

CRISTIÁN IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR

Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts

*Grundfragen des
Straf- und Sicherheitsrechts*

2

Mohr Siebeck

Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts

herausgegeben von
Tatjana Hörnle und Ralf Poscher

2



Cristián Irrarrázaval Zaldívar

Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts

Der Umfang der staatlichen Strafgewalt
im Lichte eines Bürgerstrafrechts

Mohr Siebeck

Cristián Irrarrázaval Zaldívar, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universidad Católica de Chile; Strafverteidiger in Santiago; LL.M. und Promotion an der Universität Freiburg i.Br.; Rechtsanwalt bei der Behörde für Strafverteidigung und Privatdozent für Strafrecht an der Universidad Católica de Chile und der Universidad Diego Portales.
orcid.org/0000-0003-2627-5822

ISBN 978-3-16-163235-8 / eISBN 978-3-16-163236-5

DOI 10.1628/978-3-16-163236-5

ISSN 2942-6200 / eISSN 2942-6219 (Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

A Bernarda, María Pía, Cristián y Hugo

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen und für die Veröffentlichung nur geringfügig überarbeitet.

Zunächst möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik für die vorzügliche Betreuung meines Promotionsvorhabens herzlich bedanken. Ohne seine konstruktiven Hinweise und kritischen Einwände sowie seine ständige Gesprächsbereitschaft wäre die vorliegende Arbeit nicht zustande gekommen. Ebenso bin ich Herrn Prof. Jun. Dr. Ivó Coca Vila zu großem Dank verpflichtet, der die gesamte Dissertation aufmerksam durchlas und sie mit wertvollen Anmerkungen inhaltlich wesentlich bereicherte. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Florian Jeßberger, der mir einen langfristigen Forschungsaufenthalt an seinem Lehrstuhl gewährte, welcher für meine Arbeit unerlässlich war, sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Perron für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu danken habe ich auch jenen Strafrechtlern, die mir Gelegenheit zum Vortrag dieser Dissertation eingeräumt haben, insbesondere Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Herrn Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez und Herrn Prof. Dr. Omar Palermo. Ein weiterer Dank geht an die Professoren Dr. Alex van Weezel und Dr. Enrique Cury, die mich in das Strafrecht eingeführt haben, sowie an Prof. Dr. Antony Duff für seine freundliche Bereitschaft, mir Feedback zur vorliegenden Arbeit mitzuteilen. Darüber hinaus bin ich der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses sehr dankbar.

All meine Freunde und Kollegen, die mit ihren Kommentaren zum Endergebnis dieser Dissertation beitrugen, verdienen ebenfalls Anerkennung. Auch wenn ich sie nicht alle nennen kann, erlaube ich mir, zumindest einige von ihnen aufzulisten. Hierzu gehören, in alphabetischer Reihenfolge, Dr. Alejandra Castillo, Dr. Javier Cigüela, Dr. Ignacio Gómez, Alexandre Guisan, Maximilian Krones, Dr. Oriol Martínez, Dr. Hernán Orozco, Titus Rehm, Prof. Dr. José Milton Peralta und Dr. Inga Schuchmann.

Schließlich möchte ich meiner Mutter, meinen Geschwistern und vor allem meiner Frau, Dr. Bernarda Muñoz, besonders herzlich danken, denn sie hat mich nicht nur inhaltlich unterstützt, sondern auch dafür gesorgt, dass diese Jahre – neben der akademischen – auch eine Zeit des persönlichen Wachstums waren.

Santiago den 11. September 2023

Cristián Irarrázaval Zaldívar

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
Erster Teil: Deutscher Gesetzgeber für vietnamesische Bürger?	
Die Unwirksamkeit der völkerrechtlichen Schranken	13
A. Übersicht	15
B. Was ist unter „Strafanwendungsrecht“ zu verstehen?	17
C. Allgemeine Aspekte der völkerrechtlichen Geltungsgrundsätze	33
D. Die wichtigsten völkerrechtlichen Prinzipien im Einzelnen	65
E. Zwischenergebnis	141
Zweiter Teil: Die Bindung zwischen Staat und Betroffenen als Begründung des <i>Ius Puniendi</i>	147
A. Übersicht	149
B. Die auf Interessenschutz bezogenen Theorien zur Begründung des Strafrechts: Einseitigkeit als Geburtsfehler	151
C. Der Betroffene als Mittelpunkt der Legitimationsbemühungen	191
D. Eine auf der politischen Bindung basierende Begründung: das Bürgerstrafrecht	215
Dritter Teil: Ein Vorschlag für ein Strafrecht und ein Strafanwendungsrecht des Bürgers	297
A. Übersicht	299
B. Staatsbürgerschaft als abstufbares, aus Rechten bestehendes politisches Band	303
C. Strafrechtliche Auswirkungen des vorgeschlagenen Begriffs der Staatsbürgerschaft: Teilbürger, Externe und nichtstaatliche Strafnormen	357
D. Die Gestalt eines Strafanwendungsrechts des Bürgers	417

Zusammenfassung der Untersuchung	457
Literaturverzeichnis	477
Sachregister	507

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
Erster Teil: Deutscher Gesetzgeber für vietnamesische Bürger? Die Unwirksamkeit der völkerrechtlichen Schranken	13
A. Übersicht	15
B. Was ist unter „Strafanwendungsrecht“ zu verstehen?	17
I. Die Reichweite des nationalen Strafrechts: ein Feld von präziserungsbedürftigen Begriffen	17
II. „Strafanwendungsrecht“ und „Internationales Strafrecht“	26
C. Allgemeine Aspekte der völkerrechtlichen Geltungsgrundsätze	33
I. Das Ob und Wie des Völkerrechts als Schranke des Strafanwendungsrechts	33
1. Von „strafrechtlichen Theorien“ hin zu „völkerrechtlichen Theorien“	33
2. Die aktuell überwiegende Ansicht: die Konkretisierung des Nichteinmischungsgebots in einer „Lawine“ völkerrechtlicher Prinzipien	36
II. Der breite völkerrechtlich zulässige Freiheitsspielraum: auf dem Weg zum „Kosmopolitismus“?	47
1. Abweichende Ausübung der Strafrechtsetzungsgewalt durch Staaten	47
2. Fließender Übergang zwischen deutschem Strafrecht und kosmopolitischen Ansätzen	58

<i>D. Die wichtigsten völkerrechtlichen Prinzipien im Einzelnen</i>	65
I. Das Territorialitätsprinzip: der Tatort als manipulierbares soziales Konstrukt	65
1. Territorialität und Ubiquität	65
2. Das „effects principle“ und die Einführung des Weltrechtsprinzips durch die Hintertür	70
II. Die Verbindung Staat-Täter: hin zu einem „materiellen“ aktiven Personalitätsprinzip	75
1. Begrifflichkeit und Begründungsstränge: Solidarität, Treuepflicht oder enge Verbindung?	75
2. Die internationale Solidarität als untaugliche Grundlage	78
3. Das deutsche Strafanwendungsrecht: eine von Misstrauen geprägte Rechtsordnung	82
4. Hin zu einem materiellen aktiven Personalitätsprinzip	88
III. Der Schutz des Eigenen vor dem Fremden: das passive Personalitätsprinzip	93
1. Begründung: wieder einmal Misstrauen	93
2. Ein rechtsvergleichender Blick auf die Ausgestaltung des passiven Personalitätsprinzips in Deutschland	97
IV. Das Schutzprinzip: Selbstverteidigung oder maximaler Rechtsgüterschutz?	100
1. Grundlage: eine notwehrähnliche Situation?	100
2. Schutz (vit)aller Interessen?	104
3. Internationaler Rauschgifthandel: der Verkauf eines Joints als universell verfolgbares Unrecht oder Bedrohung wesentlicher staatlicher Interessen	110
V. Das Weltrechtsprinzip und die vertragliche Vermehrung der Menschenfeinde	118
1. Das Konzept: der Verzicht auf jegliche Bindung	118
2. Grundlage: gemeinsame grundlegende Werte oder maximaler Rechtsgüterschutz?	122
3. Die dem Universalitätsprinzip unterliegenden Straftaten: von Piraterie über Völkermord bis hin zur Verbreitung tierpornographischer Inhalte	126
VI. Derivative Strafgewalt: Prinzip der stellvertretenden Rechtspflege . .	134
1. Stellvertretende Rechtspflege vs. Straflückenschließende Rechtspflege	134
2. Stellvertretende Rechtspflege, Weltrechtsprinzip und aut dedere aut iudicare	138
<i>E. Zwischenergebnis</i>	141

Zweiter Teil: Die Bindung zwischen Staat und Betroffenen als Begründung des <i>Ius Puniendi</i>	147
<i>A. Übersicht</i>	149
<i>B. Die auf Interessenschutz bezogenen Theorien zur Begründung des Strafrechts: Einseitigkeit als Geburtsfehler</i>	151
I. Das herrschende Modell: Rechtsgutslehre und <i>Harm principle</i> als zwei Seiten ein und derselben Medaille	151
1. Staatstheorie und Aufgabe des Strafrechts als Bedingungsfaktoren jeglicher Straftheorie	151
2. Gemeinsamkeiten der herrschenden Auffassungen zur Aufgabe des Strafrechts	155
II. Schwachstellen bei den herrschenden Theorien: weder Begrenzung noch Begründung	159
1. Systemkritisches Potenzial: Was ist ein Rechtsgut bzw. ein „Harm“? 2. Der Normadressat als Gefahrenquelle: die Ausblendung der Frage nach seiner Zuständigkeit	167
3. Völkerrechtliche Prinzipien und interessenschutzorientierte Strafrechtstheorien: zwei kaum einschränkende „Schranken“	178
<i>C. Der Betroffene als Mittelpunkt der Legitimationsbemühungen</i>	191
I. Zur Frage, vor wem Strafnorm und Kriminalstrafe gerechtfertigt werden sollen	191
1. Vorbemerkung: Die Auswirkungen einer uralten Debatte auf das Strafanwendungsrecht und die Verhängung von Strafen	191
2. Gemeinsamkeit von Kriminalisierungs- und Straftheorien: die Begründung gegenüber dem jeweils Betroffenen	192
II. Warum die Legitimation zur Bestrafung nicht <i>ex nihilo</i> aus der Tatbegehung entstehen kann	204
<i>D. Eine auf der politischen Bindung basierende Begründung: das Bürgerstrafrecht</i>	215
I. „Bürgerstrafrecht“ oder „Bürgerstrafrechte“: Begriff, Varianten und Vorteile	215
II. Das deliberative Modell des Bürgerstrafrechts: eine auf politische Rechte verkürzte Staatsbürgerschaft	227
III. Der Vorschlag von <i>Silva Sánchez</i> : ein „unechtes“ Bürgerstrafrecht mit naturrechtlichen Spuren	232

1. Vorteile gegenüber dem deliberativen Modell: ein überzeugenderer Staatsbürgerschaftsbegriff	232
2. Einwände gegen diesen Vorschlag: von angeblichen „natürlichen Pflichten“ zu Abwehrmaßnahmen ohne erkennbare Konturen	236
IV. Der Ansatz <i>Duffs</i> : Ein kommunitaristisches, aber letztendlich <i>urbi et orbi</i> geltendes Bürgerstrafrecht	247
1. Kommunitarismus als Daseinsberechtigung einer relationalen strafrechtlichen Verantwortlichkeit	247
2. Wer ist Bürger? Eine Ad-hoc-Lösung, die die Staatsbürgerschaft ihrer Wirkung im Strafrecht beraubt	254
3. Das Strafanwendungsrecht als Schwachpunkt des <i>Duffschen</i> Bürgerstrafrechts	259
V. Das auf Fairness basierende Begründungsmodell <i>Pawliks</i> : ein binäres Bürgerstrafrecht samt einem umfassenden Kriminalpräventionsrecht	266
1. Entstehung der „Mitwirkungspflicht“ aufgrund des Genusses einer „Daseinsordnung von Freiheit“: ein Synallagma ohne klare Gegenleistungen	266
2. Straftat als Verletzung der Mitwirkungspflicht und Strafduldungspflicht als umgewandelte Mitwirkungspflicht	271
3. Die völkerrechtlichen Prinzipien im Lichte der Theorie von <i>Pawlik</i> : das Reich der Zwangsmaßnahmen	277
VI. Hin zum eigenen Vorschlag: Ein inhaltsreicher und abstufbarer Begriff der Staatsbürgerschaft als Pfeiler des Bürgerstrafrechts	290
 Dritter Teil: Ein Vorschlag für ein Strafrecht und ein Strafanwendungsrecht des Bürgers	 297
A. <i>Übersicht</i>	299
B. <i>Staatsbürgerschaft als abstufbares, aus Rechten bestehendes politisches Band</i>	303
I. (Staats-)Bürgerschaft als eine über jeden formalen Status hinausgehende Bindung	303
1. Einige erforderliche terminologische Präzisierungen: (Staats-)Bürgerschaft, Staatsangehörigkeit und Nationalität	303
2. Ungeeignetheit einer formalen Staatsbürgerschaft als Eckpfeiler eines Bürgerstrafrechts	310
II. Ein rechtsbasierter Ansatz zur Staatsbürgerschaft: Bürger ist, wem ein Bündel von Rechten garantiert wird	317

III. Die Ausgestaltung des Zustands der Freiheitlichkeit: die zur Aufrechterhaltung realer Freiheit erforderlichen Rechte	326
IV. Die Staatsbürgerschaft als multidimensionales Kompositum abstufbarer Eigenschaften	339
1. Die unvermeidliche Graduierbarkeit einer rechtsbasierten Staatsbürgerschaft	339
2. Die Staatsbürgerschaft als begriffliches Kontinuum zwischen den Idealtypen „Vollbürger“ und „Minimalbürger“ – Der Fall der Nichtbürger	343
<i>C. Strafrechtliche Auswirkungen des vorgeschlagenen Begriffs der Staatsbürgerschaft: Teilbürger, Externe und nichtstaatliche Strafnormen</i>	<i>357</i>
I. Staatsbürgerschaft und ihre Bedeutung für Kriminalstrafen: Strafbemessung in einem „Strafrecht des Teilbürgers“	357
1. Je schwächer die Staatsbürgerschaft, desto milder die Strafe: die politische Bindung als eigenständiger Strafzumessungsfaktor	357
2. Umwertung des Kontinuums Staatsbürgerschaft auf der kontinuierlichen Schwereskala des Strafrahmens	365
3. Knappes Eingehen auf vorhersehbare Einwände und Rekapitulation der Vorteile	372
II. Die Sanktionen gegen Externe als unumgängliche Ergänzung zum Bürgerstrafrecht	379
1. Die Begründung von Präventivmaßnahmen gegen Externe als Ausfluss der staatlichen Pflicht zur Aufrechterhaltung der Freiheitsordnung	379
2. Ein Versuch zur Begrenzung der Präventivmaßnahmen gegen Externe: das Erfordernis einer Anlasstat und die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	386
III. Nichtstaatliches Bürgerstrafrecht: die Legitimität des Strafrechts von supra- und substaatlichen politischen Gemeinwesen	403
<i>D. Die Gestalt eines Strafanwendungsrechts des Bürgers</i>	<i>417</i>
I. Strafen, Maßnahmen und derivative Sanktionsgewalt: ein allgemeiner Überblick	417
II. Originäre Strafgewalt bezüglich (Teil-)Bürgern	423
1. Territorium und Mitwirkungspflicht	423
2. Ein materiell gefasstes aktives Personalitätsprinzip: die im Ausland agierenden Mitwirkungspflichtigen	426
III. Originäre Maßnahmengewalt gegen Externe	434

IV. Derivative Sanktionsgewalt	440
1. Die stellvertretende Sanktionsgewalt: Rechtshilfe gegenüber einem originär sanktionsberechtigten Staat	440
2. Eine eingeschränkte staatliche Weltrechtspflege als Sonderfall derivativer Sanktionsgewalt	445
 Zusammenfassung der Untersuchung	 457
 Literaturverzeichnis	 477
Sachregister	507

Einleitung

Im Februar 2013 erließ das US-Bezirksgericht für den *District of Columbia* ein bahnbrechendes Urteil, das den unmissverständlichen Geist hinter der äußerst weitreichenden extraterritorialen Strafrechtsetzungsgewalt der USA bezüglich Betäubungsmitteldelikten zum Ausdruck brachte. Die Entscheidung beginnt mit folgendem Wortlaut, der wenig Zweifel daran lässt, ob sie eine Verurteilung vorsieht:

This prosecution under the Maritime Drug Law Enforcement Act (MDLEA) is a product of the escalation of a battle. On one side are international drug traffickers, who constantly refine their methods for transporting illegal narcotics from country to country. On the other side is law enforcement, which must adapt its efforts to halt the illicit drug trade, a task made all the more difficult in an increasingly globalized world.¹

Ähnliche Überlegungen liegen vielen Rechtsordnungen zugrunde, sodass sich die oft angesprochene Expansion des Strafrechts (Kriminalisierung neuer Handlungen, Verschärfung der Strafen, Vorverlagerung der Strafbarkeit usw.) seit langem auch in einer fortschreitenden Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt auf Handlungen niedergeschlagen hat, die außerhalb des Staatsgebiets begangen werden (Auslandstaten) oder die eine bedeutsame Auslandsberührung haben.² Ein besonders auffälliges Beispiel hierfür stellt das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3–7 StGB und § 9 StGB) dar. Kennzeichnend für diese extraterritoriale Erweiterung des Strafrechts – im Gegensatz zu seiner Expansion hinsichtlich „rein inlandsbezogener“ Inlandstaten – ist, dass sie nicht selten von einer den Gedanken der universellen Gerechtigkeit und internationalen Zusammenarbeit

¹ United States v. Carvajal 924 F. Supp. 2d 219 (D.D.C. 2013), 224. Der erwähnte MDLEA wurde 1986 als Teil des *Anti-Drug Abuse Act* eingeführt, einem der bedeutendsten Meilensteine im „Krieg gegen die Drogen“ in den Vereinigten Staaten. Ebenso beispielhaft für den (ziemlich naiven) Geist, der hinter dieser Gesetzgebung stand, ist die folgende Aussage des damaligen Senators Joe Biden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens: „I believe that this bill will contribute significantly to our efforts to move this country toward our goal in this area: A drug-free America“. Siehe dazu Congressional Record, vol. 132 (1986), S. 33248.

² Vgl. dazu statt aller *Silva Sanchez*, *La Expansión*, S. 110 f.; oder *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 4, wonach die Ausdehnung des Strafanwendungsrechts einen „weltweiten Trend“ darstelle.

zugeneigten völkerstrafrechtlichen Literatur begrüßt wird,³ während sie von der herkömmlichen Strafrechtswissenschaft – die davor zurückschreckt, sich auf ein Gebiet einzulassen, das die Auseinandersetzung mit anderen Rechtsgebieten (Völker- und Staatsrecht) und ein Überdenken der Vorstellungen von der Aufgabe des Strafrechts und von den Straftheorien erfordert – weitgehend vernachlässigt wird.⁴

Doch lässt sich diese Expansion des Strafanwendungsrechts nicht weiter übersehen. Obwohl die Zahl von Strafprozessen bezüglich Auslandstaten in vielen Rechtsordnungen immer noch relativ gering sein mag, gibt es einen deutlichen Zuwachs an Strafverfahren, bei denen es um Taten mit Auslandsberührung geht (d. h. Täter⁵, Opfer oder geschütztes Interesse sind ausländisch, oder ein Teil der tatbestandlichen Handlung bzw. des Erfolgs findet im Ausland statt), wobei davon auszugehen ist, dass dieses Phänomen in einer zunehmend vernetzten Welt stetig ansteigen wird.⁶ Folglich können die Frage nach der Legitimität des Staates, seine Strafgewalt auf Sachverhalte mit überwiegendem Auslandsbezug auszudehnen, sowie die Ermittlung des idealen Umfangs des Strafanwendungsrechts nicht mehr auf ein paar Absätze in strafrechtlichen Handbüchern verbannt wer-

³ Als Beispiel hierfür vgl. *Eser*, Aktuelle, S. 27 f., laut dem es für den Durchschnittsbürger unverständlich wäre, „wenn transnationaler Kriminalität nicht mit entsprechender transnationaler Strafbarkeit begegnet würde, weil die Strafverfolger unter Umständen an nationalen Grenzen halt machen müssen, die für die zu verfolgenden Kriminellen leicht zu überwinden sind“. Für ein Beispiel in der entgegengesetzten Richtung, d. h. eine angemessene Beschränkung dieser Expansion auffordernd, siehe *Lagodny/Nil-Theobald*, JR 2000, S. 206.

⁴ Ähnlich *Hirst*, Jurisdiction, S. 1 f.; und *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip, S. 3: „In der deutschen Strafrechtswissenschaft scheint das Internationale Strafrecht immer mehr zur ‚Geheimwissenschaft‘ für wenige Spezialisten zu werden“.

⁵ Zur besseren Lesbarkeit wird in dieser Untersuchung das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jedoch – sofern nicht anders angegeben – immer alle Geschlechter. Den Leser bitte ich um Verständnis, dass für mich als Nicht-Muttersprachler des Deutschen die Verwendung einer geschlechtergerechten Sprache eine erhebliche zusätzliche Erschwernis darstellt hätte.

⁶ In diesem Sinne *Perron*, ZStW 112 (2000), S. 204; *Satzger*, Internationales, § 1 Rn. 1 f.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 18, der von einem „gravierenden Anstieg grenzüberschreitender Kriminalität“ spricht. Ein illustratives Beispiel dafür im Falle Deutschlands ist, dass *Jeßberger* bei einer Juris-Recherche im April 2008 insgesamt 83 Entscheidungen fand, in denen die §§ 3 bis 7 und 9 StGB eine Rolle gespielt hätten (*Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich, S. 2 f., Fn. 11). Bei derselben Juris-Recherche am 8. Januar 2023 stieß ich auf eine Gesamtzahl von 662 Urteilen, die sich wie folgt verteilen: 188 Mal § 3; 32 Mal § 4; 28 Mal § 5; 61 Mal § 6; 146 Mal § 7 und 207 Mal § 9; wobei einige Entscheidungen mehrere dieser Vorschriften betreffen. Zwar sollte der Wert dieser Zahlen nicht überschätzt werden, aber es ist dennoch erstaunlich, dass sie einen Anstieg von 697,59 % aufweisen.

den, zumindest nicht, wenn man ein zeitgemäßes Deutungsmodell des Strafrechts unterbreiten will.⁷

Andererseits gibt es triftige Gründe dafür, die Ausweitung des Strafanwendungsrechts nicht bloß zu bejubeln. Diese Gründe überschneiden sich teilweise mit denen, die für eine kritische Betrachtung der strafrechtlichen Expansion hinsichtlich Inlandstaten sprechen.⁸ Meist betreffen beide „Expansionen“ dieselbe Art von Straftaten, seien es solche, die üblicherweise mit der organisierten Kriminalität in Verbindung gebracht werden (wie Drogen- oder Terrorismusdelikte), oder solche, die sich auf als moralisch verabscheuungswürdig erachtete Verhaltensweisen beziehen (wie etwa Sexualstraftaten an Minderjährigen), was – wie das oben zitierte US-Urteil zeigt – ein fruchtbarer Boden für die Einrichtung eines der individuellen Freiheit wenig verpflichteten Strafrechts ist. Im Hinblick auf das Strafanwendungsrecht führt dies zu einer größeren Laxheit gegenüber möglichen Bedenken über die Vorhersehbarkeit der Strafe oder die Schuld des Täters, was besonders beim Rückgriff auf bestimmte – die Erstreckung der Strafrechtsetzungsgewalt ermöglichende – völkerrechtliche Prinzipien deutlich wird, wie z. B. das passive Personalitätsprinzip, das Erfolgsortprinzip oder das Universalitätsprinzip. Im Übrigen taucht bei der Weltrechtspflege das gleiche Problem der Selektivität der Strafverfolgung auf wie bei der auf dem Territorialitätsprinzip beruhenden Strafgewalt, nur dass die potenziell Bestraften eher afrikanische Diktatoren oder Armeeeoffiziere eines Entwicklungslandes statt sozial Ausgegrenzte sind.⁹

Dadurch stellt sich dringend die Frage, wie weit ein Staat sein Strafanwendungsrecht legitimerweise ausdehnen kann.¹⁰ Dazu müssen sowohl die vom Völkerrecht als auch die vom nationalen Recht (und insbesondere vom Strafrecht) vorgegebenen normativen Schranken in Betracht gezogen werden. Die entspre-

⁷ Zutreffend *Farmer*, University of Toronto Law Journal 63 (2013), S. 245 f.: „a theory of jurisdiction is a necessary part of any theory of criminalization“; ähnlich *Roxin/Greco*, AT I, § 3 Rn. 76.

⁸ In dieselbe Richtung *Gärditz*, Weltrechtspflege, S. 23 f.: „Individuelle Freiheit verlangt nach Begrenzung der Staatlichkeit. Nicht nur die Intensivierung staatlichen Zwangs ist danach suspekt, sondern auch seine Extensivierung“.

⁹ Zum letzten Punkt siehe u. a. *Roxin/Greco*, AT I, § 3 Rn. 87.

¹⁰ Wird diese Frage ignoriert, wie schon *Böckenförde* (Staat, Nation, Europa, S. 7) warnte, verarmt die juristische Arbeit zu einer bloßen „Rechtstechnik“, was im Falle des untersuchten Gebietes eine exklusive Ausrichtung auf die fortschreitende Schließung von als inakzeptabel wahrgenommenen Strafbarkeitslücken impliziert. Im selben Sinne *Farmer*, University of Toronto Law Journal 63 (2013), S. 229, wonach „jurisdiction is often viewed as either a purely technical matter – a procedural hurdle to be crossed before a court can hear a particular case – or as something linked pragmatically to the limits of enforcement of the law“, was unzutreffend ist, da die Fragen nach der Ausweitung der Strafrechtspflege eigentlich die normative Macht und die Berechtigung des Strafrechts selbst berühren.

chende Analyse des völkerrechtlich zulässigen Rahmens – die in der Literatur üblicher ist und der der erste Teil dieser Arbeit gewidmet ist – lässt zweifellos darauf schließen, dass diese Rechtsordnung äußerst permissiv ist. Da es hier praktisch ausschließlich darum geht, Verletzungen eines recht schwammigen Nichteinmischungsgebots auszuschalten, beschränkt sich das Völkerrecht darauf, einen schwachen Nexus zwischen dem Strafgewaltstaat und der zu bestrafenden Handlung oder deren Täter zu verlangen,¹¹ bestehend aus der Anwendbarkeit eines oder mehrerer als legitimierende Anknüpfungspunkte der staatlichen Strafgewalt geltender „völkerrechtlicher Prinzipien“, von denen einige (insbesondere der Universalitätsgrundsatz) eigentlich einen Verzicht auf das Nexus-Erfordernis implizieren.¹² Darüber hinaus lässt sich diese anspruchslose Voraussetzung – in den Fällen, in denen sie überhaupt wirksam ist – immer anhand des (gelegentlich zweifelhaft vorhandenen) Konsenses des angeblich in seiner Souveränität beeinträchtigten Staates überwinden.¹³ Dies geschieht in der Regel durch multilaterale Verträge zur Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsarten, die oft eine praktisch unbegrenzte Ausgestaltung der Strafrechtsetzungsgewalt der Vertragsstaaten gestatten (in der Regel mittels eines „bedingten Universalitätsprinzips“) und gleichzeitig Strafgewalterstreckungspflichten vorschreiben.¹⁴ Wie die Staaten von dem weiten Rahmen Gebrauch machen, den ihnen das Völkerrecht diesbezüglich einräumt, wird im ersten Teil dieser Arbeit anhand von positivrechtlichen Vorschriften einiger Länder dargestellt, vor allem aus dem deutschen Strafanwendungsrecht (das, wie oben erwähnt, auffällig weit gefasst ist) sowie aus dem US-amerikanischen (zur Veranschaulichung, wie eine relevante Rechtsordnung, die einem anderen Rechtskreis angehört, operiert) und aus dem chilenischen (dessen moderate Ausweitung der Strafrechtsetzungsgewalt mit denen der beiden vorherigen Länder stark kontrastiert).¹⁵

¹¹ Zu Recht beschreibt das BVerfG (Urteil v. 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 88) dieses Nexus-Erfordernis als „einen geringfügigen Bezug der inkriminierten Handlung zum strafenenden Staat“.

¹² So auch Gärditz, *Weltrechtspflege*, S. 25 f., der das Universalitätsprinzip als „das radikalste Phänomen einer Entgrenzung staatlicher Strafgewalt“ bezeichnet.

¹³ Wie fragil der Konsens als einschränkender Faktor der staatlichen Strafgewalt ist, lässt sich am Extrembeispiel der breiten Anerkennung der Völkerrechtskonformität der Entführung einer Person durch einen Staat im Ausland zum Zwecke ihrer Strafverfolgung im Inland illustrieren. Vgl. z. B. *Cabranes*, *The Yale Law Journal* 118, 8 (2009), S. 1681: „Abduction provides another mechanism for obtaining personal jurisdiction over an alien for the purpose of prosecution for extraterritorial conduct. If an alien is abducted from his home country and that country either authorizes the abduction or does not object, there is no violation of international law and the abducting country’s personal jurisdiction over the alien is secure“.

¹⁴ Siehe dazu statt aller *Farmer*, *New Criminal Law Review* 13, 2 (2010), S. 334. Auf diesen Punkt wird im Teil I D V 3 ausführlich eingegangen.

¹⁵ Vgl. Teil I C II 1.

Möchte man also wirksame normative Schranken gegen eine exzessive Ausdehnung des Strafanwendungsrechts herausarbeiten, muss man sich dem inländischen Recht zuwenden, oder, genauer gesagt, den Theorien über die Aufgaben des Staates und dessen Strafrecht.¹⁶ Diesem Anliegen ist der zweite Teil dieser Untersuchung gewidmet. Die herrschenden Begründungsmodelle über die Aufgabe des Strafrechts fokussieren sich jedoch in der Regel darauf, welche Interessen als legitime Gegenstände des strafrechtlichen Schutzes in Betracht kommen, wie man an der Rechtsgutslehre oder am Schädigungsprinzip erkennen kann. Selbstverständlich ist die Frage, welche Interessen strafrechtlichen Schutz verdienen, für das Strafrecht – und dementsprechend für das Strafanwendungsrecht – unverzichtbar. Eine relevantere Einschränkung der staatlichen Strafrechtsetzungsgewalt lässt sich jedoch ziehen, wenn man den Blick auf einen anderen Aspekt lenkt. Wenn das Strafrecht sich schon schwer damit tut, die in Strafnormen und in der Verhängung von Strafen liegende Beschränkung der Freiheit eines im Inland ansässigen Staatsangehörigen zu begründen, so verschärfen sich diese Probleme erheblich im Bereich des Strafanwendungsrechts, wo die Bindung zwischen dem Strafgewaltstaat und der Tat bzw. ihrem Täter im Regelfall viel schwächer ist. Damit wird die Frage, wer von wem abgeurteilt werden kann, nämlich warum ein Staat „S“ die Berechtigung zur Aburteilung eines Individuums „I“ besitzt, zur grundlegenden Frage für die Festlegung des idealen Umfangs des Strafanwendungsrechts.

Eine derartige relationale Konzipierung des Strafrechts ist keineswegs neu. Bereits *Locke* war sich bewusst, dass die Legitimität eines Staates „S“, einem Individuum „I“ Verhaltensnormen aufzuerlegen, nicht einfach vorausgesetzt werden konnte:

I doubt not but this will seem a very strange doctrine to some men: but, before they condemn it, I desire them to resolve me by what right any prince or state can put to death or punish an alien for any crime he commits in their country. It is certain their laws, by virtue of any sanction they receive from the promulgated will of the legislative, reach not a stranger: they speak not to him, nor, if they did, is he bound to hearken to them. The legislative authority, by which they are in force over the subjects of that commonwealth, hath no power over him. Those who have the supreme power of making laws in England, France, or Holland, are to an Indian but like the rest of the world, men without authority.¹⁷

Die Berechtigung von „S“, „I“ vor Gericht zu stellen, ergibt sich demnach daraus, dass „S“ ihm die Verletzung einer Pflicht vorwerfen kann, nämlich sein Ver-

¹⁶ Die im 19. Jahrhundert übliche, aber in den letzten Jahrzehnten vernachlässigte Berücksichtigung der strafrechtlichen Schranken des Strafanwendungsrechts hat in der jüngsten deutschen Literatur eine gewisse Wiederbelebung erfahren. Siehe z.B. *Pawlik*, FS-Schroeder, S. 358; und *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich, S. 140 ff.

¹⁷ *Locke*, Second Treatise, § 9, S. 103 f.

halten an die Strafgesetze von „S“ zu richten. Entscheidend ist hier, woher diese Pflicht stammt. Eine mögliche Antwort, wie sie z. B. *Locke* vorschlägt, ist die Berufung auf ein Naturrecht, das allen Menschen gemeinsam ist.¹⁸ Eine solche Lösung ist jedoch mit einer Reihe von unüberwindlichen Problemen behaftet, wie in dieser Arbeit dargelegt wird.¹⁹ Viel plausibler wirkt demgegenüber die Ansicht, eine solche Verpflichtung entstehe aus dem vor der Tatbegehung bereits bestehenden politischen Band zwischen dem politischen Gemeinwesen des Strafgewaltstaates und dem Einzelnen (Normadressat), welche üblicherweise als „materielle Staatsbürgerschaft“ bezeichnet wird. Dieser Gedanke wird von einer Reihe von Deutungsmodellen des Strafrechts geteilt, die daher unter der Bezeichnung „Bürgerstrafrecht“ subsumiert werden können, auch wenn sie – wie sich zeigen wird – jenseits der genannten Kernidee beträchtliche Unterschiede zwischen ihnen aufweisen.²⁰

Diese verschiedenen Ansätze zum Bürgerstrafrecht unterstreichen demnach den Legitimationsverlust des Staates als verantwortungszuweisende Instanz, wenn die politische Bindung (Staatsbürgerschaft) zu dem Normadressaten bzw. dem zu Bestrafenden schwach oder gar nicht vorhanden ist. Dadurch bekräftigen diese Vorschläge die unlösbare Verknüpfung zwischen der Legitimität des Strafrechts und der politischen und sozialen Struktur der Gesellschaft, die das Recht auf Bestrafung beansprucht.²¹ Besonderen Anklang haben diese Modelle (vor allem in der englischsprachigen Literatur) in Bezug auf jene Fälle gefunden, wo die Schwäche der politischen Bindung dem Staat anzulasten ist. Das Paradebeispiel hierfür stellen die sozial Ausgegrenzten dar, für die zumindest bei bestimmten Straftaten entweder eine Strafbefreiung oder (häufiger) eine Strafmilderung vorgeschlagen wird.²² Indem das Bürgerstrafrecht die Legitimität von Strafnorm und Strafe an die (materielle) Staatsbürgerschaft knüpft, kann es jedoch ein noch

¹⁸ *Locke*, Second Treatise, § 6 ff., S. 102 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Teil II D III 2.

²⁰ Für eine erschöpfende Darstellung der Autoren, deren Auffassungen einem Bürgerstrafrecht zugeordnet werden können, siehe Teil II D I.

²¹ Vgl. exemplarisch *Duff*, Theoretical Criminology 14, 3 (2010), S. 300: „If we are to understand the criminal law, as a core institution of the State, we must begin with an account of the State’s proper responsibilities and aims, and of its proper relationship to its citizens“; oder *Hörnle*, GA 2023, S. 1 ff. Somit lässt sich das Bürgerstrafrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen als eine Ablehnung der von *Lepsius* (Relationen, S. 21) kritisierten Entschlackung des Strafrechts von seinen historischen, politischen und philosophischen Bezügen verstehen. Wer sich scheut, Fragen der politischen Theorie in das Strafrecht einzubringen, sei daran erinnert, dass Versuche, das Recht à la Kelsen von fremden Elementen zu reinigen, – wie die Geschichte lehrt – wenig bis gar nicht vor seiner Pervertierung schützen. Vgl. hierzu *Kaufmann*, Problemgeschichte, S. 109.

²² So beispielsweise *Gargarella*, Criminal Law and Philosophy 5 (2010), S. 34; oder *Duff*, Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), S. 197.

stärkeres Begrenzungspotenzial in dem viel weniger erforschten Bereich des Strafanwendungsrechts entfalten, einem Kontext, in dem die erwähnte Bindung zwischen Strafgewaltsaat und Normadressat, falls überhaupt bestehend, meist sehr dünn ist, auch wenn dieses fehlende Band oftmals nicht dem Staat zuzuschreiben ist.

Anders ausgedrückt: Was ein Bürgerstrafrecht leisten kann, ist ein zusätzliches Erfordernis für die Legitimation von Strafnormen bzw. Strafen, was grundsätzlich zu einer Reduzierung des Kreises der strafbaren Personen führt, denn Nichtbürger (Externe) können nicht bestraft werden. Wie der Leser aber eventuell schon bemerkt hat, ergeben sich aus einem solchen Ansatz eine Reihe von Herausforderungen. Die erste und naheliegendste betrifft das Konzept der Staatsbürgerschaft selbst. Angesichts der Schlüsselrolle, die diesem Begriff zukommt, kann er nicht auf einen rein formalen Status (wie z. B. die Staatsangehörigkeit) reduziert werden, so wichtig er auch sein mag. So berufen sich alle Strömungen des Bürgerstrafrechts (im zweiten Teil dieser Arbeit als „deliberative“, „unechte“, „republikanische“ und „auf dem Fairnessgedanken basierende“ Varianten sortiert) auf einen *materiellen Begriff* der Staatsbürgerschaft. Aus der Untersuchung der verschiedenen bürgerstrafrechtlichen Varianten lassen sich zwei weitere Erkenntnisse ableiten. Erstens unterscheiden sich diese verschiedenen Stränge deutlich in dem von Ihnen zugrunde gelegten materiellen Staatsbürgerschaftskonzept. Zweitens gehen nur wenige von ihnen tiefer darauf ein, warum sie eine bestimmte Bedeutung von Staatsbürgerschaft annehmen.

Ein weiteres – mit dem vorherigen verbundenes – Problem liegt darin, dass viele Modelle des Bürgerstrafrechts (wenngleich nicht alle) dazu neigen, binär mit den Kategorien von Bürgern einerseits und Externen andererseits zu operieren. Das bringt sie auf Kollisionskurs mit einer Realität, wo sich die meisten Normadressaten unweigerlich in dazwischenliegenden Grauzonen wiederfinden, vor allem, wenn man von einem materiellen Konzept der Staatsbürgerschaft ausgeht.

Ein letzter heikler Aspekt ist der Umgang mit gefährlichen Externen. Zwar können sie (aufgrund der fehlenden politischen Bindung) nicht bestraft werden, doch wie kann der Staat in solchen Fällen reagieren? Die Befürworter des Bürgerstrafrechts schwanken hier zwischen der Vermeidung des Themas und der Anerkennung der Notwendigkeit, dass der Staat in solchen Fällen auf Sanktionen in Form von Präventivmaßnahmen zurückgreifen muss. In letzterem Fall wird allerdings oft vermieden, auf die Natur und Begrenzungen dieser Maßnahmen einzugehen. Das ist insofern riskant, als es zu einer Zunahme statt einer Verringerung des staatlichen Zwangs führen kann: anstelle von Strafen wären dann die Externen Präventivmaßnahmen mit diffusen Schranken ausgesetzt.

Der dritte und letzte Teil dieser Untersuchung unternimmt den Versuch, diese Herausforderungen zu bewältigen. In Anlehnung an die bedeutendsten Modelle

des Bürgerstrafrechts in der spanischsprachigen (*Silva Sánchez*), englischsprachigen (*Duff*) und deutschsprachigen (*Pawlik*) Literatur²³ – wobei der Einfluss vieler anderer Autoren nicht zu unterschätzen ist – wird ein Vorschlag unterbreitet, der darauf abzielt, die Vorteile eines Bürgerstrafrechts beizubehalten und zugleich die oben genannten Schwierigkeiten zu entschärfen. Das vorzustellende Modell basiert auf drei Achsen, die den oben beschriebenen Herausforderungen an ein Bürgerstrafrecht entsprechen.

Eine erste Säule besteht aus einer gründlichen Ausarbeitung des Begriffs „Staatsbürgerschaft“. Dazu reicht es nicht aus, andere Ansätze zum Bürgerstrafrecht bzw. das in anderen Rechtsgebieten zu diesem Thema Geschriebene zu analysieren. Angesichts der enormen Bedeutung, die der Staatsbürgerschaft hier beigemessen wird, bedarf es einer genaueren Betrachtung ihres Inhalts. Nach einer vergleichsweise detaillierten Erörterung der Debatten zum Konzept der Staatsbürgerschaft in der politischen Philosophie und der Soziologie – die dazu zwingen, sich (zumindest oberflächlich) mit dornigen Themen zu befassen, wie etwa der Frage nach der vom Staat zu gewährleistenden Freiheit – wird ein (weitgehend auf der Arbeit des britischen Soziologen *T.H. Marshall* fußendes) Konzept der Staatsbürgerschaft als „gewährleistete Rechte“ bevorzugt.²⁴ Demnach gilt ein Individuum „I“ als materieller Bürger des Staates „S“ (und damit als legitimer Adressat der Strafnormen von „S“), wenn „S“ ihm Rechte garantiert hat.²⁵ Dieses flexible Verständnis der Bürgerschaft hat den großen Vorteil, dass es einiger Gegebenheiten der heutigen globalisierten Welt besser Rechnung tragen kann, indem es zum Beispiel nicht exklusiv sein muss (eine Person kann materieller Bürger von zwei oder mehr Staaten sein) und weil es mit einiger Leichtigkeit auf andere Formen politischer Bindungen übertragbar ist, die ein Individuum haben kann, sei es mit supranationalen Organisationen oder mit subnationalen Gemeinschaften. Damit lässt sich das vorzulegende Modell auch auf die Prüfung der Legitimität zur Bestrafung durch supra- oder substaatliche Instanzen einsetzen.²⁶ Ein weiterer wichtiger Vorteil dieser Auffassung von Staatsbürger-

²³ Zu diesen Modellen siehe Teil II D II bis Teil II D V.

²⁴ Vgl. hierzu Teil III B II und Teil III B III.

²⁵ Der Gedanke, die Staatsgewalt (und damit die Strafgewalt) sei gegenüber einem Individuum aufgrund der ihm garantierten Rechte zu begründen, kommt in vielen Gerichtsentscheidungen vor, obwohl dies oft übersehen wird. Siehe zum Beispiel BVerfG, Urteil v. 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 66: „Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen und vor allem aber auch die Rechte begründet, durch deren Gewährleistung die Staatsgewalt in der Demokratie legitimiert wird“.

²⁶ Dieser Aspekt des hier vorgeschlagenen Modells ist äußerst relevant: Ein Bürgerstrafrecht kann nur dann die grundlegende Anforderung an jede Strafrechtstheorie genügen, ihrer Zeit angemessen zu sein (vgl. dazu *Pawlik*, Das Unrecht, S. 61), wenn es einen Begriff von

schaft liegt darin, dass sie eine deutliche Abgrenzung von anderen strafbeeinflussenden Faktoren wie Schuld oder Gefährlichkeit ermöglicht, so dass die Staatsbürgerschaft als autonomes Element mit klaren Konturen in das Strafrecht eingeführt werden kann.

Die zweite Achse des zu unterbreitenden Vorschlags leitet sich unmittelbar aus dem angenommenen Begriff der Staatsbürgerschaft ab: Besteht diese aus garantierten Rechten, dann ist die Stärke der politischen Bindung zwischen einem politischen Gemeinwesen und seinen Mitgliedern abstufbar, wobei die Staatsbürgerschaft ein begriffliches Kontinuum darstellt, das eine Palette möglicher Bindungen unterschiedlicher Intensität umfasst. Diese reichen vom Vollbürger, dem umfangreiche zivile, politische und soziale Rechte garantiert werden, bis zum Minimalbürger, dem nur ein Mindestmaß an persönlicher Sicherheit gewährleistet wird. In diesem Beitrag wird argumentiert, dass sich der Grad der Staatsbürgerschaft im Ausmaß der politischen Pflicht des Einzelnen gegenüber seinem Gemeinwesen widerspiegelt: Je schwächer die politische Bindung ist (je weniger Rechte von dem politischen Gemeinwesen garantiert werden), desto geringer fällt die politische Pflicht des Einzelnen aus.²⁷

Dieses Fazit ist der sozialen Wahrnehmung der Pflicht gegenüber dem politischen Gemeinwesen nicht fremd. Man denke an das folgende Beispiel. Am 20. Januar 1961 formulierte *John F. Kennedy* bei seiner Antrittsrede den berühmten Satz: „And so, my fellow Americans: ask not what your country can do for you – ask what you can do for your country“.²⁸ Diese bombastischen Worte stehen im krassen Gegensatz zu denen, die sein Landsmann Muhammad Ali ein paar Jahre später äußerte, als er seine Weigerung begründete, in den Vietnamkrieg eingezogen zu werden:

My enemy is the white people, not Viet Cong or Chinese or Japanese. You my opposer when I want freedom. You my opposer when I want justice. You my opposer when I want equality. You won't even stand up for me in America for my religious beliefs—and you want me to go somewhere and fight, but you won't even stand up for me here at home?²⁹

Bürgerschaft annimmt, der mit der aktuellen Realität vereinbar ist. Zur Legitimität des Strafrechts von supra- und substaatlichen politischen Gemeinwesen im Rahmen des hiesigen Modells des Bürgerstrafrechts vgl. Teil III C III.

²⁷ Diesbezüglich vgl. Teil III B IV und Teil III C I. Diese Ansicht kommt in den Ansätzen zum Bürgerstrafrecht nur selten vor. Die vielleicht bemerkenswerteste Ausnahme – und bei weitem diejenige, die dem hiesigen Ansatz in diesem Punkt am ähnlichsten ist – ist der Vorschlag von Silva Sánchez, wengleich es zwischen den beiden Modellen, wie in Teil II D III 2 gezeigt wird, wichtige Unterschiede gibt (vor allem, weil hier die Plausibilität von auf der Verletzung natürlicher Pflichten basierenden Verbrechen abgelehnt wird).

²⁸ Abrufbar unter: <https://www.jfklibrary.org/learn/about-jfk/historic-speeches/inaugural-address>, abgerufen: 09.10.2023.

²⁹ Ein Video von Alis berühmter „Opposer“-Rede ist unter dem folgenden Link verfügbar: https://www.youtube.com/watch?v=MnY_FsxAChg, abgerufen: 09.10.2023.

Es ist nachvollziehbar, dass Kennedy (weiß, Sohn eines Millionärs und Präsident) eine andere Auffassung von seiner Pflicht gegenüber seinem Land hatte als Ali (Afroamerikaner, von ärmlicher Herkunft und Profiboxer). Tatsächlich, so wird in dieser Arbeit argumentiert, waren die politischen Pflichten der beiden Männer gegenüber ihrer Gesellschaft unterschiedlich. Da die Grundlage des *ius puniendi* in einem Bürgerstrafrecht gerade in der politischen Pflicht liegt, muss sich deren Schwäche wiederum irgendwie in der Strafe niederschlagen. Diese Ansicht ist von mehreren Autoren vertreten worden, vor allem im angelsächsischen Raum.³⁰ Diese Arbeit entscheidet sich für eine Lösung im Bereich der Strafzumessung, nach der folgendes gilt: je niedriger der Wert der garantierten Rechte = umso schwächer die politische Pflicht = desto milder sollte die Strafe (*ceteris paribus*) ausfallen. Daraus folgt, dass das hiesige Modell des Bürgerstrafrechts auch im Hinblick auf die Bestrafung von rein inlandsbezogenen Inlandstaten relevante Auswirkungen aufweist, und nicht nur im Rahmen des Strafanwendungsrechts.

Die dritte Achse dieses Vorschlags besteht darin, das Problem der gefährlichen Externen (zumindest im Vergleich zu anderen bürgerstrafrechtlichen Ansätzen) eingehender zu behandeln. Will der Staat seiner Aufgabe (der Aufrechterhaltung eines Zustands der Freiheitlichkeit) gerecht werden, muss er zwangsläufig in irgendeiner Weise auf Angriffe von Externen reagieren können. Diese Reaktion, so wird in dieser Arbeit vertreten, stellt eine Sanktion in Gestalt einer Präventivmaßnahme zur Abwendung künftiger Gefahren dar, die nur gegenüber der Gesellschaft – nicht aber gegenüber dem von ihr betroffenen Externen – gerechtfertigt werden kann.³¹ In dem hier vorgeschlagenen Modell gelten als „Externe“ hinsichtlich eines politischen Gemeinwesens solche Personen, denen keine Rechte garantiert worden sind, und nicht jene, die aufgrund eines früheren Verhaltens oder aufgrund ihrer Gefährlichkeit zur Kategorie „Feind“ degradiert werden. Demzufolge können diese Maßnahmen gegen Externe nicht als reine Prä-

³⁰ Es gibt zahlreiche Beispiele für Autoren, die in diese Richtung argumentieren, wie in Teil II und III dieser Arbeit dargestellt wird. Hier soll es genügen, einen der eloquentesten unter ihnen zu zitieren: „Consider one example: a man has been convicted of armed robbery. On investigation, we learn that he is an impoverished black whose whole life has been one of frustrating alienation from the prevailing socio-economic structure – no job, no transportation if he could get a job, substandard education for his children, terrible housing and inadequate health care for his whole family, condescending-tardy-inadequate welfare payments, harassment by the police but no real protection by them against the dangers in his community, and near total exclusion from the political process. Learning all this, would we still want to talk – as many do – of his suffering punishment under the rubric of ‚paying a debt to society‘? Surely not. Debt for what?“ [Murphy, *Philosophy & Public Affairs*, 2, 3 (1973), S. 242].

³¹ Den Ausgangspunkt für die nachfolgende Analyse dieser Maßnahmen bildet der Beitrag von Pawlik, FS-Schoreder, S. 379 ff.

vention konzipiert werden, sondern müssen Einschränkungen unterliegen. Wichtige normative Schranken lassen sich vor allem aus der Literatur über die Sicherungsverwahrung und analoge Maßnahmen im vergleichenden Recht (*preventive detention*) entnehmen. Die beiden wichtigsten Grenzen dieser Maßnahmen sind demnach die Anlasstatgrenze und der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die eine nicht unerhebliche Konturierung dieser Sanktionen ermöglichen. Noch bedeutender ist allerdings, dass diese Maßnahmen gegen Externe im Gegensatz zur Sicherungsverwahrung nicht zusätzlich, sondern anstelle von Strafen aufzuerlegen sind (da der Adressatenkreis beider Sanktionen unterschiedlich ist), sodass diese Maßnahmen für die Betroffenen viel weniger belastend sind.³²

Dieses Werk schließt mit einer genaueren Untersuchung des Gebietes, auf dem das vorzulegende Modell des Bürgerstrafrechts seine wichtigsten Wirkungen entfaltet, nämlich dem Strafanwendungsrecht, wodurch eine Rückbindung an den Ausgangspunkt der Arbeit erfolgt. Hier wird unterschieden, nach welchen völkerrechtlichen Prinzipien (oder welchen Subvarianten davon) der Staat seine *originäre Strafgewalt* ausweiten kann (d. h., vereinfacht formuliert, das Territorialitätsprinzip und ein materielles aktives Personalitätsprinzip, letzteres aber nur in Kombination mit dem Schutz- oder dem passiven Personalitätsprinzip), subsidiär seine *originäre Maßnahmengewalt* erstrecken kann (nur möglich aufgrund eines begrenzten Schutzprinzips), und schließlich *Sanktionsgewalt im Namen eines anderen* Staates bzw. eines internationalen Gerichtshofs ausüben kann (hier wäre ein sehr begrenzter Rückgriff auf eine derivative staatliche Weltrechtspflege möglich).³³ Wie sich herausstellen wird, ist der Umfang eines solchen „Strafanwendungsrechts des Bürgers“ wesentlich enger als jener, der der Strafrechtsetzungsgewalt in den positiven Rechtsordnungen üblicherweise verliehen wird, weshalb die Erörterung der Begründung des Strafrechts in der erwähnten politischen Bindung nicht als bloße akademische Schönrederei abgetan werden kann. Darüber hinaus stützt sich diese Mäßigung des Strafanwendungsrechts nicht auf künstlich eingeführte äußere Schranken, die die Strafgewalt dort eindämmen wollen, wo es unerwünscht ausufert, sondern ergibt sich unmittelbar aus (bzw. ist inhärent in) dem unterstellten positiven Vorschlag für ein Bürgerstrafrecht.³⁴

³² Zu diesen Präventivmaßnahmen gegen die Externen vgl. Teil III C II.

³³ Zur idealen Ausgestaltung eines Strafanwendungsrechts des Bürgers vgl. Teil III D.

³⁴ Zu den Vorteilen eines „inhärent moderaten“ Modells des Strafrechts verglichen mit einem, das zur Begrenzung der Strafgewalt sich auf äußere Werte berufen muss, siehe *Duff*, *Theoretical Criminology* 14, 3 (2010), S. 296 ff.

Erster Teil

Deutscher Gesetzgeber für vietnamesische Bürger?
Die Unwirksamkeit der völkerrechtlichen Schranken

A. Übersicht

In diesem ersten Teil werden drei Ziele verfolgt. Erstens wird die Bedeutung bestimmter Begriffe präzisiert, deren Verdeutlichung zur Ermittlung der idealen räumlichen bzw. sachlichen Ausdehnung des nationalen Strafrechts unerlässlich ist. Hierbei werden insbesondere das derzeit in Deutschland vorherrschende Konzept des „Strafanwendungsrechts“ sowie einige der entsprechenden Begriffe in ausländischen Rechtsordnungen (z. B. „prescriptive jurisdiction“, „efectos de la ley en el espacio“) dargestellt (Abschnitt B). Zweitens wird erörtert, ob und wie die völkerrechtlichen Grundsätze als Schranken für die staatliche Strafrechtsetzungsgewalt wirken, und es werden die starken Abweichungen bei der Erstreckung des Strafanwendungsrechts zwischen den Staaten beleuchtet. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf dem vergleichsweise übermäßigen extraterritorialen Umfang der deutschen Strafgewalt (Abschnitt C). Drittens wird ein Erklärungsversuch unternommen, anhand einer relativ ausführlichen Auseinandersetzung mit jedem der klassischen völkerrechtlichen Prinzipien, warum das Völkerrecht – eine Rechtsordnung, die in strafrechtlichen Angelegenheiten nur auf die Vereinbarkeit der Einhaltung des Nichteinmischungsgebots mit einer wirksamen Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität ausgerichtet ist – eine inhärent schwache Schranke des staatlichen *ius puniendi* darstellt. Das beste Beispiel dafür ist die fortschreitende Ausweitung des völkerrechtlich zulässigen Rahmens für die Strafrechtsetzungsgewalt der Staaten anhand der Vermehrung multilateraler Verträge zur Verbrechensbekämpfung, die (bestenfalls) in sehr begrenztem Umfang die Interessen der davon Betroffenen berücksichtigen (Abschnitt D). Aus dem Vorstehenden ergibt sich die Notwendigkeit, das Strafanwendungsrecht nicht nur aus der Perspektive des Völkerrechts, sondern auch aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, zu betrachten (Abschnitt E).

B. Was ist unter „Strafanwendungsrecht“ zu verstehen?

I. Die Reichweite des nationalen Strafrechts: ein Feld von präzisierungsbedürftigen Begriffen

Wenn ein deutscher Staatsangehöriger „D“ seinen Landsmann „L“ in Deutschland tötet und er dann dort verhaftet und vor Gericht gestellt wird, hat die Tat keinerlei Berührung mit einer ausländischen Rechtsordnung (man kann diesbezüglich von einer rein „inlandsbezogenen“ Tat sprechen)¹ und es ist sowohl klar, dass das anzuwendende materielle Recht das deutsche ist, als auch, dass die Strafgerichtbarkeit einem deutschen Gericht zusteht. Komplexer wird die Angelegenheit jedoch, sobald die Straftat irgendeinen Berührungspunkt zu einem fremden Staat aufweist. Dieser Bezug zum Ausland kann aus einem oder mehreren gemeinsam auftretenden Umständen bestehen, z. B. dass die Straftat im Ausland begangen wurde (die sogenannten „Auslandstaten“), oder dass der Täter oder das Opfer der Tat ein ausländischer Staatsangehöriger ist.² Damit tritt in den Vordergrund die Frage, wann und inwieweit das deutsche Recht „gültig“ oder „anwendbar“ sein soll.³ Der Einstieg in diese Materie gelingt am besten, wenn

¹ In seinem berühmten Urteil von 18.07.2005 zum Europäischen Haftbefehl, in dem das BVerfG das (erste) Gesetz zum Europäischen Haftbefehl für nichtig erklärte, unterschied das Gericht zwischen solchen Taten mit „maßgeblichem Inlandsbezug“, denen mit „maßgeblichem Auslandsbezug“ und Zwischenfällen. Eine Straftat der ersten Kategorie liegt vor, wenn „wesentliche Teile des Handlungs- und Erfolgsortes auf deutschem Staatsgebiet liegen“. In diesem Fall sei der Strafvorwurf „bei tatverdächtigen deutschen Staatsangehörigen prinzipiell im Inland durch deutsche Strafverfolgungsbehörden aufzuklären“. Siehe BVerfG Urteil v. 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 84 f.

² Zum Begriff „Straftat mit Auslandsberührung“ vgl. *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich, S. 19 ff. Englischsprachige Autoren verwenden den entsprechenden Begriff „matters/claims containing a foreign element“, vgl. dazu *Colangelo*, Cornell Law Review 99, 6 (2014), S. 1314; *García-Mora*, University of Pittsburgh Law Review 19, 3 (1958), S. 583 f.; *Feller*, Israel Law Review 16, 1 (1981), S. 40. Siehe auch *Bueno Arús, F./De Miguel Zaragoza, J.*, Manual de Derecho Penal Internacional, S. 127 ff: „Derecho penal nacional con elementos extranjeros“. Der Begriff „Sachverhalte mit Auslandsberührung“ ist auch in anderen Rechtsgebieten zu finden. Siehe exemplarisch *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 58.

³ Hierbei können die von *Jennings/Watts*, Oppenheim's⁹, § 136, S. 457, so bezeichnete „in-

man, in Anlehnung an *Schroeder*, mit einem kurzen Überblick über die Unterscheidung zwischen primären und sekundären Strafnormen beginnt,⁴ welche ein tieferes Verständnis der Kontroversen über den Umfang des staatlichen *ius puniendi* ermöglicht.

Binding, der renommierteste Verfechter eines traditionellen dualistischen Normkonzepts,⁵ vertrat eine sehr enge Auffassung des Begriffes „Norm“. ⁶ Ihm zufolge sind Normen „Verbote oder Gebote von Handlungen“⁷ und als solche unterscheiden sie sich von Strafgesetzen: während die Norm auf Gehorsam abziele, begründe das Strafgesetz das Recht des Staates auf Strafe.⁸ Diese von *Binding* vorgenommene Differenzierung zwischen primären, an den einzelnen Bürger gerichteten Verhaltensnormen („du sollst nicht töten!“) und sekundären, an den Staat gerichteten Sanktionsnormen (wenn jemand dennoch tötet, so sollen die dazu Berufenen die angedrohte Strafe über ihn verhängen),⁹ ist nicht nur in vielen deutschen und spanischen Strafrechtslehrbüchern bis in die Gegenwart beibehalten worden,¹⁰ sondern ist auch in der angelsächsischen Rechtsphilosophie zu finden.¹¹

ternational problems of jurisdiction“ entstehen. Es sei hier darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zum Privatrecht, wo die Parteien einen breiten Spielraum zur Vereinbarung des anwendbaren Rechts haben, Täter und Opfer (aufgrund des öffentlichen Charakters des strafrechtlichen Delikts) weder das anwendbare Recht noch den zuständigen Gerichtsstand vereinbaren können.

⁴ Siehe *Schroeder*, GA 1968, S. 353–356.

⁵ Die Auffassung, das Recht als einen „Komplex von Normen“ zu begreifen, geht u. a. auf die Arbeiten von *Thon* (Rechtsnorm) und *Bierling* (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe) zurück. Dazu siehe *Affolter*, Archiv des öffentlichen Rechts 23 (1908), S. 362. Der bedeutendste Vertreter der sogenannten „Normentheorie“ auf dem Gebiet des deutschen Strafrechts ist jedoch *Binding*. Vgl. hierzu *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), S. 111: „Der Ausdruck ‚Normentheorie‘ ist für jeden Strafrechtswissenschaftler untrennbar mit dem Namen Bindings verbunden“. Kritisch zu diesem Dualismus der Rechtsnormen, *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik.

⁶ Vgl. *Affolter*, Archiv des öffentlichen Rechts 23 (1908), S. 361.

⁷ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 156.

⁸ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 162. *Thon*, Rechtsnorm, S. 9, Fn. 26, zeigt sich in dieser Hinsicht mit *Binding* einverstanden und beschreibt die Strafgesetze als „Strafandrohung im Fall einer Normübertretung“.

⁹ Die Beispiele stammen aus *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 14. Siehe auch hierzu *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, S. 28 ff.

¹⁰ So versteht beispielsweise *Freund* (AT, § 1 Rn. 9 ff.) das Strafrecht als sekundäre Normenordnung und die primären Normen als dem Strafrecht vorgelagerte Ver- und Gebote; siehe auch *Kindhäuser/Zimmermann*, AT, § 2, Rn. 2 ff., nach denen die Legitimation der Verhaltensnormen auf dem Schutz von Rechtsgütern beruht, während die Frage nach der Straflegitimation die grundlegende des Strafrechts ist. In dieselbe Richtung in Spanien vgl. z. B. *Mir Puig*, PG¹⁰, S. 67 ff.; *Robles Planas*, InDret 1 (2019), S. 1 ff.

¹¹ So bezeichnet *Hart*, The Concept of Law, S. 97 f., die Gerichtsbarkeit bestimmende Nor-

Die Bedeutung dieser Unterscheidung hinsichtlich der räumlichen Ausdehnung des nationalen Strafrechts liegt in dem (eventuell) abweichenden Anwendungsbereich beider Arten von Normen. Das war den deutschen Autoren des 19. Jahrhunderts, die sich mit dem damals so genannten „internationalen Strafrecht“ beschäftigten, durchaus klar. So schrieb *von Rohland*, dass sich das Geltungsgebiet der (Verhaltens-)Normen überall dorthin erstreckt, „wo Personen, an welche sich die Normen richten, sich aufhalten“, während sich die Strafgesetze nur dorthin erstrecken, wo sich die staatlichen Rechtsprechungsorgane befinden.¹² Dennoch stimmt der Geltungsbereich von Primär- und Sekundärnormen in der Regel überein. Anders als z. B. im Bereich des internationalen Privatrechts beschränken sich die nationalen Strafgerichte prinzipiell auf die Anwendung von nationalem Recht. Der Grund dafür sei in der „engen Verknüpfung zwischen Strafrecht und Souveränität“ zu finden¹³, aus welchem sich ableiten lasse, dass „die deutschen Gerichte zur Durchsetzung des deutschen Strafanspruchs berufen (sind), nicht aber zur Wahrung fremder Rechtsordnungen“.¹⁴ Diese Denkweise liegt selbstverständlich nicht nur dem deutschen Strafrecht zugrunde. Zum selben Schluss gelangt der einflussreiche Bericht „Extraterritorial Criminal Jurisdiction“, der von einem Expertenausschuss auf Antrag des „European Committee on Crime Problems“ ausgearbeitet wurde, dem zufolge „The national courts apply, in principle, their own national criminal law, even with respect to offences which may have been committed outside national territory. In this respect, criminal law differs essentially from private law...“.¹⁵ Deshalb unterscheiden die meisten zeitgenössischen deutschen Strafrechtler zwar noch zwischen „Strafberechtigung“ (also der Frage danach, ob ein Sachverhalt der eigenen Strafgewalt unterliegt) und dem anwendbaren materiellen Strafrecht (das theoretisch auch

men als „secondary rules of adjudication“. Eingehend dazu *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), S. 112.

¹² *von Rohland*, Das internationale Strafrecht, S. 66; vgl. auch *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 163; *Harburger*, ZStW 20 (1990), S. 610; *Schroeder*, NJW 3 (1969), S. 81 und 83.

¹³ Dazu vgl. statt aller *Satzger*, Jura 32 (2010), S. 109.

¹⁴ *Satzger*, Jura 32 (2010), S. 109; *ders.*, Internationales, § 3 Rn. 3; so auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 1, Rn. 5; *Werle/Jeßberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 8. Kategorisch *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 96: „das ausländische Strafrecht existiert für den deutschen Rechtsanwender nicht“.

¹⁵ *European Committee*, Extraterritorial Criminal Jurisdiction, S. 458. Dieser Ansatz ist in anderen Rechtsordnungen weit verbreitet, vgl. z. B. die berühmte Entscheidung der USSC *The Antelope*, 23 U.S. (10 Wheat.) 66, 123 (1825); im Schriftum *Akehurst*, *British Year Book of International Law* 46 (1972–1973), S. 179; *Farmer*, *University of Toronto Law Journal* 63 (2013), S. 230, Fn. 14; *Hirst*, *Jurisdiction*, S. 9 f.; *Pin*, *Droit pénal général*, S. 138; etwas nuancierter *Shaw*, *International Law*, S. 487: „in practice it is rare for one state to enforce the penal or tax laws of another state“.

fremdes Recht sein kann), weisen aber zugleich darauf hin, dass in der Praxis beide Aspekte deckungsgleich sind.¹⁶

Ausnahmsweise ist es jedoch möglich, dass entweder nur die primäre Norm gilt (ein ausländischer Richter wendet nationales Recht an) oder bloß die sekundäre (d.h. die Anwendung von ausländischem Recht durch den inländischen Richter).¹⁷ Ein Beispiel für den zweiten beschriebenen Fall ist es, wenn sich deutsche Gerichte bei der Prüfung der Voraussetzung des § 7 StGB hinsichtlich der Tatortrechtsstrafbarkeit mit ausländischem Recht befassen müssen.¹⁸ Diese (zumindest indirekte) Anwendung ausländischen Rechts durch nationale Gerichte ist zudem keineswegs außergewöhnlich und in anderen Rechtsordnungen sogar häufiger anzutreffen. So müssen z. B. spanische und chilenische Gerichte – im Gegensatz zum deutschen Recht – bei einem eingehenden Auslieferungersuchen zur Verfolgung überprüfen, ob die Straftat laut dem Recht des ersuchenden

¹⁶ Vgl. hierzu *Ambos*, MüKo-StGB⁴, Vor § 3, Rn. 2; und *Werle/Jeßberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 8, die dieser Unterscheidung eine „geringe Bedeutung“ zuschreiben. Vgl. hingegen *Satzger*, Internationales, § 3 Rn. 5, der die Auffassung dieser Autoren im Lichte der fortschreitenden europäischen Integration für archaisch hält.

¹⁷ *Schroeder*, GA 1968, S. 354. Andere Autoren nehmen in dieser Hinsicht feinere Unterscheidungen vor. Ein Beispiel hierfür ist *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich, S. 12–16, der zwischen „Bewertungseinzugsbereich“ (d.h. der Umfang der vom Staat tatsächlich in Anspruch genommenen Strafgewalt, nämlich das „Ob“ der Bewertung eines Sachverhalts), „Anwendungsbereich“ (anwendbares materielles Recht, d.h. das „Wie“ der Bewertung) und „Zuständigkeitsbereich“ (zuständiges Gericht) differenziert.

¹⁸ Vgl. in diesem Sinne *Pawlik*, FS-Schroeder, S. 379, Fn. 111; für weitere Beispiele im deutschen Recht siehe *Satzger*, Internationales, § 3 Rn. 6. Allerdings findet sich in der Literatur häufig die folgende Behauptung, hier in Worten des britischen Völkerrechtlers *Akehurst*, *British Year Book of International Law* 46 (1972–1973), S. 179: „States do not apply foreign criminal law; even in those few cases where criminality under the *lex loci* is made a condition precedent for the extraterritorial application of the criminal law of the forum, the accused is acquitted or convicted of an offence under the *lex fori*. If the court has jurisdiction, it applies its own law; if the *lex fori* applies, then the court has jurisdiction“; ähnlich *Wegner*, FG-Frank, S. 130 f. Dies ist jedoch eine sinnlose Debatte. Offensichtlich kann ein Gericht kein ausländisches Strafrecht anwenden, ohne dass dies durch nationales Recht erlaubt ist (in diesem Sinne hat *Akehurst* Recht). Aber selbst wenn ausländisches Recht lediglich durch Verweis angewandt wird, bedeutet dies die Anwendung der von der ausländischen Rechtsordnung festgelegten Normen und Werte, weil der nationale Gesetzgeber dies in einer Fallkonstellation für angemessen hält. Es wird also eine Verhaltensnorm angewendet, die sowohl in ihrem Ursprung als auch in ihrem Wesen fremd ist. Genau aus diesem Grund greift die Literatur auf den Begriff der *ordre public* als Schranke für die Anwendbarkeit ausländischen Rechts in diesen Fällen zurück. Zum Begriff des internationalen *ordre public* in dieser Hinsicht vgl. *Satzger*, *Jura* 32 (2010), S. 193; umfassend und detailreich zu diesem Konzept *Ohler*, *Ordre public*, § 238, S. 453 ff.; und *Penkuhn*, *Der ordre-public-Vorbehalt*.

Staates mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (Spanien) oder höher als ein Jahr (Chile) belegt ist.¹⁹

Doch diese Unterscheidung zwischen primären und sekundären Normen wird nicht herangezogen, um diese mehr oder weniger verbreiteten Ausnahmen zu erklären. Vielmehr geht es hier darum, dass diese Differenzierung Bedeutung erlangt, wenn eine Rechtsordnung entweder die primäre oder die sekundäre Natur der Normen zur Erstreckung des nationalen Strafrechts betont. So bezieht sich das deutsche Strafgesetzbuch (StGB) nur ungenau auf die Gültigkeit des deutschen Rechts (das Gesetz benutzt den Ausdruck „Das deutsche Strafrecht gilt“).²⁰ Daran anknüpfend wird oft die Auffassung vertreten, die §§ 3 ff. StGB bildeten einen konstitutiven Teil der primären Strafrechtsnormen, „indem sie den Bereich beschreiben, für den sich das deutsche Strafrecht einen Bewertungsanspruch zuerkennt“²¹, wengleich dies dadurch relativiert wird, dass viele dieser Autoren diese Normen als objektive Bedingungen der Strafbarkeit begreifen.²² Nur eine Minderheitsauffassung geht noch einen Schritt weiter und plädiert dafür, die §§ 3 ff. StGB seien als Tatbestandmerkmale zu verstehen, sodass z. B. ein

¹⁹ Während das deutsche Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen regelt, dass die Auslieferung zur Verfolgung nur zulässig ist, wenn die Tat *nach deutschem Recht* im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (§ 3 Abs. 2 IRG), verlangt das spanische Recht dieselbe Mindeststrafe, aber nicht nur nach spanischem Recht, sondern auch nach dem Recht des ersuchenden Staates (Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, Art. 2, Abs. 1). Seinerseits sieht das chilenische Recht eine dem deutschen Recht umgekehrte Regelung vor: eine Auslieferung an das Ausland soll nur erfolgen, wenn die Person, um deren Auslieferung ersucht wird, wegen einer Straftat im ersuchenden Staat angeklagt ist, die mit mehr als einem Jahr bestraft werden kann [Art. 440 des „Código Procesal Penal“ (chilenische Strafprozessordnung)]. Ein weiteres, in der deutschen Literatur häufig genanntes Beispiel für die Anwendung ausländischen Rechts durch nationale Gerichte ist die frühere Fassung des Art. 5 Abs. 1 des schweizerischen StGB, wonach im Fall einer Strafgewalterstreckung aufgrund des passiven Personalitätsprinzips der Strafrahmen des Tatortrechts zu berücksichtigen war, wenn dieser für den Täter milder war (vgl. *Satzger*, Internationales, § 3 Rn. 3).

²⁰ Siehe §§ 3 ff. StGB.

²¹ So *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 1, Rn. 9; *ders.*, MüKo-StGB⁴, Vor § 3, Rn. 3; und *Eser/Weißer*, S/S³⁰, Vor §§ 3–9, Rn. 6. Andere Autoren hingegen betonen den sekundären Charakter dieser Normen, denn sie regelten „nicht in erster Linie den Anwendungsbereich des eigenen materiellen Strafrechts, sondern das dieser Frage noch vorgelagerte Problem des Umfangs der staatlichen Strafgewalt“, da auch die nationale Strafgewalt ein fremdes materielles Strafrecht anwenden kann (vgl. *Jescheck*, FS-Maurach, S. 580; *Jescheck/Weigend*, AT⁵, § 18 I 1).

²² In diesem Sinne *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 1 Rn. 9 f., der diese Auffassung befürwortet, denn der Geltungsbereich des Strafrechts könne nicht „vom Vorstellungsbild des Täters abhängig sein“; auch in diese Richtung *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 102 ff.; ebenso *Satzger*, Jura 32 (2010), S. 111. Vgl. auch BGH, Urt. v. 20.10.1976, 3 StR 298/76 (LG Kleve), NJW 1977, 507 Rn. 2, beck-online: „Ein Irrtum über den Umfang der deutschen Gerichtsbarkeit wäre unbeachtlich“.

Irrtum über den Tatort einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum begründen könnte.²³

Im Gegensatz dazu sind die Regeln bezüglich der Ausdehnung des nationalen *ius puniendi* in Spanien und Chile in Gesetzen enthalten, die im Wesentlichen dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetz entsprechen und denen daher hauptsächlich eine verfahrensrechtliche Natur zugesprochen wird.²⁴ Diese Gesetze unterstreichen den sekundären Charakter dieser Normen weiter, indem sie auf Formulierungen wie „die spanische Gerichtsbarkeit wird Kenntnis nehmen“²⁵ oder „die folgenden Auslandstaten unterliegen der chilenischen Gerichtsbarkeit“ zurückgreifen.²⁶ Da diese Regeln vom Gesetz selbst eindeutig als prozessuale „Jurisdiktionsnormen“ konzipiert werden, wird die Auffassung, wonach diese Regeln als Teil der Primärnorm zu verstehen sind (ganz zu schweigen von derjenigen, die sie als Tatbestandsmerkmale begreift), offensichtlich erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen.²⁷

Andere Rechtsordnungen scheinen Zwischenpositionen zu beziehen. So nimmt das französische Recht eine eklektische Haltung ein, denn einige allge-

²³ In diesem Sinne Pawlik, FS-Schroeder, S. 373, Fn. 85; ähnlich Werle/Jeßberger, LK¹³, Vor § 3, Rn. 471–475, die ihre bisherige Position, diese Regeln als objektive Bedingungen der Strafbarkeit zu betrachten, aufgegeben haben, aber nur bezüglich derjenigen Regeln, die einen originären Strafanspruch schaffen. In dieselbe Richtung auch Jakobs, AT, 5/12, obwohl zurückhaltender hinsichtlich der Möglichkeit eines vorsatzausschließenden Irrtums. Pawlik widerlegt überzeugend die mehrheitliche Auffassung dieser Regeln als objektive Strafbarkeitsbedingungen (ebd., S. 361), indem er darlegt, dass diese Ansicht die Bejahung einer universellen Geltung des deutschen Strafrechts bedeutet, denn objektive Strafbarkeitsbedingungen setzen bereits Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldfähigkeit des Verhaltens voraus. Altenhain (FS-Puppe, 359 f.) und ihm folgend auch Roxin/Greco, AT I, § 12 Rn. 149a–149c, teilen Pawliks Einwand, postulieren aber, dass – angesichts der unerwünschten Auswirkungen der Anerkennung eines vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums – die Regeln von §§ 3 ff. als „Vorbedingungen der Tatbestandsmäßigkeit“ zu betrachten sind.

²⁴ Die einschlägigen Vorschriften sind Art. 23 des spanischen Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (im Folgenden kurz als „LOPJ“ bezeichnet) und Artikel 6 des chilenischen Código Orgánico de Tribunales (im Folgenden kurz als „COT“ bezeichnet).

²⁵ Art. 23 Nr. 2 LOPJ.

²⁶ Art. 6 Abs. 1 COT. Im Fall von Chile ist außerdem zu beachten, dass sowohl der Art. 4 des neuen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, der seit 2014 in der Verfassungskommission des Senats bearbeitet wird (Boletín 9274–07), als auch der Art. 4 des Vorentwurfs eines neuen Strafgesetzbuchs, dessen Erstellung das Justizministerium leitet, eine ähnliche Formel beinhalten. Der Entwurf ist unter https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBoletin=9274-07 abrufbar; der Vorentwurf unter <http://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>, jeweils abgerufen: 09.10.2023.

²⁷ Vgl. Bascuñán (La jurisdicción, S. 7 f.), der nicht nur verneint, dass diese Regeln Tatbestandsmerkmale sein können, sondern auch darauf hinweist, dass die Wirkungen des Legalitätsprinzips auf sie nicht anwendbar sind.

meine Regeln finden sich im *Code pénal* unter dem Titel „De l’application de la loi pénale dans l’espace“ (räumliche Geltung des Strafgesetzes),²⁸ während andere Vorschriften, die meist die extraterritoriale Bestrafung bestimmter Arten von Straftaten regeln, wie z. B. Terrorismus (Art. 689–3) oder Folter (Art. 689–2), unter der Überschrift „De la compétence des juridictions françaises“ im *Code de procédure pénale* zu finden sind.²⁹

Im Rechtskreis des *Common Law* wird üblicherweise zwischen *jurisdiction to prescribe* (hoheitliche Rechtsetzung), *jurisdiction to adjudicate* (staatliche Hoheitsbefugnis zur Aburteilung) und *jurisdiction to enforce* (Durchsetzung der Gesetze bzw. Vollstreckung der Urteile) unterschieden. Diese Einteilung der *jurisdiction* in drei Kategorien ist in § 401 der äußerst einflussreichen *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States* enthalten,³⁰ und sie ist auch häufig in Dokumenten anzutreffen, die von internationalen Organisationen erstellt werden.³¹ In der deutschen Literatur ist hervorgehoben worden, dass dieser dreigleisige Ansatz zum einen der doppelten materiell-prozessualen Natur des Strafanwendungsrechts Rechnung trägt³² und zum anderen einen höheren Grad an Präzision aufweist.³³ Die Zweckdienlichkeit dieser Klassifizierung ist jedoch zweifelhaft, da sich diese Kategorien oft überschneiden, was darauf zurückzuführen ist, dass ihre Grenzen sehr unscharf sind.³⁴ Diese Unge-

²⁸ Siehe Livre Ier, Titre Ier, Chapitre III, Art. 113–1 bis 113–14 des französischen *Code pénal*.

²⁹ Vgl. Livre IV, Titre IX, Chapitre Ier, Art. 689 à 689–7 des *Code de procédure pénale*.

³⁰ Die „Restatements of the law“ werden vom *American-Law-Institute* (ALI) herausgegeben, einer Nichtregierungsorganisation mit der Aufgabe, „das amerikanische Recht zu klären und zu vereinfachen“. Die *Restatements* sind ihr wichtigstes Produkt, und obwohl sie für Gerichte nicht bindend sind, üben sie großen Einfluss aus. Obwohl das *Fourth Restatement of Foreign Relations Law* erst kürzlich (2018) veröffentlicht wurde, ist anzumerken, dass diese Dreiteilung der *jurisdiction* bereits im *Third Restatement* von 1987 vorhanden war, allerdings nicht im zweiten *Restatement* (von 1965), das nur zwischen der *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to enforce* unterschied. Dazu *Dodge*, *Chinese Journal of International Law* (2020), S. 103 und 107. Zu dieser Klassifizierung siehe auch *Gallant*, *Villanova Law Review* 48, 3 (2003), S. 769 f.; *Ryngaert*, *Jurisdiction in International Law*, S. 9 f.

³¹ Siehe den oben erwähnten Bericht „Extraterritorial Criminal Jurisdiction“, S. 444 f., der zwischen *legislative or prescriptive jurisdiction*, *judicial jurisdiction (jurisdiction to apply legislation)* und *executive jurisdiction (jurisdiction to enforce)* unterscheidet.

³² *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 1, Rn. 4–5; *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 91.

³³ *Gärditz*, *Weltrechtspflege*, S. 28. Eine völlig gegenteilige Auffassung vertritt *Kohler*, *Internationales Strafrecht*, S. 2, im 19. Jahrhundert, der bereits klar zwischen „Weite der Gesetzsgewalt“ und „gerichtliche Fernwirkung“ unterschied und monierte, dass „die ausländischen ‚sogenannten‘ wissenschaftlichen Bücher des internationalen Privatrechts hier alles durcheinanderwerfen“!

³⁴ Vgl. hierzu *Mills*, *British Yearbook of International Law* 84, 1 (2014), S. 194 f. Zu den

naugigkeit wird in der leicht abgewandelten Version dieser Kategorisierung deutlich, die die *jurisdiction* in *legislative* (statt *jurisdiction to prescribe*), *judicial* (statt *jurisdiction to adjudicate*) und *executive* (statt *jurisdiction to enforce*) einteilt.³⁵ Die Rechtsetzung kann sich jedoch nicht nur aus Gesetzen des Kongresses, sondern auch aus der Rechtsprechung (im *Common Law*) ergeben, ebenso wie die Vollstreckung eines Urteils nicht nur von der Exekutive abhängt (z. B. wenn der Richter die Festnahme einer verurteilten Person anordnet).³⁶

Ungeachtet dessen lässt sich aus der soeben erwähnten Klassifizierung Folgendes ableiten. Der Umfang der legitimen territorialen Ausdehnung der nationalen Strafgewalt³⁷ hängt prinzipiell davon ab, ob ihre Ausübung die unmittelbare Anwendung von Zwangsmaßnahmen beinhaltet. Bejahendenfalls wäre die Strafgewalt im Prinzip streng territorial, wie im Falle der *jurisdiction to enforce* oder bei der konkreten Aburteilung einer bestimmten Straftat. In der umgekehrten Hypothese (d. h. bei der *jurisdiction to prescribe* und der i. d. R. daraus folgenden Zuständigkeit eines nationalen Gerichts) hängt die legitime Erstreckung der Strafgewalt auf Sachverhalte mit Auslandsbezug vom Vorhandensein eines echten Zusammenhangs (*genuine connection*) zwischen Straftat und Verfolgerstaat ab.³⁸ Diese echte Verbindung wird durch das Auftreten eines oder mehrerer der bereits in der Einleitung erwähnten völkerrechtlichen Grundsätze konstitu-

Unklarheiten, die durch die differenzierte Behandlung von *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to adjudicate* bezüglich extraterritorialer Strafgewalt in der US-Rechtsprechung entstehen, siehe Colangelo, *Cornell Law Review* 99, 6 (2014), S. 1329–1332.

³⁵ Siehe Akehurst, *British Year Book of International Law* 46 (1972–1973), S. 145; *Jennings/Watts*, *Oppenheim's*⁹, § 136, S. 456.

³⁶ Zutreffend *Mills*, *British Year Book of International Law* 84, 1 (2014), S. 195; vgl. auch Colangelo, *Cornell Law Review* 99, 6 (2014), S. 1310 f. Daher gibt es weiterhin Stimmen in der Literatur, die, wie *Shaw* (*International Law*, S. 483), lediglich zwischen der *jurisdiction to prescribe* (verstanden als die „capacity to make law“, sei es durch legislatives, exekutives oder gerichtliches Handeln) und der *jurisdiction to enforce* (d. h. Rechtsdurchsetzung, sei es durch exekutives oder gerichtliches Handeln) unterscheiden.

³⁷ Sowohl *Jeßberger* (*Der transnationale Geltungsbereich*, S. 8) als auch *Gärditz* (*Weltrechtspflege*, S. 28) sind sich einig, dass die passendste Übersetzung des englischen Konzeptes „criminal jurisdiction“ ins Deutsche „Strafgewalt“ ist. Zur Vermeidung von Unklarheiten wird bei der Erörterung der Bedeutung des Begriffs „jurisdiction“ im *Common Law*-Kontext gelegentlich das englische Wort anstelle der deutschen Übersetzung verwendet.

³⁸ Ähnlich *Eser/Weißer*, *S/S*³⁰, Vor §§ 3–9, Rn. 11; und *Epping*, in: Ipsen, *Völkerrecht*⁶, § 5 Rn. 69 f., der zwischen einem streng auf das Staatsgebiet beschränkten „räumlichen Geltungsbereich“ und dem gegebenenfalls extraterritorialen „sachlichen Anwendungsbereich“ (Erstreckung der Strafnormen) unterscheidet. Siehe auch Colangelo, *Cornell Law Review* 99, 6 (2014), S. 1311 f.; *Dodge*, *Chinese Journal of International Law* (2020), S. 106 f.; *Gärditz*, *Weltrechtspflege*, S. 28 f. *Dodge* (einer der Redaktoren des oben erwähnten *Fourth Restatement*) hat gemeinsam mit seinen Mitverfassern geschrieben, dass diese Lösung bereits im *Lotus-Urteil* (S. 18 f. der Entscheidung) vorhanden war. Siehe hierzu *Dodge*, *Jurisdiction to*

iert, die in den folgenden Abschnitten „C“ und „D“ dieses ersten Teils ausführlich behandelt werden.

In der angelsächsischen Welt wird im Hinblick auf die *jurisdiction* außerdem zwischen „ambit“ und „venue“ unterschieden. Allgemein ausgedrückt geht es beim *ambit* um die Frage, ob das materielle Recht auf ein bestimmtes Verhalten anwendbar ist, während *venue* die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts betrifft.³⁹ Der Begriff *ambit* soll verdeutlichen, dass die *jurisdiction* nicht nur eine rein technisch-verfahrensrechtliche Angelegenheit ist, sondern sich auf den Geltungsbereich des Strafrechts im weiteren Sinne bezieht, d. h. auf die normativen (i. S. v. idealen) Grenzen des Strafrechts, die im Mittelpunkt der neueren Debatte um Überkriminalisierung stehen.⁴⁰ Dass eine nationale Rechtsordnung gegenüber Auslandstaten, die sie nicht betreffen, schweigt (statt sie als Verbrechen zu bewerten), ist also eine *ambit*-Frage.⁴¹ Versteht man die Unrechtmäßigkeit einer Handlung als ein kontextabhängiges Phänomen, das nur in einem konkreten Raum-Zeit-Zusammenhang sinnvoll behauptet werden kann,⁴² dann können sowohl der Begehungsort als auch die Staatsangehörigkeit des Täters relevante Elemente des *actus reus* darstellen anstatt nur Faktoren bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts.⁴³ Damit soll freilich nicht der Eindruck erweckt werden, dass die Frage nach der Legitimität der Erstreckung von Verhaltensnormen auf Auslandstaten im angelsächsischen Rechtsraum deutlich ernster genommen wird. Dass dies nicht der Fall ist, wird durch das in der Praxis wohl wichtigste

Adjudicate Under Customary International Law, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2018/09/11/33646/>, abgerufen: 09.10.2023.

³⁹ Vgl. *Farmer*, University of Toronto Law Journal 63 (2013), S. 230 f. Diese Differenzierung ist bereits im Werk von *Williams*, Law Quarterly Review 81 (1965), S. 276 ff. vorhanden. Diese Unterscheidung ähnelt zwar der zwischen primären und sekundären Strafnormen, doch muss der Versuchung widerstanden werden, beide Begriffspaare gleichzusetzen. So besteht z. B. die *venue* eher in der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für einen bestimmten Sachverhalt und nicht in den an den Staatsorganen gerichteten Sanktionsnormen. Zu den vielfältigen möglichen Verwendungen des Begriffs *jurisdiction*, die weit über die hier gegebene kurze Erläuterung hinausgehen, siehe *Colangelo*, Cornell Law Review 99, 6 (2014), S. 1303 f.; und *Livoja*, No Foundations 7 (2010), S. 25–28, der mindestens fünf gängige unterschiedliche Bedeutungen konstatiert.

⁴⁰ In diesem Sinne *Farmer*, University of Toronto Law Journal 63 (2013), S. 229 und 245; und *Hirst*, Jurisdiction, S. 2 und S. 9.

⁴¹ So z. B. *Duff*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 14–04 (2014), S. 3: „Ruritanian law should not declare a theft committed in Sylvania by Jones to be a crime. That is not to say that it should declare it to be non-criminal; it should be silent about it“.

⁴² So z. B. *Farmer*, New Criminal Law Review 13, 2 (2010), S. 338–343.

⁴³ Siehe dazu *Hirst*, Jurisdiction, S. 2: „issues that criminal lawyers generally classify as ‘matters of jurisdiction’ and look up in their reference works by turning to chapters on procedure, as if they were merely concerned with the powers or competence of the court, should properly be considered as elements relating to the *actus reus* itself“.

Statut für die Kriminalisierung von extraterritorialen Auslandstaten – nämlich den bereits erwähnten US-amerikanischen *Maritime Drug Law Enforcement Act* (im Folgenden kurz als „MDLEA“ bezeichnet) – belegt, der ebenfalls von der universellen Gültigkeit seiner Verhaltensnormen ausgeht, indem es ausdrücklich feststellt, dass seine strafanwendungsrechtlichen Bestimmungen keine Tatbestandsmerkmale darstellen.⁴⁴

Nach diesen kurzen terminologischen Klarstellungen lässt sich das Anliegen dieses ersten Teils der Arbeit näher bestimmen: Es soll vor allem untersucht werden, welche Schranken das Völkerrecht (und seine Grundsätze) dem staatlichen *ius puniendi* im Sinne von Strafrechtsetzungsgewalt (*jurisdiction to prescribe/ambit*) auferlegt. Wie sich zeigen wird, sind diese Grenzen äußerst schwach. Dies macht es erforderlich, sich mit dem staatlichen Recht (insbesondere dem nationalen Strafrecht) zu befassen, um die Frage zu klären, ob es für einen Staat legitim ist, sein Strafrecht ohne weiteres auf ein Individuum auszudehnen (und dieses gegebenenfalls zu bestrafen), das im Ausland eine Straftat begangen hat.

II. „Strafanwendungsrecht“ und „Internationales Strafrecht“

Die Überlegung, ob es sich bei den Vorschriften über die räumliche Erstreckung der nationalen Strafgewalt um primäre oder sekundäre Normen handelt, wirkt sich auch auf weitere wichtige Aspekte aus.⁴⁵ So wird auch die Debatte um die Bezeichnung dieses Rechtsgebietes davon beeinflusst. In jenen Rechtsordnungen, in denen der sekundäre Charakter der inhaltlich den §§ 3–7 und 9 StGB entsprechenden Vorschriften betont wird, überwiegt in der Lehre der Ausdruck „räumliche Auswirkungen (oder räumlicher Geltungsbereich) der Strafgesetze“.⁴⁶ Im Gegensatz dazu wurde diese Bezeichnung bereits in der deutschen Li-

⁴⁴ Vgl. 46 U.S. Code § 70504 Buchst. (a): „Jurisdiction of the United States with respect to a vessel subject to this chapter is not an element of an offense“.

⁴⁵ Ein Beispiel hierzu ist die die Anwendbarkeit des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* im Falle einer Änderung der Regeln der §§ 3 ff. StGB nach der Tat. Siehe hierzu BVerfG Beschl. v. 19.12.2002 – 2 BvR 666/02, BeckRS 2003, 21388 Rn. 28, beck-online, die unter Bezugnahme auf § 370 Abs. 7 AO a. F. Folgendes feststellte: „Diese Rechtsanwendungsregel ist zugleich Geltungsvoraussetzung und Bestandteil des materiellen deutschen Strafrechts und bestimmt damit im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG die Strafbarkeit der darin genannten Taten“. Dagegen zu Unrecht *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte, S. 153, der argumentiert, dass der Richter in einem solchen Fall genau das zur Tatzeit geltende Gesetz anwendet und dass das Eintreten der tatsächlichen Voraussetzungen einer Bestrafung sowieso ein gewisses Zufallselement beinhaltet. Dieser Gedanke ist doch unannehmbar, denn dann wäre der *Nullum-Crimen*-Grundsatz seines Sinns entleert.

⁴⁶ Vgl. in Chile *Bustos/Hormazabal*, Lecciones, S. 118 ff.; *Cury*, PG¹¹, S. 258; *Politoff* et al.,

teratur des 19. Jahrhunderts heftig beanstandet, und dies sowohl von Autoren, die das Territorialitätsprinzip rundweg ablehnten,⁴⁷ als auch von jenen, die dieses Prinzip zwar grundsätzlich anerkannten, es aber nur als eines der die Anwendung des nationalen Strafrechts legitimierenden völkerrechtlichen Grundsätze betrachteten. Für den erwähnten Ausdruck spreche jedoch die Tatsache, dass das Territorialitätsprinzip weiterhin das wichtigste ist, zumal eine überwiegende Mehrheit der strafrechtlich relevanten Sachverhalte rein inlandsbezogene Taten sind. *Schroeder* zufolge beruht dieser „Namensstreit“ auf einem Missverständnis, indem beiden Positionen (nämlich Ablehnung und Bejahung des Konzepts von „räumlichen Auswirkungen der Strafgesetze“) ein unterschiedlicher Begriff des „Geltens“ zugrunde liegt. Während die ablehnende Position sich auf die primären Normen stützt (und deshalb die erwähnte Bezeichnung für unzureichend oder inkorrekt hält, da die Reichweite dieser Normen oft nicht nur vom Begehungsort abhängt), bezieht sich die zweite (zustimmende) Auffassung auf sekundäre Normen (räumlicher Geltungsbereich der Gerichtsbarkeit).⁴⁸

Ungeachtet des Vorstehenden gibt es eine zweite wichtige Diskrepanz hinsichtlich der Natur der Normen, die die Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt in Bezug auf Taten mit Auslandsbezug regeln, welche sich auch auf die Bezeichnung dieser Regeln auswirkt. Gehören diese Normen zum nationalen Recht, zum internationalen Recht oder zu beiden? Im 19. Jahrhundert und bis in die Zwischenkriegszeit hinein war die vorherrschende Bezeichnung dafür in Deutschland „Internationales Strafrecht“.⁴⁹ Zu beachten ist hierbei, dass sowohl einige

PG², S. 115. In Spanien vgl. z. B. *Bacigalupo*, PG², S. 176 ff.; leicht unterschiedlich *Mir Puig*, PG¹⁰, S. 57 ff: „räumliche Grenzen des Strafrechts“. Zu anderen Bezeichnungen siehe *Bueno Arús/De Miguel Zaragoza*, *Manual de Derecho Penal Internacional*, S. 127 ff: „nationales Strafrecht mit ausländischen Elementen“; oder *Quintano Ripollés*, *Tratado*. In Frankreich wird die oben zitierte Bezeichnung ebenfalls verwendet (vgl. *Pin*, *Droit pénal général*, S. 137 ff: „L'application de la loi pénale dans l'espace“), obwohl traditionell zwischen „droit international pénal“ (Völkerstrafrecht), und „droit pénal international“ (nationale Vorschriften über die räumliche Geltung von Strafgesetzen) unterschieden wird. Siehe hierzu *Gardocki*, ZStW 98 (1986), S. 709.

⁴⁷ Exemplarisch hierzu *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, S. 370 f., demzufolge der Anwendungsbereich der Strafgesetze sachlich – und niemals territorial – zu bestimmen ist. So schreibt *Binding*: „Nennt man diese Begrenzung die Lehre vom örtlichen Geltungsgebiete der Strafgesetze, so überträgt man fälschlich die territoriale Grenze der inländischen Strafgerichte auf die jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze“.

⁴⁸ Siehe *Schroeder*, GA 1968, S. 353 f.

⁴⁹ So berichtet *Gardocki*, ZStW 98 (1986), S. 704 f. Siehe z. B. *Von Rohland*, *Das internationale Strafrecht*, S. 1, der der Ansicht war, dass diese Regeln sowohl zum nationalen Strafrecht als auch zum internationalen Recht gehören. *Kohler*, *Internationales Strafrecht*, S. 1–6, hielt diese Regeln für dem Völkerrecht zugehörig, da sie die „rechtlichen Machtsphären“ der Staaten abgrenzen. Obwohl *Kohler* oft als einer der Befürworter der Bezeichnung „Internationales

Befürworter als auch manche Gegner dieser Bezeichnung eine territoriale Begrenzung des nationalen Strafrechts bestritten. Vielmehr, wie von Rohland argumentierte, erhält eine rechtswidrige Handlung eine juristische Bedeutung erst durch zwei „bestimmende Momente“, nämlich durch den Täter und das Rechtsgut, gegen welches die Tat gerichtet ist.⁵⁰ Daher hat das Territorium an sich keine eigenständige begrenzende Funktion und deshalb bezeichnet *Binding* diese Regeln als „sachlichen“ anstatt „räumlichen“ Geltungsbereich.⁵¹ Diese Ansicht weist eine wichtige Gemeinsamkeit mit dem im zweiten Teil dieser Arbeit zu erörternden Bürgerstrafrecht auf, denn letzteres geht nicht einfach davon aus, dass ein Staat aufgrund des Tatorts *per se* zur Beanspruchung von Strafgewalt legitimiert ist.⁵²

Jedenfalls war der Begriff „Internationales Strafrecht“ auch stets umstritten, was sich sogar im Titel einiger damaliger Werke widerspiegelt.⁵³ Die Anwendung dieser Bezeichnung auf die Vorschriften zur Bestimmung des Geltungsbereichs des nationalen Strafrechts wird in der gegenwärtigen deutschen Literatur aus zwei Gründen mehrheitlich abgelehnt. Erstens seien diese Normen – anders als das Völkerrecht – keine originären internationalen oder zwischenstaatlichen Normen. Und zweitens erwecke diese Bezeichnung den Eindruck, dass dieser Bereich dem internationalen Privatrecht ähnelt, obwohl es sich hier, im Gegen-

Strafrecht“ angesehen wird, verwendet er diese Bezeichnung nur partiell für die Erstreckung des nationalen *ius puniendi* auf Straftaten mit Auslandsbezug (er schließt aus diesem Bereich die Inlandstaten aus, die sich gegen ausländische Staaten richten), umfasst aber unter dieser Bezeichnung auch das Rechtshilferecht (z. B. das Auslieferungsrrecht) und verwendet damit den Begriff „Internationales Strafrecht“ eher in der heutigen Art und Weise, die unten beschrieben wird. Gegen den Ausdruck „Internationales Strafrecht“, *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 371.

⁵⁰ Von Rohland, Das internationale Strafrecht, S. 3.

⁵¹ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 370 und S. 381, wonach „den örtlichen Grenzen kommt neben den persönlichen und den sachlichen eine selbständige Bedeutung nicht zu; denn entweder bedeutet das örtlich umschriebene Verbot: die an jenem Orte befindlichen Menschen sollten sich der verbotenen Handlung enthalten; dann schlägt die örtliche wieder in eine persönliche Beschränkung um; oder: die innerhalb jenes Ortes befindlichen Rechtsgüter dürften nicht angegriffen werden; dann ist die örtliche in Wahrheit eine sachliche Schranke“. Ähnlich Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich, S. 20, Fn. 57.

⁵² Bei einem Bürgerstrafrecht stellt der Umstand, dass die Tat im Inland begangen wird, ein starkes, aber nicht immer hinreichendes Indiz für das Vorliegen einer die Strafgewalt legitimierenden politischen Bindung (materielle Staatsbürgerschaft) dar. Vertiefend dazu Teil III D II 1.

⁵³ Vgl. beispielsweise Harburger, ZStW 20 (1900), S. 588; Schultz, FS-von Weber, S. 305. Vgl. auch Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 88, der zwar den Ausdruck „Internationales Strafrecht“ verwendet, aber klarstellt, dass es sich dabei eigentlich um nationale Regelungen handelt, die auf internationale Beziehungen Bezug nehmen. Aktuelle Autoren wie Jakobs, AT, 5/1, haben dieses Rechtsgebiet auch als „sogenanntes internationales Strafrecht“ bezeichnet.

satz zu Letzterem, um die einseitige Festlegung des innerstaatlichen Strafanpruchs handelt (ohne Berücksichtigung von ausländischen Rechtsordnungen) und somit keine echten Kollisionsnormen zur Auflösung bestehender Strafgewaltkonflikte vorliegen.⁵⁴

Infolgedessen wird der Begriff „Internationales Strafrecht“ seit Mitte des letzten Jahrhunderts üblicherweise als Oberbegriff oder Funktionszusammenhang verwendet,⁵⁵ „dem alle strafrechtlichen Rechtsbildungen zugeordnet werden, bei denen das Verhältnis des Staates zum Ausland eine Rolle spielt“.⁵⁶ Welche kon-

⁵⁴ Zu beiden Kritikpunkten, siehe *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 1, Rn. 2; *ders.*, MüKo-StGB⁴, Vor § 3, Rn. 1; *Eser/Weißer*, S/S³⁰, Vor §§ 3–9, Rn. 5; *Pawlik*, FS-Schroeder, S. 357, Fn. 1; *Satzger*, Jura 3 (2010), S. 109; *Schiemann*, JR 7 (2017), S. 339; *Werle/Jeßberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 2. Zum zweiten Kritikpunkt ist anzumerken, dass gerade die mangelnde Beachtung ausländischer Rechtsordnungen zu einer Vervielfachung der Sachverhalte führt, auf die die Strafgesetze mehrerer Länder parallel Anwendung finden. Selbst wenn alle Staaten ihr *ius puniendi* auf ein striktes Territorialitätsprinzip (ohne Ausnahmen) beschränkten, könnten jedenfalls aufgrund des Ubiquitätsprinzips immer noch mehrere nationale Strafgesetze auf dieselbe Tat anwendbar sein. Vgl. dazu; *American Law Institute*, Restatement (Fourth), § 407 comment d: „[c]oncurrent prescriptive jurisdiction is common under international law“. Einige Autoren, die für eine weitere extraterritoriale Expansion des Strafrechts zur Bekämpfung der Strafflosigkeit plädieren, halten diese Überschneidung der nationalen Strafgesetze nicht nur für unvermeidlich, sondern auch für wünschenswert. Vgl. dazu *Feller*, Israel Law Review 16, 1 (1981), S. 42–44; oder *Jennings/Watts*, *Oppenheim's*⁹, § 136, S. 457: „usually the coexistence of overlapping jurisdiction is acceptable and convenient“. Diese Strafgewaltkonflikte erzeugen jedoch (unter anderen Problemen) Vorhersehbarkeitsdefizite. Deswegen schreibt *Gropp*, das Prinzip „nullum crimen sine lege“ sei in der Praxis in „nulla prosecutio transnationalis sine lege“ umgewandelt worden (*Gropp*, Kollision, S. 41 ff.). Außerdem führen überlappende extraterritoriale Regelungsansprüche immer wieder zu internationalen Spannungen (vgl. dazu *Volz*, Extraterritoriale Terrorismusbekämpfung, S. 76 und S. 127).

Zum anderen hoben die deutschen Autoren des 19. Jahrhunderts auf allzu idealistische Weise und unter Berufung auf Savigny hervor, dass dieser Gesetzeskonflikt nicht notwendig auftreten musste. Vgl. dazu *von Bar*, Das Internationale Privat- und Strafrecht, S. 6–7; *von Rohland*, Das internationale Strafrecht, S. 1, Fn. 1. *Kohler*, Internationales Strafrecht, S. 1 f., ging noch weiter: „Wäre das Völkerrecht vollständig entwickelt, so gäbe es für alle Staaten nur eine Lösung: die Lösung würde sich eben nach der „Demarkationslinie“ der betreffenden Rechtsmachtbefugnisse richten; die feste Linie würde besagen, wie weit die auf das Rechtsleben sich beziehende Gewalt eines jeden Staates reicht“.

⁵⁵ Vgl. dazu *Gardocki*, ZStW 98 (1986), S. 713 f. Es gibt aber natürlich immer noch Autoren, die – trotz Anerkennung der beiden genannten Einwände – immer noch den Begriff „Internationales Strafrecht“ in Bezug auf die Normen verwenden, die die Ausdehnung des nationalen Strafrechts regeln, wie z. B. *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip, S. 19 ff.; *Ipsen*, in: *ders.*, Völkerrecht⁶, § 31 Rn. 6 oder *Kindhäuser/Hilgendorf*, NK-StGB, Vor §§ 3–7, Rn. 1. Wie *Pastor* zu Recht feststellt (El poder penal internacional, S. 28 f.), ist die begriffliche Uneinheitlichkeit in diesem Bereich auf den weiterhin rückständigen Zustand dieses Rechtsgebiets zurückzuführen.

⁵⁶ So *Jescheck*, FS Maurach, S. 579; ähnlich *Werle/Jeßberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 2.

kreten Bedeutungen diesem mehrdeutigen Begriff zugeschrieben werden können, variiert leicht je nach Autor, aber im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass die folgenden Bereiche unter diesen weit gefassten Begriff fallen: i) das Rechtshilferecht (z. B. Auslieferungsrecht, Hilfe bei Untersuchungshandlungen, Beweisaufnahme oder Vollstreckung); ii) das Völkerstrafrecht (d. h., das aus dem Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht abgeleitete materielle und prozessuale Strafrecht, das „der gesamten Menschheit gehörende Rechtsgüter“ schütze, wie etwa die Völkerrechtsverbrechen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs);⁵⁷ iii) Supranationales/Europäisches Strafrecht, sei es entweder im engen Sinne (der Tatbestand ergibt sich unmittelbar aus der supranationalen Rechtsordnung und ist direkt anwendbar) oder im weiteren Sinne (z. B. der Erlass von EU Richtlinien zur Festlegung strafbarer Verhaltensweisen in Bereich organisierter Kriminalität gemäß Art. 83 AEUV oder das Gebot unionrechtskonformer Auslegung gemäß Art. 4 III EUV); iv) und schließlich die früher als „internationales Strafrecht“ und heute überwiegend als „Strafanwendungsrecht“ bezeichneten Regeln, die den Hauptgegenstand dieses ersten Teils der Untersuchung bilden.⁵⁸

Vereinfacht ausgedrückt regelt das Strafanwendungsrecht, wann das (eigene) nationale Strafrecht auf eine konkrete Tat anwendbar ist.⁵⁹ Selbstverständlich gewinnt die Frage an Bedeutung, wenn die Straftat einen Auslandsbezug hat.

⁵⁷ Es wird oft darauf hingewiesen, dass die Besonderheit des Völkerstrafrechts darin besteht, dass es eine unmittelbare Verantwortung von natürlichen Personen begründet. In diesem Sinne *Ipsen*, in: ders., *Völkerrecht*⁶, § 31 Rn. 1; *Werle/Jeffberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 16. Dennoch setzt diese „Unmittelbarkeit“ nach einiger Autoren immer den Erlass eines entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetzes oder Anwendungsbefehls voraus. Dazu *Ipsen*, in: ders., *Völkerrecht*⁶, § 31 Rn. 8.

⁵⁸ Für diese Auffassung des Internationalen Strafrechts als Oberbegriff mit den beschriebenen Sinnbezügen, siehe u. a. *Jescheck*, FS Maurach, S. 579 f.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, Rn. 1–7; *Satzger*, Internationales, § 2 Rn. 1–5; *Werle/Jeffberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 13–17. In der spanischsprachigen Welt hat diese Terminologie ein gewisses Echo gefunden (siehe z. B. *Pastor*, El poder penal internacional, S. 29), obwohl anstelle von „Völkerrecht“ der Begriff „internationales Strafrecht im engeren Sinne“ (*derecho penal internacional en sentido estricto*) verwendet wird und der Begriff „Strafanwendungsrecht“ nur eine begrenzte Rezeption erfahren hat (dazu *Bascuñán*, La jurisdicción, S. 6).

⁵⁹ So *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 1, Rn. 1; *Satzger* Internationales, § 2 Rn. 4. *Jeffberger* (Der transnationale Geltungsbereich, S. 17 und S. 23) bevorzugt den Begriff „Geltungsbereichsrecht“ anstelle von „Strafanwendungsrecht“: er versteht den Ausdruck „Geltungsbereich“ als einen Oberbegriff, der die Ausdrücke „Bewertungseinzugsbereich“, „Anwendungsbereich“ und „Zuständigkeitsbereich“ einschließt; auch *Scholten* (NSStZ 1994, S. 270) spricht von „Geltungsbereichsrecht“. Der BGH hat sich gelegentlich für den Ausdruck „Strafrechtsanwendungsrecht“ entschieden, da diese Regeln die Anwendung des Strafrechts als solches und nicht nur von der Strafe bestimmen (BGH, Urt. v. 28.10.1954, 1 StR 379/54 (LG Stuttgart), NJW 1955, 271, beck-online). Im spanischsprachigen Raum verwenden einige Autoren auch

Allerdings muss sie im Hinblick auf jede angebliche Straftat gestellt werden, einschließlich der Inlandstaten, die von Inländern gegen Inländer begangen werden.⁶⁰ Deshalb lehnt *Oehler* zu Recht den Begriff „extraterritorial criminal jurisdiction“ ab, der in der englischsprachigen Welt oft als Synonym für das Strafanwendungsrecht verwendet wird, da dadurch das Territorialitätsprinzip ausgeklammert wird.⁶¹ Da das Territorialitätsprinzip gegenwärtig nahezu einhellig als primäre Grundlage der staatlichen Strafgewalt angesehen wird, während die anderen völkerrechtlichen Prinzipien es nur arrondieren würden, bildet dieser Grundsatz notwendigerweise den Ausgangspunkt für die Legitimitätsprüfung aller Prinzipien des Strafanwendungsrechts.⁶² Sein (aktuell) unbestrittener Charakter soll jedoch nicht zum Ausschluss der Prüfung seiner Legitimationsgrundlage führen. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich daher nicht darauf, die Strafligitimation nur für solche Fälle zu prüfen, die einen gewissen Auslandsbezug aufweisen (was *Jeßberger* als „transnationalen Geltungsbereich“ bezeichnet),⁶³ sondern analysiert auch jene rein inlandsbezogenen Taten, bei denen das deutsche Strafrecht nach § 3 StGB gilt. Anders ausgedrückt: Die Untersuchung der Grundlagen des Strafanwendungsrechts kann nicht künstlich von der Analyse der Fundamente des Strafrechts entkoppelt werden.

Andererseits bleibt der oben erwähnte Oberbegriff des Internationalen Strafrechts aufgrund der vielfältigen Berührungspunkte zwischen seinen Teilbereichen für jegliche Analyse des Strafanwendungsrechts weiterhin relevant. So führt das Universalitätsprinzip zu Überschneidungen zwischen dem Strafanwendungsrecht und dem Völkerstrafrecht, während das Unionsschutzprinzip ein Ausfluss des Europäischen Strafrechts ist und die stellvertretende Rechtspflege eine Verkörperung des Rechtshilferechts darstellt.⁶⁴ Nicht zuletzt aus diesen Gründen lässt sich das Strafanwendungsrecht nicht einfach als reiner Bestandteil

den letztgenannten Begriff („derecho de aplicación del derecho penal“), vgl. z. B. *Pastor*, *El poder penal internacional*, S. 33 f.

⁶⁰ Zutreffend *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 1, der die Feststellung der Geltung/Anwendbarkeit des nationalen Strafrechts als eine „stets zu prüfende Vorfrage“ beschreibt.

⁶¹ *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, Rn. 1, Fn. 2. Aus gleichem Grund empfehlen *Eser/Weißer*, *S/S*³⁰, Vor §§ 3–9, Rn. 7, die §§ 3–9 als „territoriales und transnationales Strafanwendungsrecht“ zu bezeichnen. Eingehend zu den verschiedenen möglichen Bedeutungen des Begriffs „extraterritorial“ *Colangelo*, *Cornell Law Review* 99, 6 (2014), S. 1312 ff.

⁶² In diese Richtung vgl. z. B. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 3, Rn. 4; *Gärditz*, *Weltrechtspflege*, S. 29 f.

⁶³ *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 19–21.

⁶⁴ *Werle/Jeßberger*, *LK*¹³, Vor § 3, Rn. 18; *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 26–27. *Satzger*, *Internationales*, § 2 Rn. 5, weist auf die unvermeidliche enge Beziehung zwischen Strafanwendungsrecht und Rechtshilferecht angesichts der häufig breiten Ausgestaltung des Ersteren hin.

des nationalen Rechts begreifen. Wie im nächsten Abschnitt näher zu erläutern ist, wird nicht nur sein maximaler, sondern auch (und vor allem!) sein minimaler Anwendungsbereich zunehmend durch das Völkerrecht detailliert festgelegt. Die steigende Bedeutung des Völkerrechts in dieser Hinsicht ist insbesondere an der wachsenden praktischen Bedeutung blankettartiger Verweisungen wie § 6 Nr. 9 StGB sichtbar.⁶⁵ Daher handelt es sich beim Strafanwendungsrecht um einen Schnittstellenbereich zwischen Völkerrecht und nationalem Recht.

Nach dem vorstehenden Überblick über den Begriff „Strafanwendungsrecht“ und die Natur seiner Regeln wird im nächsten Abschnitt analysiert, welche Schranken das Völkerrecht der Erstreckung des nationalen Strafrechts – im Sinne von *jurisdiction to prescribe/ambit* – auferlegt. Dies setzt eine Auseinandersetzung mit den wichtigsten sogenannten „völkerrechtlichen Geltungsprinzipien“ sowie deren Grundlagen und Konturen voraus.

⁶⁵ So auch *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip, S. 3: „Die Vorschriften des Internationalen Strafrechts stehen ja geradezu im Schnittpunkt von Völkerrecht und Strafrecht“; ähnlich *Satzger*, Internationales, § 4 Rn. 2a; *Shaw*, International Law, S. 485; und *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte, S. 155 ff., der auch den Einfluss des Unionsrechts auf die Regeln des Strafanwendungsrechts hervorhebt.

C. Allgemeine Aspekte der völkerrechtlichen Geltungsgrundsätze

I. Das Ob und Wie des Völkerrechts als Schranke des Strafanwendungsrechts

I. Von „strafrechtlichen Theorien“ hin zu „völkerrechtlichen Theorien“

Die Frage, *ob* und *wie* das Strafanwendungsrecht durch das Völkerrecht begrenzt wird (oder begrenzt werden soll), ist sehr unterschiedlich beantwortet worden. Für die Zwecke dieser Arbeit reicht es aus, grob zwischen vier Gruppen von Standpunkten zu unterscheiden: i) das Völkerrecht kann den staatlichen Strafanspruch überhaupt nicht beschränken (der Staat kann sein Strafanwendungsrecht souverän nach eigenen Interessen gestalten); ii) das Völkerrecht erlaubt es den Staaten, ihre Strafrechtsetzungsgewalt frei auszuweiten, es sei denn, es besteht ein ausdrückliches völkerrechtliches Verbot; iii) Durchbrechungen des Territorialitätsprinzips sind nur insoweit zulässig, als ein legitimierendes völkerrechtliches Prinzip vorhanden ist (dies ist die derzeit herrschende Ansicht); und iv) verschiedene kosmopolitisch bzw. naturrechtlich geprägte Auffassungen, die eine universelle Strafgewalt des Staates hinsichtlich aller oder mehrerer Deliktgruppen befürworten oder sie sogar für geboten halten. Im Laufe dieses Abschnitts werden diese verschiedenen Ansätze kurz erläutert, wobei auch ein Überblick über die wichtigsten Prinzipien des Völkerrechts und ihre Rolle gegeben wird.

Die erstgenannte, im 19. Jahrhundert verbreitete Position verneinte, dass das Völkerrecht dem staatlichen *ius puniendi* überhaupt Grenzen setzen könnte. Daher stand es jedem Staat frei, seinen Strafanspruch so weit auszudehnen, wie er es wollte. Dies ist bekanntlich die Ansicht von *Binding* – der von einer „Kompetenz-Kompetenz“ des Staates ausging – und hatte auch Fürsprecher in der englischsprachigen Welt.¹ Diese Auffassung führte doch nicht zwangsläufig zu der

¹ Vgl. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 374, der mit Nachdruck Folgendes behauptete: „Den Umfang seiner Strafrechte bestimmt jeder souveräne Staat souverän“. Bindings Ansicht beeinflusste möglicherweise die englischsprachige Welt durch seinen Schüler *Lassa Oppenheim*, der sich in England niederließ und 1905 die erste Auflage seines berühmten *International*

Bejahung einer unbeschränkten staatlichen Strafgewalt.² Vielmehr strebten ihre Anhänger danach, die Begründung (und daher die Beschränkungen) des Strafanwendungsrechts im nationalen Strafrecht – statt im Völkerrecht – zu finden, weshalb sie sich als „strafrechtliche Theorien“ bezeichnen lassen.³ Diese Ansicht wurde im 20. Jahrhundert weitgehend aufgegeben, da sie mit der Weiterentwicklung des Völkerrechts unvereinbar wurde.⁴

Jedenfalls hatten einige Rechtsgelehrte des 19. Jahrhunderts bereits die Verbindlichkeit internationaler Grundsätze zur Festlegung der Reichweite des *ius puniendi* unterstrichen,⁵ und es gab schon damals einige sorgfältige Analysen der Fälle, in denen das Völkerrecht die Ausdehnung des Strafrechts auf Auslandstaten erlaubte.⁶ Dann kam ein vermeintlicher Meilenstein, dem im Schrifttum oft hohe Bedeutung beigemessen wird: die Lotus-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Obwohl dieses mehrdeutige Urteil widersprüchliche Auslegungen zulässt, behauptet es – bei richtiger Lesart – die Freiheit der Staaten zur Ausweitung ihres *ius puniendi* auf Auslandstaten, sofern kein ausdrückliches völkerrechtliches Verbot besteht. Zum Völkerrecht wird in der Entscheidung Folgendes festgestellt:

Law veröffentlichte, worin er eine ähnliche Position wie *Binding* zu vertreten scheint, indem er schreibt „States possessing independence and territorial as well as personal supremacy can naturally extend or restrict their jurisdiction as far as they like“. Vgl. dazu *Oppenheim's*¹, International Law, § 143. Allerdings wird dieser Autor fälschlicherweise neben *Binding* zitiert (siehe z. B. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 2, Fn. 2), da er kurz darauf bestreitet (ebd., § 147), dass die Staaten ihre Strafgewalt in Bezug auf von Ausländern begangene Auslandstaten ausüben können, weil zum Zeitpunkt der Tatbegehung der Täter weder unter territorialer noch unter persönlicher Hoheitsgewalt des Verfolgerstaates stand.

² So analysiert *Binding*, Handbuch des Strafrechts, auf S. 377 ff. die sachlichen Grenzen, die das nationale Recht dem Strafanwendungsrecht auferlegt, und wendet sich – wie unten dargestellt wird – entschieden gegen ein absolutes Weltrechtsprinzip, wonach jeder Staat jede Straftat legitim bestrafen kann. Zur Gegenmeinung hinsichtlich der Folgen dieser Ansicht vgl. *Volkmann*, Die Strafverfolgung des Völkermordes, S. 65.

³ Neben dem bereits erwähnten *Binding*, siehe auch *von Bar*, Das Internationale Privat- und Strafrecht, S. 523 ff.; *Mendelssohn-Bartholdy*, Das räumliche Herrschaftsgebiet, S. 164. Zur Bezeichnung „strafrechtliche Theorien“ siehe *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich, S. 94–96.

⁴ So *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 4; *Beyer*, Personelle Strafgewalt, S. 397. Vgl. aber *Drost*, The Crime of State, Leijde, 1959, II, S. 130 oder *Miele*, Principi di Diritto Internazionale, S. 181, die Mitte des 20. Jahrhunderts die Sichtweise *Bindings* im Kern immer noch teilten.

⁵ Vgl. z. B. *von Rohland*, Das internationale Strafrecht, S. 15, wonach das Weltrechtsprinzip den Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten verletzt.

⁶ Vgl. z. B. die *Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence des Institut de Droit International* von 1883, abrufbar unter: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1883_mun_04_fr.pdf, abgerufen: 09.10.2023.

Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.⁷

Prinzipiell stellt also die Lösung der Lotus-Entscheidung einen Mittelweg zwischen *Bindings* Leugnung des Völkerrechts als Schranke und dem derzeit herrschenden Ansatz dar, der auf einem generellen Verbot der Ausdehnung der Strafgewalt beruht, es sei denn, ein völkerrechtliches Prinzip erlaubt dies.⁸ Ungeachtet dessen sind die Auswirkungen dieses fraglichen Urteils, wonach die Beweislast der Völkerrechtsmäßigkeit bzw. -widrigkeit der Rechtsetzungsgewalt nicht beim verfolgenden Staat liegt, sondern auf den Staat fällt, der eine Verletzung seiner Souveränität behauptet, weiterhin zu spüren.⁹ Besonders bemerkenswert ist die

⁷ Vgl. S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) nro. 10 (Sept. 7), S. 18–19, abrufbar unter: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm, abgerufen: 09.10.2023. Zwar scheint der unmittelbar vorangehende Absatz in die entgegengesetzte Richtung zu weisen, indem er feststellt: „Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory [p19] except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention“. Dies liegt jedoch daran, dass sich das Gericht in diesem Absatz auf die *jurisdiction to enforce* bezieht. Der Beweis dafür ist, dass der folgende Absatz genau mit dem Hinweis beginnt: „It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law“.

⁸ Im gleichen Sinne, den Unterschied zwischen der aktuellen herrschenden Ansicht und der Entscheidung im Lotus-Fall hervorhebend, siehe *Dodge*, Jurisdiction to Adjudicate Under Customary International Law, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2018/09/11/33646/>, abgerufen: 09.10.2023.; *Gärditz*, Weltrechtspflege, S. 100–102, der die Analyse der Entscheidung von der Literatur als „erstaunlich unkritisch“ beschreibt; *Mills*, British Yearbook of International Law 84, 1 (2014), S. 190–200, der die Haltung des Gerichts als „infamous“ bezeichnete. Zur Gegenauffassung, die die Lotus-Entscheidung mit der aktuell herrschenden Ansicht unkritisch identifiziert, siehe z. B. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 2, Rn. 2; *Jennings/Watts*, Oppenheim’s⁹, § 137, S. 458; und *Schiemann*, JR 7 (2017), S. 339: „Einig ist man sich seit der Lotus-Entscheidung des StIGH aus dem Jahre 1927, dass die Strafgewalt grundsätzlich territorial eingeschränkt ist und nur innerhalb der Grenzen des Völkerrechts überschritten werden darf“. Seinerseits vertritt *Epping*, in: Ipsen, Völkerrecht⁶, § 5 Rn. 69 ff., nach wie vor eine grundsätzliche Freiheit des Staates zum Erlass von Hoheitsakten mit Auslandswirkung. Allerdings relativiert er diese Ausgangsprämisse derart, dass er zu Lösungen kommt, die mit der aktuellen Mehrheitsmeinung identisch sind.

⁹ Tatsächlich halten weiterhin viele Autoren an diesem Gedanken fest. Vgl. z. B. *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip, S. 186: „Der Nachweis, daß ein Anknüpfungspunkt sinnvoll ist, darf für die Zulässigkeit der Anknüpfung nicht verlangt werden. Im Gegenteil muß derjenige, der die Berechtigung eines Prinzips des Internationalen Strafrechts bestreitet, ein entgegen-

Inanspruchnahme der Lotus-Entscheidung durch die US-Regierung zur Rechtfertigung von Entführungen von Ausländern im Ausland aufgrund der vermutlichen Begehung einer Auslandstat, um sie in den Vereinigten Staaten vor Gericht zu stellen (die so genannte „extraordinary rendition“).¹⁰

Immerhin ist der Ansicht der Lotus-Entscheidung und dem aktuell herrschenden Ansatz ein wichtiges Element gemeinsam, nämlich die Abkehr von der Auffassung einer Kompetenz-Kompetenz der Staaten hin zu einer Kompetenz-Kompetenz des Völkerrechts.¹¹ Dieser Übergang von den „strafrechtlichen Theorien“ des 19. Jahrhunderts zu den „völkerrechtlichen Theorien“ des 20. Jahrhunderts hat dazu geführt, dass die völkerrechtlichen Prinzipien immer mehr in den Vordergrund getreten sind, zum Nachteil der (aktuell kaum wahrgenommenen) nationalen Schranken.¹² Dies hat zur Folge, dass, wenn das Völkerrecht die Expansion des Strafanwendungsrechts nicht aufhalten kann, es auch keine subsidiäre Handbremse dafür gibt. Deshalb fordern einige Stimmen im Schrifttum eine Korrektur der darauffolgenden „stiefmütterlichen“ Behandlung des Strafanwendungsrechts seitens der Strafrechtler,¹³ was zu erreichen ist, indem die Aufmerksamkeit wieder auch auf innerstaatrechtliche Begrenzungen des *ius puniendi* gelenkt wird, wie z. B. das Schuldprinzip, das Gesetzlichkeitsprinzip, oder – für diesen Beitrag besonders wichtig – die Stärke der (politischen) Verbindung zwischen dem Strafgewaltstaat und dem Beschuldigten.¹⁴

2. Die aktuell überwiegende Ansicht: die Konkretisierung des Nicht-einmischungsgebots in einer „Lawine“ völkerrechtlicher Prinzipien

Zurückkommend auf die derzeitige herrschende Auffassung hinsichtlich der Begrenzung des Strafanwendungsrechts wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese die Erstreckung der nationalen Strafrechtsetzungsgewalt auf eine Tat nur

stehendes Völkerrecht nachweisen“; siehe auch *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, S. 141.

¹⁰ Hierzu siehe *Satterthwaite*, *George Washington Law Review*, 75 (2007), S. 1351, Fn. 114; vgl. auch *Cabranes*, *Yale Law Journal* 118, 8 (2009), S. 1673 f., m. w. N. Hingegen messen *Eser/Weißer*, S/S³⁰, Vor §§ 3–9, Rn. 14; und *Werle/Jeßberger*, LK¹³, Vor § 3, Rn. 26, dem Unterschied zwischen der herrschenden Auffassung und der Lotus-Lösung eine „sehr geringe“ Bedeutung bei.

¹¹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 4.

¹² Vgl. *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 94–96; *Pawlik*, FS-Schroeder, S. 379.

¹³ Nachdrücklich in diesem Sinne bereits *Schröder*, ZStW 60 (1941), S. 59; jüngst *Henrich*, *Das passive Personalitätsprinzip*, S. 3, Fn. 10.

¹⁴ Zu den ersten beiden Prinzipien in diesem Kontext siehe z. B. *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich*, S. 140–164. Zum letzten Punkt, der in dieser Untersuchung ausführlich erörtert wird, vgl. auch den Aufsatz von *Pawlik*, FS-Schroeder.