

# Strafe oder Gefahrenbekämpfung?

Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie

Von Prof. Dr. **Michael Pawlik**, LL.M. (Cantab.), Regensburg

I. In einem Aufsatz aus dem Jahre 1942 klagte *Horst Schröder*, beim Internationalen Strafrecht<sup>1</sup> handele es sich um ein „stiefmütterlich behandeltes Gebiete“<sup>2</sup>. Ungeachtet einer Reihe bedeutender Veröffentlichungen – einige der wichtigsten stammen aus der Feder *Friedrich-Christian Schroeders*, des verehrten Jubilars<sup>3</sup> – trifft die damalige Zustandsbeschreibung in großen und ganzen auch heute noch zu.

Erstens begnügt man sich nicht selten mit dem Befund, daß in den Regelungen der §§ 3-7 StGB die anerkannten Prinzipien des Internationalen Strafrechts ihren Niederschlag gefunden hätten, welche ihrerseits wiederum einen ganzen Strauß unterschiedlicher Gesichtspunkte zur Geltung brächten: „die Wahrung der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung, die Bindung der eigenen Staatsangehörigen im Ausland an die heimische Rechtsordnung, den Schutz der inländischen Rechtsgüterwelt, die Solidarität in der Verbrechensbekämpfung als gemeinsamer Kulturaufgabe der Menschheit, die Lückenlosigkeit der staatlichen Strafgewalt diesseits und jenseits der Grenzen, die größtmögliche Gerechtigkeit in der Behandlung des Einzelfalls“<sup>4</sup>. Ein solches „Nebeneinanderstellen mehrerer unter sich gar nicht vermittelter sogenannter

Prinzipien“<sup>5</sup> kontrastiert auffällig mit dem Systematisierungsehrgeiz, welchen die Strafrechtswissenschaft mit Blick auf andere Teilstücke des Allgemeinen Teils an den Tag legt.<sup>6</sup>

Ein zweites Kennzeichen der gegenwärtigen Auseinandersetzung um die Grundlagen des Internationalen Strafrechts hat *Friedrich-Christian Schroeder* benannt: Das Problem der Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts wird, wie er bemerkt, „überwiegend unter dem Gesichtspunkt des Völkerrechts gesehen“<sup>7</sup>. Während *Hälschner* noch konstatierte, daß die völkerrechtliche Literatur sich in der Frage nach dem Geltungsbereich der einzelstaatlichen Strafrechtsordnungen durchweg den Ansichten der Kriminalisten anschließe und sie „viel weniger als zu erwarten wäre, von ihrem eigenthümlichen Standpunkte aus zu beantworten“ versuche<sup>8</sup>, sind es heute umgekehrt die strafrechtstheoretischen Erwägungen, die an den Rand gedrängt worden sind.<sup>9</sup> So zu verfahren heißt indessen, die Begründungsaufgabe gleichsam zu halbieren. Die Vereinbarkeit einer nationalen Normenordnung mit dem Völkerrecht legitimiert den betref-

---

<sup>1</sup> Diese Bezeichnung ist seit langem üblich und wird auch im vorliegenden Beitrag übernommen. Die terminologische Parallele zum Internationalen Privatrecht führt jedoch in die Irre: Die §§ 3-7 StGB dienen nicht der Auflösung etwaiger Kollisionen des deutschen Strafrechts mit anderen Rechtsordnungen; vielmehr umschreiben sie den Geltungs- und Anwendungsbereich, den die deutsche Strafrechtsordnung einseitig für sich in Anspruch nimmt (vgl. nur *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* [Hrsg.], *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, München 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 1; *Eser*, in: *Vogler* [Hrsg.], *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 2. Halbband, Berlin 1985, S. 1359).

<sup>2</sup> *Schröder*, *ZStW* 61 (1942), 59.

<sup>3</sup> Insbesondere *F.-C. Schroeder*, *GA* 1968, 353 ff.; *ders.*, *NJW* 1969, 81 ff.

<sup>4</sup> *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 5. Aufl., Berlin 1996, § 18 I 5 (S. 166). Ebenso *Gribbohm*, in: *Jähnke u.a.* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 11. Aufl., Berlin 2003, Vor § 3 Rn. 125; *Lemke*, in: *Kindhäuser u.a.* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, Vor §§ 3-7 Rn. 7. Es ist nur konsequent, wenn *Jescheck* andernorts hervorhebt, die „Prinzipien“ enthielten an und für sich nichts Grundsätzliches, sondern seien nur Kurzfassungen für die Anknüpfungspunkte, die im Rahmen des Internationalen Strafrechts möglich seien (*Jescheck*, in: *Niederschriften der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 4, Bonn 1958, S. 12; *ders.*, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlin 1980, S. 525 Fn. 26; ebenso *Henrich*, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, Freiburg 1994, S. 26).

---

<sup>5</sup> *Bremer*, *GS* 17 (1865), 420.

<sup>6</sup> Dies ist ein altbekannter Vorwurf. Aus der Literatur des 19. Jahrhunderts vgl. *Köstlin*, *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen 1855, S. 41, der die damaligen gesetzlichen Regelungen als einen „wahren Tummelplatz von Prinzipien“ bezeichnet, sowie v. *Mohl*, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. 1, Tübingen 1860, S. 742. Aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: *Kohler*, *Internationales Strafrecht*, Stuttgart 1917, S. 68; *Wegner*, in: *Hegler* (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard v. Frank*, Bd. I, Tübingen 1930, S. 127; *Maurach*, *DStR* 1938, 6; *Schröder* (Fn. 2), 57 Fn. 2. Aus dem neueren Schrifttum: *Vogler*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Maurach*, Karlsruhe 1972, S. 596; *Zieher*, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlin 1977, S. 75; *Neumann*, in: *Britz u.a.* (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens (Festschrift für Heinz Müller-Dietz)*, München 2001, S. 590.

<sup>7</sup> *F.-C. Schroeder*, *NJW* 1969, 81.

<sup>8</sup> *Hälschner*, *System des Preußischen Strafrechts*, Bd. 2, Bonn 1858, S. 54.

<sup>9</sup> Exemplarisch *Lagodny*, *ZStW* 101 (1989), 1005: „Die Funktion der Prinzipien besteht darin, eine völkerrechtliche (nicht innerstaatliche) Norm zu konkretisieren, wonach es dem nationalen Staat bei Nichtvorliegen eines sachlichen Interessenbezugs verboten ist, eine an einem bestimmten Ort geschehene Handlung strafrechtlich zu sanktionieren“. Sachlich übereinstimmend *Henrich* (Fn. 4), S. 22: Die Prinzipien seien „*Wegweiser* für den Gesetzgeber, der bei der Erstreckung seines Strafrechts auf Sachverhalte mit Auslandsbezug nicht den Vorwurf der Völkerrechtswidrigkeit riskieren möchte“. – Einen konzisen Überblick über den gegenwärtigen Stand der völkerrechtlichen Diskussion gibt *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 17 ff.

fenden Normenkomplex zwar gegenüber den Souveränitätsansprüchen anderer Staaten – aber wie verhält es sich im Hinblick auf den Beschuldigten, für den die Ausübung von staatlicher Strafgewalt „primär und unmittelbar spürbar ist“?<sup>10</sup> Der Umstand, daß die Bestimmungen des Internationalen Strafrechts keinen völkerrechtlichen Bedenken unterliegen, bedeutet nicht, daß sie sich *eo ipso* in das ansonsten geltende innerstrafrechtliche Wertungsgefüge integrieren lassen. Ob dies der Fall ist, wird indessen kaum einmal näher untersucht.

Die nachfolgenden Überlegungen versuchen einen Beitrag zur Behebung dieser Defizite zu leisten. Zu diesem Zweck werden zwei konkurrierende Begründungs- und Systematisierungsansätze vorgestellt und analysiert. Beide greifen auf grundlegende strafrechtstheoretische Begründungsfiguren zurück. Die *erste* Konzeption kombiniert die Lehre von der rechtsgüterschützenden Aufgabe des Strafrechts mit den Kategorien der einzelstaatlichen Souveränität und der internationalen Solidarität (II.1.). Diese Auffassung ist jedoch in mehrfacher Hinsicht angreifbar. Ihre Berufung auf die Solidarität der Staaten geht weitgehend fehl (II.2.). Vor allem aber gibt sie keine überzeugende Antwort auf die Frage, weshalb der Beschuldigte die gegen ihn verhängte Strafe dulden muß: Aus dem Umstand, daß der Inhaber eines Rechtsguts ein Interesse an dessen ungeschmälertem Fortbestand hat, läßt sich eine Pflicht anderer Personen, dieses Interesse bei der Gestaltung ihres Verhaltens zu berücksichtigen, nicht ableiten (II.3.). Diesem Befund sucht die hier vertretene *zweite* Konzeption dadurch Rechnung zu tragen, daß sie die

<sup>10</sup> Zutreffend *Walther*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschenrechtliches Strafrecht* (Festschrift für Albin Eser), München 2005, S. 933. – Beispielhaft: Als völkerrechtliche Basis des Territorialitätsprinzips wird allgemein der Souveränitätsgedanke angeführt (*Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, 5/7; *Jescheck/Weigend* [Fn. 4], § 18 II 1 [S. 167]; *Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg/New York 1997, S. 102; *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1983, Rn. 125, 152; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2004, § 4 Rn. 3; *Germann*, *SchZStR* 69 [1954], 237; *Jung*, *JZ* 1979, 328; *Merkel*, in: Lüderssen [Hrsg.], *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Bd. III, Baden-Baden 1998, S. 260). Dieser Herleitung wird vorliegend keineswegs widersprochen; ihre Begründungskraft ist jedoch begrenzt. Zwar darf innerhalb der völkerrechtlich anerkannten Grenzen (dazu etwa *Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 23 Rn. 68, 74 ff., 84, § 60 Rn. 7 ff.) jeder Staat vom anderen verlangen, seine Souveränität zu respektieren. Die strafrechtlichen Befugnisse gegenüber einzelnen Bürgern – etwa die Strafbefugnis – lassen sich auf diesem Weg jedoch nicht legitimieren: Nicht die staatliche Souveränität als solche, sondern das, was der souveräne Staat *leistet* – Aufbau und Erhaltung einer personale Freiheit ermöglichenden gesellschaftlichen Struktur – verleiht dem Staat die gesuchte Legitimation gegenüber den seiner Gewalt unterworfenen Personen (ebenso jüngst *Hoyer*, *GA* 2004, 329).

Prinzipien des Internationalen Strafrechts von der Warte der Straftheorie aus betrachtet. In ihrem Mittelpunkt steht deshalb eine auf den ersten Blick überraschend anmutende Frage: Begründen die in den §§ 3-7 StGB kodifizierten Anknüpfungsprinzipien eine solche intensive Beziehung des Beschuldigten zu der hiesigen Strafrechtsordnung, daß es inhaltlich gerechtfertigt erscheint, sein Verhalten als verbrecherisch und den darauf reagierenden Zwangsakt als Strafe zu bezeichnen (III.1.)? Es wird sich zeigen, daß dies lediglich im Anwendungsbereich des Territorialprinzips und des aktiven Personalitätsprinzips der Fall ist. In der Konstellation der stellvertretenden Strafrechtspflege besteht immerhin noch eine entsprechende Beziehung des Beschuldigten zu der fremden Rechtsgemeinschaft, der die hiesige Strafrechtsordnung ihren helfenden Arm leiht (III.2.). In den übrigen Fällen, die formell dem Geltungsbereich des deutschen Strafrechts unterliegen, kann hingegen von der Verwirklichung kriminellen Unrechts im materiellen Sinne nicht die Rede sein. Statt um die Ahndung einer Verletzung der Bürgerpflicht zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung einer Daseinsordnung von Freiheit geht es dort entweder um die Abwehr von Gefahren für die bestehende Strafrechtsordnung oder um einen Beitrag zur Herstellung einer künftigen besseren Ordnung (III.3.).

**II. 1.** Nach herrschender Auffassung hat das Strafrecht die Aufgabe, dem Schutz von Rechtsgütern zu dienen.<sup>11</sup> Ist das Strafrecht demnach insgesamt als Rechtsgüterschutzrecht zu konzipieren, so muß konsequenterweise auch das „Prinzip der Prinzipie“ des Internationalen Strafrechts ein „Schutzprinzip“ sein.<sup>12</sup> Welchen räumlichen und personellen Umfang aber soll dieser Schutz haben? In der Literatur ist bereits des öfteren darauf hingewiesen worden, daß dem Rechtsgüterschutzdenken das argumentative Potential zur Selbstbegrenzung fehlt. Die Festlegung des Strafrechts auf die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes „verführt zur Gläubigkeit an die Legitimation all dessen, was mit dem Rechtsgutsbegriff in einen positiven Zusammenhang gebracht werden kann“<sup>13</sup>. Dies begünstigt nicht nur die in der Rechtspolitik seit genau

<sup>11</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 1 III 1 (S. 7); *Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2005, § 2 Rn. 6; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht* (Allgemeine Strafrechtslehre), 7. Aufl., Berlin 2004, § 1 Rn. 22; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., München 1997, § 2 Rn. 1 ff.; *Rudolphi*, in: ders. u.a., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 26 Lfg., Neuwied 1997, Vor § 1 Rn. 2; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 3 Rn. 10 ff.; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 35. Aufl., Heidelberg 2005, Rn. 6.

<sup>12</sup> Zutreffend *Schröder* (Fn. 2), 57 f. Fn. 2. Ebenso *Maurach* (Fn. 6), 9 ff.; *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992, § 11 Rn. 5. – Zur dogmengeschichtlichen Verknüpfung des internationalstrafrechtlichen Schutzprinzips mit dem Rechtsgüterschutzdenken instruktiv *Granitzka*, *Die Dogmengeschichte des Internationalen Strafrechts seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Diss. Freiburg 1961, S. 69 ff.

<sup>13</sup> *Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), 752.

mer Zeit zu beobachtende Tendenz, die Strafbarkeit bereits im Vorfeld einer Gefährdung oder gar Verletzung konkreter Güter einsetzen zu lassen: Je früher ein Verbot eingreift, desto effektiver ist der dadurch bewirkte Rechtsgüterschutz.<sup>14</sup> Auch mit Blick auf den Geltungsbereich der eigenen Strafrechtsordnung legt das Rechtsgüterschutzdenken eine expansive Strategie nahe.<sup>15</sup> *Binding* hat diesen Zusammenhang auf den Begriff gebracht: „Untersagt der Gesetzgeber jede Verletzung und Gefährdung bestimmter Rechtsgüter, gleichgültig von wem und von wo sie vorgenommen werden, und stellt er alle verbrecherischen Angriffe auf sie unter Strafe, so gewährt er diesen Gütern den vollsten Rechtsschutz, den er durch Gesetz überhaupt zu gewähren im Stande ist“<sup>16</sup>. Nach der Logik dieses Denkens verdienen ausländische Güter diesen Schutz zudem grundsätzlich in nicht geringerem Maße als inländische Güter: „Im Ausland befindliche und im Inland befindliche Rechtsgutsobjekte unterscheiden sich eben nicht in ihrem Wert, so daß auch ihre Beeinträchtigung denselben Unwert darstellt“<sup>17</sup>.

Ein konsequent an der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes orientiertes Strafrecht kann danach im Grunde nur ein international-strafrechtliches Prinzip anerkennen: ein umfassend verstandenes *Weltrechtsprinzip*.<sup>18</sup> „Bestmöglicher Schutz alles Schutzwürdigen“<sup>19</sup> – dies ist die ihm entsprechende Leitmaxime. Die normtheoretischen Implikationen dieses Ansatzes hat *Horst Schröder* herausgearbeitet. Das deutsche Strafrecht gilt danach „als Bewertungsnorm *universell*“. Die §§ 3 ff. StGB umschreiben „nicht den vollen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, sondern nur den Bereich, in dem sich das deutsche Reich die Strafkompetenz zugelegt hat“<sup>20</sup>. Mit anderen Worten: Das deutsche Strafrecht ist im Hinblick auf die von ihm formulierten *Verhaltensstandards* an sich ein Weltrecht.<sup>21</sup> Die Regelungen der §§ 3 ff. StGB betreffen lediglich die Reichweite der *Sanktionsnormen*.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> *Jakobs*, in: Shiibashi (Hrsg.), Festschrift für Seiji Saito, Tokio 2003, S. 770.

<sup>15</sup> Zutreffend *Zieher* (Fn. 6), S. 90.

<sup>16</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, S. 386 (Hervorhebung im Original).

<sup>17</sup> *Hoyer*, in: Rudolphi u.a., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 26. Lfg., Neuwied 1997, § 9 Rn. 3. Sachlich übereinstimmend *Henrich* (Fn. 4), S. 156: Zwar enthalte sich das deutsche Strafrecht einer Bewertung des Täterverhaltens, wenn die deutsche Strafgewalt die Auslandstat nicht erfasse. „Das Maß des vom Täter begangenen Unrechts ist jedoch von dieser Zurückhaltung des deutschen Strafrechts ganz unabhängig.“

<sup>18</sup> Die Affinität von Bindings Ansatz zum Weltrechtsprinzip hat bereits *Maurach* (Fn. 6), 11 hervorgehoben.

<sup>19</sup> *Schröder* (Fn. 2), 58 Fn. 2.

<sup>20</sup> *Schröder* (Fn. 2), 94 f.

<sup>21</sup> Selbstverständlich ist es auch auf der Basis dieser Konzeption ohne weiteres zulässig, gewisse Tatbestände von vornherein auf inländische Rechtsgüter zu beschränken (dazu *Ambos* [Fn. 1], Vor §§ 3-7 Rn. 81 ff.; *Eser*, in: Roxin/Widmaier [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, München 2000, S. 8 ff.; *Lüttger*, in: Vogler [Hrsg.], Festschrift für

Ausdrücklich wird das Modell einer potentiellen Weltgeltung des deutschen Strafrechts heute kaum mehr vertreten.<sup>23</sup> Untergründig ist es indessen nach wie vor wirksam.<sup>24</sup> Die Geltung des deutschen Strafrechts im Sinne der §§ 3 ff. StGB wird überwiegend als unrechtsneutrale objektive Bedingung der Strafbarkeit qualifiziert.<sup>25</sup> Der Unrechtsgehalt einer Tat ist demnach unabhängig davon, ob die §§ 3 ff. StGB eingreifen oder nicht; maßgeblich ist allein, daß sie die Merkmale eines der Tatbestände des Besonderen Teils erfüllt. Dies impliziert, daß die Verhaltensanforderungen der strafrechtlichen Tatbestände, deren Verfehlung jenes Unrecht begründet, sich an *alle* Personen richten, die von dem jeweiligen Normtext erfaßt werden, unabhängig von ihrer räumlichen bzw. persönlichen Beziehung zur deutschen Strafrechtsordnung. Gelten aber die strafrechtlichen Verhaltensnormen universell, so verbleibt lediglich die Möglichkeit, den §§ 3 ff. StGB die Funktion zuzuschreiben, die Strafgewalt der deutschen Gerichte zu beschränken.<sup>26</sup>

Hans-Heinrich Jescheck, Berlin 1985, 1. Halbband, S. 121 ff.). Die obige Feststellung bezieht sich auf jene Tatbestände, für welche eine solche Beschränkung nicht gilt.

<sup>22</sup> Näher zu diesem Modell *F.-C. Schroeder*, GA 1968, 353 ff.

<sup>23</sup> Eine Ausnahme bildet offenbar *Hoyer* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 4, der die §§ 3-7 StGB als Meta-Normen charakterisiert, die den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts *einschränken*. – Explizit ablehnend gegenüber der Idee eines „Weltstrafrechts“ hingegen *Oehler* (Fn. 10), Rn. 114; *Vogler*, in: Oehler/Pötz (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner), Hamburg 1970, S. 155; *Zieher* (Fn. 6), S. 35 ff.

<sup>24</sup> Die folgenden Ausführungen folgen der Analyse, die *Neumann* (Fn. 6), S. 601 f. vorgelegt hat.

<sup>25</sup> *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 3; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2001, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 61; *Fischer*, in: Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., München 2004, Vor §§ 3-7 Rn. 20; *Gribbohm* (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 415; *Henrich* (Fn. 4), S. 156; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 V (S. 180); *Jescheck* (Fn. 4), S. 542; *Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, Freiburg 1995, S. 89 ff. – Die Einordnung geht zurück auf *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 102 ff.

<sup>26</sup> *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 3 und *Eser* (Fn. 25), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 1 leugnen diesen normtheoretischen Zusammenhang, indem sie die Regelungen des Internationalen Strafrechts zwar als objektive Strafbarkeitsbedingungen, zugleich aber als Teil der strafrechtlichen Verhaltensnormen interpretieren: Die §§ 3 ff. StGB beschrieben den Bereich, für den sich das deutsche Strafrecht einen „Bewertungsanspruch“ zuerkennt. „Bewertungsanspruch“ bedeutet: Ein Verhalten wird *als Unrecht* bewertet, weil es sich innerhalb des durch jene Bestimmungen abgesteckten Geltungsbereichs zugetragen hat. Wie aber können die §§ 3 ff. StGB einerseits mitkonstitutiv für die Bewertung eines Verhaltens als Unrecht, andererseits aber unrechtsneutral sein? Diesen Widerspruch lösen *Ambos* und *Eser* nicht auf.

Letztlich ist es die Entgrenzungstendenz des Rechtsgüterschutzparadigmas, die dafür verantwortlich ist, daß seine Vertreter die in den §§ 3 ff. StGB vorgesehenen Einschränkungen einer Weltstrafgewalt des deutschen Staates ausschließlich auf *völkerrechtliche* Erwägungen und damit auf Gesichtspunkte stützen können, die – so bedeutsam sie für sich genommen sind – gegenüber dem Rechtsgüterschutzanliegen als solchem *äußerlich* bleiben.<sup>27</sup> Eine zentrale Rolle spielt in diesem Kontext der völkerrechtliche Grundbegriff der *Souveränität*. Der einzelne Staat ist demnach nicht zum universellen Rechtsgüterschutz berufen; er hat sich vielmehr auf den strafrechtlichen Schutz jener Güter und Personen zu beschränken, die ihm kraft seiner Souveränität besonders verbunden sind. Diesen Schutz darf er der Logik des Rechtsgüterschutzdenkens zufolge freilich grundsätzlich in umfassender Weise wahrnehmen. Wiederum ist es *Binding*, der die Dinge auf den Punkt bringt: Kein Staat solle zweifeln, daß er allen inländischen Rechtsgütern einen absoluten Rechtsschutz schulde. „Wer also immer vom In- oder Auslande aus gegen diese Güterwelt Verletzungs- oder Gefährdungsverbrechen vollendet oder auch nur versucht, sollte der inländischen Strafgewalt unterworfen werden“<sup>28</sup>. Das Territorialprinzip, das Schutzprinzip und – als Ausprägung der spezifischen Fürsorgepflicht des Staates für seine Bürger – das passive Personalitätsprinzip scheinen damit auf ein einheitliches systematisches Fundament gestellt worden zu sein.<sup>29</sup> Die Prinzipien des Internationalen Strafrechts sind damit freilich erst zur Hälfte erfaßt. Wie steht es mit dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, wie mit dem aktiven Personalitätsprinzip und wie mit dem Weltrechtsprinzip? Einer verbreiteten Auffassung zufolge besitzen auch diese auf den ersten Blick ganz heterogenen Grundsätze eine gemeinsame systematische Wurzel: Sie trügen dem „Zusammenrücken der Staaten“, der „Mischung der Bevölkerungen“ und der „Intensivierung der kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen

der Staaten“ Rechnung<sup>30</sup> und ließen sich zusammenfassen unter dem Begriff der internationalen *Solidarität*.<sup>31</sup>

2. Dieses Modell des Internationalen Strafrechts ist auf den ersten Blick nicht ohne Eleganz. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß es von tiefen Rissen durchzogen ist. Was die Vorstellung einer beanspruchten Weltgeltung der Verhaltensnormen einer nationalen Strafrechtsordnung anbelangt, so geht sie allzu großzügig über den Umstand hinweg, daß selbst im Bereich des Kernstrafrechts – ganz zu schweigen von notorisch umstrittenen Komplexen wie dem Abtreibungs-, dem Betäubungsmittelrecht oder den sogenannten *hate crimes* – erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen bestehen.<sup>32</sup> In einer Zeit, „die durch die Tendenz zu einem gleichberechtigten Nebeneinander unterschiedlicher Rechtskulturen und Rechtsordnungen gekennzeichnet ist“, dürfte jene Auffassung deshalb „auf Dauer nicht zu halten sein“<sup>33</sup>. Aber auch die Hoffnung, daß sich auf der Basis des Rechtsgüterschutzmodells wenigstens eine überzeugende Systematisierung der Prinzipien des Internationalen Strafrechts entwerfen läßt, erweist sich als vorschnell. So hält der Gebrauch, den die Vertreter der soeben vorgestellten Auffassung von dem Begriff der internationalen Solidarität machen, der kritischen Analyse nicht stand. Der Solidaritätsgedanke paßt lediglich auf das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege.<sup>34</sup> Er versagt hingegen in den Fällen des aktiven Personalitätsprinzips und des Weltrechtsprinzips.

Mit dem *aktiven Personalitätsprinzip* tut die dem Rechtsgüterschutzdenken verpflichtete Strafrechtswissenschaft sich besonders schwer. Dies ist wenig verwunderlich, entstammt dieses Prinzip doch einer um die Begriffe „Pflicht“ und „Pflichtverletzung“ zentrierten strafrechtstheoretischen Tradi-

<sup>27</sup> Eine parallele Begründungsstruktur findet sich, soweit es um die Gefahr einer *innerstaatlichen* Überdehnung des Strafrechts geht. Hier sind es die Freiheitsinteressen bzw. Grundrechte der von einer Pönalisierung ihres Verhaltens potentiell betroffenen Bürger, die gegen das Anliegen eines möglichst effizienten Rechtsgüterschutzes in Anschlag gebracht werden (zuletzt *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlin 2004, S. 268 ff.).

<sup>28</sup> *Binding* (Fn. 16), S. 387 f.; ebenso v. *Rohland*, Das internationale Strafrecht, Leipzig 1877, S. 155 ff.

<sup>29</sup> Grundlegend *Oehler* (Fn. 10), Rn. 122 ff.; *ders.*, in: *Oehler/Pötz* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner), Hamburg 1970, S. 115 ff. Ebenso *Eser* (Fn. 25), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 11; *Liebelt*, Zum deutschen Internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts, Diss. Münster 1978, S. 107 ff.; *Schröder*, JZ 1968, 241; *Vogler* (Fn. 6), S. 602. Im Ergebnis weitgehend übereinstimmend *Zieher* (Fn. 6), S. 92 f.

<sup>30</sup> *Schultz*, in: *Welzel* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber, Bonn 1963, S. 309.

<sup>31</sup> Auch insoweit grundlegend *Oehler* (Fn. 10), Rn. 133 ff.; *ders.* (Fn. 29), S. 120 ff. Ebenso *Eser* (Fn. 25), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 11; *Liebelt* (Fn. 29), S. 119 ff.; *Schröder* (Fn. 29), 241 f.; *Vogler* (Fn. 6), S. 603; *Zieher* (Fn. 6), S. 93 ff.

<sup>32</sup> Zu den unterschiedlichen Regelungsmodellen im Bereich der Tötungsdelikte: *Eser/Koch*, ZStW 92 (1980), 491 ff. (insbesondere 508 ff.); insbesondere zum Abtreibungsrecht: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, Baden-Baden 2003, S. 42 ff. Zur Ausgestaltung der Betrugsstrafbarkeit: *Tiedemann*, in: *Jähne* u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin/New York 1999, 33. Lieferung, Vor § 263 Rn. 51 ff. Zu den Abweichungen des niederländischen Betäubungsmittelstrafrechts vom deutschen: *Sagel-Grande*, in: *Kreuzer* (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1999, S. 1446 ff. Zur unterschiedlichen strafrechtlichen Behandlung der *hate crimes*: *Kübler*, AöR 2000, 112 ff.; *Laitenberger*, Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte, Frankfurt 2003, S. 275 ff., 301 ff.

<sup>33</sup> *Neumann* (Fn. 6), S. 602.

<sup>34</sup> Die Ausgestaltung dieses Prinzips im gegenwärtigen deutschen Strafrecht läßt sich auf diese Weise hingegen kaum mehr legitimieren; näher dazu unter III.2. a.E.

tion<sup>35</sup> und damit einer Denkrichtung, die weithin als Antipodin des gegenwärtigen Rechtsgüterschutzdenkens betrachtet wird. Die diesbezüglichen Schwierigkeiten lassen sich exemplarisch anhand der Ausführungen *Oehlers* studieren. In einer frühen Studie gründet *Oehler* die Strafbarkeit in den Fällen des aktiven Personalitätsprinzips noch auf den Umstand, daß der Täter „die der zivilisierten Welt im Grundbestand gemeinsame und damit auch uns angehende Rechtsgüterwelt angegriffen hat“<sup>36</sup>. Der Sache nach behandelt er das aktive Personalitätsprinzip damit als Unterfall des Weltrechtsprinzips. Diese Begründung scheidet indessen daran, daß sie die jenem Prinzip eigentümliche Beschränkung der Strafbarkeit auf Deutsche nicht plausibel zu machen vermag. In seinem Lehrbuch von 1983 setzt *Oehler* die Akzente deshalb anders. Nunmehr führt er aus, der Staat wolle nicht dulden, daß der Staatsbürger, der sich im Ausland der Begehung erheblichen Unrechts strafbar gemacht habe, sich straffrei in seinem Heimatland bewegen könne. „Die Ohnmacht des nationalen Strafrechts würde offensichtlich sein und damit die sozial-ethische und präventive Funktion des Strafrechts erschüttert werden“<sup>37</sup>. Es ist mithin die ansonsten vermeintlich drohende Beeinträchtigung des *inländischen* Rechtsbewußtseins, die eine Bestrafung nach dem aktiven Personalitätsprinzip legitimieren soll. Gleichgültig ob man diese Begründung für überzeugend hält oder ob man in ihr eine *petitio principii* am Werke sieht<sup>38</sup> – mit der von *Oehler* zuvor ins Feld geführten

<sup>35</sup> Bekanntlich wurde das aktive Personalitätsprinzip ursprünglich auf den Gedanken einer auch im Ausland fortwirkenden Treuepflicht des Staatsbürgers gegenüber seiner heimischen Rechtsgemeinschaft gestützt. Aus der Literatur des 19. Jahrhunderts: *Arnold*, GS 9 (1857), 326 f.; *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, Leipzig 1859, S. 158; *Berner*, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, Berlin 1853, S. 126 f.; *Groß*, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1853, 62; *Zachariä*, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1852, 37 f. Im 20. Jahrhundert griff insbesondere die nationalsozialistische Strafrechtslehre diesen Gedanken auf; vgl. *Gleispach*, ZStW 55 (1936), 400 f.; *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1943, S. 251 f.; *Lange*, DStR 1941, 6 f.; *Mezger*, DStR 1941, 19 f.; *Reimer*, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 1935, S. 221. (Zum ideologischen Hintergrund *Granitza* [Fn. 12], S. 133 ff.) Dennoch ist das aktive Personalitätsprinzip nicht typisch nationalsozialistisch (so zu Recht *Weber* [Fn. 11], § 7 Rn. 38).

<sup>36</sup> *Oehler*, in: Engisch/Maurach (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger, München/Berlin 1954, S. 98 f.; zustimmend *Schröder* (Fn. 29), 241.

<sup>37</sup> *Oehler* (Fn. 10), Rn. 729. Ähnlich *Hoyer* (Fn. 17), § 5 Rn. 22 (zu § 5 Nr. 8b StGB); *Vogler* (Fn. 23), S. 157. Nahestehend *Scholten* (Fn. 25), S. 115 f.

<sup>38</sup> Die Autorität des inländischen Strafrechts kann nur dann leiden, wenn ihm die Zuständigkeit für die Ahndung auswärtiger Eskapaden der eigenen Staatsbürger zugesprochen wird. Die Berechtigung dieser Zuständigkeitsbehauptung aber soll gerade bewiesen werden. – Zur zirkulären Struktur derartiger Argumente treffend *Mendelsohn-Bartholdy*, in: Birkmeyer

Solidarität gegenüber anderen Staaten hat diese Begründung jedenfalls nichts zu tun.

Angesichts dieser Sachlage verbleibt allein die Möglichkeit, das aktive Personalitätsprinzip als bloßen Unterfall des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege zu interpretieren: Da eine Auslieferung eigener Staatsbürger nicht in Betracht komme, müsse ihr Heimatstaat selbst für ihre Bestrafung sorgen.<sup>39</sup> Der Konzeption des geltenden Rechts entspricht eine solche Deutung indessen nicht.<sup>40</sup> Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB entfällt die Geltung des deutschen Strafrechts nicht einmal dann, wenn der Täter sich der Strafjustiz des Tatortstaates stellt. Seine dortige Verurteilung erledigt den deutschen Strafanspruch nicht, sondern wird lediglich im Wege der Strafanrechnung berücksichtigt (§ 51 Abs. 3 S. 1 StGB); ein ausländischer Freispruch wird erst recht nicht als eine inländisch bindende Erledigung anerkannt. Vor allem aber läuft diese Lösung auf das rabiate Modell einer Legitimation durch Abschaffung hinaus: Zwar ist die Operation – die Anpassung des aktiven Personalitätsprinzips an die Vorgaben des Rechtsgüterschutzdenkens – im Prinzip gelungen, jedoch ist der Patient leider dabei verstorben.

Größeren Erfolg verspricht *prima facie* der Versuch, das Weltrechtsprinzip auf den Gedanken der internationalen Solidarität zu stützen. Doch auch insoweit tut Ernüchterung not.<sup>41</sup> Eine Solidarität des strafverfolgenden Staates mit dem (an sich primär zuständigen) Tatort- oder Täterstaat kann mit der Rede von der Solidarität der Staaten nicht gemeint sein. Die Inanspruchnahme eines aus dem Weltrechtsprinzip abgeleiteten *ius puniendi* beruht im Gegenteil zumeist – insbesondere dort, wo es um schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen geht – auf einem *Mißtrauen* gegenüber jenen Staaten.<sup>42</sup> Aber auch die Rede, der die Strafverfolgung betreibende Staat erweise dadurch seine Solidarität mit den übrigen Staaten der Weltgemeinschaft, geht an der Eigenart des Welt-

u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. VI, Berlin 1908, S. 102; skeptisch gegenüber der sozialpsychologischen Basisannahme des Arguments bereits *Schwarze*, GS 12 (1860), 190.

<sup>39</sup> *Eser* (Fn. 1), S. 1364; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2001, § 1 Rn. 60; *Hoyer* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 16, § 7 Rn. 9; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 II 2 (S. 169), III 5 (S. 174); *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, § 7 Rn. 8; nahestehend *Zieher* (Fn. 6), S. 77; *de lege ferenda* auch *Schultz*, in: *Jescheck/Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin/New York 1989, S. 901 f.

<sup>40</sup> *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 10), § 4 Rn. 24; *Niemöller*, NStZ 1993, 172.

<sup>41</sup> Kritisch auch *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 69.

<sup>42</sup> Dies betont bereits *Oehler* selbst (*Oehler* [Fn. 10], Rn. 902). Ebenso *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 69; *Kreß*, NStZ 2000, 625; *ders.*, ZStW 114 (2002), 837; *Merkel* (Fn. 10), S. 261; *Triffterer*, in: *Gössel/Triffterer* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 511; *Weigend*, in: *Arnold u.a.* (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser), München 2005, S. 973.

rechtsprinzips vorbei. Nach heute herrschendem Verständnis tragen alle Staaten gemeinsam die Verantwortung für gewisse fundamentale Belange der Menschheit. Indem der einzelne Staat universelle Jurisdiktion ausübt, handelt er der Logik dieser Konzeption zufolge nicht kraft seiner Solidarität mit anderen Staaten, sondern aufgrund der genuinen Verantwortlichkeit, die ihn in seiner Rolle „als Treuhänder der gesamten Menschheit“<sup>43</sup> dieser gegenüber trifft.

Damit bleibt allenfalls die Möglichkeit, von einer Solidarität des strafverfolgenden Staates mit den Opfern des von ihm geahndeten Verbrechens – also gerade nicht mehr von einer Solidarität der Staaten untereinander – zu sprechen.<sup>44</sup> Damit würde der ohnehin schon „etwas diffus(e)“ Begriff der internationalen Solidarität<sup>45</sup> indessen jeglicher Konturen beraubt werden. Die symbolische Zuweisung von Rollen – hier der Beschuldigte, dort das Opfer – samt den damit einhergehenden individual- und sozialpsychologischen Prozessen ist jedem Strafverfahren kraft seiner normativen Struktur immanent. Deshalb kann man unter Berufung auf die dadurch bewiesene Solidarität mit dem Opfer jede beliebige Erweiterung der eigenen Strafgewalt rechtfertigen. Dieses Argument ist also in seinen Konsequenzen ebenso umfassend wie der eingangs dieses Abschnitts vorgestellte Rechtsgüterschutzgedanke in seiner Reinform. Es beweist zu viel und deshalb bei Lichte besehen nichts.

3. Ist der zweite Pfeiler des eingangs vorgestellten Theoriegebäudes stabiler? Ist es hinreichend, sich zur Begründung des Territorialprinzips, des Schutzprinzips und des passiven Personalitätsprinzips auf die Erwägung zu berufen, diese Anknüpfungsprinzipien ermöglichen den notwendigen Schutz der dem eigenen Souveränitätsbereich des strafverfolgenden Staates zuzuordnenden Güter und Personen? Im Unterschied zu den unter 2. untersuchten Fällen ist an der inneren Stringenz dieser Ableitung zwar nicht zu zweifeln. Indessen weist sie ein massives *pflichtentheoretisches Defizit* auf. Dieses hat seine Ursache in der Einseitigkeit des Güterschutzparadigmas. In einer freiheitlichen Rechtsordnung, in welcher der einzelne Rechtsgenosse seinen Vorteil grundsätzlich auch auf Kosten anderer suchen darf, spricht nicht einmal eine *prima facie*-Wahrscheinlichkeit dafür, daß dem Schutzinteresse eines Rechtsgutinhabers ein Verhaltensverbot auf seiten der übrigen Rechtsgenossen korrespondiert.<sup>46</sup> Eine Theorie, welche das Strafrecht auf den Schutz der Integritätsbelange potentieller Opfer festzulegen sucht, ist deshalb gleichsam auf

einem Auge blind. Ohne die Zuhilfenahme von gegenüber dem ursprünglichen Ansatz externen Zusatzannahmen ist sie nicht dazu imstande zu begründen, daß den Täter die *Pflicht* treffe, dieses Schutzanliegen bei der Gestaltung seines Verhaltens zu berücksichtigen.<sup>47</sup> Auf den Hinweis, daß ein bestimmtes Prinzip des Internationalen Strafrechts dem Schutz inländischer Rechtsgüter diene, kann ein potentieller Täter folglich mit einem schlichten Schulterzucken reagieren. Seine Einlassung „Was geht mich das an?“ ist mit den Begründungsressourcen des Rechtsgüterschutzdenkens nicht zu widerlegen.

Einer der wenigen neueren Theoretiker des Internationalen Strafrechts, die dieses Problem gesehen haben, ist *Hans Schultz*. *Schultz* erkennt, daß eine „Strafbefugnis ... eine dem Strafrecht vorausgehende rechtliche Beziehung zwischen dem möglichen Angeschuldigten und dem strafenden Staat voraus(setzt)“<sup>48</sup>. Diese Voraussetzung ist weder in dem Fall des passiven Personalitätsprinzips noch in dem des Schutzprinzips gegeben. Aus diesem Befund zieht *Schultz* jedoch nicht die – an sich naheliegende – Konsequenz, daß es sich bei Sanktionen, die an jene beiden Prinzipien anknüpfen, nicht um Strafen im materiellen Sinne, sondern um Zwangsakte eigener Art (mit primär präventiver Zielsetzung) handelt. Er versucht vielmehr, das passive Personalitätsprinzip dadurch zu retten, daß er es in die unmittelbare Nähe des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege rückt: „Der Sache angemessen“ sei hier „die Anwendung des Rechtes des Tatortstaates“<sup>49</sup>. Im Hinblick auf das Schutzprinzip ist *Schultz* dieser Ausweg versperrt. Da er im Einklang mit der einhelligen Auffassung im Schrifttum von der Unverzichtbarkeit dieses Prinzips überzeugt ist, öffnet er die Schleusen wieder, die er zuvor mit Bedacht verschlossen hat: Eine der inkriminierten Handlung vorausgehende Rechtsbeziehung sei in diesem Fall nicht vonnöten; es genüge, daß der Täter „durch seinen ausdrücklichen Angriff auf die Rechtsgüter des Staates“ die Beziehung zu diesem herstelle.<sup>50</sup> Wo es kritisch wird, trägt somit auch bei *Schultz* das Rechtsgüterschutzanliegen den Sieg über seine pflichtentheoretische Kontrahentin davon. Zwei halbe Theorien ergeben aber keine ganze.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> *Merkel* (Fn. 10), S. 252. Inhaltlich übereinstimmend *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 47; *Eser*, in: Donatsch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 233; *ders.*, in: *Eser* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, München 2001, S. 17 f.; *Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Baden-Baden 2000, S. 26; *ders.* (Fn. 42), 836 f.; *Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Tübingen 2005, S. 477; *Walther* (Fn. 10), S. 952; *Weigend* (Fn. 42), S. 965.

<sup>44</sup> So *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 69; *Merkel* (Fn. 10), S. 261.

<sup>45</sup> *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 68.

<sup>46</sup> Vgl. *Jakobs* (Fn. 10), 2/23.

<sup>47</sup> *Jakobs*, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (Symposion für Gerd Geilen), Köln/Berlin/Bonn/München 2002, S. 77; *ders.* (Fn. 14), S. 772 ff.

<sup>48</sup> *Schultz* (Fn. 30), S. 311.

<sup>49</sup> *Schultz* (Fn. 30), S. 312 f. Ebenso *Gribbohm* (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 129; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 II 4 (S. 169); *Lemke* (Fn. 4), Vor §§ 3-7 Rn. 12.

<sup>50</sup> *Schultz* (Fn. 30), S. 311.

<sup>51</sup> Vor *Schultz* hatte bereits *Hegler* betont, daß das Moment des „Interessenschutzes“ um jenes der „Personengebundenheit“ ergänzt werden müsse (*Hegler*, Prinzipien des internationalen Strafrechts, Breslau 1906, S. 32 ff., 200 ff.). Auch ihm gelang es indessen nicht, diese beiden gegenläufigen Ausgangspunkte zu einer kohärenten Gesamtkonzeption zu verbinden; im Ergebnis setzte sich vielmehr der Interessenschutzgedanke weitgehend durch (vgl. *Hegler* aaO, S. 69 ff.;

Die übrigen Anhänger des Rechtsgüterschutzparadigmas sind darauf angewiesen, den schutzwürdigen Belangen des Beschuldigten, so gut es geht, auf nachgelagerten Prüfungsstufen Berücksichtigung zu verschaffen. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob der Beschuldigte die Möglichkeit zur Einsicht in das Unrecht seines Verhaltens hatte. So nachdrücklich dieses Erfordernis auch betont wird,<sup>52</sup> so weitreichend sind zumeist die Konzessionen bei seiner praktischen Handhabung. So hält man es verbreitet zwar aus Gerechtigkeitsgründen für geboten, aber auch für ausreichend, die Anwendung der passiven Personalitätsprinzips an die Voraussetzung zu knüpfen, daß die Tat auch nach Tatortrecht strafbar gewesen sei.<sup>53</sup> Der Logik dieser Begründung zufolge ist es entbehrlich, daß der Täter denjenigen positiv-rechtlichen Unrechtsvorwurf kannte oder kennen konnte, auf dem seine spätere Verurteilung tatsächlich beruht; vielmehr soll die Erkennbarkeit einer *anderen* (nämlich der am Tatort geltenden) Vorschrift genügen, solange nur ihre Anwendung zum gleichen Ergebnis führt wie die Anwendung der strafbegründenden deutschen Norm.<sup>54</sup> Noch großzügiger verfährt man im Bereich des Schutzprinzips. Da man einerseits dieses Prinzip aus Gründen der Staatsräson für unentbehrlich hält, andererseits aber weiß, daß das Verlangen nach einer Tatortstrafbarkeit in den einschlägigen Fällen regelmäßig illusorisch wäre,<sup>55</sup> nimmt man Zuflucht zu einer Art „Umkehrprinzip“ – es reiche aus, daß das entsprechende Verhalten, würde es sich gegen den Heimatstaat des Täters richten, nach dessen Recht strafbar wäre<sup>56</sup> – und läßt im übrigen das allgemeine Bewußtsein des Täters genügen, „Interessen unseres Landes zu schädigen oder zu gefährden“<sup>57</sup>.

der hiesigen Einschätzung entspricht diejenige von *Granitzka* [Fn. 12], S. 112 f.).

<sup>52</sup> Vgl. *Doehring*, Staat 3 (1965), 269; *Germann* (Fn. 10), 239 ff., 245 ff.; *Oehler* (Fn. 10), Rn. 124.

<sup>53</sup> *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 43; *Gribbohm*, in: (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 130; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 II 4 (S. 170); *Kunig/Uerpmann*, Jura 1994, 193; *Oehler* (Fn. 10), Rn. 128; *Zieher* (Fn. 6), S. 77 ff.; kritisch *Jakobs* (Fn. 10), 5/8. – Dem entspricht die Regelung in § 7 Abs. 1 StGB. In § 5 Nr. 6-9 StGB verzichtet der Gesetzgeber hingegen auf das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit.

<sup>54</sup> Vgl. *Henrich* (Fn. 4), S. 157. – Nach herrschender Meinung ist in den Fällen des § 7 StGB nicht erforderlich, daß die ausländische Strafvorschrift und der einschlägige deutsche Straftatbestand deckungsgleich sind. Vielmehr reicht es aus, wenn die Tat am Begehungsort unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt mit Strafe bedroht ist (*Ambos* [Fn. 1], § 7 Rn. 6; *Eser* [Fn. 25], § 7 Rn. 8; *Gribbohm* [Fn. 4], § 7 Rn. 22; *Lemke* [Fn. 4], § 7 Rn. 6).

<sup>55</sup> Vgl. *Oehler* (Fn. 10), Rn. 577; *Jescheck* (Fn. 4), S. 533; *Vogler* (Fn. 23), S. 155; *Zieher* (Fn. 6), S. 65.

<sup>56</sup> *Schultz* (Fn. 39), S. 903.

<sup>57</sup> *Germann* (Fn. 10), 248. Ähnlich *Oehler* (Fn. 10), Rn. 592 (ausreichend sei, daß der Täter „das angegriffene Gut mit dem aburteilenden Staat verbinden“ könne) sowie *Zieher* (Fn. 6), S. 69 (es genüge, daß der Täter „eine generelle Ein-

Zum gleichen Ergebnis gelangt der Bundesgerichtshof in dem bekannten Fall *Schneider*.<sup>58</sup> Unrechtsbewußtsein habe der Täter<sup>59</sup> schon deshalb besessen, weil ihm klar gewesen sei, durch sein Verhalten „die deutsche Strafrechtspflege zu beeinträchtigen und insoweit das durch § 258 StGB geschützte Rechtsgut zu verletzen“<sup>60</sup>. Diese Deutung überzeugt schon für die strafrechtliche „Normalsituation“ der Beeinträchtigung eines inländischen Rechtsguts durch einen Inländer nicht. Läßt sich nämlich strafbares *Unrecht* – wie gesehen – aus prinzipiellen Gründen nicht auf die Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter verkürzen, so kann das Bewußtsein der Abträglichkeit des eigenen Verhaltens für fremde Rechtsgüter auch nicht als *Unrechtsbewußtsein* im Sinne des § 17 StGB anerkannt werden.<sup>61</sup> Da rechtlich relevantes Unrecht gegenüber anderen wertwidrigen Sachverhalten dadurch ausgezeichnet ist, daß es bei Entdeckung *ex officio* unterbunden wird, gehört vielmehr die Möglichkeit einer amtlichen Intervention zum Einsichtsgegenstand.<sup>62</sup> Noch zweifelhafter wird die Gleichsetzung einer Kenntnis der rechtsgutbeeinträchtigenden Qualität des eigenen Verhaltens mit dem Unrechtsbewußtsein nach § 17 StGB für jene Fälle, in denen ein Ausländer vom Ausland aus agierte. Unrechtsbewußtsein besitzt nur, wer weiß oder doch jedenfalls für möglich hält, daß er die fragliche Tat nicht begehen darf,<sup>63</sup> daß also – um *explicandi causa* die Terminologie des Bundesgerichtshofs zu übernehmen – das beeinträchtigte Rechtsgut auch *ihm ge-*

sicht in die Gemeinschaftswertwidrigkeit seines Verhaltens“ besitze).

<sup>58</sup> Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts leitet der *Senat* hier aus § 3 in Verbindung mit § 9 StGB ab (kritisch dazu *Neumann*, StV 2000, 426). Der Fall illustriert, daß das im Licht der Ubiquitätstheorie interpretierte Territorialitätsprinzip von seinen Wirkungen her dem Schutzprinzip im wesentlichen gleichkommt; dazu näher unter III.2.

<sup>59</sup> Dieser hatte sich zuvor vergewissert, daß sein Handeln nach dem Recht des Tatorts (Schweiz) straflos war, er war aber offenbar nicht auf den Gedanken gekommen, er könne sich nach deutschem Recht strafbar machen.

<sup>60</sup> BGHSt 45, 97, 101; zustimmend *Börger*, NStZ 2000, 31 f.; *Dölling*, JR 2000, 379 f. Auch *Cramer* und *Sternberg-Lieben* (in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2001, § 17 Rn. 5) lassen als Unrechtsbewußtsein die „Vorstellung“ genügen, „Rechtsgüter zu beeinträchtigen, die den Schutz der Rechtsordnung genießen“.

<sup>61</sup> Ebenso *Neumann*, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, § 17 Rn. 15; *ders.*, JuS 1993, 794; *ders.* (Fn. 57), 425; *ders.* (Fn. 6), S. 606.

<sup>62</sup> Ebenso *Jakobs* (Fn. 10), 19/23; *Neumann* (Fn. 61), § 17 Rn. 20; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 10), § 10 Rn. 62; noch strenger *F.-C. Schroeder*, in: Jähne u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 11. Aufl., Berlin 2003, § 17 Rn. 7, der sogar die Kenntnis des Täters von der Strafbarkeit seines Verhaltens verlangt.

<sup>63</sup> Prägnant *Weber* (Fn. 11), § 21 Rn. 48: Der Täter müsse wissen, „daß das Recht *ihn bindet*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

genüber geschützt ist. Für den Inländer versteht sich dies in der Regel von selbst, nicht aber für einen auswärtigen Täter. Solange dieser von der Geltungserstreckung des deutschen (Straf-) Rechts auf sein Tun nichts weiß, weiß er auch nichts von seiner Verantwortlichkeit für die Integrität des in Rede stehenden Rechtsguts. Folglich hat er auch kein Unrechtsbewußtsein.<sup>64</sup>

Das Anliegen, den vom Schutzprinzip erfaßten Tätern die Möglichkeit einer Entlastung zu versagen, hat, wie an späterer Stelle (unter III.2.) gezeigt wird, gute Gründe auf seiner Seite. Heikel ist jedoch der vom Bundesgerichtshof gewählte Weg zu diesem Ziel. Seine Entscheidung im Fall *Schneider* demonstriert in exemplarischer Weise die fundamentale rechtspolitische Problematik des Versuchs, das Internationale Strafrecht von der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes her zu deuten: Dieser Ansatz verschließt sich sowohl der Tendenz zur Positivierung und fortschreitenden Differenzierung der einzelnen nationalen Strafrechtsordnungen als auch den Konsequenzen aus dem dichteren Aneinanderrücken der verschiedenen Rechtssysteme.<sup>65</sup> Geboten wäre vor diesem Hintergrund eine stärkere Betonung des Moments der *formellen* Rechtsstaatlichkeit. Der formelle Rechtsstaat betreibt Rechtsgüterschutz nur innerhalb eines durch *Rechtsnormen* konstituierten Rahmens und erfordert deshalb auch eine Formalisierung des Bezugspunktes des Unrechtsbewußtseins. Der Bundesgerichtshof verfährt genau umgekehrt: Er leistet der Tendenz Vorschub, die rechtsstaatlichen Anforderungen gleichsam von den Rändern her zu „materialisieren“, *vulgo*: aufzuweichen. Dadurch wirkt seine Position merkwürdig unzeitgemäß; schärfer gesprochen: sie dokumentiert die *latente Illiberalität* des materialisierenden Rechtsgüterschutzmodells.

**III. 1.** Die Ergebnisse des vorigen Abschnitts legen es nahe, die Systematisierung der Prinzipien des Internationalen Strafrechts von einem anderen Ausgangspunkt her in Angriff zu nehmen. Nicht an der angeblichen *Aufgabe* des Strafrechts, dem erstrebten Schutzeffekt für potentielle Verbrechenopfer, sollte sich die Verbrechenlehre im allgemeinen und die Theorie des Internationalen Strafrechts im besonderen orientieren, sondern an der Zumutung, welche die Verhängung einer Strafe für den Beschuldigten bedeutet, und damit an der *Straftheorie*. Die Leitfrage der allgemeinen Verbrechenlehre lautet demgemäß: Wie muß ein Verhalten beschaffen sein, um mit dem Zwangsmittel der Strafe sanktioniert werden zu dürfen? Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich davon ab, wie die Strafe als solche zu legitimieren ist: Eine in das Instrumentarium der staatlichen Gefahrenabwehr eingeordnete Bestrafung hat andere Voraussetzungen als eine nach Maßgabe der Vergeltungstheorie gedeutete Strafe. Wer sich die Aufgabe stellt, die Voraussetzungen legitimer Strafe zu ermitteln, muß zunächst klären, im Hinblick auf welche Geschehnisse der einzelne Staat überhaupt eine Strafkompetenz

für sich in Anspruch nehmen darf.<sup>66</sup> Dies ist die Aufgabe des Internationalen Strafrechts. Die Bestimmungen des Internationalen Strafrechts sind in dieser Perspektive Voraussetzungen legitimen Strafzangs so wie sämtliche anderen Verbrechensmomente auch. Nicht anders als diese hat sich deshalb auch das Lehrstück von den Prinzipien des Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie zu bewähren. Das Internationale Strafrecht von der Straftheorie her zu deuten ist zwar kein neuer Gedanke.<sup>67</sup> Dessen systematische Entfaltung ist allerdings im deutschsprachigen Rechtskreis bislang noch nicht unternommen worden;<sup>68</sup> kein Geringerer als *Oehler* hat derartige Versuche apodiktisch als „untauglich“ bezeichnet.<sup>69</sup> Daß dieses Urteil voreilig, eine straftheoretisch ansetzende Deutung der Prinzipien des Internationalen Strafrechts vielmehr systematisch durchaus fruchtbar ist, wird auf den folgenden Seiten gezeigt.

Ein solches Unternehmen setzt freilich eine solide straftheoretische Basis voraus: Sind die Fundamente brüchig, so wird auch das auf ihnen errichtete Gebäude nicht standhalten. Der im vorigen Abschnitt analysierte, am Gedanken des Rechtsgüterschutzes orientierte Ansatz läßt sich allenfalls mit

<sup>66</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Strafrechtsordnung der Entscheidung im einzelnen Fall jeweils zugrunde zu legen ist. Positiv-rechtlich kommt es auf diese Differenzierung zwar nicht an, denn danach ist in jedem Fall, in dem deutsche Strafgewalt gegeben ist, auch deutsches Strafrecht anzuwenden. Das ändert jedoch nichts an ihrer analytischen Berechtigung (vgl. nur *Gribbohm* [Fn. 4], Vor § 3 Rn. 3; *Jescheck/Weigend* [Fn. 4], § 18 I 1 [S. 163 f.]; *Schultz*, GA 1966, 194; *Vogler* [Fn. 6], S. 595; aus dem Schrifttum des 19. und frühen 20. Jahrhunderts vgl. *Groß* [Fn. 35], 56; *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881, S. 132; *Hegler* [Fn. 51], S. 3 ff., 25) und an ihrem kriminalpolitischen Wert. So spricht in den Fällen der stellvertretenden Strafrechtspflege vieles dafür, auf die Normenordnung jener Rechtsgemeinschaft zurückzugreifen, deren Strafanspruch von den deutschen Rechtspflegeorganen stellvertretend durchgesetzt wird (näher dazu III.2. a.E.).

<sup>67</sup> Vgl. insbesondere *Vogler* (Fn. 23), S. 154; *dens.* (Fn. 6), FS Maurach, S. 602. – Aus der älteren Literatur vgl. *Bekker* (Fn. 35), S. 157: „Wieweit die Strafgewalt des Staats reicht, muß aus dem Wesen dieser Strafgewalt entwickelt werden“.

<sup>68</sup> *Vogler* selbst legt das Schwergewicht seiner Darlegungen auf die Frage, inwieweit die einzelnen Prinzipien des Internationalen Strafrechts neben dem Rechtsgüterschutz dem Anliegen der Resozialisierung des Täters entgegenkommen (vgl. *Vogler* [Fn. 6], S. 600, 605). Resozialisierung taugt indessen nicht als *Legitimationsgrund* von Strafe; ihre Rolle besteht vielmehr darin, die *Vollstreckung* einer (bereits anderweitig legitimierten) Strafe anzuleiten; näher dazu *Verf.*, Person, Subjekt, Bürger, Berlin 2004, S. 94 f.

<sup>69</sup> *Oehler* (Fn. 10), Rn. 116; ähnlich („einseitig“) *Wegner* (Fn. 6), S. 102. – Noch schärfer *Mendelssohn-Bartholdy* (Fn. 38), S. 97 Fn. 1, der dem Versuch, die Theorie des Internationalen Strafrechts auf die Straftheorie zu gründen, „Unrichtigkeit, man darf sogar sagen, ... Gedankenlosigkeit“ vorwirft.

<sup>64</sup> Ebenso *Neumann* (Fn. 61), § 17 Rn. 20; *ders.*, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, München 2000, S. 99 f.; *ders.* (Fn. 6), S. 605 f.

<sup>65</sup> Zutreffend *Neumann* (Fn. 57), 425.



einer Präventionstheorie der Strafe verbinden. *Hälschner* hat dies in kritischer Absicht bereits im Jahre 1881 nachgewiesen; seine Ausführungen haben bis heute nichts von ihrer Gültigkeit eingebüßt. *Hälschner* zufolge wird den Rechtsgütern Schutz gewährt, „indem das Gesetz durch Strafdrohung ihre Verletzung zu verhüten sucht, und es wird, wenn sich im einzelnen Falle dieser Schutz als unwirksam erweist, der Verbrecher gestraft, weil es darauf ankommt in solcher Weise der Strafdrohung fernerhin ihre Wirksamkeit anderen Menschen gegenüber zu sichern, sowie darauf, den Verbrecher von der Verübung weiterer Verbrechen abzuhalten“<sup>70</sup>. Diese Ableitung läßt die Eigenart der Präventionslehre in voller Klarheit zutage treten: Gestraft wird danach nicht, weil der Täter gegen eine Rechtspflicht verstoßen hat – daß der Verweis auf Belange des Rechtsgüterschutzes eine Pflicht potentieller Schädiger zur Beachtung dieser Belange nicht zu begründen vermag, ist bereits an früherer Stelle gezeigt worden –, sondern weil dadurch künftige rechtsgüterfreundliche Effekte, sei es beim Täter selbst, sei es bei anderen Personen, erzielt werden sollen. Es wird nicht mehr (auch) *mit* dem Verurteilten gesprochen, sondern nur noch *vermittels* seiner. Der Verurteilte selbst wird dadurch nach der berühmten Wendung *Kants* unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt<sup>71</sup>; er wird nur mehr „in der rechtlichen Form, nicht aber nach dem Inhalt der Regelung“ als gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft behandelt<sup>72</sup>.

Es kommt demnach nur eine retributiv orientierte Legitimation von Strafe in Betracht: Das in den letzten Jahrzehnten dominierende *punitur sed ne peccetur* ist durch ein *punitur quia peccatum est* zu ersetzen. Die Begründungsprobleme, mit denen eine Vergeltungstheorie der Strafe zu kämpfen hat, sind aber, wie es scheint, nicht geringer als jene, denen die Präventionslehren ausgesetzt sind. Wie soll es möglich sein, die Zufügung eines Übels dadurch zu legitimieren, daß derjenige, der es erleidet, zuvor seinerseits eine Übeltat begangen hat?<sup>73</sup> Es trifft zu: Ebenso wenig wie die Tatsache, daß jemand einem anderen eine Wohltat erwiesen hat, aus sich heraus einen Anspruch des Betroffenen begründet, seinerseits in den Genuß einer entsprechenden Begünstigung zu gelangen, stellt der Verweis auf den Umstand, daß er dem

anderen ein Leid angetan hat, eine hinreichende Begründung dafür dar, daß ihm seinerseits ein Leid angetan werden darf. Erforderlich ist in beiden Fällen ein zusätzlicher normativer Satz, der darlegt, weshalb diese beiden Geschehnisse nach dem Muster von Tatbestand und (legitimer) Rechtsfolge miteinander verknüpft werden dürfen.

Dieses verknüpfende Element erblicken die Vertreter retributiver Strafbegründungen seit *Aristoteles* in dem Gedanken der *ausgleichenden Gerechtigkeit*.<sup>74</sup> Die Forderung nach Ausgleich läuft keineswegs zwangsläufig auf die archaische und zu Recht als legitimationstheoretisch unzureichend angesehene Formel „Übel gegen Übel, Leid gegen Leid“ hinaus. Der Ausgleichsgedanke kann vielmehr auch auf eine andere, unverdächtige Weise verstanden werden. Exemplarisch für diese alternative Lesart ist das Rechtsinstitut des Schadensersatzes. Danach ist derjenige, der einen Schaden herbeigeführt hat, dazu verpflichtet, sein destruktives durch ein konstruktives Tun auszugleichen: Er hat dafür Sorge zu tragen, daß der vorherige Zustand, soweit möglich, wiederhergestellt wird.<sup>75</sup> Dieser Erscheinungsform der ausgleichenden Gerechtigkeit kann man nicht vorwerfen, sie erschöpfe sich in einer negativen Sequenz zweier Übel. Der Schadensersatzpflichtige erbringt vielmehr eine positive Leistung, indem er den von ihm zuvor gestörten Zustand einer rechtmäßigen Freiheitsverteilung restituiert. Daß dieses Verständnis des Ausgleichsgedankens auch für die Straftheorie fruchtbar gemacht werden kann, ist seit *Hegel* die Grundüberzeugung aller ernstzunehmenden Vergeltungstheorien.<sup>76</sup>

Wie aber soll eine solche Übertragung vonstatten gehen? Immerhin sind die Unterschiede zwischen Strafe und Schadensersatz beträchtlich. Der zivilrechtliche Schadensersatz dient dem Ausgleich des Schadens, den das einzelne Opfer einer Vertragsverletzung oder einer unerlaubten Handlung erlitten hat. Der Strafe ist es hingegen eigen, daß sie dem Täter ein Übel zufügt, ohne daß dem Opfer daraus ein unmittelbarer Vorteil erwachsen würde. Häufig erschwert oder vereitelt die Bestrafung des Täters sogar die Chance des

<sup>70</sup> *Hälschner* (Fn. 66), S. 140.

<sup>71</sup> *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (hrsg. v. Ludwig), 2. Aufl., Hamburg 1998, S. 155.

<sup>72</sup> *E. A. Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 798. – Näher zur Kritik an den verschiedenen Varianten der Präventionstheorie: *Verf.* (Fn. 68), S. 21 ff.

<sup>73</sup> Bereits *Hegel* hat klargestellt, daß es unvernünftig sei, ein Übel bloß deshalb zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden sei (Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 99 A [Werke, hrsg. v. Moldenhauer/Michel, Bd. 7, Frankfurt 1986, S. 187]). Auch in der heutigen straftheoretischen Diskussion spielt dieser Einwand eine zentrale Rolle; exemplarisch *Lenckner*, in: Göppinger/Witter (Hrsg.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, Bd. I, Berlin/Heidelberg/New York 1972, S. 21; *Roxin*, *JuS* 1966, 378; *ders.*, *SchZStr* 104 (1987), 357, 371; *Schmidhäuser*, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Aufl., Göttingen 1971, S. 80.

<sup>74</sup> Näher zum Folgenden: *Verf.* (Fn. 68), S. 54 ff.

<sup>75</sup> Vgl. die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin 1896, S. 20 („Prinzip der Wiederherstellungspflicht“). Dem Ausgleichsgedanken wird auch in der heutigen schadensersatzrechtlichen Literatur eine zentrale Bedeutung eingeräumt (vgl. etwa *Oetker*, in: *Rebmann u.a.* [Hrsg.], *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl., München 2003, § 249 Rn. 8; *Esser/Schmidt*, *Schuldrecht* Bd. I/2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 172); mitunter wird er explizit auf die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit zurückgeführt (so *Schiemann*, in: *Martinek* [Hrsg.], *Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Berlin 1998, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 3).

<sup>76</sup> Eine eindringliche Darstellung von Hegels Straftheorie gibt *Ramb*, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin 2005, S. 16 ff.

Opfers, für seinen Schaden einen Ausgleich zu erlangen.<sup>77</sup> In dieser Absehung von den konkreten Opferbelangen macht sich der „überindividuelle“ Charakter der Strafe<sup>78</sup> geltend: Die Strafe „entprivatisiert“ den Konflikt zwischen dem Täter und dem Verletzten.<sup>79</sup> Ist die Strafe demnach gerade *nicht* ein Opfer, das der Täter „dem Verletzten bringt“<sup>80</sup>, dann kann auch das Unrecht, welches sie vergilt, nicht allein ein Unrecht dem Verletzten gegenüber sein. Auf dem Wege der „überindividuellen“ Strafe läßt sich vielmehr nur ein solches Unrecht vergelten, das statt als bloße Verletzung eines *individuellen Freiheitsinteresses* als Angriff auf die *rechtlich verfaßte Daseinsordnung von Freiheit* begriffen wird.<sup>81</sup>

Eine Daseinsordnung von Freiheit ist keine abstrakte Normenordnung, sondern dadurch gekennzeichnet, daß sie ihren Angehörigen *konkret-reale*, gleichsam welthaft sichtbare Freiheit vermittelt. Sie ist die Ermöglichungsbedingung individueller Freiheit. Die menschliche Person ist ein vorausschauendes und planendes Wesen. Mit einer Summe punktueller Unabhängigkeitserfahrungen ist ihr nicht gedient. So wie nach *Hobbes* der Krieg nicht etwa nur so lange dauert wie die faktischen Feindseligkeiten, sondern so lange, wie der Vorsatz herrscht, Gewalt mit Gewalt zu vertreiben<sup>82</sup>, dauert auch die Unfreiheit so lange an, wie die einzelne Person ihrer Freiheit nicht sicher sein kann. Auf einem Grund, der – wenngleich gegenwärtig ruhig – mit jedem Augenblick zu schwanken beginnen kann, wird kein kluger Baumeister ein Haus errichten. Reale Freiheit für den einzelnen setzt mit anderen Worten einen *Zustand der Freiheitlichkeit* voraus. Gleichsam den *cantus firmus* der neuzeitlichen politischen Philosophie bildet die Überzeugung, daß es zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines solchen Zustandes der Institutionen, vor allem des Staates bedarf.<sup>83</sup> Allerdings kann keine Gesellschaft ausschließlich auf die Macht der Institutionen setzen, allein schon deshalb, weil deren Handlungskapazitäten

sehr begrenzt sind. Die Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines Zustandes realer Freiheitlichkeit trifft deshalb auch jeden einzelnen Bürger unmittelbar. Wer sich dieser Verantwortung entzieht, indem er einen Straftatbestand verwirklicht, der verweigert dem gemeinsamen Projekt der „Freiheit durch Recht“ die Mitwirkung und bricht dadurch seine Bürgerrolle. Ein Verbrechen zu begehen bedeutet mithin: die Bürgerpflicht zu verletzen, an der Aufrechterhaltung der bestehenden Daseinsordnung von Freiheit mitzuwirken. Strafe zu erleiden heißt: dulden zu müssen, daß die eigenen Güter zur Demonstration des freiheitszerstörenden Charakters eines solchen Unterfangens herangezogen werden. Strafe ist mithin nicht rein negativ zu verstehen – als Schmerzzufügung, die auf eine vorangegangene Schmerzzufügung antwortet –, sondern positiv: als Inanspruchnahme des Täters zur Wiederherstellung des von ihm verletzten Rechtsverhältnisses.

2. Eine Pflichtverletzung kann nur begehen, wer Subjekt der in Rede stehenden Pflicht ist. Ebenso wenig wie eine Person, die nicht Partei eines Kaufvertrags ist, die Pflichten eines Käufers verletzen kann, vermag jemand, der nicht Adressat der Pflicht zur Mitwirkung an dem gemeinsamen Freiheitsprojekt einer Rechtsgemeinschaft ist, dieser Pflicht zuwiderzuhandeln.<sup>84</sup> Nur Mitwirkungspflichtige können also kriminelles Unrecht verwirklichen, nur ihnen gegenüber kann von einem legitimen Einsatz der staatlichen Strafgewalt gesprochen werden. Die Regeln über den persönlichen und räumlichen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts erweisen sich in dieser Perspektive als Bestimmungen über den Kreis der möglichen Subjekte jener strafrechtlich relevanten Mitwirkungspflicht. Die betreffenden Regelungen sind deshalb *mitkonstitutiv für den Bereich kriminellen Unrechts*. Ins Normtheoretische gewendet: Sie bestimmen nicht bloß über die Gestalt der Sanktionsnorm, sondern auch über jene der Verhaltensnorm. Damit ist die Voraussetzung dafür entfallen, die Bestimmungen des Internationalen Strafrechts als objektive Strafbarkeitsvoraussetzungen zu behandeln, welche die Strafbarkeit eines an sich universellen Unrechts zugunsten des Täters einschränken. Die Normen des Internationalen Strafrechts können vielmehr keine andere verbrechenssystematische Einordnung erfahren als die übrigen, in den Tatbeständen des Besonderen Teils enthaltenen Anforderungen an die Subjektstellung auch. Sie sind mithin als ausgelagerte, vor die Klammer gezogene Tatbestandsmerkmale zu verstehen.<sup>85</sup>

<sup>77</sup> So zuletzt *Bemmann*, JR 2003, 227; *Roxin*, in: *Rauscher/Mansel* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz*, München 2001, S. 53 f.

<sup>78</sup> Exemplarisch *Ebert*, in: *Krummacher* (Hrsg.), *Geisteswissenschaften – wozu?*, Wiesbaden 1988, S. 39.

<sup>79</sup> *Appel*, *Verfassung und Strafe*, Berlin 1998, S. 448, 461.

<sup>80</sup> So aber *Lampe*, in: *Jung u.a.* (Hrsg.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, S. 311.

<sup>81</sup> Dies wird ausführlich begründet in: *Verf.* (Fn. 68), S. 75 ff. Nahestehend *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004, S. 31 ff.

<sup>82</sup> *Hobbes*, *Leviathan* (hrsg. v. Fetscher), 5. Aufl., Frankfurt 1992, S. 96.

<sup>83</sup> Allerdings ist die Konzeption einer Daseinsordnung von Freiheit nicht exklusiv an die Form des (National-)Staates geknüpft. Eine supranationale Gemeinschaft kann bei hinreichendem Entwicklungsstand ihrer Institutionen in die Rolle eines subsidiären oder gar komplementären Freiheitsgaranten hineinwachsen. Entscheidend ist, ob es ihr gelingt, ihre normativen Anforderungen zu einer regelmäßig beachteten und in diesem Sinne *tatsächlich wirksamen Lebensordnung* zu verdichten. – Allgemein zum Verhältnis von Strafe und Staat *Jung GA* 1996, 507 ff.

<sup>84</sup> Im Ergebnis wie hier *Jakobs*, in: *Kodalle* (Hrsg.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?* Würzburg 1998, S. 37: „Wenn die Strafe ... die normative Identität einer Gesellschaft bestätigt, so liegt auf der Hand, daß nur ein Gesellschaftsmitglied bestraft werden kann: Niemand sonst kann die normative Identität angreifen.“

<sup>85</sup> *Jakobs* (Fn. 10), 5/12; *Neumann* (Fn. 64), S. 99 f.; *ders.* (Fn. 57), 426; *ders.* (Fn. 6), S. 603 f.; *Zieher* (Fn. 6), S. 46; im Grundsatz auch *Liebelt* (Fn. 29), S. 147 und wohl auch *Oehler* (Fn. 10), Rn. 123. Daß die Regeln des Internationalen Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitsrechts Teil der primären Verhaltensnorm seien, betonen auch *Lemke* (Fn.), Vor §§ 3-7

Wer aber besitzt den Status als Mitwirkungspflichtiger? In einer dem Prinzip der Gleichheit in der Freiheit verpflichteten Rechtsordnung ist dies unschwer zu beantworten: Nur demjenigen darf die Verpflichtung zur Wahrung der Ermöglichungsbedingungen *fremder* Freiheit auferlegt werden, dem die betreffende Ordnung auch *seinerseits* reale Freiheit vermittelt. Dies geschieht in erster Linie dadurch, daß sie ihm ein Leben in Sicherheit ermöglicht, denn Sicherheit ist die *conditio sine qua non* realer Freiheit.<sup>86</sup> Der Bereich genuinen

Rn. 1 und *Rogall*, in: Boujong (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., München 2000, § 5 Rn. 2 sowie *Ambos* und *Eser* (zur Inkonsistenz von deren Position vgl. Fn. 26). – Aus der hiesigen Einordnung der Normen des Internationalen Strafrechts ergibt sich, daß ein Irrtum des Täters über die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ergibt, als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu behandeln ist. Ein solcher Fall wird freilich nur selten auftreten. Beispiel: Der Täter weiß nicht, daß das Schiff, auf dem er seine Straftat begeht, unter deutscher Flagge fährt (vgl. § 4 StGB).

<sup>86</sup> Mitunter wird das Recht zur Teilhabe an der demokratischen Willensbildung zum legitimierenden Grund strafrechtlicher Verpflichtungen erhoben (so jüngst *Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt 2005, S. 245 ff.; kritisch dazu *Verf.*, FAZ v. 14.03.2005, S. 40). Nach der Logik dieses Ansatzes begegnet jedwede Strafgewalterstreckung auf Ausländer gravierenden Legitimationsproblemen. *Oehler* zufolge rechtfertigt sich die Verpflichtung des Inländers zur Einhaltung der Gesetze dadurch, daß der Bürger durch die Teilnahme an der demokratischen Willensbildung sein Einverständnis mit dem Inhalt der den Rechtsstaat entfaltenden Gesetze erkläre. Der Ausländer habe hingegen keine Teilhabe an der Bildung des Gemeinwesens. Seine Unterwerfung unter das Gesetz erfolge daher nur aus dem formellen Gesichtspunkt der Souveränität des strafenden Staates (*Oehler* [Fn. 10], Rn. 157 f.). Bei aller Hochschätzung demokratischer Verfahren dürfte diese Auffassung indes auf einer Überschätzung des formellen Wahlakts beruhen. Von ungleich größerer Freiheitsrelevanz als das Recht, alle vier Jahre ein Kreuz auf einem Wahlzettel machen zu dürfen, ist für den einzelnen die Aussicht, im Alltag zwischen den Wahlterminen sicher und in Frieden leben zu können. Die freiheitstheoretisch primäre Alternative lautet deshalb nicht: Demokratie oder Nicht-Demokratie, sie lautet vielmehr: bürgerlicher Zustand oder Naturzustand. Auch ein demokratischer Staat muß zunächst einmal *Staat* sein. Er muß mithin die Leistungen erbringen, welche von einem Staat erwartet werden – in erster Linie die Garantie des Friedens. An dieser Aufgabe wird er scheitern, solange die Gehorsamspflicht seiner Bürger im Zweifel steht. Die Gehorsamspflicht der Bürger muß deshalb an die Staatlichkeit des Staates anknüpfen, nicht erst an dessen demokratische Verfaßtheit. (Wie hier *Keller*, in: Prittwitz u.a. [Hrsg.], *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 427 f.; grundlegend zum staatsphilosophischen Primat des Sicherheitsanliegens *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin/New York 1983, S. 3 ff. [historisch], 17 ff. [systema-

Kriminalunrechts wird dadurch in doppelter Hinsicht begrenzt. *Erstens* muß der Beschuldigte mitzuständig für die Bestandssicherung einer bestimmten Rechtsordnung sein. Dies setzt nach dem vorstehend Ausgeführten voraus, daß diese Rechtsordnung *auch ihm* reale Freiheit vermittelt. *Zweitens* muß der Beschuldigte sich gerade gegen diese Rechtsordnung vergangen haben. Das hat er zum einen, wenn er das institutionelle Fundament angreift, dem die betreffende Rechtsordnung ihre reale Geltungskraft verdankt. Zum anderen ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Beschuldigte die Integritätsinteressen von Personen beeinträchtigt, die mit der Rechtsgemeinschaft des Täters in der gleichen, spezifisch engen Weise verbunden sind wie dieser selbst. Diesen Anforderungen wird das in § 3 StGB kodifizierte *Territorialitätsprinzip* in hervorragender Weise gerecht. Das Territorialitätsprinzip stellt ein regional begrenztes Universalprinzip dar.<sup>87</sup> Mit seiner Statuierung trägt der einzelne Staat der menschenrechtlichen Gleichheit aller Personen Rechnung, die sich auf seinem Gebiet aufhalten: Ihnen allen sucht er die Grundbedingungen gleicher Freiheit zu gewährleisten, indem er es übernimmt, strafrechtlich relevante Beeinträchtigungen der Daseinssicherheit eines jeden von ihnen zu ahnden.<sup>88</sup> Weil sie von ihm Schutz erwarten dürfen, schulden die Bewohner seines Territoriums ihm ihrerseits Gehorsam. In dieser Verknüpfung kommt eines der ehrwürdigsten Begründungsprinzipien moralischer und politischer Verpflichtungen überhaupt zum Tragen – der Grundsatz der Reziprozität.<sup>89</sup>

tisch.) Diesen Gedanken dahingehend zum Ausdruck zu bringen, daß der ausländische Täter durch die freie Wahl des Ortes seines Tuns das Tatortrecht herausgefordert habe, weshalb er der Macht dieses Rechts willentlich begegne (so eine weitere Erwägung *Oehlers* [Fn. 10], Rn. 161), ist allerdings erneut mißverständlich. Zum einen läßt sich auf diese Weise *jedwede* Ausdehnung der innerstaatlichen Strafgewalt begründen: Man kann *stets* sagen, der Beschuldigte habe durch sein Tun in einem bestimmten, rechtlich zuvor als beachtlich definierten Kontext die betreffende Rechtsordnung willentlich herausgefordert. Zum anderen kommt es nicht darauf an, was das Täter-Individuum angeblich – häufig handelt es sich dabei um pure Fiktionen – „gewollt“ bzw. worin es „eingewilligt“ habe. Entscheidend ist vielmehr, welchen Pflichtenumfang der Beschuldigte in seiner Rolle als Rechtsperson sich als Korrelat der ihm in dieser Rolle eröffneten Freiheit *zuschreiben* lassen muß.

<sup>87</sup> *Walther* (Fn. 10), S. 938. – Treffend *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg 1915, S. 71: „Das Territorialitätsprinzip erhebt nicht bloß den Anspruch, die Interessensphäre eines jeden einzelnen Staates abzugrenzen, es will auch das gemeinsame Interesse, das alle Staaten an der Bekämpfung des Verbrechertums haben, wahren“.

<sup>88</sup> Ähnlich *Walther* (Fn. 10), S. 940.

<sup>89</sup> Eindringlich *Gouldner*, *Reziprozität und Autonomie*, Frankfurt 1984, S. 79 ff. – Die Einsicht in die Konnexität von Schutz und Gehorsam findet sich bereits bei *Hobbes* (Fn. 82), S. 171. Der normative Status, welcher ihr innerhalb von *Hobbes'* Theorie zukommt, unterscheidet sich allerdings erheb-

Der in § 9 StGB kodifizierte *Ubiquitätsgrundsatz* erstreckt den Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzip indessen weit über die vorgenannten Voraussetzungen hinaus.<sup>90</sup> Danach unterfallen vor allem auch solche Handlungen dem deutschen Strafrecht, deren einzige Beziehung zur hiesigen Rechtsordnung darin besteht, daß ihr tatbestandsmäßiger Erfolg im Inland eintritt. Diese Ausdehnung wird üblicherweise auf die Erwägung gestützt, daß das Schwergewicht einer Tat weder einseitig in der Handlung noch im Erfolg liege; vielmehr bildeten beide Umstände eine Einheit, in deren Rahmen jedem von ihnen das gleiche Gewicht zukomme.<sup>91</sup> Schlüssig ist diese Begründung lediglich unter der – wie vorstehend gezeigt wurde: unzutreffenden – Prämisse von der Unrechtsneutralität der Regelungen des Internationalen Strafrechts: Nur wenn es für den materiellen Unrechtsgehalt einer Tat nicht darauf ankommt, wo sie begangen worden ist, läßt sich aus der These, der Begriff des strafbaren Unrechts weise eine Erfolgskomponente auf, die Schlußfolgerung ziehen, daß jemand, nur weil er einen Zustand herbeiführt, der – von einem tauglichen Täter verursacht – als deliktischer Erfolg *gelten würde, eo ipso* als ein solcher Täter *gilt*. Der hiesigen Konzeption zufolge läßt sich das Fehlen einer Mitwirkungspflicht des Täters hingegen nicht durch einen Hinweis auf den Erfolgsort ersetzen. Der Sache nach wird in

lich von dem hier vertretenen Verständnis. *Hobbes* formuliert das Ergebnis einer klugen Kosten-Nutzen-Kalkulation: Ein auf die Förderung seines Eigeninteresses bedachter Einzelner wird Gehorsam nur gegenüber einer Instanz leisten, die ihm Schutz gewährt. Ein Oberherr, der das Sicherheitsverlangen seiner Untertanen enttäuscht, verletzt dadurch keine Verpflichtung; ihm droht lediglich das politische Scheitern (vgl. *Kerstin*, Thomas Hobbes zur Einführung, Hamburg 1992, S. 161 ff.). Erst wenn das selbstbezügliche *Individuum* durch die normativen Bindungen zugängliche *Person* ersetzt wird (zur Terminologie vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, Berlin 1997, S. 9 ff., 29 ff.) – in der hiesigen Konzeption wird dieser Schritt durch die Einführung des Reziprozitätsgedankens vollzogen –, wird es möglich, die Verknüpfung von Schutz und Gehorsam auf die (genuin rechtliche) Ebene wechselseitiger Verpflichtungen zu heben. Die intrikate normentheoretische Struktur des Satzes über die Verknüpfung von Schutz und Gehorsam wird von seinen heutigen juristischen Befürwortern häufig nicht hinlänglich erörtert (vgl. etwa *Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, München 1967, S. 98; *dens.*, in: Barion u.a. [Hrsg.], Epirrhosis [Festgabe für Carl Schmitt], Berlin 1968, S. 426, 433 f.; *Doehring* [Fn. 52], 272 f.; *Gallas*, ZStW 80 [1968], 15; *Jakobs*, in: Isensee [Hrsg.], Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin 1992, S. 40; *Köhler*, JRE 11 [2003], 445); insoweit zu Recht kritisch *F.-C. Schroeder* [Fn. 7], 84 f.).

<sup>90</sup> Die Weite des § 9 StGB wird verbreitet als problematisch empfunden; vgl. *Hilgendorf*, NJW 1997, 1874 ff.; *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 207; *F.-C. Schroeder*, NJW 1976, 490; *Wessels/Beulke* (Fn. 11), Rn. 65.

<sup>91</sup> *Ambos* (Fn. 1), § 9 Rn. 5; *Eser* (Fn. 25), § 9 Rn. 3; *Oehler* (Fn. 10), Rn. 251.

derartigen Fällen nicht das Territorialitätsprinzip in seiner zur Begründung von Kriminalunrecht tauglichen Lesart, sondern das Schutzprinzip bzw. ein erweitertes passives Personalitätsprinzip zur Anwendung gebracht.<sup>92</sup>

Heikler als im Fall des Territorialitätsprinzips sehen die Dinge auf den ersten Blick beim *aktiven Personalitätsprinzip* aus. Was rechtfertigt es, einen deutschen Staatsangehörigen selbst dann als Träger einer nach deutschem Strafrecht relevanten Mitwirkungspflicht anzusehen, wenn er sich im Ausland befindet? Die Stellung als Subjekt einer strafrechtlich beachtlichen Verpflichtung trifft nach dem unter 1. Ausgeführten nur denjenigen, dem die inländische Rechtsordnung ihrerseits einen Bereich konkret-realer Freiheit eröffnet. Richtet man den Blick allein auf die *aktuellen* Handlungsspielräume des im Ausland weilenden Bürgers, so scheint der Unterschied zum Inländer unüberwindlich zu sein. Dem Inländer wird zugesagt, daß die Strafrechtsnormen, nach denen er sich richten soll, auch für alle anderen Inländer gelten. Unter der Herrschaft des aktiven Personalitätsprinzips fordert der Staat hingegen Gehorsam von seinen im Ausland befindlichen Bürgern, ohne in der Lage zu sein, das damit definierte Schutzniveau auch zu deren Gunsten durchzusetzen.<sup>93</sup> Die Unterstützung (etwa in Form konsularischer Betreuung), die ein Staat seinen im Ausland weilenden Bürgern angedeihen läßt,<sup>94</sup> ist im Vergleich dazu nur ein höchst unvollkommener Ersatz.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Ebenso *Jakobs* (Fn. 10), 5/21; *Keller* (Fn. 86), S. 434; *Rogall* (Fn. 85), § 7 Rn. 3; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 10), § 4 Rn. 13. – Für die umgekehrte Fallgruppe – inländische Handlungen, deren Erfolg im Ausland eintritt – wird weitgehend anerkannt, daß sie nur auf den generalpräventiven Gesichtspunkt der Tabuierung deliktischen Verhaltens gestützt werden kann (*Hoyer* [Fn. 17], § 9 Rn. 3; *Jakobs* [Fn. 10], 5/21; *Jung* [Fn. 10], 329 ff.; *Rogall* [Fn. 85], § 7 Rn. 3), sich also ebenfalls nicht zur Begründung genuine Kriminalunrechts eignet.

<sup>93</sup> Dies gilt selbst dann, wenn das Eingreifen des aktiven Personalitätsprinzips – wie in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorgesehen – davon abhängig gemacht wird, daß die nach deutschem Recht strafbare Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist; denn die Verfolgung jener Delikte, die nicht dem Anwendungsbereich des aktiven Personalitätsprinzips unterfallen, obliegt der *ausländischen* Staatsgewalt.

<sup>94</sup> Vgl. dazu *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 45 m.w.N. Der Verweis auf diese Unterstützung gehört zum klassischen Argumentationsrepertoire der Verfechter des Treupflichtgedankens; vgl. nur *Berner* (Fn. 35), S. 131; *Lange* (Fn. 35), S. 6.

<sup>95</sup> *Oehler* (Fn. 10), Rn. 139. – Was es zu diesem Punkt zu sagen gibt, hat bereits *Bremer* (Fn. 5), 426 ausgesprochen: Es sei „durchaus nicht abzusehen, welcher Zusammenhang zwischen dem völkerrechtlichen Schutz, den der inländische Staat seinen Angehörigen auch im Ausland gewährt, und der angeblichen Verpflichtung des Inländers bestehen soll, die heimathlichen Strafgesetze auch im Auslande zu beobachten. Warum soll jenem Schutz gerade diese Verpflichtung ‚entsprechen‘ und nicht etwa z.B. die Pflicht, eine Gesandten-

So zu argumentieren heißt indes, die Reichweite des Begriffs einer „Daseinsordnung von Freiheit“ gröblich zu unterschätzen. Wie unter 1. des weiteren dargelegt wurde, beschränkt eine Daseinsordnung von Freiheit sich nicht darauf, dem einzelnen Bürger eine Summe punktueller Freiheitserfahrungen zu ermöglichen; sie begründet vielmehr – wenn man so sagen darf – eine *stabile Infrastruktur von Freiheitlichkeit*. Von dieser Infrastruktur hat der einzelne Bürger in der Vergangenheit profitiert, und vor allem kann er davon in Zukunft jederzeit aufs Neue profitieren, ohne sich den mehr oder weniger restriktiven Kautelen des Ausländerrechts unterwerfen zu müssen. Die Begünstigung des im Ausland weilenden Deutschen setzt deshalb nicht erst mit seiner Rückkehr in den räumlichen Geltungsbereich der heimischen Rechtsordnung ein, sondern sie liegt bereits in dem von dieser Rechtsordnung (Art. 11 Abs. 1 GG) vorbehaltlos gewährten Recht, jederzeit zurückkehren und bleiben zu dürfen.<sup>96</sup> Wie wertvoll diese Rechtsposition für den einzelnen ist, kann jeder bestätigen, dem sie genommen wurde. Auf seiten des einzelnen Bürgers korrespondiert dem Recht zur Rückkehr eine grundlegende Pflicht: Er darf den institutionellen Garant dieser Gewährleistung, den eigenen Staat, nicht in seiner (rechtlichen, territorialen oder symbolisch vermittelten) Integrität schmälern. Daß der deutsche Staatsangehörige in seinem Heimatstaat auch für jene „politischen Delikte“ bestraft werden kann, die er im Ausland verübt hat, ergibt sich entgegen der üblichen Einordnung somit nicht erst aus der Anwendung des Schutzprinzips<sup>97</sup>, es folgt vielmehr aus dem recht verstandenen aktiven Personalitätsprinzip.<sup>98</sup>

Das Strafgesetzbuch macht vom aktiven Personalitätsprinzip indessen einen weitergehenden Gebrauch. Bestimmte Taten deutscher Staatsangehöriger sind danach selbst dann strafbar, wenn sie sich ausschließlich gegen ausländische Rechtsgüter richten.<sup>99</sup> In diesen Fällen kann man nicht mehr davon sprechen, daß der Täter seine Pflicht zur Mitwirkung an der Bestandssicherung der heimischen Rechtsordnung verletzt habe: Durch das, was er getan hat, ist die Integrität

---

steuer zu zahlen“. Ebenso *Hälschner* (Fn. 8), S. 61; *Schwarze*, in: v. Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. 2, Berlin 1871, S. 36.

<sup>96</sup> BVerfGE 2, 266, 273; 43, 203, 211; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Bd. 2, München (Stand: Februar 2005), Art. 11 Rn. 92; *Krüger/Pagenkopf*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., München 2003, Art. 11 Rn. 18; *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 11 Rn. 15.

<sup>97</sup> Dieses gilt nur für ausländische Tatbeteiligte; dazu unter 3.

<sup>98</sup> Ebenso *Kohler* (Fn. 6), S. 90; *Schwarze* (Fn. 95), S. 37. – In praktischer Hinsicht ergibt sich daraus, daß der deutsche Staatsangehörige *ceteris paribus* eine schärfere Sanktionierung seines Tuns verdient als der Ausländer. (Dafür plädieren auch v. *Bar*, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, Stuttgart 1892, S. 224; *ders.*, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, Berlin 1906, S. 114; *Berner* [Fn. 35], S. 156; *Hälschner* [Fn. 8], S. 66 f.; *Heinze*, GA 17 [1869], 747; *Oehler* [Fn. 36], S. 97.)

<sup>99</sup> Vgl. § 5 Nr. 8b, 11a, 15 sowie § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

hiesiger Rechtspositionen nicht beeinträchtigt worden. Strafreoretisch lassen die betreffenden Bestimmungen sich daher allenfalls in der Weise rechtfertigen, daß man sie als Sonderfälle des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege auffaßt. Soweit der deutsche Strafgesetzgeber auf die einschränkende Voraussetzung, die Tat müsse auch nach dem Recht des Begehungsorts strafbar gewesen sein, verzichtet hat, scheidet freilich auch die Möglichkeit einer solchen Deutung aus. Dann bleibt nur noch der Rückzug auf die bereits von *Oehler*<sup>100</sup> vorgetragenen *präventiven* Erwägungen: Angeknüpft wird nicht daran, was der Täter getan hat, sondern daran, welche Folgen sich möglicherweise in Zukunft daran knüpfen: eine Erschütterung des Normbewußtseins und dadurch ausgelöste Inlandstaten. Soweit diese Interpretation sich als straftheoretische Rechtfertigung ausgibt, sieht sie sich indessen mit sämtlichen Einwänden konfrontiert, die gegen die Präventionstheorien der Strafe im allgemeinen zu erheben sind. Der Sache nach handelt es sich in diesem Fall deshalb nicht mehr um eine Sanktionierung genuinen Kriminalunrechts, sondern um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr.<sup>101</sup>

Im Regelfall ist die von dem Beschuldigten verletzte Rechtsordnung diejenige der strafenden Rechtsgemeinschaft selbst. Denkbar ist jedoch auch die Möglichkeit einer stellvertretenden Bestrafung<sup>102</sup>: Die Rechtsgemeinschaft A straft den Täter dafür, daß er seiner Bürgerpflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft B zuwidergehandelt hat. Im Unterschied zu den übrigen Prinzipien des Internationalen Strafrechts weist das *Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege* eine derivative Struktur auf: Die eigene Strafgewalt wird von derjenigen einer anderen Rechtsgemeinschaft abgeleitet,<sup>103</sup> der hiesige Staat „leiht in einem solchen Fall nur dem auswärtigen Staat seinen Arm zur Ausübung der eigenen Strafgerechtigkeit“<sup>104</sup>. Diese Eigenart des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege zieht weitreichende Konsequenzen nach sich. Systematisch geboten ist es danach erstens, die strafrechtliche Beurteilung des Beschuldigtenverhaltens unmittelbar auf das Recht des vertretenen Staates zu stützen: Die Normenlogik gebietet es, das Urteil, der Beschuldigte habe die von der fremden Rechtsgemeinschaft verlangte Mitwirkung verweigert, auf jene Rechtsvorschriften zu stützen, die das Ausmaß der erwarteten Mitwirkung *definieren* –

---

<sup>100</sup> Vgl. oben zu Fn. 37.

<sup>101</sup> Das hat bereits *Feuerbach* erkannt; vgl. *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, Zweiter Teil, Gießen 1804, S. 6.

<sup>102</sup> Grundlegend *Feuerbach* (Fn. 101), S. 7; *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1843, S. 746; *ders.* (Fn. 6), S. 29, 37.

<sup>103</sup> So bereits *Kohler*, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. III, Berlin 1906, S. 263. Aus der neueren Literatur: *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege, Freiburg 1997, S. 101.

<sup>104</sup> *Feuerbach* (Fn. 101), S. 7.

also auf die einschlägigen Regelungen des *fremden* Rechts.<sup>105</sup> Der zweite Punkt ergibt sich unmittelbar aus dem ersten: Es genügt nicht, daß das Tatortrecht einen entsprechenden Straftatbestand bereitstellt; beachtlich sind darüber hinaus auch die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie die prozessualen Verfolgungshindernisse des Tatortrechts.<sup>106</sup> Mehr noch: Da es zur Bestimmung des realen Erwartungsniveaus unter einem fremden Rechtssystem nicht allein auf das geschriebene, sondern auch auf das gelebte, d.h. das tatsächlich praktizierte Recht ankommt,<sup>107</sup> muß auch eine etwaige faktische Straflosigkeit bestimmter Täterkreise Beachtung finden.<sup>108</sup> Wer sich über eine ihm pervertiert erscheinende fremde Strafrechtsordnung hinwegsetzen will, sollte dies nicht unter Berufung auf deren von ihm zuvor bereinigten Inhalt tun; er sollte sich vielmehr offen dazu bekennen, daß er eine andere, bessere Ordnung an ihre Stelle gesetzt habe.<sup>109</sup> Drittens schließlich muß der vertretene Staat seinen konkreten Bestrafungswillen kundgetan haben, entweder durch ein ausdrückliches Ersuchen an den strafverfolgenden Staat oder doch jedenfalls durch die Erklärung seines Einverständnisses.<sup>110</sup>

Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland wird keinem dieser Erfordernisse gerecht. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB sieht die Bestrafung des Täters nach deutschem Strafrecht vor und setzt lediglich ergänzend voraus, daß die Tat auch am Begehungsort mit Strafe bedroht gewesen sein müsse.<sup>111</sup> Straffreistellungen nach ausländischem Recht werden unter einen

<sup>105</sup> So bereits *Feuerbach* (Fn. 101), S. 7.

<sup>106</sup> Ebenso *Ambos* (Fn. 1), § 7 Rn. 13; *Eser*, JZ 1993, 882 f.; *ders.* (Fn. 25), § 7 Rn. 23; *Hoyer* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 40, § 7 Rn. 5; *Jakobs* (Fn. 10), 5/18; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 III 5 (S. 175); *Lagodny* (Fn. 9), 993; *Lagodny/Pappas*, JR 1994, 163; *Scholten* (Fn. 25), S. 146 ff., 154 ff.; *Schröder* (Fn. 29), 243.

<sup>107</sup> „Die Strafbarkeit ist ein Kind des positiven Rechts und damit auch der jeweils gelebten Verfassung und Praxis eines Staates“ (*Jakobs* [Fn. 89], S. 45).

<sup>108</sup> Ebenso *Jakobs* (Fn. 10), 5/18; *Scholten* (Fn. 25), S. 160 ff.; *ders.*, ZRP 1992, 477.

<sup>109</sup> *Jakobs* (Fn. 10), 5/18. Treffend auch *Köhler* (Fn. 10), S. 107: Die Anerkennung eines *ordre public*-Vorbehalts bedeute, „mit vorpositivem Anspruch das Strafrecht des einen Staates gegen das geltende Tatortrecht des anderen Staates auszudehnen“.

<sup>110</sup> Ebenso *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7, Rn. 58, § 7 Rn. 30; *Lagodny* (Fn. 9), 993; *Pappas* (Fn. 103), S. 101 f.; *Weber* (Fn. 11), § 7 Rn. 70.

<sup>111</sup> Zur Begründung beruft man sich insbesondere auf die praktischen Schwierigkeiten, die die Anwendung fremden Strafrechts mit sich bringe: „Die Gefahr, daß sich der Richter bei der Anwendung fremden Strafrechts vergreift, ist so groß, daß er möglicherweise weder fremdes noch eigenes, sondern selbst erdachtes Recht anwendet“ (*Oehler* [Fn. 10], Rn. 144). Diese Schwierigkeiten werden dem Richter indessen auch durch die gegenwärtige Rechtslage nicht erspart, denn auch danach wird von ihm die Prüfung der Strafbarkeit nach Tatortrecht verlangt.

*ordre public*-Vorbehalt gestellt;<sup>112</sup> prozessuale Hinderungsgründe bleiben nach der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung gänzlich außer Betracht.<sup>113</sup> Auf den Willen des ausländischen Staates zur Strafverfolgung kommt es nach der Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB überhaupt nicht an. Das Ergebnis ist eine Rechtslage, in der internationale Kooperation und Mißtrauen, die Einsicht in die vorrangige Beurteilungskompetenz des fremden Staates und die paternalistische Außerachtlassung von dessen Wertungen in einer systematisch verworrenen Gemengelage stehen und in der die zu ihrer Begründung beschworene Solidarität nur in stark verzerrter Form zum Ausdruck gelangt.<sup>114</sup>

3. Einen gänzlich anderen Rechtsstatus als ein Angreifer aus dem *Inneren* der Rechtsgemeinschaft besitzt, wer selbst *außerhalb* dieser Gemeinschaft steht: Weil er nicht zum Kreis derer gehört, denen die betreffende Rechtsordnung reale Freiheit eröffnet, trifft ihn umgekehrt auch keine Mitzuständigkeit für ihren Fortbestand. Weil er die Rechtsordnung nicht als *Bürger* angreift, kann er kein *Unrecht des Bürgers* verwirklichen. Die Erstreckung der Geltung einer nationalen Strafrechtsordnung auf außenstehende Angreifer, wie das *Schutzprinzip* und das *passive Personalitätsprinzip* sie vorsehen, läßt sich deshalb nicht als Ausdehnung des Bereichs genuinen Kriminalunrechts verstehen. Die heute herrschende, auf den Gedanken des Rechtsgüterschutzes fixierte Strafrechtsdogmatik ist allerdings konstitutionsbedingt blind für die Sonderstellung jener Prinzipien: Fast jedes Rechtsgut – die Ausnahmen ergeben sich aus der Auslegung der einzelnen Deliktstatbestände des Besonderen Teils – kann sowohl von internen als auch von externen Angreifern beeinträchtigt werden; die Behauptung einer prinzipiellen Differenz zwischen beiden Tätergruppen erscheint aus dieser Warte grundlos. Die ältere, noch nicht im Banne des Rechtsgüterschutzdogmas stehende Lehre des Internationalen Strafrechts war sich dieses Unterschiedes hingegen durchaus bewußt. Gleichgültig ob sie die Abwehr externer Angreifer als eine Art Notwehr begriffen<sup>115</sup>, ob sie sich auf ein „natürliches Strafrecht“ beriefen<sup>116</sup> oder ob sie gar das *ius belli* zur An-

<sup>112</sup> Vgl. BGH GA 1976, 242, 243; für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch BGHSt 42, 275, 279; *Ambos* (Fn. 1), § 7 Rn. 15; *Eser* (Fn. 25), § 7 Rn. 9; *Gribbohm* (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 148b, § 7 Rn. 28; *Hoyer* (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Kindhäuser* (Fn. 39), Vor §§ 3-7 Rn. 7; *Lemke* (Fn. 4), § 7 Rn. 7; *Wessels/Beulke* (Fn. 11), Rn. 72.

<sup>113</sup> Vgl. BGHSt 2, 160, 161; BGH NJW 1954, 1086; *Gribbohm* (Fn. 4), § 7 Rn. 32 ff.; *Lemke* (Fn. 4), § 7 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 25), § 7 Rn. 7.

<sup>114</sup> Ebenso die Einschätzung von *Pappas* (Fn. 103), S. 12, 102.

<sup>115</sup> So insbesondere *Abegg*, Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen, Landshut 1819, S. 42 f., 51 f.; v. *Bar* (Fn. 98), S. 224 (Lehrbuch); *ders.* (Fn. 98), S. 114 (Gesetz und Schuld); *ders.*, GA 15 (1867), 664; *ders.*, GS 28 (1876), 454; nahestehend *Arnold* (Fn. 35), 340.

<sup>116</sup> *Berner* (Fn. 35), S. 149 ff.; *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 17. Aufl., Leipzig 1895, S. 251.

wendung brachten<sup>117</sup> – jedenfalls waren sich die älteren Autoren weitgehend darüber einig, daß in diesem Fall die gewöhnlichen Begründungskategorien des Strafrechts versagten.

Worum es statt dessen geht, hat niemand klarer auf den Punkt gebracht als *Bekker*. Wie er in seiner 1859 erschienenen „Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts“ ausführt, darf der Staat Externe zwar nicht bestrafen. „Aber das *punire ne peccetur* scheint ihm unter andern Schutzmitteln gestattet werden zu müssen. Feuerbachs Theorie der Generalprävention dürfte gerade auf die Vergehn der Ausländer im Ausland Anwendung finden können. Der Staat schützt sich durch das Verbot. Das genügt für die nicht entschieden feindlich gesinnten. Diese schreckt er ab durch die für die Uebertretung des Verbots gedrohte Strafe. Der Vollzug der Strafe dient nur zur Bekräftigung der Drohung.“<sup>118</sup> Gegenüber Außenstehenden kommt mithin das gewissermaßen nackte Anliegen des Rechtsgüterschutzes zum Tragen. Es geht darum, Gefährdungen des inländischen Rechtsgüterbestandes nach Möglichkeit zu verhindern. Wenn dies in einzelnen Fällen nicht gelungen ist, soll die Verhängung von Zwangsmaßnahmen gegen die Urheber der eingetretenen Beeinträchtigung zu einer Erhöhung der künftigen Gütersicherheit beitragen. Es geht, mit einem Wort, in diesen Fällen der Sache nach nicht um Strafe, sondern um pure Gefahrenabwehr.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt a. d. Orla 1836, S. 89 f.; *Heffter*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, Halle 1833, S. 41; *Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Berlin/Stettin 1823, S. 607 f.; wohl auch *Bauer*, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl., Göttingen 1833, S. 75 („feindliche Handlung“) und *Heinze* (Fn. 98), 746 ff. („Kriegszustand“).

<sup>118</sup> *Bekker* (Fn. 35), S. 192 f.

<sup>119</sup> In der Weimarer Zeit war diese Einsicht nur noch bei wenigen Autoren lebendig. (Treffend insbesondere *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, Hamburg 1925, S. 20 f.; *ders.* [Fn. 6], S. 152 f.: Bei dem Schutzprinzip handele es sich „nicht um ein eigentliches Gelten der deutschen Gebote für den Ausländer ..., sondern mehr um Koerzition“, so daß in diesen Fällen „reine Sicherung, nicht aber Strafrecht zur Anwendung kommt“. Ferner *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig 1928, S. 83: Es handele sich um eine „Sonderart gewisser justizförmiger Funktionen, die sachlich aber nicht, wie sonstige Justiz, dem Rechtswert dienen, sondern der Machtdurchsetzung des Staates.“) Das Gleiche gilt für die heutige Strafrechtsdogmatik. Hier sind an erster Stelle *Stratenwerth* und *Kuhlen* (Fn. 10), § 4 Rn. 18 zu nennen: Beim Schutzprinzip gehe es ausschließlich um Maßnahmen der Selbstverteidigung. „Sie in das Gewand der Strafe zu kleiden, ist ein traditioneller Mißbrauch, der die auf einen sozialetischen Vorwurf bezogene Strafe denaturiert“. Den Sonderstatus der auf das Schutzprinzip gestützten Maßnahmen betonen ferner *Jakobs* (Fn. 10), S. 62 und *Kaspar*, MDR 1994, 546. Von einer „vorstaatliche(n) Stufe des Strafrechts“ spricht *Köhler* (Fn. 10), S. 104; eine „notwehrähnliche Situation“ konstatiert *Ambos* (Fn. 1), Vor §§ 3-7 Rn. 40.

Eine wichtige Folgerung aus dieser Einsicht hat ebenfalls schon *Bekker* gezogen: Die strafrechtlichen Regeln als solche seien „auf die Behandlung dieser Vergehungen nicht anzuwenden ..., sondern nur wenn sie im einzelnen Falle mit den aus den Principien dieses Strafschutzes zu entwickelnden Consequenzen übereinkommen“. Dies zwingt uns dazu, „eine besondere Lehre für die Bestrafung der im Auslande von Ausländern verübten Verbrechen zu entwickeln, die freilich in vielen Punkten mit der gewöhnlichen Strafrechtslehre zusammentreffen, in andern nicht unerheblichen aber, z. B. betreffs der Zurechnung zu weit verschiedenen Resultaten führen dürfte“<sup>120</sup>. So hat es *hier* seinen guten Sinn, die Auslegung von § 17 S. 2 StGB konsequent an dem Erfordernis einer möglichst effektiven Abschreckung zu orientieren und deshalb jedem Beschuldigten, der hätte erkennen können, daß sein Verhalten zur Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik geeignet war, die Möglichkeit einer Strafmilderung von vornherein zu versagen. Zudem haben bei der Zumutbarkeitsprüfung die Loyalitätserwartungen, mit denen der Beschuldigte von seinen Heimatstaaten konfrontiert war, sowie die im Fall ihrer Enttäuschung drohenden Sanktionen generell außer Betracht zu bleiben. Nicht minder bedeutsam ist jedoch ein zweiter Punkt: Die Berechtigung zur Verhängung einer Sanktion entfällt, sobald kein Präventionsbedürfnis mehr besteht – etwa weil der Staat, der die Bundesrepublik hat ausspionieren lassen, nicht mehr existiert.<sup>121</sup> Man sollte aber die Dinge jeweils bei ihrem richtigen Namen nennen, d.h. die Existenz einer Sonderdogmatik zugeben; nur so läßt sich die Gefahr einer Kontaminierung des regulären Strafrechts bannen.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> *Bekker* (Fn. 35), S. 193 f.

<sup>121</sup> Das Bundesverfassungsgericht suchte sich in dem betreffenden Fall durch die *ad hoc*-Konstruktion eines Strafverfolgungshindernisses aus der Affäre zu ziehen (BVerfGE 92, 277, 335); schlagende Kritik an dieser Entscheidung bei *F.-C. Schroeder*, JR 1995, 441 ff.

<sup>122</sup> Außenstehende in dem hier gemeinten Sinne sind nicht nur die in diesem Beitrag in den Blick genommenen *externen Angreifer* der Rechtsordnung. Es gibt vielmehr auch Individuen, die ihren Teilnehmerstatus durch ihr Verhalten *verspielt* haben. Einen Täter unbeschadet des Unrechts, das er begangen hat, an seiner Mitverantwortung für das Allgemeine festzuhalten – und eben dies besagt seine Bestrafung als Bürger – ist nur so lange plausibel, wie jenes Unrecht sich innerhalb der Biographie des Betroffenen isolieren läßt. Anders gesprochen, muß der Täter zu erkennen geben, daß er sich nicht prinzipiell und dauerhaft von seiner Rechtsgemeinschaft abgewandt hat – indem er sich beispielsweise dauerhaft in eine quasi-institutionell organisierte kriminelle Gegenwelt eingefügt oder sich einer Organisation zur Verfügung gestellt hat, der es entscheidend auf die Unterhöhlung und letztlich auf den Sturz der einheimischen Rechts- und Gesellschaftsordnung ankommt. Wer in dieser Weise mit der bestehenden Rechtsordnung bricht, der muß es sich gefallen lassen, daß er – obwohl an sich ein *Intraneus* – von der Rechtsgemeinschaft nach Art eines *Extraneus* behandelt wird; das Bürgerstrafrecht wandelt sich zum Feindstrafrecht.

Zudem sollte man den Anwendungsbereich dieses Sonderrechts eng schneiden. Auch dazu hat *Bekker* bereits alles Nötige gesagt: „Die fraglichen Vergehen müssen wirklich die Interessen unseres Staates gefährden; unser Staat muss dieser Gefahr nicht in anderer Weise besser begegnen können; es muss Aussicht vorhanden sein durch die Drohung und die der Drohung Nachdruck verleihende Bestrafung ähnlicher Gefahr für die Zukunft vorzubeugen; nur wo diese Requisite zusammentreffen, darf der Staat von diesem Schutzstrafrecht Gebrauch machen“<sup>123</sup>. Das in der heutigen Literatur ohnehin hart gescholtene passive Personalitätsprinzip<sup>124</sup> läßt sich demnach auch unter dem Gesichtspunkt eines Schutzrechts nicht überzeugend legitimieren. Die einschlägigen Fälle sind nach Maßgabe des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege<sup>125</sup> bzw. – in jenen Fällen, in denen der Tatort keiner Strafgewalt unterlag – des Weltrechtsprinzips zu behandeln; wenn sich auf dieser Basis eine Strafbefugnis der Bundesrepublik nicht begründen läßt, sollte es damit sein Bewenden haben.

Bislang wurde der Blick auf jene Akteure gelenkt, welche eine bestehende Rechtsordnung von außen her attackieren. Daneben gibt es aber auch Täter, die ihre Taten *außerhalb funktionierender Friedensordnungen* oder unter dem Schutz von *insgesamt pervertierten Rechtssystemen* begehen. Die Delikte des Völkerstrafrechts, für die nach § 1 VStGB das *Weltrechtsprinzip* gilt<sup>126</sup>, fallen typischerweise unter diese

---

(Grundlegend dazu *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt [Hrsg.], Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 51 ff.; *ders.*, HRRS 2004, 88 ff.; kritisch zuletzt *Cancio*, ZStW 117 [2005], 267 ff.) Der Ausdruck „Feind“ sollte nicht irritieren. „Die Anerkennung einer tatsächlich bestehenden Feindschaft als Ausgangspunkt für ihre Begrenzung und Eingrenzung ist eine positivere Einstellung als die völlige Negation“ (*Böckenförde* [Fn. 89], S. 463 Fn. 118).

<sup>123</sup> *Bekker* (Fn. 35), S. 193.

<sup>124</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 1), S. 1373; *Henrich* (Fn. 4), S. 59 ff., 143 ff., 215 ff.; *Jescheck* (Fn. 4), S. 541; *Lagodny/Nill-Theobald* (Fn. 90), 206; *Oehler*, in: Bockelmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, S. 302 (das passive Personalitätsprinzip sei „das schlechteste aller Prinzipien“); *Schultz* (Fn. 66), 202; *Weber* (Fn. 11), § 7 Rn. 62. – Seinen gesetzlichen Niederschlag hat das passive Personalitätsprinzip in § 5 Nr. 6-9 und vor allem in § 7 Abs. 1 StGB gefunden.

<sup>125</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 18 III 5 (S. 174) betrachten bereits *de lege lata* § 7 Abs. 1 StGB als Ausprägung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege; in dieser Richtung auch *Jakobs* (Fn. 10), 5/18. Der Umstand, daß § 7 Abs. 1 StGB eine Strafbarkeit der Tat am Tatort voraussetzt, genügt den recht verstandenen Anforderungen jenes Prinzips indessen noch nicht; dazu unter 2.

<sup>126</sup> In § 6 Nr. 2-9 StGB werden weitere Anwendungsfälle des Weltrechtsprinzips statuiert. Die Heterogenität der dort erfaßten Tatbestände und das kraß unterschiedliche Gewicht der darin beschriebenen Handlungen sind schon häufig kritisiert

Kategorie der sogenannten „Makrokriminalität“<sup>127</sup>. Entweder sie werden im Rahmen eines bewaffneten Konflikts verübt – der Fall der Kriegsverbrechen (§§ 8-12 VStGB) – oder aber sie werden durch eine Ordnung gedeckt, die bestimmten Opfergruppen systematisch die Anerkennung ihrer fundamentalen Freiheitsrechte versagt – die Fälle des Genozids sowie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§§ 6 f. VStGB). In diesen Fällen kann der Sanktionierung der betreffenden Taten nicht die Bedeutung zukommen, die Beachtlichkeit der *bestehenden* Daseinsordnung von Freiheit zu bekräftigen. Die Sanktionsverhängung leistet vielmehr einen Beitrag zur *künftigen* (Re-)Kultivierung der betroffenen Gesellschaft: Durch die Befriedigung des Genugtungsbedürfnisses der Opfer, die Ausschaltung besonders stark kompromittierter Täter<sup>128</sup> und die Demonstration der Maßgeblichkeit und Durchsetzungsfähigkeit eines menschenrechtlichen Basisstandards<sup>129</sup> soll der Boden für eine dauerhafte Verbesserung des bisherigen Zustandes bereitet werden.<sup>130</sup>

Von der herkömmlichen Strafrechtsdogmatik, die sich bislang ohnehin nur sporadisch mit der Frage nach den Zwecken völkerstrafrechtlicher Sanktionierung befaßt hat,<sup>131</sup> wird

---

worden (grundlegend *Merkel* [Fn. 10], S. 240; zuletzt *Ambos* [Fn. 1], § 6 Rn. 3 und *Weigend* [Fn. 42], S. 958).

<sup>127</sup> Grundlegend zu dieser Terminologie: *Jäger*, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, Hamburg 1995, S. 326 ff.

<sup>128</sup> Dazu eindringlich *Jäger* (Fn. 127), S. 345 f.

<sup>129</sup> Diesen erhofften Effekt völkerstrafrechtlicher Sanktionen stellt die deutschsprachige Literatur in den Mittelpunkt ihrer Legitimationsbemühungen (vgl. *Eser* [Fn. 43], S. 234; *Merkel*, in: Merkel/Wittmann [Hrsg.], „Zum ewigen Frieden“, Frankfurt 1996, S. 349 f.; *Möller*, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, Münster/Hamburg/London 2003, S. 507 ff.; *Neubacher* [Fn. 43], S. 424 f.; *Triffterer*, in: Vogler [Hrsg.], Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 2. Halbband, Berlin 1985, S. 1500 f.; *Werle*, Völkerstrafrecht, Tübingen 2003, Rn. 86; *dens.*, ZStW 109 [1997], 821).

<sup>130</sup> Auf diese Differenz hat *Jakobs* bereits des öfteren aufmerksam gemacht: *Jakobs*, GA 1994, 18; *ders.* (Fn. 84), S. 38 f.; *ders.* (Fn. 122), S. 54 f.; *ders.*, in: Courakis (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert (Festschrift für Dionysios Spinellis), Athen 2001, S. 465; *ders.* (Fn. 122), 94 f. Ähnlich jüngst *Lüderssen*, „Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine“. Frankfurt/Leipzig 2005, S. 64. – *Keller* (Fn. 86), S. 429 betont, daß eine Norm, die alle Mitglieder der Menschheit verpflichtet, „der Sache nach eine andere Norm“ sei als die innerhalb eines im wesentlichen konsolidierten Staates geltenden Normen. *Jäger* (Fn. 127), S. 346 läßt ausdrücklich offen, ob es sich bei den Sanktionen des Völkerstrafrechts „letztlich um eine Strafe handelt oder aber eine Maßnahme mit pönalen Elementen, die Zurechenbarkeit und Verurteilung im rechtsförmigen Verfahren zur Voraussetzung hat“.

<sup>131</sup> So die übereinstimmende Einschätzung von *Ambos* KritV 1996, 365 f.; *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin 2005,



die Besonderheit des Völkerstrafrechts zwar gesehen, dessen Unterschied zu dem herkömmlichen innerstaatlichen Strafrecht aber bagatellisiert. Es erscheint als „eine nicht weiter zu reflektierende Selbstverständlichkeit“, daß die völkerstrafrechtlichen Kerndelikte mit Strafe belegt werden dürfen.<sup>132</sup> So betonen zwar *Ambos* und *Steiner*, die Völkergemeinschaft befinde sich „heute dort, wo sich die Nationalstaaten in ihrer Entstehungsphase befanden: bei der Herausbildung und Konsolidierung eines (völkerstrafrechtlichen) Gewaltmonopols“<sup>133</sup>. Mangels einer funktionierenden völkerstrafrechtlichen Ordnung liege der Zweck völkerrechtlicher Strafen vor allem darin, „einen Beitrag zu der *Errichtung und Konsolidierung* einer völker(straf)rechtlichen Wertordnung zu leisten“<sup>134</sup>. Nur wenige Zeilen weiter suggerieren *Ambos* und *Steiner* hingegen einen axiologischen Gleichklang zwischen staatlichem und überstaatlichem Strafrecht: „Dient das innerstaatliche Strafrecht dem friedlichen Zusammenleben der Menschen innerhalb eines Staates, verfolgt das Völkerstrafrecht diesen Zweck über staatliche Grenzen hinaus“<sup>135</sup>. Ebenso ungenau argumentieren *Eser*, *Werle* und *Roxin*. Auch sie erkennen, daß die Leistung des Völkerstrafrechts allenfalls darin bestehen kann, der „*Durchsetzung*“ wünschenswerter Rechtsstandards<sup>136</sup> bzw. dem „*Aufbau* einer nationalen Menschenrechtskultur“<sup>137</sup> zu dienen und auf diese Weise „zur Verwirklichung des uralten Menschheitsstraums vom ewigen Frieden“ beizutragen<sup>138</sup>. Auf den Unterschied, der zwischen der Bestätigung einer bestehenden und der Etablierung einer künftigen Friedensordnung besteht, gehen aber auch sie nicht ein.<sup>139</sup> Im Lichte des herrschenden Rechtsgüterschutzdenkens

betrachtet, ist diese Unbefangenheit wenig verwunderlich. Wie an früherer Stelle gezeigt worden ist, korrespondiert der Ausrichtung des Strafrechts auf die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes eine präventionstheoretische Deutung der Strafe – mithin eine Auffassung, die, wie *Kohler* prägnant formulierte, „das Strafrecht vollständig in Polizeigewalt und die Strafrechtzwecke vollständig in polizeilichen Schutz aufgehen“ läßt<sup>140</sup>. Haben die Sanktionen des Strafrechts sich demnach *insgesamt* unter Verweis auf ihre *künftigen* Effekte zu legitimieren, so kann es auf die Unterschiedlichkeit der *Ausgangspositionen* nicht entscheidend ankommen.<sup>141</sup>

Anders verhalten sich die Dinge auf der Basis des hiesigen Legitimationsmodells. Danach liegt die fundamentale Verwirklichungsbedingung strafrechtlich relevanten Unrechts in der Existenz einer Rechtsordnung, die, wenngleich möglicherweise in höchst unvollkommener Form, der Freiheit der Rechtsgenossen ein reales Dasein gibt. Fehlt es an dieser Voraussetzung – und diese Sachlage läßt sich, wie erwähnt, als das Charakteristikum völkerstrafrechtlicher Delikte ansehen<sup>142</sup> –, so verdienen die Taten, die unter Ausnutzung dieses Vakuums geschehen, nicht die Bezeichnung als *Kriminalun-*

können“ (JRE 11 [2003], 481). Daraus ergibt sich aber allenfalls die *Rechtmäßigkeit* der betreffenden Verfahren, nicht jedoch die Legitimität ausgerechnet der Reaktionsform „Strafe“. Ebenso wenig überzeugt die Erwägung *Möllers* (Fn. 129), S. 418, eine bewußte und gewollte Nichtahndung von Schwerkriminalität, nur weil diese wegen der staatlichen Beteiligung abschirmbar sei, erschüttere die Legitimation des Strafrechts auch in bezug auf die nationale Ahndung der „Alltagskriminalität“. Die Geschichte des Strafrechts, das bislang weitgehend *ohne* Völkerstrafrecht hat auskommen müssen, beweist das Gegenteil.

<sup>140</sup> *Kohler* (Fn. 6), S. 93. – Treffend auch *v. Bar*, GS 18 (1870), 87 f. Fn. 2 zu Bindings Zurückführung des Internationalen Strafrechts auf das Schutzprinzip: „Nach *Binding* ist das Strafrecht wesentlich ein gewissermaßen polizeiliches Schutzrecht zum Schutze der in einem Territorium vorhandenen Personen und Sachen“.

<sup>141</sup> Exemplarisch *Triffterer* (Fn. 42), S. 500: Als „Mittel zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter“ sei das Strafrecht auch im Völkerrecht unverzichtbar.

<sup>142</sup> Daraus läßt sich eine Definition von Völkerstraftaten ableiten: Derartige Taten sind maßgeblich dadurch gekennzeichnet, daß sie die elementaren Mindestbedingungen einer jeden Daseinsordnung von Freiheit negieren, die einzelne Person also durch einen Angriff auf die institutionellen Grundbedingungen ihrer Existenz treffen. Der hier vorgeschlagenen Begriffsbestimmung steht diejenige *Köhlers* nahe, der das universale Verbrechen definiert als „Negation der Verfassungs- und zugleich Völkerrechtsfähigkeit, also einer Fundamentalbedingung der intern rechtsverfaßten Selbständigkeit eines Verbandes (Volkes) bzw. Staates“ (*Köhler* [Fn. 89], 457). Die herrschende Meinung faßt den Bereich der Völkerstraftaten weiter; dazu näher *Weigend* (Fn. 42), S. 966 ff.

S. 19 f.; *Möller* (Fn. 129), S. 413; *Neubacher* (Fn. 43), S. 422 f. und *Tolmein*, in: Hasse u.a. (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, S. 499. Die Arbeit *Möllers* (S. 413 ff.) stellt die bislang ausführlichste deutschsprachige Auseinandersetzung mit diesem Problemkreis dar.

<sup>132</sup> *Möller* (Fn. 129), S. 413 f. – Exemplarisch *Mohr*, in: *Hankel/Stuby* (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg 1995, S. 407: „Nur über Mittel des Strafrechts kann das Individuum erreicht und sein schuldhaftes, kriminelles Verhalten angemessen sanktioniert werden. Das gilt für internationale Verbrechen generell. Abgesehen von der staatlich-politischen Verwurzelung ... handelte es sich bei diesem Einstehenmüssen um normale strafrechtliche Verantwortlichkeit.“

<sup>133</sup> *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 10.

<sup>134</sup> *Ambos/Steiner* (Fn. 133), 13 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>135</sup> *Ambos/Steiner* (Fn. 133), 13.

<sup>136</sup> *Eser* (Fn. 43), S. 233 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>137</sup> *Werle* (Fn. 129), 821 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>138</sup> *Roxin*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, S. 390.

<sup>139</sup> Andere Autoren machen es sich noch einfacher. So begründet *Prittwitz* die Qualität des Völkerstrafrechts als genuines Strafrecht damit, daß es sich immerhin um eine „rechtlich geordnete Reaktion auf gesetzlich fixierte Rechtsgutsverletzungen“ handele, „die in einem rechtlichen Verfahren einem Individuum objektiv und subjektiv zugeschrieben werden

*recht*.<sup>143</sup> Der *moralische* Unrechtsgehalt derartiger Taten ist freilich häufig so exorbitant, daß sich der Rückgriff auf den Gedanken des *malum in se* geradezu aufdrängt. Das zentrale Problem eines solchen Ansatzes besteht indessen darin, daß sich auf seiner Basis keine überzeugende Legitimation (gerade) der Strafe mehr entwickeln läßt. Einem Delinquenten das *malum* der Strafe nur deswegen aufzuerlegen, weil er seinerseits ein *malum* verschuldet hat, liefe auf eine unvernünftige Sequenz zweier Übel und damit auf jene Version der Vergeltungstheorie hinaus, die – wie unter 1. gezeigt – bereits seit *Hegel* als diskreditiert gelten kann.<sup>144</sup> Der spezifischen Zielsetzung völkerstrafrechtlicher Sanktionen läßt sich deshalb nur dadurch angemessen Rechnung tragen, daß man die einschlägigen Delikte außerhalb des regulären Strafrechts ansiedelt und sie einer stärker präventionsorientierten Sonderdogmatik unterstellt.<sup>145</sup> Daß dies unter Wertungsgesichtspunkten unbedenklich ist, ergibt sich aus einem Vergleich mit dem zuvor behandelten Schutzprinzip.<sup>146</sup> Dürfen Ausländer, die im Ausland handelnd inländische deutsche Rechtsgüter schädigen, massiven Sanktionen unterworfen werden, so kann eine Lockerung der Anforderungen an das reguläre Bürgerstrafrecht auch für den internationalen Schutz des Kernbereichs der Menschenrechte akzeptiert werden. „Wenn dieser Schutz dem Völkerrecht entspricht, ist seine Legitimität nicht

geringer als die des Selbstschutzes eines souveränen Staates.“<sup>147</sup>

Der systematische Sonderstatus der völkerstrafrechtlichen Delikte rechtfertigt einerseits gewisse Abstriche von den rechtsstaatlichen Standards, die für das herkömmliche deutsche „Normalstrafrecht“ gelten.<sup>148</sup> Andererseits aber hat sich die Anwendung des VStGB konsequent an dem Ziel der gesellschaftlichen Befriedung und Rekultivierung auszurichten. Dies hat zur Folge, daß rechtspolitischen Situationseinschätzungen hier ein größerer Raum zugestanden werden muß, als dies im gewöhnlichen Strafrecht der Fall ist. Das gegenwärtige deutsche Recht verfolgt den gegensätzlichen Kurs: § 153f StPO läßt erkennen, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf alle Völkerrechtsverbrechen nach §§ 6 ff. VStGB von einer Verfolgungspflicht der deutschen Justiz ausgeht.<sup>149</sup> Nur in Fällen, in denen kein Inlandsbezug ersicht-

<sup>147</sup> *Keller* (Fn. 86), S. 434.

<sup>148</sup> Zu denken ist in materiell-rechtlicher Hinsicht etwa an Einschränkungen der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsmöglichkeiten (Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Notwehr [entsprechend Art. 31 Abs. 1 c) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes, BGBl. II 2000, S. 1393] und beim entschuldigenden Notstand [Gewährung einer Entschuldigung nur, wenn der angerichtete Schaden nicht größer ist als der vermiedene Schaden [entsprechend Art. 31 Abs. 1 d) IStGH-Statut; zur Vereinbarkeit einer solchen Klausel mit dem Grundgedanken des entschuldigenden Notstands: *Verf.*, JRE 11 [2003], 310]). In prozessualer Hinsicht kommt eine vorsichtige Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes entsprechend Art. 69 Abs. 3 S. 2 IStGH-Statut in Betracht. – Besonders heikel ist die Frage nach der Beziehung der völkerstrafrechtlichen Delikte zu dem Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Was das deutsche VStGB anbetrifft, so wird offen zugestanden, daß einige seiner (die Vorgaben des Völkerstrafrechts in nationales Recht transformierenden) Regelungen in einem prekären Verhältnis zum verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz stehen. In Anbetracht der allgemeinen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sei dieser Mangel indessen unbedenklich (näher *Satzger*, NStZ 2002, 130 f.; *ders.*, JuS 2004, 945 ff.; *Werle/Jeffberger*, JZ 2002, 730). Das IGHSt-Statut ist übrigens noch erheblich großzügiger. In ihm sind den einzelnen Tatbeständen keine konkreten Strafdrohungen zugeordnet; in den Art. 77-80 des Statuts finden sich lediglich einige sehr allgemeine Vorschriften über die Straf bemessung. Dieser laxer Umgang mit dem *nulla poena*-Grundsatz ist *Triffterer* (Fn. 42), S. 501 zufolge insofern unbedenklich, als der genannte Grundsatz nach seinen historischen Wurzeln lediglich die Zielsetzung verfolgt habe, die Willkür der übermächtigen *Staatsgewalt* gegenüber dem insoweit ohnmächtigen Einzelnen einzudämmen. Aber ist der einzelne Beschuldigte gegenüber einem internationalen Gerichtshof weniger ohnmächtig als gegenüber einem nationalen Gericht?

<sup>149</sup> *Beulke*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 24. Lieferung: Nachtrag, Berlin 2003, § 153f Rn. 3, 5, 42; *Wer-*

<sup>143</sup> Anderer Ansicht jüngst *Gierhake* (Fn. 131), S. 157: Zwar sei die Strafe für ihre freiheitskonforme *Ausübung* auf die Verfassung der Allgemeinheit in handlungsfähigen Institutionen angewiesen. Der *Rechtsgrund* der Strafe aber sei schon im vorstaatlichen allgemeinen Rechtsgesetz zu finden. Dem Satz, daß auf Unrecht Strafe zu folgen habe, komme der Rang einer „Vernunftnotwendigkeit“ zu, „und zwar im gedanklich ersten Schritt auch unabhängig von jeglicher staatlichen Verfestigung der Rechtsverhältnisse“. Ob sich mit Hilfe der Unterscheidung zwischen dem Rechtsgrund und den Ausübungsbedingungen legitimer Strafe tatsächlich die rechtsphilosophische Dignität auch solcher Strafen beweisen läßt, die außerhalb von etablierten Daseinsordnungen von Freiheit verhängt werden, erscheint indessen zweifelhaft. Wenn die Strafe – wie *Gierhake* ausdrücklich konzediert – zu ihrer freiheitskonformen Verwirklichung auf verfaßte Gemeinschaftlichkeit angewiesen ist, dann bedeutet dies im Gegenschluß, daß eine Strafe außerhalb derartiger institutioneller Strukturen *nicht* in freiheitskonformer Weise exekutiert werden kann. Mit anderen Worten: *Gierhake* begründet zwar die Staatsunabhängigkeit der Strafe als eines reinen Gedankendings, nicht aber auch jene der tatsächlich vollstreckten Strafe. Dies aber – der Vollzug des Strafzwanges – muß aus der Sicht einer dem Freiheitsgedanken verpflichteten Straftheorie als das eigentliche Ärgernis der Strafe und damit auch als der wahre Gegenstand aller Legitimationsbemühungen gelten. Der Logik von *Gierhakes* Gedankengang würde es von daher weitaus eher entsprechen, den genuinen Strafcharakter völkerstrafrechtlicher Sanktionen zu *verneinen*.

<sup>144</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 73), § 99 A (Werke Bd. 7, S. 187).

<sup>145</sup> Ebenso *Jakobs* (Nachweise in Fn. 130).

<sup>146</sup> Die nachfolgende Argumentation lehnt sich eng an die Ausführungen *Kellers* an (*Keller* [Fn. 86], S. 434).

lich ist, besteht die Möglichkeit des Absehens von einem Verfahren bzw. einer Einstellung. Diese Gesetzeslage wird den Besonderheiten des Übergangs von makrokriminellen Systemen zu rechtsstaatlich verfaßten Staatsordnungen nicht gerecht. Es gibt kein Patentrezept, wie man zerrüttete, materiell und sittlich verheerte Gesellschaften am erfolgreichsten befriedet und zur Einhaltung zivilisatorischer Mindeststandards zurückführt. Ein Bestrafungs-Paternalismus ist hier fehl am Platz; vorrangig müssen die Betroffenen selbst sich darüber im klaren werden, was sie wollen.<sup>150</sup> Sobald die betroffene Gesellschaft zu geordneten und einigermaßen rechtsstaatlichen Zuständen zurückgekehrt ist, ist deshalb eine etwaige Entscheidung ihrer nunmehrigen politischen Repräsentanten zu respektieren, zur Beförderung der Versöhnung zwischen den bislang feindlichen Lagern begrenzte Amnestien auszusprechen oder die „Aufarbeitung“ der Vergangenheit auf „Wahrheitskommissionen“ oder ähnliche Institutionen zu übertragen.<sup>151</sup>

Dies mag man als enttäuschend, ja defätistisch beklagen: Die Idee der Gerechtigkeit werde politischem Kalkül zum Opfer gebracht. In Wahrheit trägt die hiesige Position lediglich der begrenzten Steuerungskraft des Rechts Rechnung.<sup>152</sup> Ein Recht, welches es unternimmt, die gesellschaftliche Wirklichkeit, auf die es sich bezieht, gleichsam zu überspringen, nimmt rasch ideologische Züge an. Dies ist ein Fazit, dem, wie ich hoffe, *Friedrich-Christian Schroeder*, der große Kenner des Ostrechts, seine Sympathie nicht versagen wird.

---

*le/Jeßberger* (Fn. 148), 732; *Weßlau*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, 32. Lieferung, Neuwied 2003, § 153f Rn. 2.

<sup>150</sup> Ebenso *Gierhake* (Fn. 131), S. 81 Fn. 200.

<sup>151</sup> Ebenso *Jäger* (Fn. 127), S. 343; einschränkend *Neubacher* (Fn. 43), S. 456 ff. – Das Völkerrecht würde einem solchen Vorgehen nicht entgegenstehen. Als gesichert gilt lediglich, daß Generalamnestien für Völkerrechtsverbrechen unzulässig sind. Darüber hinaus hat sich eine klare Position noch nicht herausgebildet. Einzelheiten bei *Werle* (Fn. 129), Rn. 190 ff.

---

<sup>152</sup> Dazu näher *Fisahn*, Natur-Mensch-Recht, Berlin 1999, S. 324 ff.; *Lippold*, Recht und Ordnung, Wien 2000, S. 92 ff.; *Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989, S. 81 ff.