); International Legal Materials, 17 (1978), 1488ff.; aus der reichhaltigen Literatur dazu vgl. nur Zemanek, Die Wiener Konvention über die Staatenachfolge in Verträge, in: Ius humanitatis, Festschrift für Alfred Verdross (1980), 719ff.

³⁹ Vom 8.4.1983, UN Doc. A/Conf.117/14 (1983); Seidl-Hohenveldern, Das Wiener Übereinkommen über Staatenachfolge in Vermögen, Archive und Schulden von Staaten, Österr. Z. öffentl. Recht u. Völkerrecht, 34 (1983), 173ff.

⁴⁰ BGBl.1990 II, 889.

standen, begleitet sein. Daraus ließe sich ein Bestrafungshindernis ableiten. Das Innenverhältnis der beteiligten Staaten regelt die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Vermögen, Archive und Schulden von Staaten lediglich insoweit, als sie im Grundsatz den Übergang von Staatsvermögen und Archiven des erlöschenden Staates auf den übernehmenden Staat anordnet. Im übrigen erfassen die genannten Konventionen im wesentlichen Fragen des Außenverhältnisses, also zu dritten Staaten. Zu den Fragen des Innenverhältnisses, etwa zu den Rechten und Pflichten von Beamten und Soldaten im Fall der Sukzession, gibt es kaum Ansätze für gewohnheitsrechtlich fundierte Regeln. Aus der von M. Huber⁴¹ ausgewerteten Staatenpraxis des 19. Jahrhunderts ergibt sich jedenfalls, daß der übernehmende Staat grundsätzlich in alle dienstrechtlichen Verhältnisse des beitretenden Staates eintritt, es ihm aber freisteht, sie zu übernehmen oder (als seine Beamten nach seinem Recht und auf seine Kosten) zu pensionieren⁴². Dies folge aus dem Schutz wohlervorbener Rechte. Einhellige Staatenpraxis ist dies allerdings nicht, wie die Beispiele des Übergangs der österreichisch-ungarischen Monarchie zur Republik Österreich⁴³, die Behandlung oberschlesischer Beamter nach der Abtretung an Polen⁴⁴ und die elsässischer Beamter nach der Abtretung an Frankreich nach dem 1. Weltkrieg⁴⁵ zeigen. Dies soll nur verdeutlichen, daß dann, wenn man nicht einmal von einer völkerrechtlichen Pflicht zur Übernahme der Staatsbediensteten ausgehen kann, eine Pflicht des Dienstherrn, seine (neuen) Bediensteten nicht schlechter zu stellen, als sie vorher standen, erst recht nicht in Betracht kommt.

Aus dem Friedensvertragsrecht sind zwar schon lange Grundsätze zur Behandlung von Staatsangehörigen untergegangener Staaten oder Gebiete

⁴¹ Die Staatensuccession, völkerrechtliche und staatsrechtliche Praxis im XIX. Jahrhundert (1898), 123 ff.

⁴² O'Connell, *The Law of State Succession* (1956), 236, der Unterschiede zwischen der deutschen, mehr privatrechtlich geprägten, und der britischen, eher hoheitlich gestalteten, beamtenrechtlichen Rechts tradition aufzeigt.

⁴³ Dazu Seidl-Hohenveldern, *Die Überleitung von Herrschaftsverhältnissen am Beispiel Österreichs* (1982), 28 f.; der österreichische Verfassungsgerichtshof wandte sich eindeutig gegen eine allgemeine Verpflichtung zur Übernahme und Versorgung ehemaliger k.u.k. Beamten, (österreichischer) VfGH vom 11.3.1919, Slg. Nr.2/1919.

⁴⁴ Nachweise bei O'Connell (Anm.42), 237 f.

⁴⁵ Fall *Kremer* des Conseil d'État vom 12.6.1936, *Revue Générale de Droit International Public*, 45 (1938), 479 ff., auch in: Lauterpacht (Hrsg.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (Annual Digest)*, 8 (1935–1937), 43.

bekannt⁴⁶. Exemplarisch bestimmte der Frieden von Osnabrück 1648⁴⁷:

Art.II

»Beiderseits sei immerwährendes Vergessen und Amnestie alles desselben, was seit Anbeginn der Unruhen an irgendeinem Ort und auf irgendeine Weise vom einen oder anderen Teil, hüben und drüben, feindlich begangen worden ist ...«.

Art.IV

§ 51 »Endlich sollen alle und jede Offiziere und Soldaten, wie auch zivile Räte und Beamte, ..., die der einen oder anderen Partei oder derselben Verbündeten zivile oder militärische Dienste geleistet haben, ..., hinsichtlich ihrer Personen und Güter ... in den Zustand wieder eingesetzt sein, dessen sie vor den erwähnten Unruhen genossen haben ..., und es soll ihren Personen oder Gütern kein Nachteil entstehen, kein Rechtshandel und keine Anklage gegen sie angestrengt und noch viel weniger eine Strafe oder Buße unter irgendeinem Vorwand über sie verhängt werden. Und zwar soll das alles vollkommen gültig sein für die, welche nicht der kaiserlichen Majestät und des Hauses Österreich Untertanen und Vasallen sind«.

Zugegebenermaßen betrafen auch diese Vorschriften Staatsbürger zedierter Gebiete, sie regelten jedoch Kriegsfolgen und sind als solche auf die Folgen einer friedlichen Staatensukzession nicht ohne weiteres zu übertragen. Friedensverträge dienen der Regelung der durch den Krieg aufgeworfenen Fragen, insbesondere der Bereinigung der Streitpunkte, die Anlaß des Kriegsausbruchs waren⁴⁸. Amnestieklauseln zugunsten der Angehörigen des besiegten Staates waren häufig und galten als Kern der Friedensverträge⁴⁹. Im Grunde diente diese gewohnheitsrechtliche Praxis dem Schutze der unterlegenen Partei vor Willkürakten des Siegers und der Wiederherstellung eines »friedlichen« Zustandes, der keine Rechnungen offen läßt. Gerade diese Interessenlage fehlt jedoch bei der friedlichen Staatensukzession. Die auch bei ihr erforderliche Herstellung eines »inneren Friedens« ist den beiden souveränen Verhandlungspartnern überlassen. Man kann den Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland und den ihn überwölbenden Vertrag über die abschließende Regelung in

⁴⁶ Vgl. dazu Reibstein, Die Staatensukzession im älteren Völkerrecht, 2 Bde. (im Besitz des Instituts befindliches Manuskript aus dem Nachlaß von Prof. Reibstein), 486 ff., mit umfangreichen Nachweisen zur Staatenpraxis.

⁴⁷ In deutscher Übersetzung bei K. Müller (Bearbeiter), *Instrumenta Pacis Westphalicae* (1949), 101 ff.

⁴⁸ Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd.2: *Kriegsrecht* (2. Aufl. 1969), 108 f.

⁴⁹ Berber, *ibid.*, 109.

bezug auf Deutschland (»2 plus 4-Vertrag«) vom 12. September 1990⁵⁰ auch nicht wie einen Friedensvertrag, der bei Beendigung des 2. Weltkriegs vorbehalten blieb, behandeln und auf diesem Wege kriegsvölkerrechtliches Amnestierecht anwenden wollen. Die Parteien des 2 plus 4-Vertrages haben bewußt keine friedensvertragliche Regelung getroffen, sondern gingen davon aus, daß zwischen ihnen seit Kriegsende Frieden herrschte⁵¹. Zwar wird auch heute in der Diskussion um verschiedene Vorschriften des Einigungsvertrages, insbesondere zur Eigentumsfrage, immer wieder vorgebracht, es handele sich eigentlich um Kriegsfolgenregelungen, die an besonderen Maßstäben zu messen seien⁵². Dabei ist jedoch zu bedenken, daß die beiden Teile Deutschlands sich niemals miteinander im Kriege befunden haben, in ihrem Innenverhältnis, um dessen Regelung es geht, kriegsvölkerrechtliche Erwägungen keinen Raum haben. Ein völkergewohnheitsrechtliches Amnestiegebot im Falle der friedlichen Staatensukzession ist also nicht nachzuweisen.

Vielmehr gibt es sogar Staatspraxis zur Anwendung des Strafrechts des übernehmenden Staates auf vor der Übernahme begangene Straftaten im Gebiet des übernommenen Staates⁵³. Auch wenn dies nicht die Regel sein dürfte und den Vorschriften des Einigungsvertrages, der in Art.315 Abs.1 EGStGB gerade nicht eine retrospektive Anwendung deutschen Strafrechts vorsieht, nicht entspricht, zeigt es das völkerrechtlich (!) weithin unbegrenzte Ermessen der beteiligten Staaten, die Sukzessionsfolgen für Private zu regeln. Grenzen können sich insoweit wohl nur aus der Beachtung völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechtsschutzes ergeben⁵⁴.

(2) Hier wäre insbesondere an Art.15 des Internationalen Paktes über

⁵⁰ BGBl.1990 II, 1317; in Kraft seit dem 15.3.1991, BGBl.1991 II, 587.

⁵¹ So lautet der erste Absatz der Präambel: »In dem Bewußtsein, daß ihre Völker seit 1945 miteinander in Frieden leben«; der sechste Absatz, unter Bezugnahme auf die Charta der Vereinten Nationen und die Prinzipien der KSZE-Schlußakte: »In Anerkennung, daß diese Prinzipien feste Grundlagen für den Aufbau einer gerechten und dauerhaften Friedensordnung in Europa geschaffen haben«.

⁵² M ö s c h e l, Entschädigung vor Rückgabe, FAZ vom 7.3.1991, 16.

⁵³ Vgl. die italienische Praxis nach der Annexion Abessinians, nachgewiesen bei Dahm/Delbrück/Wolfrum (Anm.8), 183 Anm.2; Annual Digest, 8 (1935–1937), Nr.46, Urteil *In re Simi* vom 20.2.1937: »The Italian State, following the annexation, is the successor of Ethiopia. Accordingly, crimes committed prior to the annexation must be regarded as having taken place in Italian territory«, auch wenn im konkreten Fall der Delinquent auf (staatliche) Weisung des Negus gehandelt hatte und somit nach äthiopischem Recht gerechtfertigt war.

⁵⁴ So auch Dahm/Delbrück/Wolfrum, *ibid.*, 184.

bürgerliche und politische Rechte⁵⁵ vom 19. Dezember 1966 zu denken, der als einfaches Bundesrecht auch die bundesdeutschen Staatsorgane bindet. Man mag sich fragen, ob das ausdrückliche Abheben auf entweder »inländische« oder »internationale« Rechtsgrundlagen für die Bestrafung eine Einschränkung des in Art.103 Abs.2 GG normierten Gebots, die Strafbarkeit müsse vor ihrer Begehung »gesetzlich bestimmt« sein, darstellt. »Gesetz« im Sinne des Art.103 Abs.2 GG ist jedes (bundesdeutsche) förmliche Gesetz sowie jede aufgrund förmlicher Ermächtigung (Art.80 Abs.1 GG) ergangene Rechtsverordnung⁵⁶, also auch die oben erläuterte, völkerrechtskonforme, Erstreckungsnorm des § 5 Nr.4 StGB. »Inländisches« Recht im Sinne des Art.15 Abs.1 IPbürgR könnte im Sinne lediglich materiellen inländischen Strafrechts (der DDR) verstanden werden unter Ausschluß von Strafrechtsnormen, die aufgrund extraterritorialer Erstreckung des Strafrechts eines fremden Staates (der Bundesrepublik Deutschland) ebenfalls in das untergegangene Gebiet hineinwirken. Dafür spräche, daß solche, wenn auch völkerrechtlich durch das Schutzprinzip gerechtfertigten, Erstreckungen der Strafgesetze für den im betroffenen Gebiet lebenden Ausländer nicht ohne weiteres erkennbar sind⁵⁷. Das entspräche auch dem in dem Satz *nulla poena sine lege* verkörperten Bestimmtheitsgebot⁵⁸. Allerdings hält der übrige Wortlaut des Art.15 IPbürgR, insbesondere dessen Bezugnahme auf »internationale« Rechtsgrundlagen und die »von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze«, dazu an, die Anforderungen an die Voraus-

⁵⁵ BGBl.1973 II, 1534, in Kraft in der Bundesrepublik Deutschland seit dem 3.1.1976, BGBl.1976 II, 426. Art.15 IPbürgR lautet in der deutschen, nicht authentischen Fassung: »(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder nach internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine schwerere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden. (2) Dieser Artikel schließt die Verurteilung oder Bestrafung einer Person wegen einer Handlung oder Unterlassung nicht aus, die im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.«

⁵⁶ BVerfGE 14, 174, 185; 32, 346, 362; Kunig, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar (1983), Art.103 Rdnr.22 m.w.N.

⁵⁷ Das mag man zwar für leitende Mitglieder der Nachrichtendienste mit Recht bezweifeln. Auf eine individuelle Betrachtung könnte es bei dieser Frage aber nicht ankommen. Entsprechend fordert Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar (1989), Art.15 Rdnr.5, daß die Rechtsnorm allen Rechtsunterworfenen zugänglich sein müsse.

⁵⁸ Zu Art.103 Abs.2 GG vgl. BVerfGE 25, 269, 285; Nowak, *ibid.*, Art.15 Rdnr.4, bezeichnet dies als Gebot der Rechtssicherheit.

sehbarkeit und Bestimmtheit der Strafgesetze nicht zu überdehnen, da die internationalen Rechtsgrundlagen den Delinquenten regelmäßig noch weniger bekannt sein dürften⁵⁹.

Ein Vergleich mit dem beinahe identischen Art.7 EMRK scheint diese Ansicht zu bestätigen. Auch hier wird zwischen inländischen und internationalen Strafnormen unterschieden und in Abs.2 auf die »von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze« verwiesen. An die Erkennbarkeit der Strafnormen sollen daher wohl keine überzogenen Maßstäbe angelegt werden. In ihrer Spruchpraxis zu Straftatbeständen des *common law* hat die Kommission denn auch eine schriftliche Niederlegung der Strafrechtsnormen für entbehrlich gehalten, wenn der betreffende Tatbestand nur aufgrund der Rechtsprechung der Gerichte feststehe und der Strafrahmen klar umgrenzt sei. In der einschlägigen Kommentierung wird allerdings zu Recht darauf hingewiesen, daß Bestrafungen, die sich nicht nach dem eigenen nationalen Strafrecht richten, sondern nach dem Völkerrecht oder dem Weltrechtsprinzip, nur dann rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen, wenn der Betroffene aus Völkerrechtsnormen klar die Strafbarkeit seines Handelns entnehmen kann⁶⁰. Daß ein völkerrechtlich strafbewehrtes Spionageverbot zur Zeit nicht allgemein anerkannt wird, wurde oben schon festgestellt. An die Völkerrechtskonformität des Schutzprinzips, auf dem die Norm des § 5 Nr.4 StGB beruht, kann hier wohl nicht angeknüpft werden, da das Schutzprinzip selbst keine Straftatbestände formuliert und sich hier ja gerade die Frage stellt, ob extraterritoriale Strafnormen den Maßstäben des Art.7 EMRK bzw. Art.15 IPbürgR genügen. Daß dem so ist, scheint aber bei den Beratungen zu diesen Konventionen nicht bezweifelt worden zu sein.

⁵⁹ Selbst wenn man, gestützt auf Art.15 IPbürgR, Bedenken hätte, stellte sich die Frage, ob Art.315 Abs.4 EGStGB nicht als *lex posterior* in diesem Falle Vorrang hätte. Dagegen könnte nur eingewandt werden, die von Art.15 IPbürgR verbürgte Gewährleistung nehme als »allgemeine Regel des Völkerrechts« im Sinne des Art.25 GG am Vorrang vor, auch späteren, einfachen Gesetzen teil. Die Rechtsprechung ist hierbei zurückhaltend, vgl. die Nachweise bei Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1 (2. Aufl. 1984), 490f. Auch die Frage einer unmittelbaren Anwendbarkeit zugunsten des Betroffenen stellte sich; hierfür Tomuschat, Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechte der Vereinten Nationen, in: Vereinte Nationen 1978, 1, 4 m.w.N.

⁶⁰ Vgl. dazu und zur Spruchpraxis der Kommission die Erläuterungen von Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (1985), Art.7 Rdnr.4ff. Hielte man Art.7 EMRK für einschlägig, wäre, im Gegensatz zu den unter Anm.59 geschilderten Fragestellungen, die unmittelbare Anwendbarkeit und das Verbot einer abweichenden *lex posterior* unproblematisch, vgl. zu Art.6 Abs.2 EMRK BVerfGE 74, 358, 370.

Hinzu kommt, daß im Innenverhältnis zwischen der DDR und der Bundesrepublik Deutschland für das Staatsvolk der DDR ein geringeres Maß an Vertrauensschutz bestehen dürfte als bei einer Staatensukzession zwischen zwei historisch weniger miteinander verflochtenen Staaten. Die Teilung Deutschlands wurde zunächst einstimmig von beiden deutschen Staaten⁶¹, später nur noch von der Bundesrepublik Deutschland als ein Zustand angesehen, mit dem man sich, schon kraft des in der Präambel zum Grundgesetz und in dessen Art.23 Satz 2 verankerten Auftrags zur Wiedervereinigung, nicht abgefunden hatte⁶². Aus der Besonderheit, daß die beteiligten Staaten vor ihrer Trennung eine Rechtseinheit gewesen waren und diese latent auch wiederhergestellt werden sollte, kann man ableiten, daß an die Erkennbarkeit und Bestimmtheit von Normen bundesdeutschen Strafrechts, die sich zulässigerweise auch an Bürger der DDR richteten, geringere Anforderungen zu stellen sind als im Falle der Zession eines fremden Staates. Es bleibt somit festzuhalten, daß hier menschenrechtliche Bedenken gegen die Bestrafung ausländischer Spione, die vom Ausland aus operiert haben, das den Staaten im Falle einer Staatensukzession gewährte Ermessen zur Regelung der internen Sukzessionsfolgen nicht einschränken.

(3) Zu Recht hat der Ermittlungsrichter auch eine analoge Anwendung des Art.31 HLKO vom 18. Oktober 1907⁶³ abgelehnt. Auch hier greift die oben schon dargestellte Unterscheidung zwischen den Interessenlagen der Beteiligten im Falle eines friedlichen Zusammenschlusses und derjenigen nach Beendigung eines Krieges, insbesondere nach der Unterwerfung

⁶¹ Vgl. noch Art.1 Abs.1 der Verfassung der DDR vom 7.10.1949: »Deutschland ist eine unteilbare demokratische Republik; sie baut sich auf den deutschen Ländern auf«. Auch die Verfassung vom 9.4.1968 enthielt in Art.1 noch das Bekenntnis: »Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation«. Erst die Verfassung vom 7.10.1974 vollzog die endgültige Abkehr vom Einheitsgedanken; vgl. Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte (2. Aufl. 1987), 626 ff.

⁶² Auch aus dem Grundlagenvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 21.12.1972 (BGBl.1973 II, 423) ergibt sich nichts anderes; vgl. nur den vereinbarten Dissens zur nationalen Frage im vierten Präambelabsatz und den Vorbehalt zugunsten früherer Verträge, der sich auch auf die Rechte der Vier Mächte in bezug auf Deutschland als Ganzes bezieht, in Art.9. Dazu die unmißverständlichen Dikta in BVerfGE 36, 1, 24 ff.; zur unüberschaubaren Literatur hierzu vgl. Nachweise bei Kimminich, *ibid.*, 663 Anm.158.

⁶³ RGBl.1910, Nr.132; Texte auch in: Hinz (Hrsg.), Kriegsvölkerrecht (1957), Nr.1504. Hierfür deziert Widmaier (Anm.1), 3172f. Diese Vorschrift lautet: »Ein Spion, welcher zu dem Heere, dem er angehört, zurückgekehrt ist und später vom Feinde gefangen genommen wird, ist als Kriegsgefangener zu behandeln und kann für die früher begangene Spionage nicht verantwortlich gemacht werden«.

einer Partei, ein. Die kriegsvölkerrechtlichen Regelungen dienen dem Schutze der Individuen, den ihnen ihr unterlegener Heimatstaat nicht mehr gewähren kann. Bei einem freiwilligen Beitritt besteht diese Gefährdungslage gerade nicht. Das Argument, bei einer gewaltsamen Wiedereingliederung der DDR mit militärischen Mitteln stünde die Straflosigkeit von DDR-Spionen kraft Völkerrechts ohne weiteres fest, also müsse dies erst recht für die friedliche Wiedervereinigung gelten⁶⁴, ist nicht haltbar. Es ist, neben der unterschiedlichen Interessenlage, nämlich schon fraglich, ob der Schutzbereich des Art.31 HLKO eröffnet ist, unterstellte man seine Anwendbarkeit im Friedensvölkerrecht.

Der Schutz, den die Konvention Spionen gewährt, ist recht begrenzt. Werden sie auf der Tat ertappt, dürfen sie gerichtlich verurteilt werden (Art.30 HLKO). Des weiteren werden als Spione im Sinne dieser Vorschriften nur Personen angesehen, die »heimlich oder unter falschem Vorwand in dem Operationsgebiet eines Kriegführenden Nachrichten einziehen oder einzuziehen« suchen »in der Absicht, sie der Gegenpartei mitzuteilen«⁶⁵. Der Entwurf zu dieser Vorschrift war noch deutlicher: Spione im Sinne dieser Konvention sollten nur diejenigen sein, die «dans les localités occupées par l'ennemi» tätig waren⁶⁶. Aufgrund von Interventionen der deutschen und der dänischen Seite während der Haager Verhandlungen wurden die Worte «dans les localités occupées» ersetzt durch «dans la zone d'opération d'un belligérant», um nicht lediglich förmliche Okkupationsgebiete zu erfassen⁶⁷. In beiden Fällen war aber lediglich die Spionagetätigkeit im feindlichen Einflußgebiet gemeint⁶⁸. Nur so erklärt sich auch die Vorschrift des Art.31 HLKO, die von einer Rückkehr des Spions zu seiner Truppe ausgeht. Die leitende Spionagetätigkeit vom eigenen Einflußbereich aus fällt schon begrifflich nicht unter Art.29–31 HLKO. Der Fall, daß ein Ausländer vom Ausland aus, aber nicht im Operationsgebiet des Feindes, zu Kriegszeiten landesverräteri-

⁶⁴ So Widmaier, *ibid.*, 3173.

⁶⁵ Art.29 Abs.1 HLKO; Hervorh. vom Verf.

⁶⁶ Beruhend auf Art.19 der Brüsseler Deklaration vom 27.8.1874, abgedruckt in: Meurer, Die Haager Friedenskonferenz, Bd.2 (1907), 24 ff., 26. Diese Deklaration trat zwar nie in Kraft, bildete aber die Grundlage für die Haager Landkriegsordnung. Zur Entwicklungsgeschichte siehe Meurer, *ibid.*, 22 ff., 170 ff.; Scott, The Proceedings of the Hague Peace Conferences, Translation of the Official Texts, 5 Bde. (1920), Bd.1, 59 f.

⁶⁷ Vgl. Hull, The Two Hague Conferences (1908, Neudruck 1970), 238 f.; Meurer, *ibid.*, 171 ff.

⁶⁸ So auch Meurer (Anm.66), 174.

sche Handlungen beging, wurde dem Kriegsgebrauch überlassen⁶⁹. Eine gewohnheitsrechtliche Praxis zur Behandlung dieser Fälle scheint sich aber nicht entwickelt zu haben. Kriegsgebrauch galt lediglich auf dem Kriegsschauplatz, da nach der damaligen Vorstellung auch nur dort im völkerrechtlichen (nicht staatsrechtlichen) Sinne Spionage betrieben werden konnte⁷⁰.

Die weitere Einschränkung des Art.31 HLKO, daß der Spion für »früher« begangene Spionage nicht bestraft werden dürfe, ist ebenfalls in diesem Sinne zu verstehen. Auch sie bezieht sich nur auf frühere Spionage, die im (gegnerischen) Operationsgebiet begangen wurde, nicht etwa auch auf vorherige Spionage zu Friedenszeiten oder während des Krieges von der eigenen Seite aus. Ein nach Beendigung der Kriegshandlungen im besetzten Territorium gefangengenommener Spion unterläge danach wohl dem gewohnheitsrechtlichen Schutz, daß niemand für Kriegshandlungen, die keine Kriegsverbrechen darstellen, bestraft werden darf⁷¹, wie er in Amnestieregelungen in Friedensverträgen regelmäßigen Ausdruck fand⁷², ergänzt durch die Schutzbestimmungen der Genfer Konventionen⁷³ und eingeschränkt durch die Bestrafungsmöglichkeit für Kriegsverbrechen⁷⁴.

Aus allem folgt, daß Art.31 HLKO schon tatbestandlich gar nicht anwendbar war, für eine doppelte Analogie damit aber jede Rechtfertigung fehlt.

⁶⁹ Zur Unterscheidung zwischen Kriegsgebrauch und Kriegsgewohnheitsrecht bzw. Kriegsvölkerrecht vgl. Meurer, *ibid.*, 184.

⁷⁰ Meurer (Anm.66), 186.

⁷¹ Vgl. Jescheck, War Crimes, in: EPIL Inst.4 (1982), 294, 295. Aus der innerstaatlichen Praxis, während des Krieges gefaßte Spione umgehend zu bestrafen (vgl. Meurer, *ibid.*, 184f.), kann nicht der Schluß gezogen werden, daß Spionage während des Krieges auch völkerrechtlich verboten wäre. Art.30, 31 HLKO setzen insoweit nur der staatsrechtlichen Praxis völkerrechtliche Schranken (Meurer, *ibid.*, 187). Der Unterschied zum Friedensvölkerrecht, für den oben grundsätzlich ein völkerrechtliches Spionageverbot postuliert wurde, läßt sich damit erklären, daß das Schutzbedürfnis kriegführender Parteien, sich über die regelmäßig gefährträchtigen Vorhaben des Gegners zu informieren, eine Ausspähung rechtfertigt, während diese Art der unmittelbaren militärischen Bedrohung im Friedensvölkerrecht fehlt.

⁷² Vgl. oben Nachweise bei Anm.46.

⁷³ Insbesondere Art.13 Abs.3 (Repressalienverbot), 85, 99 der III. Genfer Konvention vom 12.8.1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen, BGBl.1954 II, 838ff.

⁷⁴ Dazu Jescheck (Anm.71), 294ff. Spionage gehört unbestrittenermaßen nicht zu den Kriegsverbrechen. Darauf, und nicht, wie Widmaier ([Anm.1], 3172) meint, auf Art.31 HLKO, ist zurückzuführen, daß nicht im Operationsgebiet tätige Leiter von Nachrichtendiensten nach dem 2. Weltkrieg nicht wegen Spionage verurteilt wurden.

4. Verfassungsrechtliche Fragen

a) Am Maßstab des Art.3 Abs.1 GG prüfte der Ermittlungsrichter, ob die Strafverfolgung gegen den Beschuldigten gleichheitswidrig ist, was er im Ergebnis verneinte.

Die unterschiedliche Behandlung von Inländern, die für ihren Staat Spionage gegen einen anderen Staat ausüben, und Ausländern, die dies für ihren Staat tun, sei von den Tatgegebenheiten her im allgemeinen gerechtfertigt.

Nach dem Beitritt der DDR ergebe sich zwar die Lage, daß es auf dem nunmehr erweiterten Bundesgebiet Mitarbeiter bundesdeutscher Nachrichtendienste gebe, die vor der Wiedervereinigung Spionage gegen die DDR ausgeübt hätten und nun nicht mehr von Strafe bedroht seien, während DDR-Spione weiterhin verfolgt würden. Allerdings habe die Bundesrepublik Deutschland von der DDR keine Verpflichtung übernommen, Personen, die für diese eine legitime Tätigkeit ausgeübt haben, nicht (mehr) zu bestrafen. Der Wegfall der Strafbarkeit bundesdeutscher Agenten beruhe auf der Übernahme bundesdeutschen Strafrechts und dem Erlöschen der Geltungskraft des Strafrechts der DDR. Zudem sei die Strafbarkeit der Spione der früheren DDR durch den Beitritt nicht begründet, sondern vielmehr die Strafverfolgung tatsächlich nur ermöglicht worden.

Ein Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG liege auch nicht etwa deshalb vor, weil es die Bundesrepublik Deutschland unterlassen habe, ehemalige DDR-Agenten (ebenfalls) straffrei zu stellen. Willkürlich habe sich der Gesetzgeber dabei nicht verhalten. Sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung ergäben sich vor allem daraus, daß die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch das frühere Tun der DDR-Agenten möglicherweise weiterhin betroffen werde. Für eine Amnestie sprächen zwar der durch die derzeitige Rechtslage ausgeübte Auswanderungsdruck, der vielfach unzumutbar sei, und die Tatsache, daß reine Spionage völkerrechtlich zumindest toleriert werde. Die für eine Straffreiheitsregelung sprechenden Gründe hätten jedoch kein solches Gewicht, daß sie die gesetzgeberische Entscheidung als willkürlich erscheinen ließen.

b) Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Einige der aufgeworfenen Fragen bleiben jedoch unbeantwortet, andere bedürfen kritischer Analyse.

(1) Der Ermittlungsrichter bezieht sich auf die Verhandlungen zwischen der DDR und der Bundesrepublik Deutschland über den Einigungsvertrag und stellt fest, daß die Bundesrepublik eine Verpflichtung gegenüber der DDR, deren Spione nicht (mehr) zu bestrafen, nicht einge-

gangen sei und »dies [...] aber allein kein Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG« sei. Damit geht er davon aus, daß die Bundesrepublik Deutschland schon zu diesem Stadium⁷⁵ gegenüber Bürgern der DDR an den Gleichheitssatz gebunden war. So völlig selbstverständlich ist diese Ansicht nicht. Vielmehr wäre die Frage nach der Grundrechtsbindung beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge⁷⁶ zumindest zu diskutieren gewesen. Sieht man zunächst einmal von den Besonderheiten der deutsch-deutschen Rechtsbeziehungen ab, ist als Grundsatz festzustellen, daß die Bindung deutscher Hoheitsgewalt an die Grundrechte (Art.1 Abs.3 GG) bei Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassend gewährleistet sein soll, unabhängig davon, ob die Wirkungen ihres Verhaltens innerhalb eigener oder fremder Gebietshoheit eintreten⁷⁷. Daraus folgt auch eine Grundrechtsbindung im Ausland Ausländern gegenüber, sofern es sich nach nationalem Recht überhaupt um Ausländern gewährleistete Grundrechte handelt⁷⁸. Das ist bei Art.3 Abs.1 GG der Fall. Ebenso unbestritten ist jedoch, daß die Bindung nicht so weit geht, eine Durchsetzung der Grundrechte auch ausländischen Rechtsordnungen gegenüber zu verlangen⁷⁹. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß die Bundesregierung bei den Verhandlungen um den Einigungsvertrag zwar nicht von den Bindungen des Art.3 Abs.1 GG frei war, jedoch eine Pflicht, dessen Regelungsinhalte den Verhandlungsführern der DDR gegenüber durchzusetzen, nicht bestand. Auf wessen Drängen hin die Beibehaltung der Strafbarkeit nachrichtendienstlicher Tätigkeit für die DDR auch nach der Wiedervereinigung vereinbart wurde, ist allerdings offen.

Angenommen, es sei das Interesse der Bundesrepublik Deutschland gewesen, sich die Bestrafungsmöglichkeit zu erhalten, wird sie diese Verhandlungsposition auch an Art.3 GG messen lassen müssen, da sie ihr von der DDR wohl kaum aufgezwungen worden sein dürfte.

Für dieses Ergebnis spricht auch die besondere innerdeutsche Rechts-

⁷⁵ Also nicht erst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes auch für das Gebiet der ehemaligen DDR.

⁷⁶ Vgl. Stern (Anm.60), Bd.3/1 (1988), 1224ff., 1231 m.w.N.

⁷⁷ Speziell zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge und der Beachtung von Grundrechten dabei vgl. BVerfGE 6, 290, 295; 57, 9, 23; Stern, *ibid.*, 1230; M. Schröder, Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Elementen, in: Festschrift für H.-J. Schlochauer (1981), 137, 138.

⁷⁸ Die Frage, ob die deutsche Staatsgewalt zwischen Inländern und Ausländern differenzieren darf, ist erst zu stellen, wenn der Schutzbereich des Art.3 Abs.1 GG überhaupt eröffnet ist. Zu beachten ist weiterhin, daß menschenrechtliche Gewährleistungen, die sich aus völkerrechtlichen Verpflichtungen ergeben, jedenfalls unberührt bleiben.

⁷⁹ BVerfGE 31, 58, 74f.; 57, 9, 23f.

lage. Da Art.3 EV mit der Übernahme des Bundesrechts auch die Geltung der Grundrechte mit Wirksamwerden des Beitritts auf das Gebiet der DDR erstrecken sollte, wäre es treuwidrig gewesen, sich während der Verhandlungen um den Einigungsvertrag von Bindungen frei wähnen zu wollen, die mit Inkrafttreten des Vertrages ohnehin eintraten. Dasselbe ergibt sich schließlich aus dem verfassungsgerichtlich zur Rechtspflicht konkretisierten Wiedervereinigungsgebot⁸⁰. Damit wäre eine von grundrechtlichen Bindungen freie Verhandlungsführung unvereinbar gewesen. Der allgemeine Gleichheitssatz gehört zu den Grundbedingungen rechtsstaatlich verfaßter Freiheit⁸¹, von dessen Beachtung auch der dem Gesetzgeber zur Verwirklichung der Wiedervereinigung eingeräumte weite Gestaltungsspielraum⁸² nicht dispensieren konnte.

(2) War folglich der Schutzbereich des Art.3 GG eröffnet, stellt sich die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet gewesen wäre, vom Staatsgebiet der DDR aus operierende Spione des Ministeriums für Staatssicherheit mit dem Beitritt straffrei zu stellen. Der Ermittlungsrichter vergleicht diese Gruppe von Personen mit bundesdeutschen Agenten, die vom Boden der Bundesrepublik Deutschland aus Spionage gegen die DDR betrieben hatten und nach der Wiedervereinigung wegen des weitgehenden Außerkrafttretens des StGB der DDR nicht mehr bestraft werden können. So stellt er zunächst eine Ungleichbehandlung fest.

Ob diese Vergleichsgruppen korrekt gewählt sind, erscheint zweifelhaft. *Genus proximum* beider Gruppen ist ersichtlich die Gruppe der Spione, die jeweils von ihrem Staatsgebiet aus gegen den anderen deutschen Staat Aufklärung betrieben haben. Der gemeinsame Oberbegriff, unter den zwei rechtlich verschieden behandelte Personengruppen fallen, soll aber die Gruppen nach nur einem Unterscheidungsmerkmal vollständig und abschließend erfassen, um Ausmaß und Grund der Ungleichbehandlung sichtbar werden zu lassen⁸³. Die oben aufgeführten Bezugsgruppen unterscheiden sich jedoch nicht nur hinsichtlich ihrer Staatszugehörigkeit – hier verstanden als die Summe der die Staatsbürger typischerweise kennzeichnenden Rechte und Pflichten und nicht als die im innerdeutschen Verhältnis stets umstrittene Staatsangehörigkeit –, sondern auch hinsichtlich ihres Tätigkeitsorts. Ob dieser *genus proximum* den

⁸⁰ Dazu BVerfGE 5, 85, 127f.; 36, 1, 17f.; 77, 137, 149ff.

⁸¹ Nach der Präambel des Grundgesetzes sollte die »Einheit und Freiheit« vollendet werden, nicht eine Einheit in Unfreiheit.

⁸² BVerfGE 77, 137, 149.

⁸³ Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II (4. Aufl. 1988), Rdnr.498.

Wertungen, die einer derartigen Gruppenbildung zugrunde liegen⁸⁴, gerecht wird, ist fraglich. Er blendet die Zielrichtung der jeweiligen Spionagetätigkeit und die Besonderheiten der deutsch-deutschen Rechtslage aus. Spionage von der Bundesrepublik Deutschland aus gegen die DDR war eben nicht gleich Spionage von der DDR aus gegen die Bundesrepublik Deutschland. Dies soll keineswegs damit begründet werden, daß Nachrichtenbeschaffung für einen Rechtsstaat prinzipiell anders zu beurteilen wäre als für einen Unrechtsstaat⁸⁵. Eine derartige Abgrenzung wäre gänzlich unpraktikabel, denn wer wollte sich schon zum Richter in dieser Frage aufschwingen? Gewichtiger erscheint, daß die Bundesrepublik Deutschland stets besondere staatsrechtliche Beziehungen zu der DDR gepflegt hat, die denen zu anderen Staaten nicht entsprachen. Das Grundgesetz ging stets vom Fortbestand des deutschen Staatsvolkes aus⁸⁶, davon, daß die DDR auch nach Abschluß des Grundlagenvertrages »ein anderer Teil Deutschlands« sei und ihre Gerichte »deutsche Gerichte« seien⁸⁷. Eine durch freie Ausübung des Selbstbestimmungsrechts besiegelte Trennung der DDR von Deutschland, die eine Qualifizierung als fremdstaatliche Gewalt zugelassen hätte⁸⁸, hat nie stattgefunden. Eine Regelung der »deutschen Frage« durch die Vier Mächte stand aus. Jedenfalls für die bundesdeutsche Aufklärung gegen die DDR heißt dies, daß sie nicht mit Spionage gegen dritte Staaten gleichgestellt werden kann⁸⁹. Man wird wohl nicht so weit gehen können zu behaupten, aus dem Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes habe sich geradezu eine Pflicht zur Aufklärung der Verhältnisse in der ehemaligen DDR ergeben. Doch liegt die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes nahe. Ob man umgekehrt argumentieren kann, die von der DDR aus betriebene Spionage habe deshalb ebenfalls eine andere Qualität, ihre Agenten hätten kraft der ihnen als Deutsche im Sinne des Grundgesetzes stets zustehenden bundesdeutschen Fürsorge auch zumindest einen Rest an Loyalitätspflichten gegenüber der Bundesrepublik Deutschland gehabt, ist dagegen zweifel-

⁸⁴ Dazu auch Gubelt, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar (3. Aufl. 1985), Art.3 Rdnr.12f.

⁸⁵ Vgl. auch Doehring (Anm.11), 308, und Widmaier (Anm.1), 3171f.

⁸⁶ BVerfGE 36, 1, 16ff.; 77, 137, 151.

⁸⁷ BVerfGE 37, 57, 64; 77, 137, 151.

⁸⁸ Betont von BVerfGE 77, 137, 151; dazu Hofmann, Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland, ZaöRV 49 (1989), 257, 264f.

⁸⁹ Davon scheint auch die Bundesregierung in ihrem Entwurf zu einem Amnestiegesetz für DDR-Spione (Anm.21), 6, auszugehen, wo es heißt: »Die gegenseitige nachrichtendienstliche Aufklärung war stark geprägt von der Teilung Deutschlands«.

haft. Eher wird man davon sprechen können, daß ihnen hinsichtlich des Bestands der DDR kein voller Vertrauensschutz zuzubilligen ist. Daß das Wiedervereinigungsgebot möglicherweise einen Rechtfertigungsgrund für bundesdeutsche Spionage abgegeben haben könnte, dürfte auch nicht an der in Art.2 Nr.1 VN-Charta festgeschriebenen souveränen Gleichheit der Staaten scheitern. Die Viermächte-Erklärung zum Beitritt der beiden deutschen Staaten zu den Vereinten Nationen hielt die Verantwortung der alliierten Siegermächte für Deutschland als ganzes offen⁹⁰ und damit auch die »deutsche Frage«, deren innerstaatliche Ausfüllung das Wiedervereinigungsgebot darstellte. Diese Erwägungen sprechen dafür, die gegenseitig betriebene Spionage nicht als gleichwertig anzusehen. Dann sind auch die oben gebildeten Vergleichsgruppen in Frage zu stellen. Vergleichbar erscheinen eher die Agenten der jeweils eigenen Partei, also im Falle der DDR einerseits diejenigen, die vom Boden der Bundesrepublik Deutschland aus operiert haben, und andererseits die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR tätigen. Eine Ungleichbehandlung dieser beiden Gruppen ist nicht erkennbar⁹¹.

Aber auch bei Zugrundelegung der vom Bundesgerichtshof gewählten Vergleichsgruppen ist keine willkürliche Ungleichbehandlung anzunehmen. Das hat der Ermittlungsrichter überzeugend begründet. Aufgrund der Aktivitäten ehemaliger DDR-Spione und ihrer einstigen organisatorischen Verknüpfung mit Mitgliedstaaten des Warschauer Paktes, speziell zu den sowjetischen Geheimdiensten, wird die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland weiter gefährdet, während es eigenständig schützenswerte Sicherheitsinteressen der DDR, die durch bundesdeutsche Aufklärung noch betroffen sein könnten, seit dem Beitritt nicht mehr gibt.

Dasselbe Ergebnis folgt noch aus einer weiteren Überlegung, die auf die Verhandlungspositionen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR bei der Aushandlung des Einigungsvertrages zurückgreift. Die Ver-

⁹⁰ Diese Erklärung – BT-Drs.7/154, S.46 Anlage 3; UN Doc. A/9082, S/10958 – wurde auch dem VN-Generalsekretär notifiziert und allen VN-Mitgliedern mitgeteilt, auch wenn sie nicht auf der Tagesordnung der VN-Organe bei der Entscheidung über die Beitrittsge-suche stand. Die Denkschrift der Bundesregierung zum VN-Beitrittsgesetz – BT-Drs.7/154, S.42 Abschnitt II – hält im übrigen ausdrücklich am Wiedervereinigungsgebot fest und verwahrt sich gegen ihm zuwiderlaufende Rechtswirkungen der VN-Charta. Zum Ganzen vgl. Beyerlin/Strasser, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1973, ZaöRV 35 (1975), 768, 802ff.

⁹¹ Auch nicht wegen des Strafverfolgungsermessens nach § 153c Abs.1 Nr.1 und 2 StPO; § 153c Abs.1 Nr.2 StPO sollte nach herrschender Meinung zugunsten von DDR-Bürgern analog angewandt werden, vgl. Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung (39. Aufl. 1989), § 153c Rdnr.12.

handlungspositionen kann man in diesem Zusammenhang so zusammenfassen, daß die Bundesrepublik Deutschland auf der Bestrafung der gegen sie betriebenen Spionage bestanden hat, während die DDR mit der grundsätzlichen Übernahme des bundesdeutschen Rechts unter weitgehender Aufgabe der Geltungskraft ihres Rechts zugleich auf die Bestrafung bundesdeutscher Agenten verzichtet hat⁹².

Die durch den Einigungsvertrag bewirkte unterschiedliche Rechtsetzung zweier zu diesem Zeitpunkt noch gleichberechtigter rechtsetzender Staaten⁹³ führt zur Dogmatik des Art.3 GG zurück. Es ist anerkannt, daß der Gleichheitsanspruch nur gegenüber dem nach der Kompetenzverteilung konkret zuständigen Träger öffentlicher Gewalt besteht⁹⁴. Ebenso ist anerkannt, daß die Verfassungsmäßigkeit eines Landesgesetzes nicht mit der Begründung, es weiche von verwandten Regelungen anderer Länder ab, angegriffen werden kann⁹⁵. Auch wenn sich diese Entscheidungen vornehmlich auf die föderalistische Struktur stützen, ist der Rechtsgedanke im vorliegenden Fall in ähnlicher Weise fruchtbar zu machen. Beitrittsbedingte Ungleichheiten bei der Behandlung von Staatsbürgern der ehemaligen DDR und der Bundesrepublik Deutschland können nicht ohne weiteres mit Art.3 GG ausgehebelt werden. Insoweit sind unterschiedliche Hoheitsträger für unterschiedliche Hoheitsbereiche tätig geworden.

Zweifelhaft ist allerdings, ob mit dieser Argumentation der Rekurs auf Art.3 GG schlechthin abgeschnitten werden kann. Dagegen spricht nicht nur der Integrationszweck des Beitritts, sondern auch die Tatsache, daß die beiden deutschen Staaten den Einigungsvertrag nicht zur Wahrung ihrer partikulären Interessen, sondern zur Herstellung eines einheitlichen Staates geschlossen haben. Entsprechend sieht der neue Art.143 Abs.1 GG vor, daß im Recht der neuen Bundesländer Abweichungen vom Grundrechtsteil des Grundgesetzes längstens bis zum 31. Dezember 1992 zulässig sein sollen, »soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung

⁹² Art.3 EV in Verbindung mit Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II, 1.b führt den neuen Art.315 EGStGB ein, in dessen Abs.1 auf § 2 StGB verwiesen wird; demzufolge wird eine Tat, die zur Zeit der Begehung strafbar war, es zur Zeit der Verfolgung aber nicht mehr ist, nicht mehr bestraft, § 2 Abs.2 StGB (BGH, 1 Str 631/54 vom 8.4.1955; LK-Tröndle [Anm.3], § 2 Rdnr.30).

⁹³ Die Rechte der DDR sind insoweit auf die neuen Bundesländer übergegangen, Art.44 EV.

⁹⁴ BVerfGE 21, 54, 58; Gubelt (Anm.84), Art.3 Rdnr.53.

⁹⁵ BVerfGE 17, 319, 331; 42, 20, 27.

noch nicht erreicht werden kann«. Zwar beruht hier die Abweichung nicht auf besonderem DDR-Recht. Doch dürften unterschiedliche Behandlungen, die auf bundesdeutschem Recht beruhen, ebenfalls nur dann zulässig sein, wenn der Beitritt sie erfordert. Dies ist der Sache nach nichts anderes als eine besondere Ausgestaltung des Erfordernisses eines sachlichen Differenzierungskriteriums im Rahmen der Prüfung, ob im wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden dürfen. Damit ist man wieder bei den vom Ermittlungsrichter zu Recht festgestellten Gründen für eine Ungleichbehandlung, insbesondere dem nachwirkenden Gefährdungspotential ostdeutscher Spionage. Aus dem Gebot, nur beitriffsbedingte, erforderliche Ungleichbehandlungen zulassen zu dürfen, kann dann allerdings eine Pflicht folgen, ostdeutsche Spione straffrei zu stellen, sobald die von ihnen betriebene Aufklärung die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik nicht mehr ernsthaft gefährden kann.

III. Ausblick

Trotz aller guter Gründe, die diese Entscheidung tragen, bleibt ein gewisses Unbehagen. Dies hat auch der Ermittlungsrichter am Bundesgerichtshof deutlich zum Ausdruck gebracht. Zugunsten eines Amnestiegesetzes, das die »eigentliche Spionagetätigkeit« erfassen sollte, führt er im wesentlichen zwei Gründe an: zum einen, daß die betroffenen Spione, »aus ihrer Sicht, eine legitime Tätigkeit ausgeübt« hätten, »die auch völkerrechtlich nicht als anstößig zu bewerten« gewesen sei, zum anderen die unzumutbare Härte der jetzigen Rechtslage, die die Betroffenen zur Auswanderung und zum Verlust ihrer Heimat zwingt.

Daß ihr Verhalten »aus ihrer Sicht« legitim gewesen sein mag, ist noch kein ausreichendes Argument für eine Amnestie. Auch in einem Staat erlaubte Folter könnte dem Legitimitätsargument keinen Vorrang vor dem Legalitätsprinzip einräumen. Aus der hier vertretenen Sichtweise bietet auch das Völkerrecht keinen Rechtfertigungsgrund.

Mehr Gewicht kommt dem zweiten Argument zu. Ob allerdings der Auswanderungsdruck, den die nun auch faktisch eingetretene Verfolgungsmöglichkeit auslöst, einen Verstoß gegen das in Art.11 Abs.1 GG verbürgte Bleiberecht⁹⁶ darstellt, ist sehr zu bezweifeln. Das hat auch der Ermittlungsrichter wohl nicht annehmen wollen. Allein der durch Strafverfolgung bewirkte Ausreisedruck verstößt nicht gegen Art.11 Abs.1 GG. Dagegen ließe sich einwenden, der Fall liege bei einem Spion anders;

⁹⁶ Kunig (Anm.56), Art.11 Rdnr.18.

wer früher gegen die Bundesrepublik Deutschland spioniert habe, hätte sich stets auf den sicheren Hafen seines Heimatstaates (DDR) verlassen können, eine Möglichkeit, die nun fehlt. Allerdings darf nicht vergessen werden, daß auch die von der DDR aus begangene Spionage nach bundesdeutschem Recht stets strafbar und der Vertrauensschutz der Akteure wegen der besonderen deutschen Rechtslage verringert war.

Ein über die Freizügigkeit und den Schutz vor Ausbürgerung (Art.16 Abs.1 GG) hinaus verbürgtes Heimatrecht ist dem Grundgesetz überdies fremd⁹⁷.

Dennoch liegt hierin der richtige Ansatzpunkt für eine begrenzte Amnestieregelung. Der aufgrund besserer Einsicht oder zumindest aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse gefaßte Entschluß, auch das wiedervereinigte Deutschland als Heimat anzusehen und in alle daraus folgenden staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten einzutreten, ist zu fördern und zu schützen. Hier setzen denn auch die berechtigten Erwägungen an, die die Bundesregierung im Herbst 1990 zur Vorlage eines vorerst gescheiterten Amnestiegesetzes⁹⁸ bewogen hatten. Im Vordergrund steht dabei die Herstellung von Rechtsfrieden und Akzeptanz der Rechtsordnung für die Zukunft des geeinten Staates. Auch ein Argument des »Wegfalls der Geschäftsgrundlage« wurde ins Spiel gebracht, wenn darauf abgestellt wurde, daß die gegenseitige nachrichtendienstliche Aufklärung stark von der Teilung Deutschlands und der beiderseitigen Frontstellung geprägt gewesen sei. Schließlich versprach man sich von der Amnestie für bundesdeutsche Spione, die sich offenbarten, eine Schadensaufdeckung und weitere Schadensbegrenzung. Alle diese Erwägungen sind berechtigt.

Ob der Gesetzentwurf glücklich formuliert und durchdacht war⁹⁹, mag dahinstehen. Zweifel sind auch an der Regelung, daß spionagebegleitende Vergehen (bis auf die nach §§ 239, 241 und 241a StGB strafbaren) ebenfalls von der Amnestiewelle erfaßt werden sollten, angebracht. Schon an anderer Stelle ist begründet worden, daß spionagebegleitende Straftaten,

⁹⁷ Anders nur Art.2 Abs.2 Landesverfassung Baden-Württemberg, der vom »unveräußerlichen Menschenrecht auf die Heimat« spricht; auch dieses Recht soll allerdings kein Grundrecht sein, vgl. Braun, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg (1984), Art.2 Rdnr.13. Für das Grundgesetz ist ein entsprechendes Recht ausdrücklich abgelehnt worden, vgl. Hollerbach, in: Feuchte (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (1987), Art.2 Rdnr.25ff.; zum Ganzen Kimminich, Das Recht auf Heimat (3. Aufl. 1989), 15 Anm.8, mit Nachweisen zu politischen Äußerungen zum Heimatrecht.

⁹⁸ BT-Drs.11/7871.

⁹⁹ Vgl. die Kritik des Bundesrates, BT-Drs.11/7871, Anlage 2.

die auf dem Territorium des auszuspähenden Staates begangen werden, stets als Eingriffe in die territoriale Integrität völkerrechtswidrig sind¹⁰⁰. Nichts anderes wird für vom Ausland aus begangene Anstiftung zu derartigen Handlungen gelten müssen. Ein rechtspolitisches Bedürfnis dafür, Hausfriedensbruch, Körperverletzungen, Verletzungen des Briefgeheimnisses und andere Begleitvergehen, von Verbrechen ganz zu schweigen, ebenfalls straffrei zu stellen, insbesondere dann, wenn sie sich nicht unmittelbar gegen den auszuspähenden Staat, sondern (auch) gegen private Rechtsgüter richteten, ist nicht zu erkennen. Amnestiert werden sollte lediglich die reine Spionage, also das systematisch betriebene, mosaikartige Zusammentragen von Informationen, um über die Bundesrepublik Deutschland und deren Gesamtpotential ein umfassendes Bild zu gewinnen¹⁰¹.

Die Begleitstraftaten und die Anstiftung hierzu sind weiterhin strafbar. Entsprechende Straftatbestände, auf die es nach Art.315 Abs.1 EGStGB grundsätzlich und im Einklang mit Art.103 Abs.2 GG ankommt, waren im Recht der DDR enthalten¹⁰². Die Strafbarkeit erfaßte auch im Ausland von Bürgern der DDR oder Staatenlosen mit ständigem Wohnsitz in der DDR begangene Straftaten¹⁰³ (sogenanntes – aktives – Personalitätsprinzip¹⁰⁴). Wer ausschließlich leitende Funktionen wahrgenommen hat, kommt als Anstifter in Betracht¹⁰⁵, jedenfalls für Straftaten, die von Bürgern der DDR begangen wurden. Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei Anstiftung von Bundesbürgern zu spionagebegleitenden Straftaten. Da der Anstiftungstatbestand nach dem Strafrecht der DDR sowohl die Hervorrufung des Tatentschlusses bei einem anderen als auch die »objektive« Begehung einer Straftat¹⁰⁶ voraussetzte und die (bundesdeutschen) Haupttäter für diese spionagebegleitenden Taten nicht dem Anwendungs-

¹⁰⁰ Doehring (Anm.11), 317ff.

¹⁰¹ Vgl. LK-Träger (Anm.3), §§ 99 Rdnr.1 m.w.N.

¹⁰² Vgl. §§ 112ff., 115ff., 134, 247a, 22 StGB-DDR in der Fassung vom 29.6.1990, Gesetzblatt 1990 I, 526.

¹⁰³ § 80 Abs.2 StGB-DDR.

¹⁰⁴ Vgl. Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch (1981), § 80 Anm.6.

¹⁰⁵ Wenn man einmal von der bedenklich weiten Fassung des (mittelbaren) Täterbegriffs in der berühmten *Staschynski*-Entscheidung, BGHSt 18, 87ff., die gerade einen Agentenfall betraf, absieht; dazu LK-Roxin (Anm.3), § 25 Rdnr.20, 89.

¹⁰⁶ Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik (Anm.104), § 22 Anm.4; Oberstes Gericht, Neue Justiz, 29 (1975), 610.

bereich des DDR-Strafrechts unterfielen¹⁰⁷, fehlt es an einer nach dem Recht der DDR strafbaren Haupttat. Denn »Straftat« im Sinne des § 22 Abs.2 Nr.1 StGB-DDR dürfte nur als Straftat im Sinne des StGB-DDR (vgl. § 1 Abs.1 StGB-DDR) zu verstehen sein¹⁰⁸. Eine die Akzessorietät der Teilnahme durchbrechende Vorschrift, wie sie das bundesdeutsche Strafrecht mit der bloßen Anknüpfung der Teilnahmestrafbarkeit an die inländische Teilnahmehandlung in § 9 Abs.2 Satz 2 StGB kennt, war dem StGB der DDR fremd. Hier könnten sich Strafbarkeitslücken ergeben. Man könnte zwar daran denken, § 7 Abs.2 Nr.2, 2. Alt. StGB anzuwenden, demzufolge das deutsche Strafrecht auch im Ausland begangene (Anstiftungs-) Taten erfassen soll, wenn die (Haupt-) Tat (und damit die Anstiftung) am Tatort mit Strafe bedroht ist und der Täter (Anstifter) nach der Tat Deutscher geworden ist. Die Konsequenz, alle von ehemaligen Bürgern der DDR, die mit dem Beitritt nun auch strafrechtlich (!) deutsche Staatsbürger geworden sind, begangenen Taten dem bundesdeutschen Recht zu unterstellen, war aber von Art.315 Abs.1 EGStGB gerade nicht gewollt¹⁰⁹. Fraglich ist, ob Gleiches auch für § 9 Abs.2 Satz 1 StGB gelten muß, demzufolge die Teilnahmehandlung auch als an dem Ort begangen gilt, an dem die (Haupt-) Tat begangen wurde. Immerhin enthält § 315 Abs.4 EGStGB einen Vorbehalt zugunsten der schon vor dem Beitritt eröffneten Bestrafungsmöglichkeit nach bundesdeutschem Recht. Dieser Vorbehalt bezieht sich auch auf die Vorschriften des internationalen Strafrechts. Damit dürfte auch die vom Boden der ehemaligen DDR aus begangene Anstiftung zu spionagebegleitenden Straftaten von Bundesdeutschen in der (alten) Bundesrepublik Deutschland zu ahnden sein.

Für die reinen Spionagehandlungen dagegen sollte nach der trefflichen Formulierung des Art.II des Friedens von Osnabrück 1648¹¹⁰ gelten:

»Beiderseits sei immerwährendes Vergessen und Amnestie alles desselben, was [...] hüben und drüben feindlich begangen worden ist ...«.

¹⁰⁷ Die Voraussetzungen für die Ausländerbestrafung gemäß § 80 Abs.3 StGB-DDR, wonach in bestimmten Fällen das Universalitäts- bzw. das Schutzprinzip normiert wird, dürften in solchen Fällen regelmäßig nicht vorliegen.

¹⁰⁸ Ähnlich wie »rechtswidrige Tat« im Sinne der §§ 26, 11 Abs.1 Nr.5 StGB nur eine Straftat nach dem StGB ist.

¹⁰⁹ So auch Grünwald (Anm.1), 35.

¹¹⁰ Vgl. Anm.47.

Summary*

Questions of Constitutional and Public International Law Concerning the Punishment of Spies of the GDR Following the Reunification of Germany

Comments on a Decision by the Federal Supreme Court
dated January 30, 1991

When on October 3, 1990, the day of German reunification, the GDR ceased to exist as a sovereign state, some of its former key officials, who had been involved in criminal activities, either directed against their own people or against West German interests, were arrested. That is what happened to the defendant in the present case, who was the last director of the espionage department at the Ministry of State Security in the GDR. This Ministry was the main instrument of oppression in the former GDR, since it controlled almost every aspect of social life in that state. It is important to keep this in mind, since it explains why so far all efforts directed at granting a limited amnesty to former GDR officials connected with the Ministry of State Security have encountered such massive opposition.

In a judgment of January 30, 1991, the Federal Supreme Court, while expressing some serious doubts about the desirability and political wisdom of its decision, held that the arrest and prosecution of a former leading spy of the GDR violated neither public international law nor German constitutional law.

Of particular importance in this case was the fact that the defendant had never acted as a spy on West German territory but had merely directed the collection of intelligence information on West Germany from his office in East Berlin. According to the well-established case law of the Federal Supreme Court, the territory of the GDR, i.e. before reunification could not be considered "inland" territory within the meaning of the relevant articles of the West German Criminal Code. In addition, East Germans were not treated as Germans for the purposes of criminal law. Nevertheless, Art.5 para.4 of the Criminal Code establishes that espionage for a foreign power directed against the Federal Republic of Germany should also be punished if the activity takes place outside (West) Germany and is conducted by foreign nationals. The Court also had to consider Art.3 of the Unification Treaty in conjunction with certain transitional norms concerning the unification of the two criminal law systems. The latter provide that, in conformity with the rule of *nulla poena sine lege*, acts committed prior to the reunifica-

* Summary by the author.

tion should only be subject to the laws in force at the relevant date. After finding that Art.5 para.4 of the Criminal Code was justified, in terms of public international law, by the generally accepted principle that states are allowed to protect their essential interests with norms of criminal law which have extraterritorial effect, the Court turned to the principal questions of this case, namely the legality or illegality of espionage in peacetime and the fate of spies in cases of state succession.

In accordance with state practice and with the prevailing opinion among authors, the Court ruled that, while from the point of view of international law espionage was not to be considered illegal in peacetime, states were nevertheless free to punish any spies whom they caught, even those who had only operated from the territory of their home state.

In the opinion of the present author, the first part of this ruling is questionable. An analysis of state practice would seem to suggest that, however widely states may engage in espionage activities, they do not do so in good faith or with a clear conscience. The secrecy of espionage operations, the lack of support given by sending states to their agents when arrested, and the practice of denying involvement in this kind of activity all seem to support this proposition. Consequently, espionage, even in its pure form, i.e. the mere collation of publicly available information to produce a comprehensive, mosaiclike picture of the target state in order to take advantage of strengths and weaknesses thereby discerned, should be considered an unlawful intervention and therefore impermissible under international law. However, states who engage in espionage activities themselves are precluded by the principle of *tu quoque* from protesting to, and demanding restitution from, other states who spy against them.

The Court went on to consider whether there were any rules of international law governing the fate of spies in cases of state succession. It first noted that the accession of the GDR to the Federal Republic of Germany constituted a case of state succession in which the Federal Republic of Germany retained its status as a subject of international law. Since no rules governing such cases could be found in the two Vienna Conventions on State Succession or in customary international law, the Court concluded that the states concerned enjoy complete freedom in determining the internal effects of the succession. It also pointed out that lengthy negotiations on the terms of accession had taken place between the GDR and the Federal Republic, during which the GDR had not insisted that its spies should be immune from criminal prosecution by (West) German authorities following reunification.

There can be no doubt that these findings are correct. It should, however, be added that states, when deciding on the consequences of the succession for their nationals, are not free to disregard the minimum standard of human rights protection granted under current international law. Nevertheless, Art.15 para.1 of

the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, which is the only relevant norm in this context, could not have prevented (West) Germany from prosecuting East German spies. One might argue that the requirement that the act constitute a criminal offence “under national or international law, at the time when it was committed”, should, for the sake of the clarity and foreseeability of norms of criminal law, be interpreted in such a way as to exclude norms of extraterritorial effect from the term “national” law. The reference of Art.15 para.1 to “criminal offence[s] ... under international law”, however, which are even less foreseeable than certain, and generally accepted, extraterritorial norms of national law, indicates that Art.15 did not intend to outlaw the latter.

The Court also declined to apply by analogy Art.31 of the 1907 Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land. Under this norm, “a spy who, after rejoining the army to which he belongs, is subsequently captured by the enemy, is treated as a prisoner of war, and incurs no responsibility for his previous acts of espionage”. Since this rule is part of the laws of war, an analogy could only be justified if, in times of peace, the situation of the spy is comparable to that in times of war. The Court correctly pointed out that Art.31 was specifically meant to protect certain parts of the military after their capture by the enemy when their home state could no longer grant protection. This need for legal protection was lacking, however, in the case of the voluntary accession of one state to another, when both parties were free to protect the interests of their nationals. In the present author’s opinion, Art.31 of the Hague Convention was not even applicable by analogy, since the defendant in this case could not be categorized as a spy under Art.29 of the Hague Convention. According to that provision, a person can only be regarded as a spy, when he is acting “in the zone of operations of a belligerent”. In the present case, however, the defendant had never acted on West German territory.

Finally, the Court rejected the defendant’s contention that his prosecution was an unconstitutional violation of the principle of equality under Art.3 para.1 of the German Basic Law. The defendant had argued that he was being discriminated against since West German agents who had directed espionage activities against the former GDR could no longer be prosecuted now that the GDR had ceased to exist. The Court pointed out that this was the natural consequence of the abolition of East German criminal law and the accession of the GDR to the West German legal system. Furthermore, the legislature was not required by the constitution to amnesty former GDR spies since, in particular due to the close connection of the former East German intelligence agencies with the KGB, the adverse effects of their espionage activities continued to threaten the external security of Germany.

The author’s comments on this subject show that the West German Government was already under an obligation to observe Art.3 of the German Basic Law

with respect to the "nationals" of the GDR at the time when the negotiations on the Unification Treaty took place. The author continues to ask whether, in view of the special relationship between the two German states, East German espionage directed against West Germany could really be compared to West German espionage against the former GDR.

The Court concluded with a fairly strong recommendation to the legislature for a limited amnesty in favour of mere espionage activities, i.e. those not involving ordinary criminal behaviour, since the perpetrators had acted in good faith in the interests of their state and would now otherwise be forced to leave Germany if they were to escape prosecution. There are indeed many good reasons for the introduction of a limited amnesty. One such is that it would further the process of integration, which is crucial for the success of German reunification.