

# Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union

Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Bonn

## I. Problemaufriss

In einer globalisierten Welt beschränken sich strafrechtlich relevante Sachverhalte mit grenzüberschreitenden Bezügen längst nicht mehr auf den Bereich der organisierten Kriminalität, sondern sind angesichts der zunehmenden Mobilität der Gesellschaft<sup>1</sup> und der wachsenden Bedeutung des Internet<sup>2</sup> zu einem verbreiteten Phänomen geworden. Der einzelne Bürger wird auf diese Weise mit dem Strafrecht mehrerer Staaten konfrontiert, wonach dasselbe Verhalten unter Umständen aufgrund unterschiedlicher kriminalpolitischer Wertungen zum Teil als strafbar, zum Teil als straflos angesehen wird und sieht sich unter Umständen der Gefahr ausgesetzt, in mehreren Staaten zugleich strafrechtlich verfolgt zu werden. In der Europäischen Union als einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 ff., 82 ff. AEUV) ist dieser Rechtszustand besonders prekär, zumal mit den neuen Instrumenten der strafrechtlichen Zusammenarbeit – namentlich dem Europäischen Haftbefehl,<sup>3</sup> den Erleichterungen der kleinen Rechtshilfe (z.B. Vernehmung per Videovernehmung oder Telefonkonferenz, Art. 10, 11 EU-RhÜbk, und gemeinsame Ermittlungsgruppen, Art. 13 EU-RhÜbk)<sup>4</sup> sowie spezifischen Instrumenten zur Sicherstellung, Beschlagnahme und Herausgabe von Beweismitteln<sup>5</sup> – die extraterritoriale Durchführung von Strafverfolgungsmaßnahmen erheblich erleichtert und damit zugleich die Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Ausübung der nationalen Straf Gewalt beträchtlich erweitert

<sup>1</sup> Siehe z.B. KG NStZ 2000, 533 („Hitlergruß“ deutscher Fans in polnischem Fußballstadion, das im deutschen Fernsehen zeitnah übertragen wurde); BGH, Urt. v. 17.3.2009 – 3 StR 18/09 (sexueller Missbrauch von Kindern durch einen deutschen Staatsangehörigen in Kambodscha).

<sup>2</sup> BGHSt 46, 212 (Fall Töben).

<sup>3</sup> Siehe den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2002 Nr. L 190 v. 17.7.2002, S. 1 ff.; siehe insoweit zur Umsetzung in Deutschland §§ 80 ff. IRG.

<sup>4</sup> Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU 2000 Nr. C 197 v. 11.7.2000, S. 3 ff.

<sup>5</sup> Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU Nr. L 196 v. 1.11.2003, S. 45 ff.; zur Umsetzung im deutschen Rechtshilferecht siehe §§ 94, 97 IRG. Der Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU 2008 Nr. L 350 v. 29.12.2008, S. 72, ist am 19.1.2009 in Kraft getreten, aber noch nicht umgesetzt worden.

wurden.<sup>6</sup> Zugleich bietet die Union als Rechts- und Wertegemeinschaft (vgl. Art. 2, 6 EUV) aber auch einen rechtlichen Rahmen für eine wechselseitige Beschränkung der nationalen Straf Gewalt auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens in die Effektivität, aber auch und vor allem in die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege in den anderen Mitgliedstaaten.

## II. Defizite der bisherigen Regelungen

Nun sind die Probleme im Zusammenhang mit (positiven) Jurisdiktionskonflikten nicht neu. Lösungen werden auf der Ebene der Europäischen Union jedoch in erster Linie auf der Ebene des Strafverfahrensrechts gesucht, d.h. Jurisdiktionskonflikte werden als „Zuständigkeitsproblem“ behandelt. Dies gilt zuvörderst für die transnationale Geltung des Prinzips „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ, Art. 50 Grundrechte-Charta), wonach eine rechtskräftige Aburteilung in einem Mitgliedstaat die Verfolgung derselben Tat in einem anderen Mitgliedstaat ausschließt.<sup>7</sup> Der Jurisdiktionskonflikt wird auf diese Weise (ausschließlich) nach dem Prioritätsprinzip gelöst. Wird in mehreren Mitgliedstaaten wegen derselben Tat ein Strafverfahren geführt, liegt aber noch keine verfahrensabschließende Entscheidung vor, so sind die Mitgliedstaaten nach dem Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten im Strafverfahren<sup>8</sup> gehalten, die Durchführung paralleler Verfahren durch eine einvernehmliche Lösung zu vermeiden (Art. 10, 11 des Rahmenbeschlusses). Diesem Konsultationsprozess geht erforderlichenfalls ein Informationsaustausch zwischen den für das jeweilige Verfahren zuständigen Justizbehörden voraus (Art. 5 ff. des Rahmenbeschlusses). Materielle Kriterien, nach denen das Einvernehmen über den Gerichtsstand erzielt werden soll, enthält der Rahmenbeschluss nicht.<sup>9</sup> Demgegenüber sehen

<sup>6</sup> Zu Phänomen und Gefahren dieser Entterritorialisierung von Straf Gewalt auch *F. Meyer*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 87 (S. 93 ff.).

<sup>7</sup> S. dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, S. 465 ff. § 13 Rn. 21 ff.; *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, 2005, S. 64 ff., 169 ff.; *Mansdörfer*, Das Prinzip ne bis in idem in Europa, 2004, S. 142 ff.; *Specht*, Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem, 1999, S. 119 ff.; *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421; *Stein*, Zum europäischen ne bis in idem nach Art. 54 SDÜ, 2004, passim.

<sup>8</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI v. 30.11.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 328 v. 15.12.2009, S. 42.

<sup>9</sup> Nach Art. 11 des Rahmenbeschlusses „prüfen [die zuständigen Behörden] die gesamte Sach- und Rechtslage des Falles sowie alle Faktoren, die sie als sachdienlich betrachten.“; kritisch insoweit *Hecker*, ZIS 2011, 60 (62).

die in der Wissenschaft<sup>10</sup>, Justizpraxis<sup>11</sup> und in einzelnen Rechtsakten<sup>12</sup> entwickelten Ansätze zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten Kriterien für die Auswahl der „besten“ Strafgewalt (d.h. des für die Durchführung des Strafverfahrens zuständigen Staates) vor, die insoweit an die „klassischen“ Gesichtspunkte (Tatort, Staatsangehörigkeit des Täter bzw. Opfers) anknüpfen und diese um prozessuale Aspekte (Verfügbarkeit von Beweismitteln) erweitern. Letztlich gehen aber auch diese Modelle davon aus, dass über die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zunächst konkurrierende Strafgewalten begründet werden, d.h. das materielle Strafrecht mehrerer Mitgliedstaaten auf die Tat anwendbar ist. Zum Teil wird dies sogar vom sekundären Unionsrecht gefordert, um durch Kombination der herkömmlichen Anknüpfungspunkte sicherzustellen, dass die Tat jedenfalls in einem Mitgliedstaat bestraft werden kann.<sup>13</sup> Bildlich gesprochen liegt dieser Erwägung der Gedanke zu Grunde, zur Verfolgung des Täters ein möglichst lückenloses „Netz“ konkurrierender Strafansprüche zu knüpfen.<sup>14</sup> An dem Netzgedanken wurde jedoch mit Recht kritisiert, dass er einseitig auf das öffentliche Strafverfolgungsinteresse ausgerichtet ist.<sup>15</sup> Dies

<sup>10</sup> *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NSZ 2002, 624; *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, 2003, passim; *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001, S. 98 ff.; *Schünemann*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für eine europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 5 ff.; *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Iuris portans dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 1997, passim.

<sup>11</sup> S. die Entscheidungsleitlinien von Eurojust, Anhang IV des Jahresberichts 2004, S. 92 ff.

<sup>12</sup> Art. 9 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung v. 13.6.2002 (ABl. EU 2002 Nr. L 164 v. 22.6.2002, S. 3); s. auch das Grünbuch der Kommission über Jurisdiktionskonflikte und die Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“ KOM (2005) 696 endg. – Annex SEC (2005) 1767, S. 38 ff.

<sup>13</sup> *Wasmeier*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 31 EUV Rn. 48; s. etwa Art. 9 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (ABl. EU 2008 Nr. L 328 vom 6.12.2008, S. 55).

<sup>14</sup> Dieser Netz-Aspekt charakterisiert allerdings nicht das gesamte Spektrum potenzieller Jurisdiktionskonflikte. Außerhalb supranationaler oder internationaler Vorgaben stößt man auf ein eher zufälliges Nebeneinander von nationalen Strafansprüchen, das gerade das Resultat nicht abgestimmter, oft unreflektierter Geltungserstreckung durch das jeweilige nationale Strafanwendungsrecht ist.

<sup>15</sup> Vgl. zur Kritik an dem „Netzgedanken“ bei *Lagodny* (Fn. 10), S. 101 ff.; *Vogel*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter*

zeigt sich besonders deutlich in der dem Netzgedanken innewohnenden Verdrängung von Rechtsordnungen, die das betreffende Verhalten nicht mit Strafe bedrohen, durch solche, die einen entsprechenden Strafanspruch begründen (und durchsetzen).

Die Begründung konkurrierender Strafansprüche bereitet aber nicht nur den Boden für zusätzliche Jurisdiktionskonflikte, sondern verstellt zugleich den Blick auf das Lösungspotential, das in der wechselseitigen Beschränkung nationaler Strafgewalten steckt: Soweit durch eine Reduzierung der zulässigen Anknüpfungspunkte die Entstehung konkurrierender Strafansprüche verhindert wird, können Jurisdiktionskonflikte von vornherein vermieden werden. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Konflikt nationaler Strafgewalten bereits im Vorfeld eines Strafverfahrens verhindert werden kann, indem die Strafgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten durch eine Harmonisierung des Strafanwendungsrechts begrenzt wird.<sup>16</sup>

### III. Die bestehenden Grenzen nationaler Strafgewalt

Bei dem Unterfangen, der nationalen Strafgewalt Grenzen zu setzen und auf diese Weise bereits die Entstehung von Jurisdiktionskonflikten zu verhindern, ist der Blick auf die bestehenden Grenzen hilfreich, denn ihnen lassen sich möglicherweise Ansätze für weitergehende Beschränkungen der nationalen Strafgewalt entnehmen. Der Begriff „Strafgewalt“ wird dabei im Sinne materiell-rechtlicher Regelungsgewalt („jurisdiction to prescribe“) verstanden, d.h. es geht um die Bestimmungen, welche die Voraussetzungen und Grenzen für die Anwendbarkeit der einzelnen Straftatbestände des nationalen Rechts festlegen (Strafanwendungsrecht).<sup>17</sup> Indem der Staat ein bestimmtes Verhalten mit Strafe bedroht, nimmt er zwar zugleich auch die Kompetenz in Anspruch, derartige Taten durch seine Gerichte verfolgen zu lassen, d.h. aus der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts folgt zugleich eine Zuständigkeit der deutschen Strafgerichte für die Verfolgung der entsprechenden Taten. Materielle und prozessuale Aspekte lassen sich jedoch voneinander absichten, soweit die deutsche Justiz keine originäre, sondern abgeleitete Strafgewalt ausübt, indem sie die Tat im Interesse eines anderen Staates auf der Grundlage der am Tatort geltenden Strafnorm verfolgt (sog. stellvertretende Strafrechtspflege, § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).<sup>18</sup> Wegen ihrer ausschließlich prozessualen Funktion (Begründung der deutschen Strafgerichtsbarkeit) sollen diese Regelungen jedoch im Folgenden außer Betracht bleiben. Der Erstreckung originärer materieller Strafgewalt

(Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 877 (S. 891 ff.); *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30 (45 f.).

<sup>16</sup> Einen solchen Schritt haben bereits *Eser/Burchard*, in: *Derra* (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, 2006, S. 499 (S. 521 f.) gefordert, um zu einem echten Verbot der „Doppel-Verfolgbarkeit“ zu gelangen.

<sup>17</sup> S. dazu näher *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 3 Rn. 12 m.w.N.

<sup>18</sup> S. dazu *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 9 f. m.w.N.

auf fremdes Hoheitsgebiet, die von *Binding* noch als legitime Ausübung der Kompetenz-Kompetenz des souveränen Staates angesehen wurde,<sup>19</sup> setzen heute indessen das Völkerrecht (1.), das Verfassungsrecht (2.) und das Europarecht (3.) Grenzen.

### 1. Völkerrecht

Die Ausübung extraterritorialer Strafgewalt wurde ausgehend von der „Lotus-Entscheidung“ des Ständigen Internationalen Gerichtshofes<sup>20</sup> aus dem Jahr 1927 zunächst der Grenze des völkerrechtlichen Interventionsverbots unterworfen. In jüngerer Zeit wird nicht mehr die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt, sondern ihre Ausdehnung auf das Hoheitsgebiet anderer Staaten als begründungsbedürftig angesehen, indem diese davon abhängig gemacht wird, dass sich ein anerkannter völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt („genuine link“) findet.<sup>21</sup> Allgemein gesichert ist der völkerrechtliche Entwicklungsstand aber (noch) nicht, zumal die anerkannten Anknüpfungspunkte in Wechselwirkung mit dem Interventionsverbot stehen.<sup>22</sup> Es muss weiterhin als offen gelten, ob eine Geltungserstreckung stets einer spezifischen völkerrechtlichen Rechtfertigung bedarf bzw. ob Fälle eines non-liquet auch bei der Ausübung extraterritorialer Strafgewalt völkerrechtlich denkbar sind.<sup>23</sup> Aufgrund der Vielzahl der möglichen legitimen Anknüpfungspunkte (u.a. Territorialitätsprinzip, aktives und passives Personalitätsprinzip, Schutzprinzip) werden völkerrechtlich ohnehin nur extreme Auswüchse einer Inanspruchnahme extraterritorialer Strafgewalt unterbunden. Die konkurrierende Ausübung von Strafgewalten durch mehrere Staaten lässt das völkerrechtliche Interventionsverbot indessen weitgehend unberührt, auch wenn in jüngerer Zeit kritische Stimmen an der Begründung der Strafgewalt über das Weltrechtsprinzip (vgl. § 6 Nrn. 2-7 StGB und § 1 VStGB)<sup>24</sup> und die Anknüpfung an die Auswir-

kungen der Tat im Inland (Ort des Erfolgseintritts, vgl. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB) bei der Tatbegehung über das Internet<sup>25</sup> zunehmen. In der Erstreckung des innerstaatlichen Strafrechts auf Auslandstaaten zeigt sich vielmehr das konzentrierte Bestreben der Staaten, aus den einzelstaatlichen Strafgewalten ein möglichst lückenloses „Netz“ zu knüpfen, um eine gerechte Bestrafung des Täters sicherzustellen.<sup>26</sup> Das Völkerrecht scheint diese Entwicklung wegen der Weite der zulässigen Anknüpfungspunkte einerseits und der Möglichkeit der Staaten, auf den Schutz des Interventionsverbots zu verzichten, andererseits eher zu begünstigen denn aufzuhalten.

### 2. Verfassungsrecht

Während die Ausdehnung der nationalen Strafgewalt über das eigene Staatsgebiet hinaus unter völkerrechtlichen Aspekten (Verletzung der Souveränität eines fremden Staates) eingehend diskutiert wird, finden sich in jüngerer Zeit nur wenige Beiträge, welche die nicht weniger bedeutsame Frage behandeln, wie die Ausübung extraterritorialer Strafgewalt gegenüber dem „Täter“ nach nationalem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann.<sup>27</sup> Doch auch Entscheidungen über die extraterritoriale Erstreckung materieller Strafgewalt unterliegen den verfassungsrechtlichen Bindungen des Grundgesetzes. Der parlamentarische Gesetzgeber darf den völkerrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen er sich gem. Art. 25 GG zu halten hat, nicht nach Belieben ausschöpfen. Zunächst verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass die Straferstreckung einen rationalen und verfassungsmäßigen Zweck verfolgt.<sup>28</sup> Zwar schließt das Grundgesetz keinen der bekannten Strafzwecke per se aus,<sup>29</sup> so dass letztlich die Anführung eines zulässigen Zwecks hinreicht.<sup>30</sup> Doch erscheint vor allem die Plausibilität der präventiven Theorien bei extraterritorialen Sachverhalten durchaus zweifelhaft.<sup>31</sup> Zudem fehlt es

<sup>19</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1991 (Neudruck der Ausgabe v. 1885), S. 374: „Den Umfang seiner Strafrechte bestimmt jeder souveräne Staat souverän. Unter keinen Umständen wird die Existenz seines Strafanspruchs bedingt durch die Zustimmung eines fremden Souveräns, falls der sich berechtigende Staat nicht aus freien Stücken diese Bedingung aufstellt.“

<sup>20</sup> PCIJ Ser. A No. 9 = StIGHE 5, 71.

<sup>21</sup> S. dazu *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 17 ff.; *Werle/Jeßberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 3 Rn. 216 ff., jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. das Sondervotum der Richterin *van den Wyngaert* im „Haftbefehlsfall“ (IGH EuGRZ 2003, 580 [582]).

<sup>23</sup> S. insoweit *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 13; vgl. zum völkerrechtlichen non liquet: IGH EuGRZ 1997, 235 (240 Rn. 94 ff.) – „Atomwaffengutachten“.

<sup>24</sup> Eingehend *Gärditz*, Weltrechtspflege, eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt, 2006, S. 119 ff.; s. auch das gemeinsame Sondervotum der Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* im „Haftbefehlsfall“ (IGH

EuGRZ 2003, 574 [575]); s. dazu *Kreß*, ZStW 114 (2002), 818.

<sup>25</sup> S. insbesondere die Kritik an BGHSt 46, 212 (zu § 130 StGB): *Lagodny*, JZ 2001, 1198 (1200); *Weigend*, in: Hohloch (Hrsg.), Recht und Internet, 2001, S. 85 (S. 89); s. auch *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650 (669 f.).

<sup>26</sup> Siehe oben Fn. 15.

<sup>27</sup> S. insoweit *Gärditz* (Fn. 24), S. 316 ff.; s. auch *Pawlik*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Fn. 15), S. 357.

<sup>28</sup> *Gärditz* (Fn. 24), S. 316 f.; *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (2 f.); *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 5, 49.

<sup>29</sup> BVerfGE 45, 187 (253).

<sup>30</sup> *Appel*, Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 76.

<sup>31</sup> Vor allem der normgeltungsorientierte Gedanke der positiven Generalprävention erscheint eine Erstreckung der Strafgewalt als Basis einer späteren Bestrafung vielfach nicht rechtfertigen zu können, da eine im Ausland begangene Tat das Vertrauen in die Normgeltung in sehr viel geringerem Maße zu erschüttern vermag. Beruht die Erstreckung auf einer internationalen Verpflichtung, kann der verfolgte überstaatliche Strafzweck mit dem herkömmlichen Strafzwecken in Konflikt geraten und nationales Strafrecht statt zur Norm-

regelmäßig an einer bewussten Zwecksetzung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, dem die Auswahl überantwortet ist. Gerade bei Jurisdiktionsregeln innerhalb von multilateralen Vereinbarungen wird über die Erstreckung aus rein verfolgungsfunktionalen Erwägungen entschieden (s.o. II. zum Netzgedanken), ohne eine Rückbindung an die anerkannten Strafzwecke zu suchen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich darüber hinaus die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (Art. 103 Abs. 2 GG).<sup>32</sup> Der teleologische Kern des Art. 103 Abs. 2 GG erfasst auch die Frage der extraterritorialen Geltungserstreckung materiellen Strafrechts. Die bloße gesetzliche Inkraftsetzung von Strafnormen mit Wirkung für das Ausland genügt diesem Verfassungsgrundsatz nicht.<sup>33</sup> Damit die strafbewehrten deutschen Normen für den Handelnden eine hinreichende materielle Orientierungsfunktion bieten können, müssen sie diesen auch in der konkreten Situation im Ausland erreichen.<sup>34</sup> Umso problematischer erscheint vor diesem Hintergrund auch die nachträgliche Aktivierung des Normgeltungszusammenhangs über das rein formell-rechtliche Merkmal der Staatsangehörigkeit für Neubürger nach der sog. Neubürger-Klausel (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB).<sup>35</sup>

Ferner erfüllt Art. 103 Abs. 2 GG eine objektiv-rechtsstaatliche Funktion, die in der Herstellung einer Verknüpfung von Strafe mit einer bereits konstituierten Ordnung liegt.<sup>36</sup> Die strafbewehrten Normen müssen am Tatort auch wirklich gelten, also materiell spürbar sein. Andernfalls würde man den Verstoß gegen eine Fiktion bestrafen. So mangelt es bei Geltungskonflikten mit der territorialen Normordnung regelmäßig an der (extraterritorialen) Durchsetzbarkeit der eigenen Normen gegen die herrschende Ordnung am Tatort.<sup>37</sup>

---

stabilisierung zur grenzüberschreitenden Normetablierung instrumentalisieren, s. *Pawlik* (Fn. 27), S. 382 ff.

<sup>32</sup> *Gärditz* (Fn. 24), S. 350 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Gärditz* (Fn. 24), S. 371.

<sup>34</sup> Art. 103 Abs. 2 GG schützt als spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gerade das Vertrauen in die Verlässlichkeit der inländischen Rechtsordnung, BVerfGE 113, 273 (308); s. auch *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 688: Der Täter werde „in einem Akt der Überrumpelung [...] mit völlig fremdem Recht konfrontiert“.

<sup>35</sup> Die Anwendung deutschen Strafrechts auf einen Täter, der erst nach Begehung der Tat die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, lässt sich nur als Unterfall der stellvertretenden Strafrechtspflege rechtfertigen, d.h. die Verhängung der Strafe wird primär auf das ausländische Strafrecht des Tatortstaates gestützt und das deutsche Strafrecht stellt – wie im Rechtshilferecht – lediglich ein begrenzendes Korrektiv dar, s. dazu näher *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 46, § 7 Rn. 12 m.w.N.

<sup>36</sup> *Gärditz* (Fn. 24), S. 374.

<sup>37</sup> „Es fehlt am Substrat sozialer Maßgeblichkeit“ am Tatort zur Tatzeit, *Gärditz* (Fn. 24), S. 376; nicht gefordert ist damit aber eine beiderseitige Strafbarkeit, *Germann*, SchwZStrR 69 (1954), 237 (239 f.).

In der Diskussion über den Europäischen Haftbefehl wurden diese Fragen in Bezug auf die Auslieferung aufgegriffen: So wurde unter anderem kritisiert, dass sich die Strafbarkeit der Tat bei einem Verzicht auf eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit (s. § 81 Nr. 4 IRG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 RbEuHb) im Ergebnis nach dem Recht des Mitgliedstaates mit dem strengsten (bzw. territorial expansivsten) Strafrecht bestimmt (Prinzip der maximalen Punitivität) und der Verfolgte überdies wegen einer Tat ausgeliefert und bestraft werden könne, die nach deutschem Recht nicht strafbar ist bzw. wäre (vgl. § 3 Abs. 1 IRG und § 81 Nr. 4 IRG) und deren Strafbarkeit nach ausländischem Recht für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei.<sup>38</sup> Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Kritik zum Teil gefolgt, indem es eine Auslieferung deutscher Staatsangehöriger wegen einer Inlandstat wegen Verstoßes gegen das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber aufgefordert hat, von dem entsprechenden Vorbehalt (vgl. zum Territorialitätsprinzip Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb) Gebrauch zu machen.<sup>39</sup> Die Konsequenzen der Entscheidung weisen jedoch wegen des Zusammenhangs der Begründung mit Art. 103 Abs. 2 GG und ihrer Anlehnung an das Territorialitätsprinzip über das Auslieferungsrecht hinaus. Bereits im Vorfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war vorgeschlagen worden, den Geltungsbereich des nationalen Strafrechts auf Inlandstaaten zu beschränken und auf diese Weise zu verhindern, dass sich die im konkreten Fall „punitivste“ Strafrechtsordnung durchsetzt.<sup>40</sup> Anders herum gewendet soll ein deutscher Staatsbürger bei Inlandstaaten verfassungsrechtlich auf den Vorrang der Wertungen der deutschen Rechtsordnung vertrauen dürfen und bei Inlandssachverhalten nicht eine oft nicht vorhersehbare bzw. normativ spürbare Erstreckung fremder Strafgewalt fürchten müssen.

Schließlich zeigt auch der Schuldgrundsatz der Geltungserstreckung des materiellen Strafrechts auf Auslandstaaten Grenzen auf.<sup>41</sup> Handelt der Täter im Spannungsfeld konfligierender Normen und Geltungsansprüche aus mehreren Rechtsordnungen, so kann es regelmäßig zu einer Erosion der individuellen Vorwerfbarkeit kommen, die letztlich dazu führen kann, dass gegenüber dem Täter ein Schuldvorwurf nicht erhoben werden kann. Die Straflosigkeit des Täters kann sich insbesondere aus der Anwendung der Irrtumsregeln (§§ 16, 17 StGB) ergeben.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> S. insbesondere *Schünemann*, ZRP 2003, 185 (188 f.); *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376 (385, 397 und passim).

<sup>39</sup> BVerfGE 113, 273 (301 ff. zu Art. 16 Abs. 2 GG); s. auch (zu Art. 103 Abs. 2 GG), BVerfGE 113, 273 (308 f.).

<sup>40</sup> *Deiters*, ZRP 2003, 359 (361); s. auch *Buruma*, ZStW 116 (2004), 424 (429 f.), der insoweit „radikale Toleranz“ gegenüber dem Tatortstaat einfordert; s. ferner allgemein für eine Kompetenzrestriktion: *Vogel* (Fn. 15), S. 877 (S. 893); s. ferner zuletzt *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (14).

<sup>41</sup> *Schroeder*, NJW 1969, 81 (84); *Staubach*, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964, S. 143 ff. m.w.N.

<sup>42</sup> S. zum Verbotsirrtum (§ 17 StGB): BGHSt 44, 52 (60); *Schmitz*, Das aktive Personalitätsprinzip im deutschen Straf-

### 3. Europarecht

Ansätze zu einer Beschränkung der nationalen Strafgewalt ergeben sich in Bezug auf das materielle Strafrecht zunehmend auch aus europäischem Recht. Vor allem aus den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Art. 34, 45, 49, 56, 63 AEUV) und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) ergeben sich Grenzen nicht nur für die staatliche Kriminalisierungsbefugnis als solche, sondern auch für die extraterritoriale Erstreckung eigener Strafgewalt.

Dass der Vorrang des Unionsrechts die Anwendung nationalen Strafrechts ausschließt, soweit dieses gegen Unionsrecht verstößt,<sup>43</sup> ist als Grundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (freier Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital) fest etabliert. Diese Diskussion bezieht sich zwar in erster Linie auf den jeweiligen Verbotstatbestand, erstreckt sich aber auch auf die Frage, ob und inwieweit dieser überhaupt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung findet. Die Erstreckung der Strafgewalt auf Auslandstaten kann sich insbesondere dann als unverhältnismäßige Beschränkung einer Grundfreiheit erweisen, wenn das jeweilige Rechtsgut bereits durch das Strafrecht des Tatortstaates angemessen geschützt wird bzw. das in Rede stehende Verhalten wegen abweichender Wertungen im Einklang mit der Grundfreiheit erlaubt ist.<sup>44</sup> Ist das strafbewehrte Verhalten im Tatortstaat gestattet und von Grundfreiheiten gedeckt, wird die nationale Verhaltensnorm dort neutralisiert. Wollte man gleichwohl zu einer Beschränkung aus Gründen des Allgemeinwohls gelangen, bedürfte es einer differenzierten mehrstufigen Begründung, die sich erstens zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Beschränkung und zweitens zur Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Geltungserstreckung der allgemeinwohlgetragenen strafbewehrten Ausnahme auf Auslandssachverhalte verhalten muss.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage diskutiert, ob etwa das in der e-commerce-Richtlinie<sup>45</sup> enthaltene Herkunftslandprinzip, das sich aus den Grundfreiheiten ent-

wickelt hat,<sup>46</sup> auch für das Strafrecht der Mitgliedstaaten Geltung beansprucht.<sup>47</sup> Dies hätte den Vorrang derjenigen Normordnung zur Konsequenz, aus der die betreffende Ware oder Dienstleistung stammt. Ein solcher Vorrang sperrte zum einen die extraterritoriale Erstreckung fremdstaatlicher Normen in den Bereich des Herkunftslands, führte zum anderen aber auch auf dem Territorium fremder Staaten dazu, dass (straf-)rechtliche Bewertungen, die von derjenigen des Herkunftslands abweichen, nicht zulässig wären.

Den Ursprüngen dieser Entwicklung folgend, beziehen sich diese Ansätze jedoch in erster Linie auf das Wirtschafts-(straf-)recht.<sup>48</sup> Mit der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) wurde jedoch der Ausgangspunkt für eine Entwicklung des Herkunftslandprinzips geschaffen, die sich von dem Prozess der wirtschaftlichen Liberalisierung emanzipiert.<sup>49</sup> So hat der Europäische Gerichtshof in mehreren Entscheidungen zur grenzüberschreitenden Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ) darauf hingewiesen, dass die Gefahr der Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat den Einzelnen davon abhalten könnte, von seinem Recht auf Freizügigkeit in der Europäischen Union Gebrauch zu machen.<sup>50</sup> Mit gleicher Begründung hat der EuGH kürzlich auch – außerhalb des Strafrechts – in dem Verbot, einen bestimmten Familiennamen zu führen, eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts gesehen, weil die Verpflichtung, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt, einen anderen Namen als den zu führen, der bereits im Geburts- und Wohnsitzmitgliedstaat erteilt und eingetragen wurde, die Ausübung des Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, unzulässig beschränkt.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Kingreen, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (S. 713); s. insoweit EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837.

<sup>47</sup> Das strafrechtliche Schrifttum steht einer Übertragung dieses Prinzips auf das Strafrecht überwiegend ablehnend gegenüber, s. Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 20; Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (715); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 53; s. auch Altenhain, in: Zieschang/Hilgen-dorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa (2003), S. 107; Kudlich, HRSS 2004, 278; s. dagegen Böse (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 39.

<sup>48</sup> Vgl. – pars pro toto – zur grenzüberschreitenden Werbung: Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 282 ff.

<sup>49</sup> Kadelbach, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 46), S. 611 (S. 625 f.: von ökonomischen Freiheiten unabhängige Bewegungsfreiheit).

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – verb. Rs. C-385/01 und C-187/01 (Gözütok und Brügge), Rn. 38 ff. = Slg. 2003, I-1345; EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – Rs. C-436/04 (van Esbroeck), Rn. 35 = Slg. 2006, I-2333; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-288/05 (Kretzinger), Rn. 33 = Slg. 2007, I-6441.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (Grunkin und Paul), Rn. 29, 31 = NJW 2009, 135.

recht, 2002, S. 316; Schroeder, NJW 1969, 81 (84). Eine Anwendung des § 16 StGB ist hingegen nach h.M. ausgeschlossen, da die Anwendbarkeit des deutschen Strafrecht als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen wird, s. dagegen Böse, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 61.

<sup>43</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 (Dassonville) = Slg. 1974, 837; s. dazu eingehend Hecker (Fn. 7), § 9 Rn. 10 ff.; Jens, Der nationale Strafrechtsanwender unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 2006, S. 42 ff.; Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 478 ff.

<sup>44</sup> S. etwa zum Ausschluss der Strafbarkeit eines deutschen Arztes, der in den Niederlanden eine nach dort geltendem Recht zulässige Abtreibung bei einer deutschen Schwangeren vornimmt (vgl. § 5 Nr. 9 StGB i.V.m. § 218 StGB): Hecker (Fn. 7), § 9 Rn. 42 ff.

<sup>45</sup> Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 (ABl. EU 2000 Nr. L 178 v. 7.7.2000, S. 1 (Art. 3 Abs. 2)).

Dieser Ansatz, der die Regelung eines Sachverhalts im Interesse der Freizügigkeit anknüpfend an materielle Sachnähe oder zeitliche Priorität als einem bestimmten Territorium zugehörig einstuft, lässt sein Potential auch für das Strafrecht aufscheinen. Mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags erhält er zusätzliche Schubkraft. Unabhängig vom Herkunftslandprinzip und seiner traditionellen Binnenmarktverankerung schafft der Lissabonner Vertrag bei grenzüberschreitenden oder supranational dimensionierten Sachverhalten (vgl. Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV i.V.m. Art. 82 Abs. 2, 83 AEUV) einen neuen materiellen Fixpunkt für die Ausübung mitgliedstaatlicher Strafgewalt: den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Art. 3 Abs. 2 EUV n.F., Art. 67 Abs. 1 AEUV. Obgleich das Raum-Konzept ursprünglich wohl nicht mehr darstellte als eine inhaltsleere Verlegenheitsformel, deren Aufgabe primär darin bestand, im Amsterdamer Vertrag ein terminologisches Dach für die unterschiedlichsten Formen und Funktionen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in der dritten Säule zu bilden,<sup>52</sup> rückt der Unionsbürger mit dem Lissabonner Vertrag normativ in den Mittelpunkt des Raums. Die Gestaltung der einzelnen Politikbereiche im „Raum“ ist auf die Herstellung und Absicherung voller Personenfreizügigkeit auszurichten (Art. 3 Abs. 2 EUV).<sup>53</sup> Dass nach Art. 67 Abs. 3 AEUV durch die Angleichung des Strafrechts ein „hohes Maß an Sicherheit“ zu gewährleisten ist, darf daher nicht einseitig als primärrechtlicher Auftrag zur Ausweitung des sicherheitslastigen Netz-Gedankens verstanden werden, sondern Freiheit, Sicherheit und Recht sind miteinander verschränkt und nach Maßgabe der Determinanten in Art. 3 Abs. 2 EUV n.F. und Art. 67 AEUV in Ausgleich zu bringen.<sup>54</sup> Über das Freizügigkeitsrecht fließen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch allgemeine freiheitsrechtliche und rechtsstaatliche Grenzen aus der GRC, beispielsweise der transnationale ne bis in idem-Grundsatz des Art. 50 GRC oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Strafe in Art. 49 GRC, als weitere unionsrechtliche Maßstäbe ein.<sup>55</sup> In der strafrechtlichen Zusammenarbeit kann es deshalb nicht allein um die Kompensation der Sicherheits- und Kriminalitätsrisiken gehen, die sich mit der Abschaffung der Binnengrenzen einstellen. Unabhängig von diesen neuen Entwicklungen unterliegt das nationale Strafanwendungsrecht jedenfalls den insoweit geltenden Mindestanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 7 EMRK). In diesem Zusammenhang könnte auch die auf nationaler Ebene geäußerte Kritik an einer überzogenen

Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt aufgegriffen werden (s. oben 2.).

## IV. Revision des geltenden Strafanwendungsrechts

Die Erstreckung originärer Strafgewalt des Staates unterliegt damit weit strengeren, vor allem materiellen Grenzen, als es das Völkerrecht oder die Vorschriften des Strafanwendungsrechts mit ihrem scheinbar prozessualen Fokus erahnen lassen. Sie drängen zu einer Rückführung der nationalen Strafgewalt auf das materiell begründbare und nicht das funktional gewünschte Maß. Dieses Bedürfnis wird umso deutlicher, wenn man sich die Begründungsschwächen der Prinzipien zur Legitimation extraterritorialer Strafgewalt vor Augen führt.

### 1. Ausübung extraterritorialer Strafgewalt

Die Revision der Gründe für extraterritoriale Strafgewalt beschränkt sich auf die Prinzipien zur Erstreckung originärer Strafgewalt. Sie lässt die stellvertretende Strafrechtspflege oder Weltrechtspflege, die der Verwirklichung fremder Strafgewalt respektive eines universalen Strafanspruchs dienen, unberührt.

#### a) *Passives Personalitätsprinzip*

Das passive Personalitätsprinzip ist schon völkerrechtlich schwach legitimiert.<sup>56</sup> Unter den anerkannten Prinzipien präsentiert es den schwächsten genuine link und wird daher auch in vielen Staaten nicht als Grundlage für extraterritoriale Strafgewalt herangezogen.<sup>57</sup> Noch schwerer wiegen allerdings die verfassungsrechtlichen Fragen, die der Grundsatz aufwirft.

So bereitet der Schuldgrundsatz Probleme, da hier allein die Identität des Opfers die Geltung deutschen Rechts in einem fremden Herrschaftsbereich auslöst. Für die potentiellen Täter ist dieses auslösende Moment regelmäßig nicht erkennbar, so dass ein Strafanspruch entgegen der insofern fehlenden individuellen Vorwerfbarkeit der Handelnden begründet würde.<sup>58</sup> Da der Normgeltungszusammenhang allein über die Staatsangehörigkeit des Opfers hergestellt wird, muss auch die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG in Zweifel gezogen werden, da weder die objektive materielle Spürbarkeit einer staatlichen Normordnung noch ihre subjektive Orientierungsfunktion in einem fremden Staat allein durch die physische Präsenz eines (verletzbaren) Staatsangehörigen auf dessen Gebiet begründet wird. Die Gefahr kollidierender Wertungen ist hier groß. Aus diesem Grund muss auch das Vorliegen eines zulässigen Strafzwecks hinterfragt werden. Der Nachweis, dass die Verletzung eines Deutschen durch eine andere Person im Ausland die Geltung deutscher

<sup>52</sup> Monar, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 46), S. 749 (S. 755 ff.).

<sup>53</sup> Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009, S. 38.

<sup>54</sup> Möstl, EuR 2009 Beiheft 3, 33 (39); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (13).

<sup>55</sup> Müller-Graff, EuR 2009 Beiheft 1, 105 (125 f.); Möstl, EuR 2009 Beiheft 3, 33 (36); Mitsilegas (Fn. 53), S. 38; s. zu der Begrenzung des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta (Art. 51) und der gegenläufigen Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH: Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 51 Rn. 29 ff.

<sup>56</sup> Ambos (Fn. 47), § 3 Rn. 72 f. m.w.N.

<sup>57</sup> S. den rechtsvergleichenden Überblick bei Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994, S. 198 ff.

<sup>58</sup> Ambos (Fn. 47), § 3 Rn. 72; Germann, SchwZStrR 69 (1954), 237 (243 f.); Oehler (Fn. 34), Rn. 305, 311 f.

Verhaltensnormen erschüttert, weil das Opfer einen deutschen Pass besitzt, dürfte sich kaum führen lassen.<sup>59</sup>

Die Anwendung des passiven Personalitätsprinzips könnte schließlich gegen das Diskriminierungsverbot des EU-Rechts in Verbindung mit der Ausübung von Grundfreiheiten verstoßen. Der EuGH hat in der Rechtsache Cowan, der die Rechtmäßigkeit der Diskriminierung von Ausländern bei der Entschädigung von Körperverletzungsdelikten zum Gegenstand hatte, im Zusammenhang mit der (passiven) Dienstleistungsfreiheit entschieden, dass es eine zwingende Folge der europarechtlich gewährten Freizügigkeit ist, dass Leib und Leben eines Unionsbürgers, der sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, in gleicher Weise geschützt werden, wie dies für Inländer und Personen, die in dem Mitgliedstaat wohnhaft sind, vorgesehen ist.

Überträgt man diesen Gedanken auf die Begründung von extraterritorialer Strafgewalt über das passive Personalitätsprinzip, so trüge ein effektiver Schutz gegen Diskriminierung von Ausländern in inländischen Verfahren sicherlich dazu bei, die gefühlte Notwendigkeit eines Rückgriffs auf diesen Grundsatz zu mildern. Im Übrigen erscheint die Misstrauensbasis des Prinzips, nämlich dass ausländische Staaten Taten gegen deutsche Staatsbürger nicht hinreichend ahnden, jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten der EU in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch nicht mehr zeitgemäß.<sup>60</sup>

#### b) Aktives Personalitätsprinzip

Auch das aktive Personalitätsprinzip hat im Laufe seiner Entwicklung an Überzeugungskraft eingebüßt. Während es im germanischen Recht bis zum mittelalterlichen Personenverbandsstaat noch als selbstverständliche Folge der Zugehörigkeit zu der jeweiligen Gemeinschaft angesehen werden konnte, wurde es mit der Entwicklung territorialer Herrschaftsgewalt und unter dem Eindruck der französischen Revolution zunehmend durch das Territorialitätsprinzip verdrängt.<sup>61</sup> Eine allgemeine, gegenüber dem Heimatstaat bestehende Gehorsamspflicht, dessen Strafgesetze auch im Ausland zu beachten, erscheint damit als obrigkeitsstaatlichem Denken verhafteter Anachronismus.<sup>62</sup> So lässt sich nicht mehr ohne Weiteres behaupten, dass die Verletzung in

Deutschland strafbewehrter Verhaltensnormen durch einen Deutschen an jedem anderen Ort der Welt die gleiche normative Bedeutung für das deutsche Gemeinwesen hat wie eine vergleichbare Rechtsverletzung auf deutschem Hoheitsgebiet.<sup>63</sup> Soweit ein Staat die Notwendigkeit der Erhaltung extraterritorialer Strafgewalt über seine Staatsbürger mit etwaigen staatsbürgerlichen Sonderpflichten oder Treuepflichten begründet (vgl. § 100 StGB), weist dieser Ansatz eine größere Nähe zum Schutzprinzip auf und sollte auch dort verortet werden.<sup>64</sup> Im Übrigen erscheint eine Anknüpfung an das aktive Personalitätsprinzip sogar entbehrlich, soweit man die Aburteilung von Auslandstaten deutscher Staatsbürger als Ausprägung der stellvertretenden Strafrechtspflege versteht.<sup>65</sup> Mit dieser Maßgabe ließe sich auch die Neubürgerklausel (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB) auf einen tragfähigen Umfang reduzieren<sup>66</sup> und das verfassungsrechtliche Problem von Normenkollisionen oder gar fingierter Normgeltungen im Ausland vermeiden.

#### c) Staatsschutz-/Realprinzip

Das Staatsschutz- bzw. Realprinzip weist im Vergleich zu den vorstehenden Anknüpfungspunkten eine deutlich höhere innere Überzeugungskraft auf, indem es die Erstreckung der Strafgewalt auf Auslandstaten damit begründet, dass das Strafrecht des Tatortstaates häufig nur die eigenen staatlichen Interessen, nicht aber die anderer Staaten schützt.<sup>67</sup> Diese ratio hat auch als – materiell allerdings sehr begrenzte<sup>68</sup> – Ausnahme zum transnationalen Strafklageverbrauch (Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC) Niederschlag gefunden (Art. 55 Abs. 1 lit. b und c SDÜ). Die Verfolgungsbefugnis eines Mitgliedstaates kann hiernach erhalten bleiben, wenn das Strafrecht des Urteilsstaates keinen adäquaten Schutz der durch die Tat betroffenen staatlichen Interessen verbürgt.

Für eine solche Ausdehnung staatlicher Strafgewalt auf Auslandstaten besteht jedoch keine Notwendigkeit, wenn der Schutz der betreffenden Rechtsgüter durch das Strafrecht des Tatortstaates gewährleistet ist. Insoweit könnte erwogen werden, das für die Rechtsgüter der Union geltende Assimila-

<sup>59</sup> Pawlik (Fn. 27), S. 366 f.

<sup>60</sup> Andererseits könnte man darüber nachdenken, ob der Freizügigkeitsgrundsatz gepaart mit dem Diskriminierungsverbot nicht eine Erweiterung des passiven Personalitätsprinzips trägt, um im Inland wohnhafte Unionsbürger vor einer Schlechterstellung beim externen Schutz durch die deutsche Strafgewalt gegenüber deutschen Staatsbürgern zu schützen. Ein Bedürfnis hierfür lässt sich aber allenfalls bei Taten außerhalb der EU feststellen, wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ihn nicht hinreichend zu schützen vermag; diesen Grundgedanken enthält auch Art. 23 AEUV.

<sup>61</sup> S. zur historischen Entwicklung Oehler (Fn. 34), Rn. 48 ff., 62 ff., 106 ff.

<sup>62</sup> Ambos (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 36 f.; Oehler (Fn. 34), Rn. 139; Werle/Jeßberger (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 234.

<sup>63</sup> Pawlik (Fn. 27), S. 377 f.

<sup>64</sup> S. zur entsprechenden straftheoretischen Begründung des aktiven Personalitätsprinzips: Pawlik (Fn. 27), S. 376 f.

<sup>65</sup> Böse (Fn. 17), § 7 Rn. 12; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 4 Rn. 23; s. auch (Kombination mit dem aktiven Personalitätsprinzip): BGHSt 42, 275 (279); Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, ? Lfg., Stand: Monat Jahr, § 7 Rn. 3; a.A. (aktives Personalitätsprinzip): BGH NStZ-RR 2000, 208; Ambos (Fn. 21), § 7 Rn. 1; Satzger (Fn. 47), § 5 Rn. 80; Werle/Jeßberger (Fn. 21), § 7 Rn. 8.

<sup>66</sup> Vgl. Fn. 35.

<sup>67</sup> Ambos (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 40; Oehler (Fn. 34), Rn. 577; s. aber auch die Kritik bei Pawlik (Fn. 27), S. 380 ff.

<sup>68</sup> S. den entsprechenden Vorbehalt des Bundesrepublik Deutschland zu Art. 55 Abs. 1 lit. b SDÜ: BGBl. II 1994, S. 631, abgedruckt bei Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Art. 55 SDÜ Rn. 1.

tionsprinzip<sup>69</sup> auf den Schutz von Rechtsgütern anderer EU-Mitgliedstaaten auszudehnen.<sup>70</sup> Diese werden bereits nach dem geltenden Recht in den Schutzbereich des deutschen Strafrechts einbezogen, wie u.a. ein Blick auf das Steuerstrafrecht (§ 370 Abs. 6 S. 2 AO) und die Korruptionsdelikte (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. a EUBestG) zeigt; dies gilt entsprechend für den Schutz kollektiver Rechtsgüter wie z.B. der Umwelt<sup>71</sup>, des Wettbewerbs<sup>72</sup> und des Kapitalmarktes<sup>73</sup>. Selbst in dem besonders sensiblen Bereich der Staatsschutzdelikte hat der deutsche Gesetzgeber dafür Sorge getragen, dass der Schutz der deutschen Strafgesetze (§§ 93 ff. StGB) auch den verbündeten NATO-Staaten zuteil wird.<sup>74</sup>

Dabei ist einzuräumen, dass – insbesondere außerhalb der harmonisierten Bereiche – unüberbrückbare Wertungsdifferenzen bestehen können, die bei besonders sensitiven Rechtsgütern eine Aufrechterhaltung des Realprinzips erfordern. Man wird stärker nach Schutzgut und Angriffsrichtung der einzelnen Delikte des Staatsschutzstrafrechts differenzieren müssen, um den einschlägigen (und tragfähigen) Anknüpfungspunkt zu eruieren. Es wird daher in jedem Fall einer materiellen Konkretisierung des extraterritorialen Geltungsanspruchs bedürfen; der pauschale Hinweis auf die vermeintlich grundsätzlich fehlende Fähigkeit oder Neigung ausländischer Staaten, die involvierten Interessen hinreichend zu schützen, sollte jedoch als Begründung für das Realprinzip nicht mehr ausreichen.

## d) Weltrechtsprinzip

Das Weltrechtsprinzip beruht auf dem in der internationalen Gemeinschaft bestehenden Konsens über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens; der einzelne Staat übt die Strafgewalt insoweit „treuhänderisch“ für die gesamte Staatengemeinschaft aus.<sup>75</sup> Das Weltrechtsprinzip weist damit eine gewisse Nähe zur stellvertretenden Strafrechtspflege auf: Der Vorrang gebührt dem Tatortstaat, die Verfolgung auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips ist subsidiär.<sup>76</sup> Aus der

Begründung des Weltrechtsprinzips ergeben sich zugleich dessen Grenzen, d.h. dieses kann schon völkerrechtlich nicht legitimiert werden, soweit ein internationaler Konsens über die Strafbarkeit des jeweiligen Verhaltens nicht besteht. Schon ein kurzer Blick auf § 6 StGB zeigt, dass nicht sämtliche der dort genannten Delikte diese Anforderung erfüllen; dies gilt insbesondere für die Pornographietatbestände (§ 6 Nr. 5 StGB).<sup>77</sup> Nimmt man die Grenzen des Weltrechtsprinzips ernst, so sind im Hinblick auf die Ausübung materiellstrafrechtlicher Regelungsgewalt keine (zusätzlichen) Jurisdiktionskonflikte zu befürchten, da sich der Inhalt des strafbewehrten Verbotes aus dem Völkerrecht und nicht aus der autonomen Entscheidung des nationalen Strafgesetzgebers ergibt.<sup>78</sup>

## 2. Revision des Territorialitätsprinzips

Von einer Revision des Strafanwendungsrechts kann auch das Territorialitätsprinzip nicht ausgenommen werden. Selbst wenn man die Geltung des deutschen Strafrechts auf Inlandstaten beschränken wollte (§ 3 StGB), so wären die oben genannten Probleme damit keineswegs gelöst, denn die Kriterien für die Annahme eines inländischen Begehungsortes sind nach deutschem Recht denkbar weit gefasst. Die alternative Kopplung von Handlungs- und Erfolgsort (Ubiquitätsprinzip, s. § 9 Abs. 1 StGB) und die großzügige Deutung des Letzteren<sup>79</sup> führt ebenso wie die umfassende Regelung des Ortes der Teilnahme (§ 9 Abs. 2 StGB) einschließlich der Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB) dazu, dass der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Taten erstreckt wird, die nur zu einem (kleinen) Teil auf deutschem Hoheitsgebiet begangen worden sind.

Ein möglicher Weg zur Beschränkung der deutschen Strafgewalt wäre die Rückkehr zu einer strikten Akzessorietät der Teilnahme (s. dagegen § 9 Abs. 2 S. 2 StGB).<sup>80</sup> Einer Ausweitung der Begehungsorte könnte – insbesondere bei der Mittäterschaft – weiterhin dadurch entgegengewirkt werden, dass nicht über die inländische Handlung eines Mittäters für sämtliche anderen Beteiligten ein Tatort im Inland begründet wird („Gesamtlösung“)<sup>81</sup>, sondern der Begehungsort für jeden einzelnen Mittäter gesondert bestimmt wird („Einzellösung“).<sup>82</sup> Schließlich könnte erwogen werden, sich vom Ubiquitätsprinzip zu lösen und ausschließlich auf den Ort der

<sup>69</sup> S. zum Schutz der finanziellen Interessen: EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. C-68/88 (Griechischer Mais), Rn. 24 = Slg. 1989, 2985; s. dazu Hecker (Fn. 7), § 7 Rn. 1 ff., 24 ff., 68 ff. m.w.N.

<sup>70</sup> S. dazu näher Böse (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 62.

<sup>71</sup> S. insoweit Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (898 ff.).

<sup>72</sup> S. insoweit Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 17), § 298 Rn. 75.

<sup>73</sup> S. insoweit Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 2005, § 264a Rn. 88.

<sup>74</sup> Art. 7 des 4. StrÄndG v. 11.6.1957 (BGBl. I 1957, S. 597).

<sup>75</sup> Kreß, ZStW 114 (2002), 818 (837); Merkel, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 3, Makrodelinquenz, 1998, S. 237 (S. 252); Weigend, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 955 (S. 965).

<sup>76</sup> Kreß, NStZ 2000, 617 (625 f.); Wilhelmi, Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht, 2007, S. 392 f.

<sup>77</sup> S. dazu eingehend Böse (Fn. 17), § 6 Rn. 10 ff.; Gärditz (Fn. 24), S. 297 ff.; Wilhelmi (Fn. 76), S. 388 ff.; Werle/Jeßberger (Fn. 21), § 6 Rn. 40 ff.

<sup>78</sup> Dies gilt freilich nur unter der Voraussetzung, dass die betreffenden Staaten ihrer völkerrechtlichen Kriminalisierungspflicht nachgekommen sind.

<sup>79</sup> S. zum Erfolgsort beim abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt (§ 130 StGB): BGHSt 46, 212 (221 ff.).

<sup>80</sup> S. die entsprechende Kritik an § 9 Abs. 2 S. 2 StGB bei Oehler (Fn. 34), Rn. 360.

<sup>81</sup> So die h.M., s. BGH NStZ-RR 2009, 197.

<sup>82</sup> In diesem Sinne Hoyer (Fn. 65), § 9 Rn. 5; Oehler (Fn. 34), Rn. 361; Valerius, NStZ 2008, 121 (123).



Handlung<sup>83</sup> (bzw. des Erfolges) abzustellen. Einfache Lösungen sind in diesem Bereich allerdings nicht zu erwarten. Ein rechtsvergleichender Überblick über die Grundlagen des nationalen Strafanwendungsrechts<sup>84</sup> erscheint daher unverzichtbar, um den Pool existierender Lösungsoptionen zu inventarisieren und später auf ihre Leistungsfähigkeit testen zu können.<sup>85</sup> Angesichts der Unterschiede zwischen den Strafrechtssystemen der Mitgliedstaaten (etwa zur Regelung von Täterschaft und Teilnahme) lässt sich derzeit nicht absehen, ob sich eine der skizzierten Beschränkungen umsetzen lässt, ohne zugleich das legitime Bedürfnis strafrechtlichen Schutzes durch den jeweiligen Tatorstaat zu verkürzen.

## V. Ausblick

Die Rückbesinnung auf das Territorialitätsprinzip lässt für die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten und die Beachtung der europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen bereits nach diesen kursorischen Ausführungen einen beträchtlichen Gewinn erhoffen. Die Forderung nach einer Rückkehr zum Territorialitätsprinzip ist zwar nicht neu,<sup>86</sup> doch konnte sie nie zuvor so gute Gründe für sich in Anspruch nehmen wie heute. Ein interlokales Strafrecht, wie es von *Eser/Burchard* vorgeschlagen wurde,<sup>87</sup> lässt sich nur in einem integrierten Rechtsraum rechtspolitisch überzeugend begründen. Dass die Menschenrechte im zwischenstaatlichen Bereich normativ stark genug sind, um die einzelnen Staaten zu veranlassen, die Maschen des von ihnen geknüpften Netzes konkurrierender Strafgewalten zu lockern, darf bezweifelt werden. In der Europäischen Union lässt sich die Notwendigkeit einer solchen Umkehr aus den vorgenannten Gründen jedoch sehr wohl ableiten.<sup>88</sup> Einem Verfolgungs- und Sicherheitsraum wäre gewiss am besten damit gedient, dass mög-

lichst viele Straftaten überall dort verfolgt werden können, wo zumindest lose Bezugspunkte bestehen. Mit den skizzierten Grundparametern des Raums geht diese Sichtweise hingegen nicht konform. Sie vernachlässigt dessen maßgebliche Freiheits- und Freizügigkeitsorientierung. Während die extraterritoriale Geltungserstreckung materiellen nationalen Strafrechts ursprünglich als eine Frage reiner Souveränität behandelt und als Mittel zur Extension eigener Herrschaftsansprüche gegenüber Bürgern sowie zur Kaschierung des Misstrauens gegenüber der Verlässlichkeit anderer Staaten zum Schutz eigener Bürger und Interessen eingesetzt wurde, trat an die Stelle dieses westfälischen Verständnisses von beherrschten und beherrschbaren nationalen Räumen ein kooperations- und sicherheitsgetragenes Denken in größeren, integrierten Räumen, das die Nutzung der eigenen souveränen Gestaltungsmacht zur Verwirklichung kongruenter transnationaler Interessen mit sich brachte und schließlich den Netzgedanken gebar. Die EU ist nunmehr in eine dritte Phase eingetreten, in der eine Funktionalisierung der Ausübung extraterritorialer Straf Gewalt für Zwecke der Zusammenarbeit infolge der neuen materiellen Bindung nicht mehr ohne weiteres möglich ist. Der Netzgedanke und die mit ihm erzeugten Jurisdiktionskonflikte müssen an den supranationalen Grundrechten und -freiheiten gemessen werden. Die Ausübung extraterritorialer Straf Gewalt ist danach zu begrenzen und zu verrechtlichen. Eine weitgehend freihändige Begründung materieller Straf Gewalt über Auslands Sachverhalte geriete damit ebenso in ein Spannungsverhältnis wie die diskretionäre Beilegung von Jurisdiktionskonflikten durch nationale und supranationale Strafverfolgungsbehörden ohne Rechtsschutz. Die verfochtene Entkoppelung von materiellem Recht und Prozessrecht gestattet in dieser Hinsicht einen klareren Blick auf die materiellen Kriterien, welche die Zuordnung eines strafrechtlich relevanten Verhaltens zu einem Rechtskreis tragen und einen Ausgleich zwischen kollidierenden Regelungsansprüchen verbürgen können.

Mit zunehmender Integration schwindet die Legitimation für das strafrechtliche Souveränitätsdenken mithin deutlich. Für die Konzentration auf die Sicherheitsoption besteht ebenfalls kein Bedürfnis mehr, sofern effektiv Rechtshilfe bzw. stellvertretende Strafrechtspflege geleistet wird.<sup>89</sup> Deutsches Strafrecht fungierte für Auslands Sachverhalte dann nicht mehr als Grundlage der Strafe, sondern als Korrektiv (*poena mitior*) bei der Verwirklichung ausländischer Straf Gewalt.<sup>90</sup> Die Beschneidung der nationalstaatlichen materiellen Straf Gewalt könnte insoweit durchaus auch Anreize schaffen, mit der effektiven Nutzung der verfügbaren Kooperationsinstrumente ernst zu machen und diese ggf. gezielt zu erweitern.<sup>91</sup>

<sup>83</sup> S. insoweit *Deiters*, ZIS 2006, 472 (478); *Fuchs*, in: Schünemann (Fn. 10), S. 112 (S. 115).

<sup>84</sup> Ein solcher Überblick anhand von Landesberichten aus zehn Mitgliedstaaten (Belgien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Litauen, Niederlande, Polen, Spanien, Vereinigtes Königreich) der Europäischen Union ist als erste Stufe eines von dem Mitautor *Böse* initiierten und gemeinsam mit dem Mitautor *Meyer* vorbereiteten DFG-Projekts zur Vermeidung und Beilegung von Konflikten zwischen nationalen Straf gewalten in der Europäischen Union vorgesehen.

<sup>85</sup> Neue Einblicke und Impulse für die Aufarbeitung der Problematik sollen auch Länderberichte in dem internationalen Projekt „Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht“ liefern, vgl. ZStW 122 (2010), 905 (908).

<sup>86</sup> Siehe Fn. 83

<sup>87</sup> *Eser/Burchard* (Fn. 16), S. 499 (S. 522).

<sup>88</sup> Vgl. auch *Sinn*, ZStW 122 (2010), 905 (908). Im Rahmen des von ihm initiierten Projekts „Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht“ geht auch er davon aus, dass die anerkannten strafrechtlichen Anknüpfungsprinzipien radikal „zurückgefahren“ werden müssten. Besondere Aufmerksamkeit gebühre dabei dem Lösungspotenzial des Territorialitätsgrundsatzes und des aktiven Personalitätsprinzips.

<sup>89</sup> S. zur stellvertretenden Strafrechtspflege: *Deiters*, ZIS 2006, 472 (473 ff.); s. auch *Fuchs*, ZStW 112 (2004), 368 (370 f.); *Kreß*, ZStW 116 (2004), 445 (468); instruktiv zu Problemen der Fremdrechtsanwendung im Strafrecht ebenfalls schon *Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978, S. 71 ff., 99 ff.

<sup>90</sup> *Deiters*, ZIS 2006, 472 (478).

<sup>91</sup> Siehe den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Übertragung von Strafverfahren, vgl. Ratsdok. 16437/09, 14934/09, 14133/09.