

# Eine kritische Betrachtung der Anknüpfungspunkte des § 7 StGB

## Zugleich ein Votum für eine Streichung der sog. „Neubürgerklausel“ qua Verfassungswidrigkeit

Von Privatdozent Dr. Christoph Zehetgruber, Bayreuth\*

*Der vorliegende Beitrag widmet sich innerhalb der Strafanwendungsvorschrift des § 7 StGB in kritischer Weise den dort niedergelegten, völkerrechtlich konnotierten Prinzipien bzw. Anknüpfungspunkten in Bezug auf die Wahrnehmung deutscher Strafgewalt. Er spricht sich im Ergebnis für eine Interpretation der gesamten Norm als solche der stellvertretenden Strafrechtspflege aus. Darüber hinaus votiert er für die Streichung einer Variante des § 7 StGB – der sog. „Neubürgerklausel“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB) – wegen ihrer Verfassungswidrigkeit.*

*The following article discusses in a critical manner the principles of criminal international law which are laid down within a special legal rule of jurisdiction, § 7 StGB (German Penal Code). These principles or links are vital to constitute penal power under the conditions of § 7 StGB. As a result, the article recommends to interpret the legal rule in its entirety under the principle of deputy criminal justice. Besides, the article votes for the cancellation of a certain variation of this legal rule in question, the so called „Neubürgerklausel“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB) based on grounds of unconstitutionality.*

### I. Einführung

Die Vorschriften der §§ 3–7 und 9 StGB, für welche sich im deutschen Strafrecht der für Missverständnisse prädestinierte Terminus des Internationalen Strafrechts bzw. jener des Strafanwendungsrechts etabliert hat, sind trotz ihrer doch langen Verankerung im Rechtsbestand immer noch hoch umstritten. Differente Sichtweisen und diesbezüglich als schlagend angenommene, unterschiedliche Geltungsgründe wirken maßgeblich auf die Interpretation der einzelnen Vorschriften ein<sup>1</sup> und bewirken im Ergebnis erhebliche Diskrepanzen und eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten in Rechtsprechung und Lehre. Gerade § 7 StGB bietet auf Basis seiner Normstruktur und der – nach h.M. in jenem zum Ausdruck gelangenden – unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für die Begründung deutscher Strafkompetenz für eine diesbezügliche Auseinandersetzung ein hervorragendes Beispiel. Der vorliegende Beitrag widmet sich nach grundsätzlichen Überlegungen sowie Diskussion und Stellungnahme hinsichtlich der Anknüpfungspunkte der genannten Norm weiteren, bislang eher stiefmütterlich behandelten Schwierigkeiten einer (Teil-)Vorschrift, der sog. „Neubürgerklausel“ des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, und votiert im Ergebnis für eine

Streichung derselben wegen ihrer Verfassungswidrigkeit sowie ein insgesamt anderes Verständnis des § 7 StGB.

### II. Zum Begriff des internationalen Strafrechts im gegebenen Kontext

Die Bezeichnung der §§ 3–7, und 9 StGB als „Internationales Strafrecht“<sup>2</sup> ist unglücklich gewählt, stellen jene Vorschriften doch (explizit etwa anders als die Normen des internationalen Privatrechts) keineswegs Regeln dar, welche im Kollisionsfall von mehreren Rechtsordnungen zueinander Lösungen bereitstellen.<sup>3</sup> Vielmehr bringen die genannten Normen schlicht zum Ausdruck, in welchen Fallkonstellationen deutsches Strafrecht auf einen Sachverhalt mit „Auslandsberührung“ zur Anwendung zu bringen ist,<sup>4</sup> sie sind – wie bereits die amtliche Überschrift vor § 1 StGB zum Ausdruck bringt – schlicht Geltungsbereichsnormen,<sup>5</sup> und bilden innerstaatliches Rechtsanwendungsrecht.<sup>6</sup> Der Begriff des „Internationalen Strafrechts“ ist im Kontext der diesbezüglichen Strafanwendungsregeln der §§ 3–7 und 9 StGB daher missverständ-

\* Der Verf. ist akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht II der Universität Bayreuth und im Sommersemester 2020 als Lehrstuhlvertreter an der Universität Bielefeld tätig.

<sup>1</sup> Siehe nur Werle/Jeßberger, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 7 Rn. 10 mit Nachw. in Fn. 9; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144).

<sup>2</sup> Vgl. näher zum Begriff und dessen unterschiedlichen Bedeutungsebenen nur Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 2 ff.; Bock, HRRS 2010, 92 mit Nachw. in Fn. 2; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 2; Schmitz, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 619; Schiemann, JR 2017, 339 mit Nachw. in Fn. 3; Woessner, ZRP 1976, 248; Wolfrum, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 977 (979 Fn. 7).

<sup>3</sup> Siehe hierzu nur Bock, HRRS 2010, 92 mit Nachw. in Fn. 4; Pawlik, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 357 Fn. 1; Schmitz (Fn. 2), S. 619; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, § 9 Rn. 240.

<sup>4</sup> Ähnlich Satzger (Fn. 2), § 3 Rn. 2 f.; Schiemann, JR 2017, 339, mit Verweis auf Ambos in Fn. 4.

<sup>5</sup> Statt vieler Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 16, 17; Oehler, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 771; Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 3; Pawlik (Fn. 3), S. 357 Fn. 1; vgl. auch Bock, HRRS 2010, 92; Schneider, ZIS 2013, 488 (489); dies., in: Asholt/Kuhli/Ziemann/Basak/Reiß/Beck/Nestler (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, 2015, S. 101; Schmitz (Fn. 2), S. 619; Grünwald, StV 1991, 31 (33).  
<sup>6</sup> BayObLG NJW 1998, 392 (393); ähnlich bereits Lackner, JR 1968, 268; Mosiek, StV 2008, 94 (98).

lich, was dazu führen sollte, diesen Terminus durch jenen des transnationalen bzw. des Strafanwendungsrechts<sup>7</sup> zu ersetzen.

### III. Originäre und derivative Strafgewalt als Hintergrund der Prinzipien des deutschen Strafanwendungsrechts sowie Auslegungsparameter für § 7 StGB

Eng verzahnt mit den für § 7 StGB sogleich (siehe IV.) zu skizzierenden, völkerstrafrechtlichen Anknüpfungspunkten ist die (Vor-)Frage, welche Form von Strafgewalt im Falle der Einschlägigkeit jeder Variante von § 7 StGB tatsächlich ausgeübt wird, ob somit in concreto originäre oder derivative Strafgewalt bzw. ein ebensolcher Strafanspruch Deutschlands besteht. Als originäre (ursprüngliche) Strafgewalt wird eine solche charakterisiert, die im Interesse eines Staates, die Geltung seiner eigenen Rechtsordnung zu garantieren und die Rechtsgüter seiner Bürger (und der Gemeinschaft aller als solches) zu schützen, bestimmte Verhaltensweisen der eigenen Strafgewalt unterwirft.<sup>8</sup> Damit verbunden ist auch die Zuständigkeit der eigenen Verfolgungs- und Rechtsprechungsgremien, diesen originären Strafanspruch durchzusetzen.<sup>9</sup> Derivative oder abgeleitete Strafgewalt umschreibt hingegen die Konstellation eines Staates, der ein Strafverfahren nicht im Eigeninteresse, sondern im Interesse eines anderen Staates oder internationalen Organs durchführt, welcher/welches nicht imstande ist, die in Frage stehende Straftat selbst zu verfolgen und seine insofern originäre Strafgewalt zur Ausübung gelangen zu lassen.<sup>10</sup> Bestehen nun (nur exemplarisch zu verstehen) etwa in einem Staat Hindernisse, einen habhaft gemachten eigenen Staatsangehörigen oder Ausländer an einen ersuchenden Staat, etwa auf Grund eines nicht erfolgreichen Auslieferungersuchens qua innerstaatlicher gesetzlicher Bestimmungen auszuliefern, so bestimmt der Grundsatz der internationalen Solidarität, dass der ersuchte Staat (sofern weitere Voraussetzungen vorliegen) ein Strafverfahren stellvertretend für den ersuchten Staat, somit in dessen Interesse, zu führen hat.<sup>11</sup> Die Strafgewalt des ersuchten Staates ist somit klar ersichtlich von jener des ersuchenden Staates abgeleitet;<sup>12</sup> ferner stellt sie sich hinsichtlich der originären Strafgewalt dieses Staates als subsidiär dar,<sup>13</sup>

und der ersuchte Staat setzt konkret nicht sein eigenes Strafrecht (seinen eigenen Strafanspruch), sondern das Strafrecht des ersuchenden Staates (dessen Strafanspruch) durch,<sup>14</sup> wengleich (zumindest in Deutschland) dies nicht im Sinne „echter Fremdrechtsanwendung“, sondern grundsätzlich in Gestalt der nationalen strafrechtlichen Normen geschieht.<sup>15</sup> Die vorgenommene Unterscheidung zwischen den Strafgewalten ist somit – gerade im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte der Varianten des § 7 StGB, das Gesamtverständnis der Norm als solcher und hinsichtlich der konkreten Auslegung deren Tatbestandsmerkmale (siehe V.) sowie den daraus erwachsenden Folgen – von enormer Bedeutung.

### IV. Prinzipien des Strafanwendungsrechts im Rahmen von § 7 StGB – Ansichten und eigene Standpunkte

#### 1. Allgemeines

Wie bereits angesprochen, eignet sich § 7 StGB, welcher – im Gegensatz zu den die deutsche Strafgewalt ebenfalls auf Auslandstaten erstreckenden Vorschriften der §§ 5, 6 StGB<sup>16</sup> – dieses Ziel nicht über eine katalogartige Aufzählung bestimmter Delikte, sondern in generellerer Art und Weise verfolgt,<sup>17</sup> hervorragend dazu, einige unterschiedliche Prinzipien des Strafanwendungsrechts und die Auswirkungen, welche die jeweilige Annahme oder Nichtannahme eines solchen im Ergebnis zeitigt, darzustellen und zu diskutieren. Die Frage, welche Anknüpfungspunkte i.S.v. die Ausdehnung der Strafgewalt legitimierenden „genuine links“<sup>18</sup> tatsächlich den einzelnen Tatbestandsvarianten des § 7 StGB zu Grunde liegen, ist hierbei hoch umstritten und führt in der konkreten Auslegung der Norm<sup>19</sup> zu bisweilen großen Dis-

<sup>7</sup> Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 2 mit Nachw. in Fn. 3; Krey/Esser (Fn. 3), § 9 Rn. 240; siehe allgemein ferner Mosiek, StV 2008, 94 (98). Krit. auch insoweit und ausführlich Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, StGB Vor §§ 3–7 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Böse, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1311 (1315 mit Nachw. in Fn. 29); Jeßberger (Fn. 5), S. 11.

<sup>9</sup> In diesem Sinne instruktiv Böse (Fn. 8), S. 1315 f. mit Nachw. in Fn. 30; Jeßberger (Fn. 5), S. 11.

<sup>10</sup> Böse (Fn. 8), S. 1316 mit Nachw. in Fn. 31; Jeßberger (Fn. 5), S. 11 f.

<sup>11</sup> Siehe Böse (Fn. 8), S. 1316 mit Nachw. in Fn. 33; Bock, HRRS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 32); Jeßberger (Fn. 5), S. 12.

<sup>12</sup> Pawlik (Fn. 3), S. 378.

<sup>13</sup> Böse (Fn. 8), S. 1316 Fn. 34.

<sup>14</sup> Böse (Fn. 8), S. 1317; Jeßberger (Fn. 5), S. 12.

<sup>15</sup> Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 13 mit Nachw. in Fn. 72; Reinbacher, ZJS 2018, 142 mit Nachw. in Fn. 3. In diesem Rahmen sind Wertentscheidungen anderer Rechtsordnungen zu berücksichtigen; siehe nur Satzger (Fn. 2), § 4 Rn. 15; § 5 Rn. 93 ff., 99, 101; Bock, HRRS 2010, 92 (94).

<sup>16</sup> Jene sind vorrangig zu prüfen, sodass § 7 StGB nur dann zur Anwendung gelangt, wenn nicht bereits über §§ 5 oder 6 StGB die deutsche Strafgewalt im konkreten Fall begründet wurde; vgl. nur Satzger, JURA 2010, 190; a.A. Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 3, welcher dafür votiert, im Falle des Vorliegens sowohl der Voraussetzungen nach §§ 5, 6 als auch des § 7 StGB für den konkreten Sachverhalt die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf beide Vorschriften zu stützen.

<sup>17</sup> Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1; Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 1; Reinbacher, ZJS 2018, 142; siehe auch Schneider (Fn. 5), S. 102.

<sup>18</sup> Schiemann, JR 2017, 339.

<sup>19</sup> Allgemein darauf hinweisend etwa Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 10 f., 16, 21.

krepanzen des grundsätzlichen und/oder inhaltlich-einzelfallbezogenen Geltungsumfangs des deutschen Strafrechts in Fällen mit Auslandsberührung.

Geeint werden sämtliche Varianten des § 7 StGB, unabhängig von ihren differentiellen Anknüpfungspunkten im Detail, durch den Umstand, dass die jeweils verwirklichte Straftat sowohl am Tatort (im Ausland) als auch in Deutschland im Zeitpunkt der Tatbegehung mit Strafe bedroht sein muss oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt (für die erstgenannte Variante: sog. Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit; in diesem Zusammenhang werden ferner die synonym verwendete Begriffe der [als problematisch anzusehenden] identischen Tatortnorm<sup>20</sup> bzw. jener der sog. *lex loci* bemüht).<sup>21</sup> Hinsichtlich des Umfangs des *lex-loci*-Erfordernisses, des Terminus des „mit Strafe bedroht-Seins“ und weiterer Punkte bestehen subtile Auslegungsfragen und mannigfaltige Unterschiede in der Deutung des § 7 StGB (siehe hierzu näher unter V.).

## 2. § 7 Abs. 1 StGB – Anknüpfungspunkt allein passives Personalitätsprinzip?

§ 7 Abs. 1 StGB, der die Geltung des deutschen Strafrechts für Taten normiert, die gegen einen Deutschen im Ausland begangen werden, fußt nach wohl übereinstimmender Meinung auf dem sog. passiven Personalitätsprinzip,<sup>22</sup> welches unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten zwar anerkannt ist, jedoch einen eher schwachen „genuine link“ bildet. Diskussionen über die Geltung des deutschen Strafrechts betreffen in diesem Zusammenhang damit nicht so sehr die Geltungs-

<sup>20</sup> Etwa *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 7 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 7 Rn. 2; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2020, § 7 Rn. 2; *Lagodny/Pappas*, JR 1994, 162 (163); *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59.

<sup>21</sup> *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 1, 8 f., 17 f.; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 59); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 2; *Eser*, JZ 1993, 875 (878, 881); *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142; *Satzger*, JURA 2010, 190 (192); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 7, 17 ff. Da den deutschen Gerichten die konkrete (hierzu sogleich) Anwendung ausländischen Strafrechts grundsätzlich fremd und untersagt ist, muss die im Ausland strafbare Tat somit auch in Deutschland einem Straftatbestand unterfallen, damit das zuständige Gericht jene nach deutschem Recht aburteilen kann und darf.

<sup>22</sup> *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 1, 2 mit Nachw. in Fn. 5; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 20; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, § 2 Rn. 99; *Krey/Esser* (Fn. 3), § 9 Rn. 248; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 11); *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2, verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff des „Individualschutzprinzips“; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 83; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 8.

grundlage i.S.e. Anknüpfungspunkts der deutschen Strafgewalt, sondern die – völkerstrafrechtlich als diskussionswürdig eingestufte – Qualität desselben. Richtigerweise wird jedoch – in unterschiedlich starker Nuancierung – § 7 StGB in seiner Gesamtheit dem Stellvertretungsprinzip zuzuordnen<sup>23</sup> und (ebenfalls) zu berücksichtigen sein. Die stellvertretende Strafrechtspflege basiert auf dem Grundgedanken der Solidarität zwischen Staaten oder – im Hinblick auf internationale Gerichtshöfe – Institutionen völkerrechtlicher Natur.<sup>24</sup> In Bezug auf § 7 Abs. 1 StGB wird der Stellvertretungsgedanke<sup>25</sup> im Großteil der Literatur sowie von der Rechtsprechung jedoch kaum als existent angesehen.<sup>26</sup>

Grundsätzlich fungiert somit nach herrschender Lesart die Deutscheigenschaft<sup>27</sup> als konstitutives Element der Straf-

<sup>23</sup> Vgl. hierzu – wenngleich im Ergebnis a.A. hinsichtlich § 7 Abs. 1 StGB – *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 2, 8, welcher das passive Personalitätsprinzip und damit eine originäre Strafgewalt Deutschlands in Bezug auf jene Norm annimmt; im Ergebnis identisch *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144); ferner *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740), wonach „Grundbedingung“ aller vier Tatbestände des § 7 StGB die Voraussetzung stellvertretender Strafrechtspflege sei. A.A. *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172), welcher § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB vollständig und ausnahmslos dem aktiven Personalitätsprinzip zuordnet, dabei jedoch (auch und gerade) die problematische zeitliche Dimension der „Neubürgerklausel“ verkennt.

<sup>24</sup> *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 99; *Schultz*, in: Welzel/Conrad/Kaufmann/Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 305 (312); i.d.S. für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Walther*, JuS 2012, 203 (205); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144, 145, jedoch nur für Var. 2); ähnlich *Schneider* (Fn. 5), S. 112.

<sup>25</sup> Unter (berechtigter) Stellvertretung ist in diesem Kontext das Tätigwerden für einen anderen Staat zu verstehen, der (bei Nichtverhinderung) selbst in gleicher Weise oder ähnlich tätig geworden wäre. Stellvertretende Strafrechtspflege kann dann jedoch nur in einer Weise umgesetzt werden, die jener des vertretenen Staates möglichst nah kommt, und jedenfalls nicht in einer Art der Strafverfolgung resultieren, welche jener nie vorgenommen hätte; siehe instruktiv hierzu nur *Schmitz* (Fn. 2), S. 628; vgl. allgemein auch *Böhm*, NStZ 2017, 618 (620).

<sup>26</sup> *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1, anerkennen zwar ein „Mitschwingen“ des Gedankens der stellvertretenden Strafrechtspflege in Bezug auf die im Rahmen des § 7 Abs. 1 Var. 1 StGB vorhanden sein müßende Tatnorm, meinen jedoch, der Schutz deutscher Staatsangehöriger im Ausland sei der maßgebliche Hintergedanke der genannten Norm.

<sup>27</sup> Zum Begriff des „Deutschen“ siehe Art. 116 Abs. 1 und 2 GG: „(1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat. (2) Frühere deutsche Staatsangehörige,

barkeit, und jene muss im Zeitpunkt der Tatbegehung beim Opfer vorliegen,<sup>28</sup> um (neben weiteren Voraussetzungen) § 7 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangen zu lassen.

Aus diesem Grund kann für Straftaten, welche im Ausland gegen die ungeborene Leibesfrucht begangen werden – trotz gegensätzlicher Stimmen in der Literatur<sup>29</sup> – § 7 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung gelangen, ist die Verleihung der deutschen Staatsbürgerschaft qua Abstammung doch abhängig von der Lebendgeburt (vgl. nur §§ 3 Nr. 1 und 4 StAG).<sup>30</sup> Mit diesem Zeitpunkt wird über § 7 Abs. 1 StGB der Schutz (auch) durch das deutsche Strafrecht begründet, zuvor kann jener mangels dieser Eigenschaft nicht bestehen. Das passive Personalitätsprinzip ist insofern nicht einschlägig. Die bisweilen propagierte, aus rechtspolitischen Erwägungen und unter dem Aspekt des umfassenden Lebensschutzes durchaus verständliche Forderung<sup>31</sup> der Erstreckung der Deutscheneigenschaft auf die ungeborene Leibesfrucht begibt sich dar-

denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wiedereinzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.“ Vgl. hierzu ferner *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 19 ff.; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 18; *Oehler* (Fn. 5), S. 774 ff.; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 82; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 55 ff.; *Rath*, JA 2007, 26 (31). Die Deutscheneigenschaft kann hierbei durch Geburt, Legitimation, Annahme als Kind oder Einbürgerung begründet werden, ist jedoch – gleichsam als Vorbedingung – abhängig vom strafrechtlich relevanten „ins Leben treten“ i.S.e. Lebendgeburt. Ob die Person eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt, also ein sog. Mehrstaatler ist, ist für die deutsche Staatsangehörigkeit ohne Belang (vgl. §§ 1 und 4 Abs. 3 StAG); siehe nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 19; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *Rath*, JA 2007, 26 (31).

<sup>28</sup> Statt vieler siehe allgemein *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 11.

<sup>29</sup> *Mitsch*, JURA 1989, 193 (195 mit Nachw. in Fn. 30); so etwa auch *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 24, welcher es als „zu formal“ ansieht, eine Ausdehnung des § 7 Abs. 1 StGB auf den Embryo abzulehnen, und versucht, aus Opferschutzgesichtspunkten die – ihrem Sinn nach vollkommen differente – Argumentationslinie für zwangsausgebürgerte Personen als Begründung heranzuziehen. Bereits auf faktischer Ebene (zur rechtlichen Seite siehe oben) vermag dies kaum zu überzeugen, denn anders als das Ungeborene besaßen die von den Nationalsozialisten zwangsweise ausgebürgerten Menschen zuvor sehr wohl die deutsche Staatsangehörigkeit.

<sup>30</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 13; *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 66.

<sup>31</sup> Ähnlich auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 14.

über hinaus auf Grund einer strafbegründenden Analogie<sup>32</sup> zu Lasten möglicher Täter in Opposition mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und ist daher bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen klar abzulehnen.<sup>33</sup> Im Zeitpunkt der Tatbegehung lag die Deutscheneigenschaft noch nicht vor,<sup>34</sup> und eine vergleichbare Regelung wie die (verfassungsrechtlich gleichfalls umstrittene) „Neubürgerklausel“ (siehe hierzu VI.) für Täter, gleichsam eine „Neuopferklausel“ mit Rückwirkungseffekt, kennt das deutsche StGB nicht,<sup>35</sup> sodass § 7 Abs. 1 StGB in den skizzierten Fallgestaltungen keinen Anwendungsbereich besitzt.

### 3. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB – aktives Personalitätsprinzip und/oder stellvertretende Strafrechtspflege?

Welcher „genuine link“ für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB, welche die Deutscheneigenschaft des Täters voraussetzen, heranzuziehen ist, wird kontrovers diskutiert. Zwar erachtet ein großer Teil der Lehre<sup>36</sup> und auch die Rechtsprechung<sup>37</sup> in jenen Normvarianten das sog. aktive Personalitätsprinzip verwirklicht, doch ist diese Sichtweise – zumindest hinsichtlich des aktiven Personalitätsprinzips als einzigem oder überwiegendem Anknüpfungspunkt für beide Varianten – zu Recht als fragwürdig einzustufen. Hinsichtlich § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB ist jene jedenfalls gänzlich verfehlt.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB mag ein starker Bezug zur Deutscheneigenschaft des Täters zur Tatzeit innewohnen, der für die alleinige Heranziehung des aktiven Personalitätsprinzips und einen insofern originären Strafanspruch<sup>38</sup> streitet,<sup>39</sup>

<sup>32</sup> *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 67.

<sup>33</sup> Siehe eindeutig ferner *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 15.

<sup>34</sup> Allgemein hierzu nur *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 3, 5.

<sup>35</sup> BGH NJW 1981, 531 (533); vgl. auch *Schroth*, NJW 1981, 500 (501).

<sup>36</sup> So etwa *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2 (für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 80, 84 mit Nachw. in Fn. 202, 218; ebenso *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, 21; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 8, 74; *Tröndle*, JR 1977, 1 (2); *Krey/Esser* (Fn. 3), § 9 Rn. 248; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2.

<sup>37</sup> BGH NStZ 2017, 146 (148); OLG Hamm NStZ-RR 2018, 292 (293); BGH NStZ-RR 2000, 208 (209).

<sup>38</sup> So BGH NStZ-RR 2018, 292 (293); für § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB insofern auch *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147); ferner *Eser*, JZ 1993, 875 (881).

<sup>39</sup> So (allzu) generell für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ-RR 2000, 208 (209); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 98; *Scholten*, NStZ 1994, 266 (267); *Eser*, JZ 1993, 875 (878); *Liebelt*, GA 1994, 20 (35 mit Nachw. in Fn. 96); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Oehler* (Fn. 5), S. 772; *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 47); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 16); *Schmitz* (Fn. 2), S. 621; vgl. auch *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 8; *ders.*, JURA 2010, 190 (191, 192); a.A. mit gewichtigen Argumenten *Böse*

doch handelt es sich bei den diesbezüglich dem deutschen Strafrecht unterfallenden Taten immer um solche, die im Ausland begangen wurden und (abgesehen von der Variante fehlender Strafgewalt am Tatort, welche wohl eine Kombination aus Weltrechtsprinzip und aktivem Personalitätsprinzip darstellt)<sup>40</sup> grundsätzlich der Ahndung durch das Tatortrecht unterliegen müssten, ist dort doch der Rechtsfriede beeinträchtigt worden.<sup>41</sup> Das Territorialitätsprinzip ist grundsätzlich der stärkste völkerrechtliche Anknüpfungspunkt. Jeder Staat soll auf seinem Staatsgebiet, somit innerhalb seines originären Herrschaftsbereichs, Straftaten von Personen jeglicher Staatsangehörigkeit grundsätzlich ahnden dürfen.<sup>42</sup> Nimmt Deutschland nun die Aufgabe der Strafverfolgung nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB wahr, wird es per se bereits stellvertretend für den anderen Staat tätig,<sup>43</sup> dem die ursprüngliche, originär begründete Strafgewalt zukäme.<sup>44</sup> Anders als bisweilen propagiert, ist somit auch mit dieser Normvariante keine originäre,<sup>45</sup> sondern eine derivative Strafgewalt Deutschlands begründet,<sup>46</sup> ein Umstand, der ferner durch das *lex loci*-Erfordernis zum Ausdruck kommt. Auch der – durch die Auslieferungsmöglichkeit an andere Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe bei Wahrung rechtstaatlicher Grundsätze bedeutend eingeschränkte – Grundsatz der Nichtauslieferung deutscher Staatsbürger nach Art. 16 Abs. 2 GG spricht in diesem Zusammenhang für ein Verständnis des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB als überwiegend vom Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege geprägte Norm. Als Begründung der Anwendung des deutschen Strafrechts auf Sachverhalte, welche § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB unterfallen, wird oftmals und teilweise singularär darauf hingewiesen, dass eine solche deshalb notwendig sei, damit deutsche Staatsbürger, die im Ausland Straftaten begehen und gem. Art. 16 Abs. 2 GG nicht

ausgeliefert werden können, sich einer Strafverfolgung nicht entziehen können.<sup>47</sup> Als „genuine link“ ist damit das aktive Personalitätsprinzip benannt.<sup>48</sup> Durch die Einschränkung des verfassungsrechtlichen Auslieferungsverbots nach Art. 16 Abs. 2 GG<sup>49</sup> hat jedoch diese Argumentationslinie zur Geltungsgrundlage jener Normvariante des § 7 StGB erheblich an Bedeutung eingebüßt: Sofern eine Auslieferung an Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe möglich ist und vollzogen wird, wird dadurch der originären Strafkompetenz des ersuchenden Staates bzw. des internationalen Gerichtshofes entsprochen, womit das aktive Personalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt bzw. der Grund der Nichtauslieferungsmöglichkeit (Staatsangehörigkeit) durch die Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers geschwächt wird. Einer stellvertretenden Strafrechtspflege durch Deutschland, die an sich durch Art. 16 Abs. 2 GG erheblich gestützt wird, bedarf es in einem solchen Fall nicht mehr.<sup>50</sup> Zum Ausdruck gelangt dadurch ein (mehr als partielles) Abgehen vom aktiven Personalitätsprinzips als (behauptetem) Anknüpfungspunkt des deutschen transnationalen Strafrechts per se und eine in die konkrete Auslegung der Norm einzubeziehende und das Verständnis derselben prägende Gegebenheit. Nicht die (mögliche) Nichtauslieferung auf Grund der Deutschen-eigenschaft als solche, sondern der Umstand, dass wegen der Nichtauslieferung ein möglicher Täter einer Sanktion nicht entgehen sollte,<sup>51</sup> und demzufolge Deutschland für einen anderen Staat diese Aufgabe aus Solidarität<sup>52</sup> wahrnimmt, steht im Vordergrund, und dies entspricht klar dem Gedanken stellvertretender Strafrechtspflege,<sup>53</sup> wie er etwa auch für

(Fn. 15), § 7 Rn. 12; i.d.S. wohl auch *Liebelt*, NStZ 1989, 182; differenziert *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, welcher sowohl den „aktiven Personalgrundsatz“ als auch „den Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege“ verwirklicht sieht; so auch *Krey*, JR 1980, 45 (47 mit Nachw. in Fn. 39), sowie BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); ähnlich *Bock*, HRRS 2010, 92 (93 f.); *Bosch*, JA 2009, 905 (906).

<sup>40</sup> Zur Unbedenklichkeit der Zuordnung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 StGB in seiner Gesamtheit zum Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege in Fällen fehlender Strafgewalt am Tatort siehe *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12, unter Verweis auf den auch für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB insofern denkbaren, jedoch nicht überzeugenden Einwand.

<sup>41</sup> Siehe zu Recht *Liebelt*, GA 1994, 20 (35 f.), wonach es im Anwendungsbereich von § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB um die Ahndung der Störung fremder Rechtsordnungen gehe.

<sup>42</sup> Statt vieler *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (728); allgemein nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 95; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 15 ff.

<sup>43</sup> I.d.S. etwa *Hoyer*, JR 2002, 34.

<sup>44</sup> So bereits (für die alte Rechtslage des § 4 StGB) BGHSt 2, 160 (161).

<sup>45</sup> So explizit *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13 mit Nachw. in Fn. 52.

<sup>46</sup> Instruktiv *Böse* (Fn. 8), S. 1323.

<sup>47</sup> OLG Celle NJW 2001, 2734 (2735); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (728); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 98.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu nur *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 67; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 17); *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 7; *Tröndle*, JR 1977, 1 (2).

<sup>49</sup> Siehe allgemein nur *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 75.

<sup>50</sup> Vgl. *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 12.

<sup>51</sup> Ganz i.d.S. *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 66, 67, und unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien, wonach § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB nur auf Grund der Lückenfüllung wegen der Abkehr vom aktiven Personalitätsprinzip als vormaligem Leitgedanken eingeführt wurde; allgemein ferner *Krey*, JR 1980, 45 (49); siehe auch *Eser*, JZ 1993, 875 (881); OLG Celle NJW 2001, 2734 (2735).

<sup>52</sup> I.d.S. für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Walther*, JuS 2012, 203 (205); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144, jedoch nur für Var. 2); allgemein die internationale Solidarität als Grund der stellvertretenden Strafrechtspflege nennend und diese mit Recht in den Kontext der Rechtshilfe setzend *Schultz* (Fn. 24), S. 312; ähnlich zur Solidarität auch *Schneider* (Fn. 5), S. 112.

<sup>53</sup> So im Ergebnis ferner *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 71; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, 23; *Liebelt*, NStZ 1989, 182; *Woesner*, ZRP 1976, 248 (249); i.d.S. auch *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 41, sowie *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); a.A. insofern *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, welcher das aktive Personalitätsprinzip

nichtauslieferungsfähige Ausländer in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB eindeutig zum Ausdruck gelangt.<sup>54</sup> Darüber hinaus krankt die Begründung deutscher Strafgewalt auf Basis der deutschen Staatsangehörigkeit für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB allgemein bereits daran, dass sie dem Ziel des Reformgesetzgebers, welcher anstelle des (schon aus der deutschen Geschichte extrem bemakelten)<sup>55</sup> aktiven Personalitätsprinzips (zu Recht) jenes der Territorialität als das maßgebliche einstuft wollte, diametral entgegensteht.<sup>56</sup> Innersystematisch wäre es darüber hinaus nicht einsichtig, weshalb der Gesetzgeber dem (völkerrechtlich trotz aller Bedenken stärkerem) aktiven Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB den Nachrang gegenüber dem (schwächeren) Anknüpfungspunkt des passiven Personalitätsprinzips<sup>57</sup> nach § 7 Abs. 1 StGB hätte einräumen sollen,<sup>58</sup> und ferner, dass unterschiedliche „genuine links“ für die beiden Varianten des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (neben weiteren Problemen) zu seltsam anmutenden Inkonsistenzen innerhalb der Norm führen würden, wäre dann die deutsche Staatsangehörigkeit doch an einer Stelle Tatbestandsmerkmal (Var. 1), an anderer (Var. 2) hingegen objektive Bedingung der Strafbarkeit.<sup>59</sup>

des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB als „Konsequenz des zwischenstaatlichen Auslieferungsverbots“ begreift (so auch beinahe wortgleich v. *Heintschel-Heinegg* [Fn. 20], § 7 Rn. 4) und daher mangels Auslieferungsmöglichkeit Deutschland eigene Staatsangehörige selbst bestrafen müsse, wiewohl er in Fn. 1 sehr wohl die Auslieferungsmöglichkeiten an Staaten der Europäischen Union oder Internationale Gerichtshöfe nennt; vgl. auch *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 12.

<sup>54</sup> Auf welcher Basis (Art. 16 Abs. 2 GG für Deutsche bzw. sonstige Gründe bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für Ausländer) die Auslieferung somit nicht erfolgt, ändert am zugrundeliegenden „Stellvertretungscharakter“ der diesbezüglichen Varianten des § 7 StGB nichts.

<sup>55</sup> Siehe zur Überbetonung desselben, insbesondere in Zeiten der nationalsozialistischen Terrorherrschaft *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143 unter Verweis auf § 3 RStGB 1940); ausführlich *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (342), welche in Fn. 62 zu Recht darauf hinweisen, dass eine allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber dem Heimatstaat, „dessen Strafgesetze auch im Ausland zu beachten [...], als obrigkeitsstaatlichem Denken verhafteter Anachronismus“ anmutet; ebenso *Böse* (Fn. 8), S. 1322 mit Verweis auf *Oehler* in Fn. 68; kritisch insoweit bereits früh *Schultz* (Fn. 24), S. 311; *Pawlik* (Fn. 3), S. 363 f.; siehe allgemein hierzu *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 7.

<sup>56</sup> So zustimmungswürdig *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 68.

<sup>57</sup> Zur allgemeinen Umstrittenheit des passiven Personalitätsprinzips in völkerrechtlicher Hinsicht und seiner per se schwachen Stellung siehe nur *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (341, 342); vgl. auch *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 11.

<sup>58</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 69.

<sup>59</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12; für unproblematisch erachtet von *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 88; *Gribbohm*, JR 1998, 177 (179 mit Nachw. in Fn. 15); siehe allgemein *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 11; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 5; *Mosiek*, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 57).

Doch selbst im Falle, dass Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG wirkt und eine Auslieferung nicht stattfinden darf (etwa in Bezug auf Staaten außerhalb der Europäischen Union), ist – und im bedeutend stärkeren Maß als bislang angenommen – in § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege verwirklicht; dies umso mehr, falls der ersuchende Staat ein Auslieferungersuchen gestellt und so seinem Wunsch nach Strafverfolgung gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen Ausdruck verliehen hat. Gerade auf Grund der Nichtauslieferung nach Art. 16 Abs. 2 GG wird der deutsche Staatsbürger im Inland vor Gericht gestellt; auch ein Vergleich mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, welcher nach h.M. jedenfalls das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege verwirklicht<sup>60</sup> und sich auf im Inland betroffene Ausländer bezieht, die aus den genannten Gründen nicht ausgeliefert werden können, legt ein solches, der Systematik der Norm des § 7 Abs. 2 StGB in seiner Gesamtheit sowie den auslieferungsrechtlichen Bestimmungen entsprechendes Verständnis i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege nahe. Da das Deutschenprivileg von Art. 16 Abs. 2 GG nach h.M. Ausländern nicht zu Gute kommen kann, hat in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB (insofern anders als in § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB) der Gesetzgeber im Normtext explizit auf Gründe für die Nichtauslieferung Bezug genommen.

Einem gedanklichen „Stufenbau transnationaler Strafverfolgung“ entsprechend ist eine stellvertretende Strafrechtspflege jedenfalls als derivative Ausübung von Strafgewalt und subsidiär gegenüber einer Verfolgung durch den Tatortstaat (als den den originären Strafanspruch innehabenden Staat) anzusehen.<sup>61</sup> Um dem originären Strafanspruch des Tatortstaates zum Durchbruch zu verhelfen, geht eine erlaubte Auslieferung an den zu vertretenden Staat damit einer Geltendmachung des abgeleiteten Strafanspruchs durch die deutsche Justiz grundsätzlich vor.<sup>62</sup> Ist eine Auslieferung als primäres Vorgehen jedoch nicht möglich (siehe die Fälle des Art. 16 Abs. 2 GG für § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und 2 StGB bzw. solche nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), so wird (bei Vorliegen der weiteren zu prüfenden Voraussetzungen) Deutschland in solchen Fällen umso mehr in Stellvertretung strafverfolgend tätig.<sup>63</sup> Die genannten Normen sind somit (auch) aus diesem Grund von einem auslieferungsrechtlichen Sinngehalt erfüllt und dementsprechend zu interpretieren.

Versteht man § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB (dies gilt umso mehr auch für dessen Var. 2, dazu sogleich) im dargestellten Sinn sowie im Kontext auslieferungsrechtlicher Bestimmungen und als primär vom Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege geprägte Norm, und kann in concreto der mutmaßliche deutsche Täter qua Art. 16 Abs. 2 GG nicht (etwa an einen Staat außerhalb der Europäischen Union) ausgeliefert werden, wäre – zur Verwirklichung des Gedankens der stellvertretenden Strafrechtspflege – entgegen der derzeitigen

<sup>60</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 11 mit Nachw. in Fn. 54.

<sup>61</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 17; *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 (unter Verweis auf das Verhältnis zwischen Auslieferung und stellvertretender Strafrechtspflege).

<sup>62</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 17 mit Nachw. in Fn. 98.

<sup>63</sup> *Böse* (Fn. 8), S. 1323.

Lesart und Praxis und analog zur Auslieferung ein bisweilen geforderter, nachgewiesener und rechtlich verbindlicher Verfolgungswille des Tatortstaates zu verlangen.<sup>64</sup> Ein negativ beschiedenes Auslieferungersuchen desselben würde dem diesbezüglichen Wunsch nach Strafverfolgung gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen in diesem Zusammenhang wohl ebenso genügen wie (ein auf Grund der Kenntnis des ersuchenden Staates vom schlagend werdenden Deutschenprivileg gleichsam antizipiert eingebrachtes) förmliches Ersuchen um Strafverfolgung.<sup>65</sup> Eine solches Verständnis und zusätzliches, rechtliches Erfordernis im Bereich des § 7 StGB würde einer stellvertretenden Strafrechtspflege gerecht werden, da jene tatsächlich nur auf Ersuchen des anderen Staates<sup>66</sup>, nicht gleichsam „ins Blaue“ durchgeführt würde und so „echter Stellvertretung“ näher käme als die bislang geübte Praxis. Darüber hinaus würden dadurch subkutane Verwerfungen zwischen dem vorrangigen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege des § 7 StGB und den eng damit in Verbindung stehenden auslieferungsrechtlichen Vorschriften<sup>67</sup> des deutschen Rechts, welche ebenfalls einen Stellvertretungsgedanken zum Ausdruck bringen, durch einen gewissen Gleichklang der Erfordernisse behoben werden. Eine solche Sichtweise wäre auch unter Berücksichtigung der inneren Systematik der Norm (Vergleich von § 7 Abs. 2 Nr. 1 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB aus auslieferungsrechtlichem Blickwinkel) vorzugswürdig.

4. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB (Neubürgerklausel) – aktives Personalitätsprinzip oder stellvertretende Strafrechtspflege?

In § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, der sog. Neubürgerklausel,<sup>68</sup> sieht der Großteil der Literatur zu Recht die stellvertretende Strafrechtspflege als korrekten und alleinigen Anknüpfungspunkt,<sup>69</sup> womit auch in dieser Normvariante derivative Straf-

<sup>64</sup> Vgl. auch Reinbacher, ZJS 2018, 142, in Bezug auf die Regel des § 4 RStGB 1871, die einen solchen Antrag des ausländischen Staates bereits ausdrücklich vorsah.

<sup>65</sup> Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 15, erachtet in diesem Kontext für die derzeitige Rechtslage durch die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat eine widerlegbare Vermutung des Einverständnisses des Tatortstaates mit der Strafverfolgung für gegeben.

<sup>66</sup> Für ein solches votierend auch Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 15.

<sup>67</sup> Explizit etwa Schultz (Fn. 51), S. 311.

<sup>68</sup> Statt vieler bloß Reinbacher, ZJS 2018, 142.

<sup>69</sup> So etwa Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 9; ders., JURA 2010, 190 (191, 192); ders. (Fn. 2), § 5 Rn. 80 mit Nachw. in Fn. 205; eindeutig Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, sowie Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 63 f.; Böhm, NSStZ 2017, 618 (620); Krey, JR 1980, 45 (49 mit Nachw. in Fn. 57); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 101; Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (339 Fn. 35 m.N., 342); Rath, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 48); etwas abgeschwächt Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1. A.A. etwa Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 8, welche sowohl das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege als auch das aktive Personalitätsprinzip als gegeben ansehen; a.A. ferner Krey/Esser (Fn. 3), § 9 Rn. 249.

gewalt ausgeübt wird.<sup>70</sup> Die Gegenmeinung übersieht bereits die zeitliche (und in weiterer Folge noch gravierende Auswirkungen auf die Norm als solche auslösende) Komponente, nach welcher das aktive Personalitätsprinzip schon aus Gründen der Denklogik nicht als Anknüpfungspunkt bzw. Geltungsgrundlage fruchtbar gemacht werden kann: In der Alternative des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB lag im maßgeblichen Zeitpunkt der Tat die für das aktive Personalitätsprinzip vorhanden sein müßende Deutscheineigenschaft beim (insofern „noch“ ausländischen) Täter nicht vor, diese wird durch den späteren „Neubürger“ erst danach begründet,<sup>71</sup> sodass eine Berufung auf jenes als Anknüpfungspunkt fehlgehen muss. Ein originärer Anknüpfungspunkt deutscher Strafgewalt besteht somit im Tatzeitpunkt nicht.<sup>72</sup> Der „Neubürger“ wird i.S.e. stellvertretenden Strafrechtspflege<sup>73</sup> gleichsam im Interesse und für den anderen Staat verfolgt (derivativer Strafanspruch Deutschlands).<sup>74</sup> Der Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft wird häufig als objektive Bedingung der Strafbarkeit klassifiziert,<sup>75</sup> wobei eine Aufgabe der deutschen Staatsbürgerschaft vor dem Ende der letzten Tatsacheninstanz die Heranziehung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB – wie auch für Bürger der ehemaligen DDR, welche (nach der Wiedervereinigung) solche des vereinigten Deutschlands wurden – verbietet.<sup>76</sup>

5. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB – stellvertretende Strafrechtspflege

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB fungiert nach h.M. als gesetzliche Ausformung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege.<sup>77</sup> Der insofern geltend gemachte Strafanspruch ist

<sup>70</sup> Explizit Böse (Fn. 8), S. 1323 f., der richtigerweise das aktive Personalitätsprinzip qua im Tatzeitpunkt fehlender Deutscheineigenschaft für nicht einschlägig erachtet.

<sup>71</sup> Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 13.

<sup>72</sup> Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 22).

<sup>73</sup> Siehe auch BGHSt 39, 317 (321).

<sup>74</sup> Siehe allgemein Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (337).

<sup>75</sup> Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 9.

<sup>76</sup> Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 9; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (148 mit Nachw. in Fn. 74); Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 83, 85; BGHSt 39, 317 (320) = BGH NJW 1994, 140.

<sup>77</sup> BGH NSStZ-RR 2000, 208 (209); BayObLG NJW 1998, 392 (395); Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 5; Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 18; Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Böhm, NSStZ 2017, 618 (622); Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1, 7; Eser, JZ 1993, 875 (878, 882); Liebelt, GA 1994, 20 (35); Heger (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 80; ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 11 ff.; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (145 mit Nachw. in Fn. 23); Schneider (Fn. 5), S. 112 mit Nachw. in Fn. 40; Schmitz (Fn. 2), S. 619 mit Nachw. in Fn. 4; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 20), § 7 Rn. 7; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 101; a.A. etwa Ambos, NSStZ 1998, 138 (140 mit Verweis auf Pappas in Fn. 28); Lagodny/Pappas, JR 1994, 162 (163); Scholten, NSStZ 1994, 266; unsubstanziert Schroeder, in: Geisler/Kratz/Kretschmer/Schneider/Sowada

kein originärer Deutschlands, sondern ein derivativer, zugunsten des ersuchenden Staates vertretungsweise wahrgenommener, da eine Auslieferung (aus den in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB angesprochenen Gründen) nicht durchführbar ist.<sup>78</sup> Der Zweck von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird darin erblickt, dass ein in Deutschland ergriffener Ausländer, der nicht ausgeliefert wird,<sup>79</sup> einer Verfolgung nicht entgehen soll.<sup>80</sup> In Reinform wäre insofern im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege die Anwendung fremden Strafrechts in seiner Gesamtheit durch deutsche Gerichte theoretisch denkbar.<sup>81</sup> Jene würden somit nach ausländischen Straftatbeständen urteilen und in concreto die dort normierten Strafen vollziehen, doch wird diese Form einer „vollständigen Fremdrechtsanwendung“ im strafrechtlichen Kontext ganz überwiegend abgelehnt, und der Stellvertretungsgedanke demzufolge (zu Recht) einschränkend interpretiert. Die Geltendmachung des ausländischen Strafanspruchs in Deutschland führt somit (grundsätzlich) nicht zu einem – gewissermaßen verkappten – tatsächlichen Import ausländischer Normen und wäre auch nicht mit höherrangigen, verfassungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar.<sup>82</sup> In Bezug auf die Auslegung und Berücksichtigung ausländischer Gegebenheiten zeitigt die Annahme stellvertretender Strafrechtspflege bei § 7 StGB jedoch erhebliche Folgen (siehe sogleich 6. sowie V. und VI.).

(Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 643.

<sup>78</sup> Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 11; Schneider (Fn. 5), S. 112; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (147).

<sup>79</sup> Siehe Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 20.

<sup>80</sup> Vgl. BGH NStZ 2019, 460.

<sup>81</sup> Dafür etwa Schneider (Fn. 5), S. 112 mit Nachw. in Fn. 39; Schmitz (Fn. 2), S. 637.

<sup>82</sup> Vgl. auch allgemein Mankowski/Bock, ZStW 120 (2008), 704 (707), wonach sich (im Gegensatz zu zivilrechtlichen Regelungen und der denkbaren und häufig vollzogenen, vollinhaltlichen Anwendung solchermaßen einzustufender ausländischer Normen durch deutsche Gerichte) „das Strafrecht [...] sich in einem anderen Rahmen normhierarchisch höher-rangiger Bedingungen“ bewege. Darüber hinaus verlange Art. 103 Abs. 2 GG als Grundlage der Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht, dass der Straftatbestand, somit die Grundlage der Strafbarkeit (auf welcher ein deutsches Gericht entscheide), ein deutsches Parlamentsgesetz sein müsse, wodurch einer oben skizzierten, extrem weit verstandenen Fremdrechtsanwendung im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege der Boden entzogen ist; siehe Mankowski/Bock, ZStW 120 (2008), 704 (716 mit Verweis auf Schumann sowie BVerfGE 78, 374 [383], in Fn. 63 f. sowie ausführlich 720, 721 mit Nachw. in Fn. 83, 85, 88, 89, 757); Mosiek, StV 2008, 94 (98); allgemein zur Anwendung (allein) inländischen Strafrechts in Deutschland bereits BGH JR 1968, 266 (268); Lackner, JR 1968, 268; kritisch in diesem Kontext allgemein Mosiek, StV 2008, 94.

6. Das Zusammenspiel von § 7 StGB mit § 51 Abs. 3 S. 1 StGB sowie die mögliche Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung

a) Das Verhältnis von § 7 StGB zu § 51 Abs. 3 S. 1 StGB

Die Vorschrift des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB (vgl. in diesem Zusammenhang ferner § 153c StPO) könnte auf den ersten Blick dazu verführen, die Einordnung des § 7 StGB (in dessen Gesamtheit) als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege in Zweifel zu ziehen, hat der Gesetzgeber nach einer Lesart der Vorschrift doch mit jener zum Ausdruck gebracht, dass nicht einmal rechtskräftige Verurteilungen ausländischer Gerichte eine neuerliche Strafverfolgung in Deutschland beschränken, sondern in solchen Fällen allein eine Anrechnung bereits vom Ausland angeordneter und vollstreckter Freiheitsentziehung stattfindet.<sup>83</sup> Dadurch sei ausgedrückt, dass Deutschland selbst nach erfolgter Aburteilung durch den Tatortstaat die Tat nach eigenem Strafrecht verfolgen dürfe<sup>84</sup> und dies würde für die Annahme des aktiven Personalitätsprinzips,<sup>85</sup> damit das Vorliegen originärer Strafgewalt in Fällen des § 7 StGB und gegen die stellvertretende Strafrechtspflege in diesem Kontext sprechen.

Der soeben skizzierten Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen. Die Anrechnungsvorschrift des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB betrifft Fallkonstellationen, in welchen der Tatortstaat bereits originäre Strafgewalt ausgeübt und den betroffenen Normunterworfenen verurteilt hat, was sich inhaltlich-thematisch eklatant von den Anwendungsfällen des § 7 StGB unterscheidet (unabhängig vom angenommenen Anknüpfungspunkt; siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen des § 7 StGB in diesem Kontext die Ausführungen unter IV. 1.). Aus § 51 Abs. 3 S. 1 StGB eine Indizwirkung für § 7 StGB „aus systematischen Überlegungen“ herauslesen zu wollen,<sup>86</sup> geht somit bereits dem Grunde nach fehl und verkennt ferner den Charakter der §§ 3–7, 9 StGB als nach ganz h.M. strafbarkeits- bzw. strafgewaltseinschränkenden Normen.<sup>87</sup>

Darüber hinaus ist § 51 Abs. 3 S. 1 StGB in keiner Weise als absolut geltender und nicht einschränkungs-fähiger Tatbestand anzusehen, gilt die dort fixierte Grundregel doch (auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen in Bezug auf den per se rein nationalen Grundsatz des *ne bis in idem* aus Art. 103 Abs. 3 GG) auch explizit nicht für bestimmte ausländische bzw. internationale Urteile, etwa für Anwendungsfälle des Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh (Mitgliedstaaten der EU) sowie für solche der Vertragsstaaten des Römischen

<sup>83</sup> Niemöller, NStZ 1993, 171 (172); vgl. allgemein Pawlik (Fn. 3), S. 364; Scholten, NStZ 1994, 266 (267).

<sup>84</sup> Niemöller, NStZ 1993, 171 (172); Scholten, NStZ 1994, 266 (267); Pawlik (Fn. 3), S. 364.

<sup>85</sup> Niemöller, NStZ 1993, 171 (172).

<sup>86</sup> So (allzu vereinfachend) Scholten, NStZ 1994, 266 (267), explizit für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; beinahe identisch (für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) etwa Pawlik (Fn. 3), S. 364.

<sup>87</sup> Siehe hierzu allgemein nur Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 58).



Statuts,<sup>88</sup> sodass jener einschränkender Interpretation bereits grundsätzlich offensteht. Eingedenk dieser Möglichkeiten spricht nichts dagegen, auch die Konstellationen des § 7 StGB als Ausnahme von der Grundregel des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB zu verstehen,<sup>89</sup> jenen in diesem Sinne auszulegen und zur Anwendung zu bringen,<sup>90</sup> sodass Fälle des § 7 StGB von der Vorschrift nicht erfasst werden. Unabhängig von diesen Argumenten bildet die – theoretisch dennoch denkbare – neuerliche Verurteilung trotz bereits bestehender ausländischer Aburteilung keinen Widerspruch zur stellvertretenden Strafrechtspflege, da der vorrangige Zweck der diesbezüglich einschlägigen Regeln wohl (auch) darin besteht, die Ausübung deutscher Strafgewalt bei grenzüberschreitenden Taten nicht per se auszuschließen, und der historische Gesetzgeber – wie aus der Gesetzgebungsgeschichte ersichtlich – Verfolgungshindernissen nach dem Recht des Tatortstaates (wie etwa einer rechtskräftigen Verurteilung) offen gegenüberstand.<sup>91</sup>

*b) § 7 StGB sowie die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung*

Auch der vom BGH als unproblematisch erachtete Umstand, im Falle der Anwendung des § 7 StGB bei Verurteilung eine Maßnahme der Besserung und Sicherung zu verhängen,<sup>92</sup> welche im Tatortstaat als Rechtsfolge nicht vorgesehen ist, spricht nicht gegen die Einordnung des § 7 StGB als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege. Maßnahmen der Besserung und Sicherung sind (nach rein nationalem Verständnis) keine Strafen i.e.S., sondern verfolgen von jener zu unterscheidende Ziele, sodass die Verhängung einer solchen Maßnahme (wiewohl mit Sanktionscharakter ausgestattet) unter Anwendung des deutschen Strafrechts auf eine im Ausland begangene Tat im Rahmen des § 7 StGB keine Geltendmachung eines dortigen, derivativen oder aber hiesigen, originären Strafanspruchs darstellt, und demzufolge auch keine Aussage über die Rechtsnatur des § 7 StGB und dessen Anknüpfungspunkte erlaubt.

Bedeutend gewichtiger als dieses rein formal und vom nationalen Recht geprägte Argument ist freilich bei näherer Betrachtung die grundsätzliche strafenwendungsrechtliche, mit dem ausländischen Recht in Verbindung stehende Dimension von § 7 StGB, die im Ergebnis für die stellvertretende Strafrechtspflege ausschlägt: Deutsche Maßregeln der Besserung und Sicherung (denen nach Ansicht des EGMR

sehr wohl ein strafender Charakter innewohnt und die zur Strafrechtspflege zu zählen sind)<sup>93</sup> mögen zwar in einer konkreten Ausgestaltung ein Spezifikum des deutschen Rechts darstellen<sup>94</sup> und im Recht des Tatortstaates unbekannt sein, doch bedeutet dies weder, dass jene nicht angewendet werden dürften noch (in Bezug auf § 7 StGB) den Anknüpfungspunkt der stellvertretenden Strafrechtspflege schwächen könnten: Um eine solche betreiben zu dürfen, ist es nicht erforderlich, dass sich die möglichen Sanktionen delinquenten Verhaltens in beiden betroffenen Rechtsgemeinschaften decken oder auch nur entsprechen; vielmehr muss sich der die Stellvertretung ausübende Staat nach Kräften bemühen, seine staatliche Reaktion (soweit als möglich in einem inhaltlich-teleologischen Sinn) den rechtlichen Gegebenheiten der vertretenen Entität anzugleichen. Deutschland kennt die Maßregeln der Besserung und Sicherung als neben der Strafe weitere Spur des staatlichen Sanktionssystems. Doch ist auch denkbar, dass im vertretenen Staat, etwa nach gerichtlicher Feststellung der Notwendigkeit einer Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung wegen der Gefährlichkeit des Täters im Strafverfahren ein eigenes, vom Strafverfahren losgelöstes „Unterbringungsverfahren“ (z.B. neben der erfolgten Verhängung einer Strafe) durchgeführt wird. Jenes zählt schon deshalb, weil es eine Straftat zum Auslöser hat, zum insofern weit verstandenen Begriff der dortigen Strafrechtspflege, die Deutschland in casu concreto in Gestalt und über die Maßregel der Besserung und Sicherung stellvertretend wahrnimmt, da eine echte Fremdrechtsanwendung dem Grunde nach untersagt ist. Somit liegt in der Tatsache, dass Deutschland auch bei Anwendung des § 7 StGB für im Ausland geschehene Ereignisse Maßregeln der Besserung und Sicherung verhängen darf, weder eine Abkehr vom hier vertretenen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege für § 7 StGB begründet noch ein Argument für die Geltung der insofern diskutierten Anknüpfungspunkte des passiven und aktiven Personalitätsprinzips. Ein rein auf dieselben Rechtsinstitute im In- wie Ausland abstellender oder jene im Kernbereich des Strafrechts verortender Blick oder eine allein nationale Betrachtungsweise auf Sachverhalte mit Auslandsberührung verbietet sich daher ebenso wie ein zu formalistischer Ansatz, etwa, ob die Sanktion der skizzierten „Unterbringung“ als in der Maßregel der Besserung und Sicherung vergleichbarer Form, in Gestalt einer anderen Rechtsfigur, oder in einem dem Strafverfahren zeitlich nachgeordneten selbstständigen Verfahren auftritt. Vielmehr bedarf es eines – im Einzelfall für die Normanwender durchaus fordernden, jedoch (etwaig mit gutachterlicher Hilfe) gut lösbaren – Vergleichs im Hinblick auf die ratio bzw. den telos der rechtlich verbindlichen, staatlichen Reaktionen auf delinquentes Verhalten und den insofern vorhandenen, tatsächlichen Transformationsmöglichkeiten im nationalen Recht, die den aus-

<sup>88</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 106; *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 mit Nachw. in Fn. 7.

<sup>89</sup> Ganz i.d.S. *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 83, im Hinblick auf bereits im Ausland abgeurteilte Sachverhalte und unter Verweis auf das sog. Erledigungsprinzip; so ferner *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59 mit Nachw. in Fn. 137.

<sup>90</sup> Identisch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 84, und unter Verweis auf den Normzweck, welcher nur erfüllt sein könne, wenn eine Strafverfolgung für den Tatortstaat noch überhaupt denkmöglich sei.

<sup>91</sup> Vgl. näher *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 11, 8.

<sup>92</sup> BGHR § 7 Sicherungsverwahrung 1; siehe ferner *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 2.

<sup>93</sup> Vgl. nur EGMR HRRS 2010 Nr. 65; siehe statt vieler *Satzger* (Fn. 2), § 11 Rn. 87.

<sup>94</sup> Vgl. allgemein hochinformativ jedoch *Ambos* (Fn. 2), § 10 Rn. 67 mit Nachw. in Fn. 401, welcher auf die in ähnlicher Form ausgestalteten Rechtsinstitute in anderen kontinental-europäischen Ländern in diesem Zusammenhang verweist.

ländischen Vorschriften (sofern jene vom internationalen wie nationalen ordre public gedeckt sind) dem Sinn und Zweck nach entsprechen.<sup>95</sup>

Beim im Zusammenspiel mit dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege zu beachtenden lex-mitior-Grundsatz (siehe hierzu ferner VI. 2 sowie Fn. 95) gilt für Maßregeln (sofern der Sanktionscharakter derselben bejaht wird [und entgegen der Ansicht des BGH]) wohl Identisches wie für mögliche Strafen: Sieht das Recht des Tatortstaates (im Gegensatz zum deutschen Strafrecht) nun aber eine einer Maßregel vergleichbare Reaktion auf die inkriminierte Tat in keiner Form vor, darf in Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes eine solche bei etwaiger Ahndung nach deutschem Recht ebenfalls nicht verhängt werden. Der lex-mitior-Grundsatz erstreckt sich in diesem Kontext somit auf alle staatlichen Normen mit Sanktionscharakter. Insofern findet das für den Normunterworfenen in concreto mildere (weil keine Maßregel oder vergleichbare staatliche Reaktion vorsehende) Recht Anwendung.

<sup>95</sup> Zum anzuwendenden Strafrahen bei Berücksichtigung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege in § 7 StGB-Konstellationen siehe VI. 2. Problematisch können sich unter den Kautelen stellvertretender Strafrechtspflege unterschiedliche Strafrahen für vergleichbare Delikte im In- und Ausland etwa dann auswirken, wenn extreme Diskrepanzen in der möglichen Strafhöhe (Bsp.: Staat A verhängt für ein Delikt mindestens fünf und maximal 30 Jahre Freiheitsstrafe, während die deutsche Strafdrohung maximal drei Jahre vorsieht) bestehen (vgl. allgemein zu einem derartigen „Strafgefälle“ *Werle/Jeßberger* [Fn. 1], § 7 Rn. 2) oder das ausländische Recht (vgl. exemplarisch zu streng muslimisch geprägten Staaten, wie Iran etwa *Zehetgruber*, Islamisches Strafrecht versus kontinentaleuropäische Werteordnung, 2010, S. 251 ff.) Körperstrafen vorsieht, welche in Deutschland selbstverständlich nicht verhängt oder gar vollzogen werden dürfen. Auch in solchen Fällen bedarf es i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege der Berücksichtigung des Tatortrechts bei der von Deutschland (etwaig) verhängten Strafe, jedoch nach Maßgabe und unter alleiniger Anwendung des deutschen Rechts, welches sich (mit Ausnahme der differenten Richtung) dem Grunde nach nicht von der skizzierten Transformationsleistung (vgl. thematisch *Liebelt*, GA 1994, 20 [36 m.V.a. *Jakobs* in Fn. 102]) im Hinblick auf das Rechtsinstitut der Maßnahme der Besserung und Sicherung unterscheidet. Da sich eine echte Fremdrechtsanwendung im Strafrecht in Deutschland grundsätzlich verbietet (siehe hierzu *Lackner*, JR 1968, 268; *Jeßberger* [Fn. 5], S. 17 f.; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 [2008], 704 [716, 720]; *Mosiek*, StV 2008, 94 [98]; allgemein *Schultz* [Fn. 24], S. 308 ff.; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59; *Scholten*, NStZ 1994, 266 [267]), kann als Maximalstrafe im obigen Beispiel damit nur eine solche von drei Jahren verhängt werden.

## V. Zur Auslegung des § 7 StGB unter den Kautelen der zu Grunde liegenden Anknüpfungspunkte

### 1. Das Tatbestandsmerkmal des „mit Strafe bedroht-Seins“ und die Berücksichtigung materieller Straffreistellungsgründe

Besonders das Tatbestandsmerkmal des „mit Strafe bedroht-Seins“ am ausländischen Tatort bewirkt im Rahmen der Auslegung des § 7 StGB und unter Zugrundelegung der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte erhebliche Diskussionen. Um die Strafbarkeit am Tatort feststellen zu können, bedarf es bei diesem Prüfpunkt einer inzidenten Fremdrechtsanwendung im Rahmen des § 7 StGB.<sup>96</sup> Eine solche stellt sich (in diesem Stadium) als unproblematisch dar, da hernach (grundsätzlich) die Anwendung deutschen Strafrechts, sowohl in Bezug auf den in Frage kommenden Tatbestand per se als auch hinsichtlich der zu verhängenden Rechtsfolge, erfolgt.

Dem Wortlaut der Norm nach könnte für das „mit Strafe bedroht-Sein“ sowohl die rein formale Unterstellung eines Verhaltens unter einen ausländischen Tatbestand, welcher mit Kriminalstrafe<sup>97</sup> bedroht ist, ausreichen,<sup>98</sup> während andere Stimmen darauf abstellen, dass einem Täter tatsächlich Strafe drohen müsse, ein Umstand, der etwa durch das Eingreifen von materiellen Straffreistellungsgründen jeglicher Art (siehe unten) nicht gegeben wäre.<sup>99</sup> Da der Wortlaut der Norm an dieser Stelle keine vollkommen eindeutige und überzeugende Auslegung zulässt,<sup>100</sup> muss auf die der jeweiligen Variante des § 7 StGB zu Grunde liegenden Anknüpfungspunkte repliziert werden, um den diesbezüglichen Anwendungsbereich des § 7 StGB abzustecken. Nach der im Rahmen des Beitrags vertretenen Ansicht ist § 7 StGB in seiner Gesamtheit durch das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege definiert, wengleich in unterschiedlicher, jedoch für alle Variationen der Norm im Gegensatz zu anderen denkbaren Anknüpfungspunkten

<sup>96</sup> *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 8 mit Nachw. in Fn. 34; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 11; *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 173); *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 20; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 21; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143).

<sup>97</sup> Zum Aspekt der Qualität der angedrohten ausländischen Rechtsfolge i.S.e. Kriminalstrafe oder (qualitativ) vergleichbaren Sanktion siehe nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 5; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 10; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 17; *ders.*, JURA 2010, 192; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 27 f.

<sup>98</sup> BGH NJW 1954, 1086; *Woesner*, ZRP 1976, 248 (250); siehe auch *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; vgl. ferner *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 91 mit Nachw. in Fn. 240.

<sup>99</sup> So grundsätzlich statt vieler *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 91, 92; *ders.*, JURA 2010, 193; ferner bereits *Grünwald*, StV 1991, 31 (35 f.); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (741 mit Nachw. in Fn. 180).

<sup>100</sup> *Eser*, JZ 1993, 875 (878 ff.); vgl. auch *Grünwald*, StV 1991, 31 (36); *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); *Scholten*, NStZ 1994, 266 (267).

punkten prävalierender Art und Weise. Dies führt dazu, dass entgegen anderslautender Ansicht in Lehre wie Rechtsprechung und um den Zweck stellvertretender Strafrechtspflege zu verwirklichen sowie jenem tatsächlich Genüge zu tun, kein abstrakter Vergleich der aus- und inländischen einschlägigen Normen vorzunehmen sein kann, sondern bei der angezeigten rechtlichen Beurteilung der konkreten Tat im prozessualen Sinn<sup>101</sup> eine ähnliche Schutzrichtung des deutschen mit dem in Frage stehenden ausländischen Straftatbestand zu fordern ist.<sup>102</sup> Gegenmeinungen, die für sämtliche Formen des § 7 StGB die Tatsache ausreichen lassen, dass die konkrete Tat im Ausland unter irgendeinem rechtlichen Aspekt einem dortigen Straftatbestand mit Kriminalstrafsanktion unterfällt,<sup>103</sup> und daraus folgern, dass da-durch der gesamte

Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet werde,<sup>104</sup> sind ob ihrer Generalität und mangels Berücksichtigung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege verfehlt.<sup>105</sup> Selbst falls man der Auffassung folgte, dass die stellvertretende Strafrechtspflege (etwa bei § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 und 2 StGB) nur ein weiterer oder schwächerer Anknüpfungspunkt im Gegensatz zum aktiven Personalitätsprinzip sei,<sup>106</sup> müsste man jene für die Auslegung doch zumindest mitberücksichtigen, und demzufolge erkennen, dass „für die Spezifizierung des Unrechts“ [...] im konkreten Fall „nicht die deutsche, sondern die ausländische Rechtsordnung maßgeblich sei“.<sup>107</sup> Umso mehr gilt dies natürlich nach der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich des Anknüpfungspunktes von § 7 StGB in toto.

Wird stellvertretende Strafrechtspflege (und damit die Geltendmachung eines derivativen Strafanspruchs) hinsichtlich § 7 StGB ernst genommen, so führt dies – wie vielfach zu Recht konstatiert<sup>108</sup> – bei gebotener konkreter Betrachtungsweise zu einer weiten Berücksichtigung von materiellrechtlichen Gründen in solchen Fällen, in denen zwar ein ausländischer Straftatbestand erfüllt ist, jedoch nach dortigem Recht gegebene Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder

<sup>101</sup> Sog. allgemein übliche, konkrete Betrachtungsweise; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 5, 11; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89 mit Nachw. in Fn. 231; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 18; *ders.*, JURA 2010, 192; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 34; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 mit Nachw. in Fn. 18; Rn. 9; *Bock*, HRSS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 45); *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 63); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 29.

<sup>102</sup> *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 61); *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 mit Nachw. in Fn. 43; *Bock*, HRSS 2010, 92 (94: „vergleichbarer Schutzgehalt der Tatbestände“); für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 14 mit Nachw. in Fn. 78; *Jeßberger* (Fn. 5), S. 164 mit Nachw. in Fn. 112, 113; i.d.S. ferner überzeugend *Hoyer*, JR 2002, 34, welcher zu Recht darauf verweist, dass von stellvertretender Strafrechtspflege nur dann gesprochen werden kann, wenn die deutsche Strafverfolgung auf den Unrechtstyp reagiert, welcher dem ausländischen Strafanspruch zu Grunde liegt; offen gelassen etwa von BGH NStZ 2017, 146 (147, 148) = BeckRS 2016, 16540 Rn. 17. Eine Identität der Tatbestände ist jedoch nicht zu fordern (vgl. nur *Satzger* [Fn. 17], § 7 Rn. 18; *Rotsch* [Fn. 7, StGB § 7 Rn. 11; *Böhm*, NStZ 2017, 618 [622]), wohl tatsächlich „naturgemäß ausgeschlossen“ (BGHSt 2, 160 [161]) und würde im Ergebnis ein (mangels tatsächlicher Übereinstimmung von aus- und inländischen Straftatbeständen) „Leerlaufen“ des § 7 StGB zur Folge haben.

<sup>103</sup> BGHSt 2, 160 (161); 42, 275 (277); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 mit Nachw. in Fn. 19; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 36; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 11; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 61); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 176); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Sengbusch*, JURA 2009, 307 (308 mit Nachw. in Fn. 3); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 30 mit Nachw.; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89 mit Nachw. in Fn. 232 (wenngleich mit der Einschränkung des „völlig anderen Gepräges der Tat“ nach ausländischem Strafrecht, welches in Ausnahmefällen zu einem Entfall der Voraussetzung der Tatortstrafbarkeit führe); so auch *ders.*, JURA 2010, 192 mit Bsp.; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 18, 20; ferner *Rotsch* (Fn. 7), § 7 Rn. 11 m.N.; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; differenziert *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (146 f.).

<sup>104</sup> BGH NJW 1997, 334; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 f. mit Nachw. in Fn. 20 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 32, 36, welche Einschränkungen bei Varianten stellvertretender Strafrechtspflege nach § 7 StGB anerkennen; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 177); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (173).

<sup>105</sup> Auch der BGH (NStZ 2017, 146 [147 f.]; vgl. *Satzger* [Fn. 17], § 7 Rn. 18) scheint in einer jüngeren Entscheidung von seiner vormaligen starren Haltung abzurücken, wenn er beim Vergleich einer ausländischen und deutschen Strafnorm eine „Unrechtsparallelität“ prüft, wegen deren Gegebenheit im konkreten Fall den gegenständlichen Streit jedoch offen lässt.

<sup>106</sup> So explizit für alle Varianten des § 7 StGB etwa *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740: „Bei allen vier Tatbeständen muss aber als Grundbedingung die Voraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege gegeben sein.“).

<sup>107</sup> *Liebelt*, GA 1994, 20 (36 mit Nachw. in Fn. 100).

<sup>108</sup> *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 92; *ders.*, JURA 2010, 193; ausführlich hierzu *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 13; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 10 f.; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 37; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102 mit Nachw. in Fn. 81; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 37; *Schmitz* (Fn. 2), S. 628; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Rath*, JA 2007, 26 (33 f.); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147); teilweise a.A. *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2 (für Fälle des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB, wonach hier wegen des passiven bzw. aktiven Personalitätsprinzips eine „hinreichende Legitimation“ der Nichtberücksichtigung gegeben sei); kritisch hierzu *Eser*, JZ 1993, 875 (876).

sonstige „Straffreistellungsgründe“<sup>109</sup> zum tatsächlichen Entfall der Tatortstrafbarkeit führen. Die Ansicht, solche Gründe wären generell unbeachtlich,<sup>110</sup> negiert den Geltungsgrund der stellvertretenden Strafrechtspflege vollkommen<sup>111</sup> und bewirkt (wie bereits die abzulehnende Sichtweise hinsichtlich des weiten Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts; s.o.) die vom Telos des § 7 StGB, der Einschränkung der Strafgewalt, verpönte Ausweitung des deutschen Strafrechts bzw. der diesbezüglichen Strafgewalt.<sup>112</sup> Der Vorgabe stellvertretender Strafrechtspflege i.S.d. § 7 StGB lässt sich nicht dadurch entsprechen, dass Deutschland Strafverfolgung und ggf. Strafverhängung wegen eines – im Vergleich zum ausländischen Tatortrecht – vollkommen andersgearteten strafrechtlichen Vorwurfs verhängt.<sup>113</sup>

Nur sofern die ausländische Rechtsordnung Straffreistellungsgründe normiert, welche mit dem internationalen ordre public kollidieren, somit gegen die grundlegenden, universell geltenden Prinzipien der internationalen Rechtsgemeinschaft verstoßen (zu denken ist hier an Fälle menschenrechtswidriger Gründe, wie etwa Amnestien für völkerrechtliche Verbrechen, menschenrechtswidrige Einzelfallgesetze oder militärische Befehle in diktatorisch regierten Staaten),<sup>114</sup> sind jene für die Berücksichtigung nach § 7 StGB unbeachtlich.<sup>115</sup>

<sup>109</sup> Maßgeblich ist nicht die Einordnung der Gründe nach den Maßstäben des deutschen Strafrechts, sondern sind alle Gründe, welche die Strafbarkeit per se ausschließen, sind doch die rein nationalen Differenzierungen (etwa in Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des deutschen Rechts) ausländischen Rechtsordnungen unbekannt, sodass es insofern nur auf die Wirkung der ausländischen Regelungen, und nicht auf eine Klassifizierung derselben nach deutschem Recht ankommt. Anderes widerspricht jedenfalls der Bedeutung des § 7 StGB und dessen Kontext, vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 90 sowie Fn. 237; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 19; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 37.

<sup>110</sup> *Woensner*, ZRP 1976, 248 (250).

<sup>111</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang (wenngleich nur auf die Frage der Schutzrichtung der ausländischen Norm bezogen) zustimmungswürdig *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 ff.

<sup>112</sup> Explizit hierzu (und zum Zweck stellvertretender Strafrechtspflege) für Varianten des § 7 StGB *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 17; i.d.S. ferner *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 19; *Schmitz* (Fn. 2), S. 621.

<sup>113</sup> *Hoyer*, JR 2002, 34; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 51); siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 36.

<sup>114</sup> Vgl. *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 16; *Satzger*, JURA 2010, 193.

<sup>115</sup> BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278). Ausführlich zur gesamten Thematik etwa *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 90–96; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 20; *ders.*, JURA 2010, 193; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 13; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 16; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 (für § 7 Abs. 1 StGB); vgl. ferner *Pawlik* (Fn. 3), S. 379 mit Nachw. in Fn. 112; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 62); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 38; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147 mit Nachw. in

## 2. Die Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Hindernisse des Tatortrechts

Auch die Diskussion, ob verfahrensrechtliche Hindernisse des Tatortrechts (etwa Verjährung, Verfolgungserfordernisse wie Strafanträge oder ähnliche Bedingungen, [General-] Amnestien)<sup>116</sup> im Rahmen des § 7 StGB Beachtung zu finden haben, ist – eingedenk des zu Grunde liegenden Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege – eindeutig und entgegen der Rechtsprechung und vereinzelter Stimmen in der Lehre<sup>117</sup> (mit Ausnahme des Verstoßes solcher Regeln gegen den internationalen ordre public)<sup>118</sup> umfassend zu bejahen:<sup>119</sup> Die rein nationale, deutsche Unterscheidung in materielle und verfahrensrechtlich konnotierte Straffreistellungsgründe bzw. Verfahrenshindernisse findet sich in vielen ausländischen Rechtsordnungen nicht oder nicht in der dem deutschen Recht bekannten Form,<sup>120</sup> führt bereits im nationalen Recht zu diffizilen Abgrenzungsfragen (etwa in Bezug auf die Ver-

Fn. 57); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; a.A. *Bock*, HRRS 2010, 92 (94 f., welcher für eine generelle Relevanz der Straffreistellungsgründe votiert und gegen die Beachtung des internationalen ordre public die vagen diesbezüglichen Kriterien anführt); i.d.S. für § 7 Abs. 2 StGB auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15.

<sup>116</sup> Vgl. nur *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 98; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 43 mit Nachw. in Fn. 40.

<sup>117</sup> RGSt 40, 402 (403 ff.); BGHSt 2, 160 (161); BGH NJW 1954, 1086; BGH NStZ 1992, 508 (509) = NJW 1992, 2775 (2776); BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); BGH NStZ-RR 2000, 208 (209); BGH NStZ-RR 2011, 245 (246); OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278); *Scholten*, NStZ 1994, 266 (270 f.).

<sup>118</sup> *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 101 mit Nachw. in Fn. 262; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 115 ff.; *Rath*, JA 2007, 26 (34 mit Nachw. in Fn. 75); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147).

<sup>119</sup> Ebenso *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 100 f. mit Nachw. in Fn. 260 f.; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 22; *ders.*, JURA 2010, 190 (193 f. mit Nachw. in Fn. 41); *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35 (generelle Beachtlichkeit von Verfahrenshindernissen); *Rath*, JA 2007, 26 (34); *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 65); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Bock*, HRRS 2010, 92 (95 mit Nachw. in Fn. 58); für eine (abzulehnende) teleologische Auslegung der Fallgruppen des § 7 StGB in diesem Zusammenhang, wenngleich im Ergebnis für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum hier vertretenen Ergebnis gelangend *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13; so auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 8, 15; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 6, 7; *Eser*, JZ 1993, 875 (876–878); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 44–47; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147 mit Nachw. in Fn. 62 f.); siehe hierzu ferner *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 14.

<sup>120</sup> Siehe hierzu *Bock*, HRRS 2010, 92 (95); *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 64); *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 98 mit Nachw. in Fn. 257; *Rath*, JA 2007, 26 (34).

jährungsvorschriften des StGB)<sup>121</sup> und geht am inhaltlichen Kern der Problematik vorbei. Ein Festhalten an einer solchen formalen Differenzierung im gegebenen Kontext verstellt den Blick auf Inhalt und Telos des § 7 StGB und entwertet die stellvertretende Strafrechtspflege, da sich im Ergebnis der deutsche Rechtsanwender über das Solidaritätsprinzip der Staaten untereinander hinwegsetzt.<sup>122</sup> Soll jene für einen anderen Staat jedoch tatsächlich wahrgenommen werden, setzt dies auch die Berücksichtigung aller dortigen rechtlich verbindlichen Gründe voraus, die die Strafbarkeit in concreto verhindern, unabhängig davon, wie jene (ggf. nach deutschem Verständnis) formal-rechtlich einzuordnen sind.

### 3. Zur faktischen Nichtverfolgung im Tatortstaat

Entgegen dem Großteil der Stimmen im Schrifttum<sup>123</sup> besteht jedoch keine Veranlassung, auch die (bisweilen stattfindende) faktische Nichtverfolgung nach ausländischen Gegebenheiten generell und in jedem Fall zu berücksichtigen.<sup>124</sup> Während die soeben behandelten Gründe (materiell- wie verfahrensrechtlicher Natur) nach dem maßgeblichen ausländischen Tatortrecht im Falle ihres Vorliegens rechtlich verbindlich sind sowie für alle Normunterworfenen in genereller Art und Weise eine Straffreistellung bzw. Nichtverfolgung der in Frage kommenden Tat normieren, damit allein auf rechtlicher Ebene zu verorten und insofern – gegebenenfalls mit Hilfe von Gutachten<sup>125</sup> – nachzuvollziehen sind, verhält es sich mit

der faktischen Nichtverfolgung doch erheblich anders: Die grundsätzliche Strafbarkeit am Tatort besteht, das strafwürdige Unrecht ist verwirklicht<sup>126</sup> und aus dem faktischen Umstand, dass in vergleichbaren Fällen eine Strafverfolgung üblicherweise nicht erfolge, kann nicht notwendigerweise geschlossen werden, dass der Tatortstaat solche Verhaltensweisen nicht grundsätzlich verfolgen oder bestrafen möchte.<sup>127</sup> Ein generelles, antizipiertes Berücksichtigen faktischer Nichtverfolgung würde sich auch mit dem erklärten Willen des ausländischen Gesetzgebers in Widerspruch setzen, der die in Frage stehenden Verhaltensweisen eben nicht für straflos oder nicht verfolgbar erklärt hat. Entscheidend – und auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit für alle Normunterworfenen zu favorisieren<sup>128</sup> – ist daher nach derzeitiger Rechtslage eine das (allein antizipierte und kaum im Einzelfall korrekt einschätzbare) Ermessen der ausländischen Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich der Strafverfolgung nichtberücksichtigende Position, welche sich am Inhalt der ausländischen einschlägigen Rechtsnormen und damit am gesetzgeberischen Willen der Strafbar- bzw. Strafflosigkeit, respektive der Verfolgung oder Nichtverfolgung ausrichtet.

Nur sofern der Tatortstaat (im jeweils konkreten Fall und diesfalls wohl nur auf „Nachfrage“) klar zu verstehen gibt, das konkret in Frage stehende Verhalten trotz seiner grundsätzlichen Strafbarkeit nicht verfolgen zu wollen (vgl. zum Verfolgungswillen und dem nach derzeitiger Rechtslage nicht geforderten Nachweis eines solchen die Ausführungen unter IV. 3) ist meiner Ansicht nach eine andere Vorgehensweise angebracht, hat sich dann der Nichtverfolgungswille des Tatortstaates doch (begründet) konkretisiert und ist zu beachten.

Formal bleibt freilich in Konstellationen mit faktischer Nichtverfolgung im Tatortstaat der – generell in Fällen des § 7 StGB qua Auslandstaten eröffnete Weg – des § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO gangbar,<sup>129</sup> welcher den grundsätzlichen Verfolgungszwang bei einschlägigen Sachverhalten erheblich einschränkt.<sup>130</sup>

<sup>121</sup> Schmitz (Fn. 2), S. 630; Bock, HRRS 2010, 92 (95); Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 98 mit Nachw. in Fn. 256.

<sup>122</sup> Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 99; ebenso treffend wie scharfzüngig Schmitz (Fn. 2), S. 629 f.: Die „überkommene Trennung von zu berücksichtigenden materiellen und nicht zu berücksichtigenden formellen Strafbarkeitsvoraussetzungen“ kann „nur als Zeichen deutscher Ignoranz gegenüber fremden Rechtsordnungen bezeichnet werden.“ Tendenziell ähnlich für die derzeitige deutsche Rechtslage in diesem Kontext Pawlik (Fn. 3), S. 379; i.d.S. allgemein ferner Rath, JA 2007, 26 (34 mit Nachw. in Fn. 74).

<sup>123</sup> Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 102 (auf Basis „hinreichend manifestierter rechtspolitischer Entscheidung des Tatortstaates für die Nichtverfolgung“); ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 23; ders., JURA 2010, 190 (194 mit Nachw. in Fn. 43); ähnlich Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 15; Pawlik (Fn. 3), S. 378 mit Nachw. in Fn. 107 f.; Bock, HRRS 2010, 92 (95); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 102 mit Nachw. in Fn. 82; für eine (nach hier vertretenem Standpunkt abzulehnende) Differenzierung in Bezug auf die Fallgruppen des § 7 StGB in diesem Zusammenhang Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 14; Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 15; ebenso Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 8, 15; Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 6 f.; Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 48–50.

<sup>124</sup> So im Ergebnis auch Rönnau, JZ 2007, 1084 (1086); zustimmend Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 61).

<sup>125</sup> Eine als „Gespenst der Fremdrechtsanwendung“ zu bezeichnende „praktische Undurchführbarkeit“ (siehe etwa Schmitz [Fn. 2], S. 632 ff.; Mosiek, StV 2008, 94 [99 mit Nachw. in Fn. 72]) in Bezug auf ausländische Normen wird daher insoweit wohl nicht zu befürchten sein.

<sup>126</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18044 (siehe instruktiv zur grundsätzlichen Strafbarkeit des Besitzes auch kleinerer Mengen Suchtgift in den Niederlanden trotz Nichtverfolgung); so bereits OLG Düsseldorf NStZ 1985, 268; siehe auch OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278).

<sup>127</sup> Eine Friktion mit dem Grundsatz der konkreten Betrachtungsweise besteht im Übrigen nicht: Jener fordert eine Prüfung der konkreten Tat (unter Berücksichtigung aller rechtlich verbindlichen Straffreistellungsgründe und Verfolgungshindernisse), nicht jedoch die – im Ergebnis ausgesprochen vage – Berücksichtigung bloß faktischer Nichtverfolgung, welche aus unterschiedlichsten Gründen auftreten kann.

<sup>128</sup> Ähnlich Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 35.

<sup>129</sup> Siehe bloß Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 103; ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 25; Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 22; Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 33; Scholten, NStZ 1994, 266 (270).

<sup>130</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 106; Rath, JA 2007, 26 (35).

## VI. Die Neubürgerklausel als in mehrfacher Hinsicht problembehaftete Norm

Die Schwierigkeiten der Auslegung und differenten Sichtweisen auf einzelne Merkmale in ein und derselben Norm, welche mit dem jeweils vertretenen Anknüpfungspunkt nach der erfolgten Darstellung (unter Ablehnung der hier vertretenen Ansicht, § 7 StGB in ihrer Gesamtheit als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege zu verstehen) zu Tage treten, zeitigen (neben weiteren Problemen) gerade im Rahmen der Neubürgerklausel des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB erhebliche Auswirkungen.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB nicht nur – wie beinahe einhellig konstatiert<sup>131</sup> – als bedenklich bzw. problematisch einzustufen; vielmehr ist jener in seiner derzeitigen Form verfassungswidrig.<sup>132</sup>

Die bei Beschäftigung mit § 7 StGB zu klärende (Vor-)Frage, ob es sich bei jenem als Strafanwendungsvorschrift um materielles Recht oder aber eine verfahrensrechtliche Norm handelt, fällt nach h.M. (und für die Gesamtheit der §§ 3–7 und 9 StGB) eindeutig zu Gunsten der erstgenannten Kategorie aus,<sup>133</sup> sodass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatzes (Gesetzlichkeitsprinzip) des Art. 103 GG<sup>134</sup> (möglicherweise

umfänglich-qualitativ in eingeschränkter Form)<sup>135</sup> auch für § 7 StGB Geltung beanspruchen,<sup>136</sup> ist dieser doch seiner Wirkung nach strafbegründend.<sup>137</sup> Somit sind das Rückwirkungsverbot, der Bestimmtheitsgrundsatz, das Analogieverbot und das Verbot von gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung- oder -schärfung als Einzelprinzipien<sup>138</sup> des nullum crimen-Grundsatzes zu beachten.<sup>139</sup>

### 1. Verfassungsrechtliche Problematiken und (wenig überzeugende) rechtspolitische Begründetheit der Neubürgerklausel

Durch das Bestimmtheitsgebot bringt der Verfassungsgesetzgeber zum Ausdruck, dass strafbegründende Normen so eindeutig wie möglich abzufassen sind (nulla poena sine lege certa).<sup>140</sup> Dies dient einerseits dazu, den Normunterworfenen die Möglichkeit zu geben, ihr Verhalten an den im Tatzeitpunkt geltenden Gesetzen auszurichten, sich also gesetzeskonform verhalten zu können (individualschützender Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes i.S.e. Schutzes vor staatlicher Willkür),<sup>141</sup> andererseits verpflichtet der Bestimmtheitsgrund-

<sup>131</sup> Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 10; ders., JURA 2010, 190 (191); ders. (Fn. 2), § 5 Rn. 85; Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 36 mit Nachw. in Fn. 89; Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 26; Heger (Fn. 20), § 7 Rn. 4; Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 20), § 7 Rn. 5; Rath, JA 2007, 26 (32); Böhm, NSTz 2017, 618 (620 mit Nachw. in Fn. 32).

<sup>132</sup> Siehe ebenso bereits (für die annähernd inhaltsgleichen Vorgängervorschriften zu § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) Staubach, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964, S. 153.

<sup>133</sup> So Jeßberger (Fn. 5), S. 142 mit Nachw. in Fn. 11; Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77; Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 56); Oehler (Fn. 5), S. 771; Krey, JR 1980, 45 (46 m.N. in Fn. 25); Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 5; Gribbohm, JR 1998, 177 (179). Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Geltungsbereichsnormen als Tatbestandsmerkmale oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit angesehen werden, nehmen doch auch Letztere an „rechtsstaatlichen Sicherungen“ teil; siehe Jeßberger (Fn. 5), S. 142 Fn. 11 mit Verweis auf Jescheck/Weigend; allgemein zur Diskussion der Rechtsnatur der Normen Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 9.

<sup>134</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 69 mit Nachw. in Fn. 1; Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (339); Mosiek, StV 2008, 94 (98). Sofern somit „eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“ (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG), bedarf es einer genauen Betrachtung, ob die Neubürgerklausel diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, und dies insbesondere unter den vom BVerfG in diesem Zusammenhang als besonders bedeutend erachteten Kautelen der Vorhersehbarkeit und des Vertrauensschutzes; siehe Jeßberger (Fn. 5), S. 142 Fn. 13; vgl. auch BVerfGE 25, 269 (285); BVerfG NJW 2002, 1779 f.

<sup>135</sup> Dafür Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 59 f.), der meint, dass § 7 StGB kein „sozial-ethisches Unwerturteil über Verhaltensweisen“ enthalte, und demnach die „maßgebenden Umstände“ der Norm „nicht Bestandteil des gesetzlichen Unrechtstatbestands“ seien, wodurch sie „letztlich einen geringeren Grundrechtsbezug als der eigentliche Unrechtstatbestand aufweisen“ würden, und diesem Umstand daher im Rahmen der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG „Rechnung zu tragen“ sei; siehe allgemein zur Bejahung des strafbegründenden Charakters der §§ 3 ff. StGB Krey, JR 1980, 45 (46 mit Nachw. in Fn. 26). Ob eine solche qualitativ differenzierende Prüfung für die Normen des Strafanwendungsrecht angezeigt ist, erscheint fraglich, betreffen jene doch (analog zu den „eigentlichen“ Straftatbeständen) sowohl das „Ob“ und (siehe die Ausführungen zur Auslegung der Varianten des § 7 StGB) explizit auch das „Wie“ der Anwendung des konkreten Tatbestands und der Rechtsfolge (siehe Oehler [Fn. 5], S. 771), sodass die von Mosiek vertretene Differenzierung stark an Legitimation einbüßt und im Ergebnis entbehrlich erscheint.

<sup>136</sup> BVerfG wistra 2003, 255 (257); BGHSt 45, 64; Jeßberger (Fn. 5), S. 142 mit Nachw. in Fn. 12; Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77 mit Nachw. in Fn. 545, welcher zur Begründung u.a. auf die Rechtsnatur der deutschen Strafanwendungsvorschriften verweist.

<sup>137</sup> Gribbohm, JR 1998, 177 (179).

<sup>138</sup> Siehe allgemein bloß Krey/Esser (Fn. 3), § 3 Rn. 48 f.; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 3 Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 71 ff.

<sup>139</sup> Vgl. Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 56); Gribbohm, JR 1998, 177 (179 mit Nachw. in Fn. 17); Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfGE 92, 1 (12); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 72 mit Nachw. in Fn. 6.

<sup>141</sup> Böse (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 138), § 3 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2

satz auch den Gesetzgeber, selbst über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen zu entscheiden (kompetenzwahrende Funktion).<sup>142</sup> Für den Normunterworfenen müssen der Anwendungsbereich und die Tragweite der Strafvorschriften somit hinreichend erkennbar sein,<sup>143</sup> jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit welcher Strafsanktion es behaftet ist.<sup>144</sup> Dabei bilden die Erkennbarkeit und Verstehbarkeit der Strafnorm unabdingbare Voraussetzungen für die Vorhersehbarkeit der in Frage stehenden Strafvorschrift.<sup>145</sup> Aus diesem Teilaspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes ergeben sich für den der Neubürgerklausel Unterworfenen (sowie für Taten eines Ausländers nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB)<sup>146</sup> mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbare Problematiken.<sup>147</sup> Wie soll eine Person, die erst später (oder nie) deutscher Staatsbürger wird, sich am Normbefehl der deutschen Strafvorschrift orientieren, jenen befolgen und ihr Verhalten danach ausrichten können, wenn sie von diesem keinerlei Kenntnis besitzt?<sup>148</sup> Im Tatzeitpunkt können die Vorschriften des deutschen Strafrechts den im Tatortstaat Handelnden gar nicht erreichen, der Anwendungsbereich und die Tragweite der deutschen Strafnormen bleiben ihm verborgen. Auch der diesbezügliche denkbare Einwand, dem Täter sei jedoch gewahr, dass seine Tat im Tatortstaat mit Strafe bedroht sei,<sup>149</sup> und beim Bestimmtheitsgrundsatz wäre primär maßgeblich, abschätzen zu können, ob eine Strafbar-

keit gegeben sei, und der Täter demgemäß allein vor einer nicht erkennbaren Bestrafung geschützt werden solle,<sup>150</sup> eine solche Strafbarkeit aber in concreto sowohl im Ausland als auch in Deutschland vorliege, und es demzufolge nicht so sehr darauf ankäme, welches Gericht (ob ausländisches oder deutsches) schließlich nach welchem Recht über die Tat entscheide,<sup>151</sup> sodass im Ergebnis die Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG nicht verletzt sei, verfangt nicht. Darüber hinaus ändert dieser Einwand ferner nichts daran, dass die deutsche Norm des § 7 StGB als solche am Bestimmtheitsgrundsatz zu messen ist, und der Handelnde im Tatzeitpunkt (üblicherweise) mangels Beziehung zu Deutschland keinerlei diesbezügliche Normkenntnis aufweist bzw. aufweisen muss.<sup>152</sup>

Bereits aus diesen Gründen liegt ein verfassungsrechtlicher Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor. Umso prekärer und offensichtlich verfassungswidrig sind in diesem Zusammenhang nun Konstellationen zu beurteilen, die zwar eine beiderseitige Strafbarkeiten im Tatortstaat und Deutschland grundsätzlich kennen, in welchen jedoch etwa differente Verjährungsfristen bestehen (exemplarisch sieht der Tatortstaat eine solche von drei Jahren, Deutschland eine von fünf Jahren vor, und erfolgt die Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft vier Jahre nach der Tat). Nach Meinung der Rechtsprechung und Teilen der Lehre ist im Rahmen der Neubürgerklausel das aktive Personalitätsprinzip und damit originäre deutsche Strafgewalt verwirklicht; es bedürfte somit (als teilweise auch unabhängig davon vertretener Folge) der Berücksichtigung prozessualer Strafverfolgungshindernisse im Tatortstaat generell nicht (s.o. unter V. 2.), wohingegen die hier vertretene Ansicht bei § 7 StGB in allen Varianten vom Vorliegen stellvertretender Strafrechtspflege als alleinigem (oder zumindest maßgeblichem) Anknüpfungspunkt ausgeht und prozessuale Verfolgungshindernisse (mit Ausnahme jener, die den internationalen ordre public verletzen) berücksichtigt.<sup>153</sup> Die erstgenannte Ansicht gelangt bspw. zu einer (möglichen) Bestrafung desjenigen Normunterworfenen, der im Vertrauen auf die Verjährung einer Startat nach den Verjährungsregeln des Tatortstaats die deutsche Staatsbürgerschaft erwirbt.<sup>154</sup> Die Fiktion, der Täter hätte im Tatzeitpunkt

Rn. 72; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (715); *Mosiek*, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 62).

<sup>142</sup> *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (715 mit Nachw. in Fn. 54 f.).

<sup>143</sup> Vgl. BVerfG wistra 2003, 255 (257); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 72.

<sup>144</sup> BVerfG wistra 2003, 255 (257); *Böse* (Fn. 8), S. 1318 ff.; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (709 m.w.N. zu der einschlägigen ständigen Rechtsprechung des BVerfG in Fn. 22).

<sup>145</sup> BVerfGE 105, 152 f.; vgl. ferner BVerfG wistra 2003, 255 (256); siehe statt vieler nur *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (709 mit Nachw. in Fn. 23); *Böse* (Fn. 8), S. 1319 mit Nachw. in Fn. 45.

<sup>146</sup> Siehe insofern nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26 mit Nachw. in Fn. 116.

<sup>147</sup> So eindeutig für die Neubürgerklausel *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46 mit Nachw. in Fn. 385; *Staubach* (Fn. 132), S. 151 ff.

<sup>148</sup> Vgl. ähnlich (zur Problematik der Neubürgerklausel) *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (339 mit Nachw. in Fn. 34 und unter Verweis auf *Oehler*, wonach der Täter „in einem Akt der Überrumpelung [...] mit völlig fremdem Recht konfrontiert“ werde); widersprüchlich *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 92, welche den insofern gegebenen Vertrauensschutz zwar für einen von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfassten Ausländer favorisieren, müsste jener doch zum Tatzeitpunkt nicht damit rechnen, nach dem gegenüber dem Tatortrecht strengeren deutschen Gesetz verfolgt zu werden, jenen einem (im Tatzeitpunkt ebenfalls die Ausländereigenschaft innehabenden) Neubürger jedoch nicht zu Gute kommen lassen wollen.

<sup>149</sup> Siehe etwa *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 36.

<sup>150</sup> *Rath*, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 52).

<sup>151</sup> Vgl. hierzu näher *Böse* (Fn. 8), S. 1319 f.; ferner *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 88.

<sup>152</sup> Ähnlich *Rath*, JA 2007, 26 (32 Fn. 55), unter Verweis auf die „formale“ Komponente des Bestimmtheitsgebots.

<sup>153</sup> Inzident dieses Ergebnis stützend wohl auch *Ambos* (Fn. 133), Vor § 3 Rn. 78, da jener annimmt, dass der Täter einen Anspruch auf den Schutz seines Vertrauens in das im Zeitpunkt der Tat geltende Recht (und damit wohl auch die diesbezüglichen, differenten Verjährungsfristen des ausländischen Rechts) besitzt.

<sup>154</sup> Dies auch deshalb, weil die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts von der h.M. wohl als objektive Bedingung der Strafbarkeit verstanden wird, womit die Verjährungsfrist erst mit dem Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft begänne; siehe zu diesem Punkt nur *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46. Eine solche Sichtweise verletzt einerseits das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, da sie über die Kompe-

bereits davon ausgehen können, zu einem späteren Zeitpunkt qua Staatsbürgerschaft (Neubürger) oder aus anderen Umständen (Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) der deutschen Strafgewalt zu unterfallen bzw. müsse nach eingetretener Verjährung im Tatortstaat dennoch mit Strafverfolgung durch Deutschland rechnen, ist in Bezug auf solche Fälle schlicht als unerfüllbare Anforderung an die potentiellen Normunterworfenen zu bezeichnen. Eine solche verlangt Unmögliches und ist aus Sicht des Bestimmtheitsgrundsatzes in keiner Weise geeignet, eine Strafverfolgung nach deutschem Recht zu rechtfertigen, bildet jedoch die Schwierigkeiten des § 7 StGB in diesen Normvarianten eindrucksvoll ab.

Doch selbst im Falle, dass seitens des späteren Neubürgers bereits im Tatzeitpunkt ein Antrag auf Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit gestellt wurde, er also (theoretisch) bereits einen differenten gedanklichen Horizont hinsichtlich seiner Deutscheigenschaft und damit der Normgeltung des deutschen Strafrechts für ihn aufweise, und jener dies in seinen Tatplan miteinbezogen habe, ändert dies an der Verletzung des Bestimmtheitsgebots durch die genannte Vorschrift nichts.<sup>155</sup> Es erscheint in diesem Kontext bereits grundsätzlich und per se mehr als zweifelhaft, der Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft den Charakter einer „Unterwerfung“<sup>156</sup> i.S.e. rückwirkenden Anwendung aller deutschen Strafvorschriften beilegen zu wollen.<sup>157</sup> Allein die grundsätzliche „Unterwerfung“ unter die Vorschriften des deutschen (Straf-)Rechts ab dem Zeitpunkt der Verleihung (ex nunc) wäre an dieser Stelle wohl eine denk- wie vertretbare Auslegung, nicht jedoch diejenige einer „Unterwerfung mit rückwirkender Kraft“, welche dem Einzelnen normtheoretisch

tenz des Tatortstaates hinausgeht, und ist mit dem Bestimmtheitsgebot (sowie dem Rückwirkungsverbot) unvereinbar; siehe in diesem Kontext allgemein *Böse* (Fn. 8), S. 1324 (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bei Annahme originärer Strafgewalt Deutschlands sowie des aktiven Personalitätsprinzips für Neubürger); ferner *ders.* (Fn. 15), § 7 Rn. 12. Der im Ausland strafrechtlich relevantes Verhalten Setzende hat im Tatzeitpunkt keinerlei Beziehung zur deutschen Rechtsordnung, er kann sein Handeln damit nicht am Normbefehl des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB (bzw. bei Taten nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB jenem) i.V.m. den deutschen Verjährungsvorschriften ausrichten, welche in ihrer Gesamtheit und konkreter Betrachtungsweise hier strafbegründend wirken. Bei Annahme stellvertretender Strafrechtspflege als Anknüpfungspunkt für § 7 StGB hingegen finden die ausländischen Verjährungsfristen Anwendung, sodass eine Strafverfolgung unterbleibt.

<sup>155</sup> A.A. (jedoch den Charakter des Art. 103 Abs. 2 GG übersehend) *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26 mit Nachw. in Fn. 114.

<sup>156</sup> Die tatsächliche Verleihung der Staatsbürgerschaft ist eine Entscheidung der zuständigen deutschen Behörden, die eine solche verweigern können, sodass auch der Terminus der „Unterwerfung“ in diesem Zusammenhang auf Grund der Suggestion, die Verleihung der Staatsbürgerschaft hinge allein vom Antragssteller ab, jedenfalls unpassend erscheint.

<sup>157</sup> So etwa *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26; vgl. auch *Schneider*, ZIS 2013, 488 (490 mit Nachw. in Fn. 20).

sowie faktisch gar nicht offensteht.<sup>158</sup> Darüber hinaus kann ferner die Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht durch den (pro futuro-Akt) der Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft durch den Normunterworfenen selbst suspendiert werden. Auf die Rechtswohltat dieser Vorschrift kann er somit in keiner Weise (rückwirkend auf den Tatzeitpunkt bezogen) verzichten bzw. deren Verletzung gleichsam „durch Zustimmung heilen“. Seine allein behauptete „Unterwerfung“ kann damit schon aus diesem normtechnischen Grund und unter Schutzaspekten dem Individuum gegenüber keinerlei Bedeutung entfalten.<sup>159</sup> Darüber hinaus wäre bei einer Rückwirkung einer strafbegründenden oder strafschärfenden Norm qua „Unterwerfung“, wie sie § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB zweifellos darstellt,<sup>160</sup> das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verletzt und auch demzufolge auch aus diesem Grund die Verfassungswidrigkeit der Norm gegeben.

Das Rückwirkungsverbot (nullum crimen sine lege praevia) verbietet die zeitlich rückwirkende Begründung und Verschärfung von Strafe.<sup>161</sup> Strafbegründenden wie strafschärfenden Gesetzen darf somit weder vom Gesetzgeber noch dem Normanwender rückwirkende Kraft verliehen werden, wobei sich das Rückwirkungsverbot sowohl auf das Ob als auch Wie der Strafbarkeit bezieht.<sup>162</sup> Richtigerweise wird darüber hinaus in diesem Kontext eine Strafbefugnis (in diesem Fall Deutschlands) „eine dem Strafrecht vorausgehende rechtliche Beziehung zwischen dem möglichen Angeeschuldigten und dem strafenden Staat“ voraussetzen.<sup>163</sup> Die Neubürgerklausel des deutschen StGB kommt nun auf Taten

<sup>158</sup> Ob Straf- oder sonstige Rechtsvorschriften öffentlich-rechtlicher Natur mit Sanktionscharakter auf den Normunterworfenen bei Vorliegen der festgestellten tatbestandlichen Voraussetzungen Anwendung finden, steht insofern nicht zu dessen Disposition; sind die in Frage stehenden Taten etwa schon verjährt, spielt es insofern keine Rolle, ob sich der Normunterworfene freiwillig einer staatlichen Sanktionierung „unterwerfen“ möchte oder nicht. Eine solche kann und darf nicht mehr staatsfinden.

<sup>159</sup> I.d.S. eindeutig ferner *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46, wonach der nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatz „als Kernbestandteil einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege nicht zur Disposition des Einzelnen stehe“; a.A. und insofern abzulehnen *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 36; *Jeßberger* (Fn. 5), S. 146.

<sup>160</sup> So nur allgemein *Krey/Esser* (Fn. 3), § 3 Rn. 54, wonach strafbegründende Gesetze all jene Normen des materiellen Rechts seien, welche eine Neukriminalisierung zur Folge hätten.

<sup>161</sup> BVerfGE 95, 96 (131); BGH NJW 1993, 141 (147); *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 138), § 3 Rn. 2, 4 mit Nachw. in Fn. 6.

<sup>162</sup> Vgl. BGHSt 39, 1 (29); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 74 mit Nachw. in Fn. 74; ferner *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78 mit Verweis auf den Schutz des Vertrauens des Täters in das zum Zeitpunkt der Tat geltende Recht, somit das „Wie“ der Strafbarkeit.

<sup>163</sup> *Schultz* (Fn. 24), S. 311; *Pawlik* (Fn. 3), S. 366, unter wörtlicher Zitierung von *Schultz* in Fn. 48.



zur Anwendung, die im Tatzeitpunkt von einem Ausländer im Ausland begangen werden, welcher danach die deutsche Staatsbürgerschaft erlangt. Im maßgeblichen Tatzeitpunkt besteht somit kein genuiner Anknüpfungspunkt des deutschen Strafrechts und keine rechtliche Beziehung. Diese wird erst nachträglich durch die Übernahme der deutschen Staatsbürgerschaft gebildet und wirkt insofern strafbegründend, als sie nunmehr die Tat dem deutschen Strafrecht und damit der deutschen Strafgewalt unterstellt. Bereits der versuchte rechtspolitische Begründungsansatz einer solchen Ausdehnung deutscher Strafgewalt auf den Neubürger, die Kehrseite des Deutschenprivilegs nach Art. 16 Abs. 2 GG zu bemühen, vermag nicht vollinhaltlich zu überzeugen. Da das Auslieferungsprivileg des Art. 16 Abs. 2 GG auch für jenen ab dem Zeitpunkt seiner „Deutschwerdung“ gelte, der Rechtsbruch des Täters aber nicht ungesühnt bleiben dürfe,<sup>164</sup> müsse eine Strafverfolgung erfolgen. Diese Argumentation hat durch die Möglichkeit der – primär zu tätigen – Auslieferung eigener Staatsangehöriger an Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe doch erheblich an Bedeutung eingebüßt (siehe oben unter IV. 3.) und eignet sich somit in genereller Weise kaum noch für die Begründung der Norm.<sup>165</sup>

In gravierender Art und Weise jedoch widerspricht die nachträgliche Strafgebührensgründung dem Verbot rückwirkender Strafgesetze nach § 2 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>166</sup> wird durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB doch ein Strafgesetz auf eine Tat zur Anwendung gebracht, die zur Zeit ihrer Begehung (mangels Deutscheigenschaft) noch nicht von jenem erfasst wurde.<sup>167</sup> Die Meinung und der rein formalistische Argumentationsversuch des BGH, eine direkte Rückwirkung liege für die Neubürgerklausel deshalb nicht vor, da im Tatzeitpunkt ja bereits bestimmt sei, dass das deutsche Strafrecht zur Anwendung komme, falls der Täter in der Zukunft deutscher Staatsbürger werde, somit feststehe, dass und wie die Tat zu bestrafen sei,<sup>168</sup> und insofern die Regelung

verfassungsrechtlichen Bedenken nicht begegne,<sup>169</sup> krankt in mehrerlei Hinsicht. Zu Recht weist etwa *Satzger* darauf hin, dass zur Tatzeit noch keinerlei Bindungen des Normadressaten an das deutsche Recht gegeben waren, und demzufolge Art. 103 Abs. 2 GG durch den maßgeblichen Rückwirkungseffekt des § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB in seiner Funktion als den Vertrauensschutz der Normunterworfenen gewährleistende Norm betroffen sei.<sup>170</sup> Die von der Neubürgerklausel ausgehende, strafbegründende Rückwirkung, der dieser Klausel innewohnende Effekt, ist somit entscheidend, nicht die Tatsache, dass formalistisch betrachtet im Tatzeitpunkt feststand, dass deutsches Strafrecht zur Anwendung gelangen werde, falls der Täter in Zukunft Deutscher würde.<sup>171</sup> Ferner kann eine verhaltenslenkende Funktion einer solchen Regelung, welche an den Eintritt zeitlich nachfolgender Ereignisse anknüpft, schon dem Grunde nach nicht zukommen.<sup>172</sup>

Die Ansicht des BGH zur Verfassungsmäßigkeit der Neubürgerklausel stellt darüber hinaus – bereits aus Kompetenzgesichtspunkten hinsichtlich der deutschen Höchstgerichte – keine normativ bindende Stellungnahme dar. Nicht der BGH, sondern allein das BVerfG ist dazu berufen, über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm zu entscheiden, sodass Stimmen, welche mit Hinweis auf die einschlägige Entscheidung BGHSt 20, 22 eine solche als unproblematisch annehmen,<sup>173</sup> einem Irrtum unterliegen.

## 2. *Lex mitior-Anwendung wegen verfassungsrechtlicher Bedenken bzw. Verfassungswidrigkeit der Norm?*

Die vom Großteil der Lehre erkannte verfassungsrechtliche Problematik (richtigerweise Verfassungswidrigkeit) des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB wird im Ergebnis auf Rechtsfolgen-seite bekämpft, indem in Form der *lex mitior*-Regel in Neubürgerfällen (analog zur Regelung bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) die in Deutschland etwaig auszusprechende Strafe maximal so hoch sein darf wie diejenige, welche im Tatortstaat hätte verhängt werden dürfen; der Täter darf somit nicht strenger bestraft werden als nach dem Tatortrecht.<sup>174</sup> Die Begründung

<sup>164</sup> BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359.

<sup>165</sup> So jedoch noch *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; ferner (allzu verallgemeinernd) *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (620) mit Nachw. in Fn. 31, sowie *Jeßberger* (Fn. 5), S. 145. Verhindert wird somit (sowohl im Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 wie auch jenem der Var. 1 StGB) auf Basis des Art. 16 Abs. 2 GG in genereller Weise allein die Auslieferung an „Drittstaaten“, sodass Deutschland – um seiner Solidaritätsverpflichtung zu genügen – i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege tätig werden muss.

<sup>166</sup> Vgl. *Satzger*, JURA 2010, 190 (191). A.A. in Bezug auf das Rückwirkungsverbot *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46 mit Nachw. in Fn. 392, welcher jedoch (unzutreffend) davon ausgeht, dass die strafenwendungsrechtlichen Vorschriften des deutschen StGB verfahrensrechtlicher Natur seien und demzufolge das Rückwirkungsverbot nicht zur Anwendung käme.

<sup>167</sup> Eindrücklich *Staubach* (Fn. 132), S. 147, 150 ff.; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13.

<sup>168</sup> Siehe BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359.

<sup>169</sup> BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359; siehe allgemein auch BGH NJW 1994, 140; zustimmend *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87; vgl. auch *Schneider*, ZJS 2013, 488 (490 mit Nachw. in Fn. 19).

<sup>170</sup> *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; siehe ferner *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85.

<sup>171</sup> Siehe auch *Rath*, JA 2007, 26 (32); ähnlich *Satzger*, JURA 2010, 190 (191).

<sup>172</sup> *Böse* (Fn. 141), Vor §§ 3 ff Rn. 46; *Krey/Esser* (Fn. 3), § 3 Rn. 52 mit Nachw. in Fn. 23, und Hinweis auf die generalpräventive Funktion des Strafrechts.

<sup>173</sup> So etwa *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87.

<sup>174</sup> *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (620 mit Nachw. in Fn. 33); *Rath*, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 53); vgl. allgemein auch *Böse* (Fn. 8), S. 1320; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (148 mit Nachw. in Fn. 75); *Jeßberger* (Fn. 5), S. 18; a.A. *Niemöller*, NSTZ 1993, 171 (172). Sofern das Tatortrecht insofern eine härtere Bestrafung

für und die grundsätzliche Positionierung im Hinblick auf diese Sichtweise im Allgemeinen begegnen Be-denken.

Zum einen folgt die Anwendung der *lex mitior*-Regel bereits allein aus dem einfachgesetzlichen Charakter des § 7 StGB als Vorschrift der stellvertretenden Strafrechtspflege, als Wahrnehmung derivativer Strafgewalt, welche nicht über die originäre des Tatortstaats hinausgehen darf,<sup>175</sup> und muss (als logische Folge der hier vertretenen Ansicht) somit für sämtliche Tatbestandsvarianten der Norm gelten. Einer Rückbindung an die oder Kombination mit der grundgesetzliche(n) Ebene des Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>176</sup> und dem insofern gewiss bedeutenden Vertrauensschutz<sup>177</sup> bedarf es daher in diesem Punkt grundsätzlich nicht,<sup>178</sup> wiewohl eine solche ein durchaus valides, weiteres Argument für die richtigerweise anzunehmende Selbstbeschränkung Deutschlands im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege darstellt.

Allerdings übersieht die soeben beschriebene Ansicht der Lehre, welcher sich die bisweilen uneinig gewesene Rechtsprechung in Bezug auf die Berücksichtigung des Tatortrechts bei der konkret zu verhängenden Strafe immer mehr anzuschließen scheint,<sup>179</sup> dass der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift nicht durch die Selbstbindung an den maximalen Strafraumen des Tatortstaates Rechnung getragen werden kann. Für die (als verfassungswidrig einzustufende) Neubürgerklausel wird die diesbezügliche Problematik (Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz sowie das Rückwirkungsverbot) mit einer solchen Vorgehensweise keinen Deut verbessert, die beschriebene Rückbindung ist daher zur Behebung der (soeben dargelegten und wohl evidenten) Probleme mit Art. 103 Abs. 2 GG i.S.e. verfassungskonformen Interpretation ungeeignet. Insofern erscheint es aus problem-

als das deutsche Recht vorsieht, kommt in Anwendung der *lex mitior*-Regel und auf Grund des Verbots echter Fremdrechtsanwendung nur eine Bestrafung nach deutschem Recht in Betracht. In diesem Fall wäre also die deutsche Norm die *lex mitior*; allgemein nur *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 138) § 4 Rn. 2 mit Nachw. in Fn. 5.

<sup>175</sup> In diesem Detail (wenngleich im Ganzen different gewichtet) ebenso *Bock*, HRRS 2010, 92 (95 ff. mit Nachw. in Fn. 77 f.); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25; vgl. BGH NJW 1994, 140 (141); für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB explizit etwa *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78 mit Nachw. in Fn. 552; *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 58); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25, 92.

<sup>176</sup> Vgl. i.d.S. *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85 f.; *ders.*, JURA 2010, 190 (191 f.); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (148); *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 21 mit Nachw. in Fn. 125 f. (für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB); *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; auch *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25, 89.

<sup>177</sup> *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.*, JURA 2010, 190 (191, 192); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26; siehe ferner v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 5.

<sup>178</sup> Offen gelassen von BGH NJW 1994, 140 (141).

<sup>179</sup> Vgl. nur BGH NSTZ-RR 2018, 292 (293); BGH NSTZ 2017, 146 (148); BGHSt 39, 317 (321); BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); KG JR 1988, 345 (346); OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 48.

orientierter Sicht nicht passgenau, wenn der Versuch unternommen wird, die Verfassungskonformität der Neubürgerklausel über die skizzierte Selbstbindung der deutschen Strafrichter zu rechtfertigen.<sup>180</sup>

Zu Ende gedacht führt die (jedoch primär aus Stellvertretungssicht, s.o.) grundsätzlich zu befürwortende Selbstbindung zu bislang kaum (an-)diskutierten (und auch an dieser Stelle allein in Frageform anzureißenden) Schwierigkeiten für die deutschen Normenwender. Wie festgestellt, steht die deutsche Strafrechtsordnung einer echten Fremdrechtsanwendung zu Recht ablehnend gegenüber. Handelt es sich bei der notwendigen Selbstbindung an den (sofern geringeren) Strafraumen des ausländischen Rechts insoweit nicht auch um eine Form der verkappten Fremdrechtsanwendung, selbst wenn formell rein deutsches Strafrecht zur Anwendung kommt,<sup>181</sup> da sich diese Bindungswirkung doch (entgegen der an anderer Stelle dargestellten indirekten) explizit auf den nach deutschem Recht anzuwendenden Strafraumen und die Strafbemessung auswirkt? Wie soll bei Anwendung der diesbezüglichen *lex mitior*-Regel in diesem Kontext eine erhebliche Diskrepanz zwischen dem strengeren deutschen und dem milderen Tatortrecht, welche im konkreten Einzelfall eine Unterschreitung des deutschen Strafraumens zur Folge hat, im Urteil ausgedrückt werden, wie die Bindung an die maximale Strafhöhe des ausländischen Rechts im Urteil insofern deutlich gemacht werden? Diese nur äußerst knapp (und ohne Anspruch auf Vollständigkeit) skizzierten Punkte verdeutlichen somit eine weitere Facette der Schwierigkeiten der Regeln des deutschen Strafanwendungsrechts in diesem Bereich.

## VII. Zusammenfassende Bemerkungen und Schluss

Die bislang in Lehre und Rechtsprechung angenommenen, unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für die Begründung deutscher Strafgewalt nach § 7 StGB sind nach dem Dargestellten und der hier vertretenen Deutung der Norm weder notwendig noch entsprechen sie der tatsächlichen Rechtsnatur und dem Charakter der Vorschrift als jener der stellvertretenden Strafrechtspflege. Mag die jeweilige Anknüpfung an diese graduell zwar unterschiedlich stark sein, so ist sie doch für alle Tatbestandsvarianten des § 7 StGB die eindeutig zu favorisierende. Ein solches Verständnis führt dazu, Friktionen hinsichtlich der Geltung von (prozessualen) Straffreistellungsgründen und damit unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der grundsätzlichen Strafbar- bzw. Verfolgbarkeit zu vermeiden, gibt der Vorschrift eine durchgängige, vertretbare und ihrer (auch) auslieferungsrechtlichen Konnotation entsprechende innere Systematik und fügt sich unproblematisch in das Gesamtsystem des deutschen Strafanwendungsrechts ein.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, die Neubürgerklausel, welche (als „genuine link“) ebenfalls allein auf die stellvertretende Strafrechtspflege zurückgeführt werden kann, ist hin-

<sup>180</sup> So etwa *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; vgl. auch *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4.

<sup>181</sup> *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 13, 21; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143).

gegen in der derzeitigen Form nicht nur eine unter verfassungsrechtlichen Kautelen problematische Norm, sondern als solche verfassungswidrig. Sie kollidiert mit dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG. Die Versuche, diese Problematik über die Anwendung einer lex mitior-Regel zu entschärfen, vermögen hieran nichts zu ändern.