

ABHANDLUNGEN

Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt

*Matthias Herdegen**

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Regelungskonflikte im Strafrecht
 - 1. Staatenimmunität und individuelle Verantwortlichkeit fremder Amtsträger
 - 2. Durchsetzung völkerstrafrechtlich sanktionierter Wertvorstellungen gegenüber fremden Hoheitsakten
 - 3. Behandlung fremder Hoheitsakte bei schlichter Völkerrechtswidrigkeit
 - 4. Kollision nationaler Ordnungsvorstellungen
 - 5. Zusammenfassung
- III. Die völkerrechtswidrige Ergreifung von Beschuldigten und ihre Rechtsfolgen

* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: AJIL = American Journal of International Law; All ER = All England Law Reports; AVR = Archiv des Völkerrechts; BGBI. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EPIL = Encyclopedia of Public International Law, hrsg. von R. Bernhardt; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; F. Supp. = Federal Supplement; GA = General Assembly; ICJ = International Court of Justice; ILC = International Law Commission; JR = Juristische Rundschau; JuS = Juristische Schulung; JZ = Juristen Zeitung; LG = Landgericht; LQR = Law Quarterly Review; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; OLG = Oberlandesgericht; PCIJ = Permanent Court of International Justice; RabelsZ = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RdC = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; RGDIP = Revue Générale de Droit International Public; SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung; Strupp-Schlochauer, Wörterbuch = Wörterbuch des Völkerrechts, begründet von K. Strupp (2. Aufl. 1960-1962), hrsg. von H.-J. Schlochauer; UNTS = United Nations Treaty Series; WLR = Weekly Law Reports; YILC = Yearbook of the International Law Commission.

I. Einleitung

In den Normen des materiellen Strafrechts finden die grundlegenden Wertvorstellungen einer jeden staatlichen Ordnung ihren elementarsten Ausdruck. Bei Jurisdiktionskonflikten im Strafrecht brechen daher Wertordnungsgesetze in besonders sichtbarer Weise auf. Freilich beherrschen gegenwärtig Jurisdiktionskonflikte in anderen Rechtsmaterien die Diskussion.

Aber auch die aktuellen Auseinandersetzungen um Kollisionen etwa im Wirtschaftsverwaltungs- oder Zivilverfahrensrecht werden weitgehend immer noch dadurch genährt, daß der Ständige Internationale Gerichtshof im *Lotus*-Fall¹ die Grenzen für die Inanspruchnahme nationaler Strafgewalt eben nicht mit deutlichen Konturen aufgezeigt hat. Wenn eine Rechtsordnung das erlaubt oder gar gebietet, was ein anderes System pönalisiert, drohen unterschiedliche Ordnungsvorstellungen den Einzelnen zwischen gegenläufigen Loyalitätsbindungen und Gehorsamsbefehlen zu zerreiben. Die Entwicklung völkerstrafrechtlicher Regeln zielt darauf, ein ethisches Verhaltensminimum von der Rückbindung an eine nationale Rechtsordnung zu lösen. Daß auch hier der Einzelne in schwer auflösbare Konflikte getrieben werden kann, zeigt das Problem des völkerrechtswidrigen Handelns auf Befehl. Die Rückbesinnung auf die Nürnberger Prozesse aus einem Abstand von 40 Jahren macht deutlich, wie weit diese Problematik immer noch von einer konsensfähigen Bewältigung entfernt ist. Die Erwartungen, welche sich damals an die Ausbildung eines materiellen internationalen Strafrechts geknüpft haben, sind nicht eingelöst worden. Statt dessen mündet das fragmentarische Völkerrecht weiterhin in den Verweis auf nationale Rechtsordnungen und ist damit mit deren kollisionsrechtlichen Fragen belastet. Dies ist der eine Fragenkreis, dem die folgenden Ausführungen gewidmet sein sollen.

Die andere Thematik gilt der Verletzung fremder Hoheitsrechte bei der Ergreifung von Straftätern. Die sich daraus ergebenden Implikationen lassen sich nicht allesamt mit der kernigen *Maxime male captus, bene detentus* beiseite schieben. Hier zeigt die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs neue verfahrensrechtliche Perspektiven auf, die großes Interesse verdienen.

¹ *France v. Turkey*, PCIJ Reports, Series A, No.10 (1927).

II. Regelungskonflikte im Strafrecht

Regelungskonflikte ergeben sich daraus, daß ein aus der Sicht des Forumstaates strafbares Handeln nach fremdem Recht durch einen Hoheitsakt gedeckt ist. Dieser Hoheitsakt kann in einem Rechtssatz, einem Befehl oder sonst in einer dienstlichen Weisung liegen. Ist der Gerichtsstaat gehalten, einen solchen fremden Hoheitsakt, welcher das strafrechtlich relevante Verhalten erlaubt oder gar befiehlt, als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen? Kommt es darauf an, ob das nach fremdem Recht zulässige Verhalten völkerrechtswidrig ist, ob es nur den Wertvorstellungen zivilisierter Staaten widerspricht oder gar bloß dem *ordre public* des Gerichtsstaates? Spielt es eine Rolle, ob sich des verletzten Rechtsgutes auch Normen des Völkerstrafrechts annehmen und auf welche Anknüpfungskriterien sich die Ausübung nationaler Straf Gewalt im konkreten Falle stützt?

1. Staatenimmunität und individuelle Verantwortlichkeit von Amtsträgern

Eine erste Schranke für die Ausübung nationaler Straf Gewalt ergibt sich *ratione materiae* aus dem Schutz hoheitlicher Funktionen, den die Grundsätze über die Staatenimmunität vermitteln. Dieser Schutz vor gerichtlicher Verfolgung im Ausland soll sich nach weitverbreiteter Ansicht nicht nur auf den Staat selbst und seine Untergliederungen erstrecken, sondern auch auf natürliche Personen, soweit sie als Staatsorgane oder sonst im amtlichen Auftrag handelnd hoheitliche Aufgaben wahrnehmen². Dahinter steht der Gedanke, daß ein Staat mit der strafrechtlichen Verfolgung fremder Amtsträger auf die Willensentschließung fremder Staatsorgane einwirkt³. Die Verantwortlichkeit des fremden Staates auf zwischenstaatlicher

² Hierzu etwa M. Bothe, Die strafrechtliche Verantwortung fremder Staatsorgane, ZaöRV Bd.31 (1971), S.251ff.; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht (3.Aufl.1984), §1177 (S.773f.). Zu dem (einen an dem Überfall auf das Schiff "Caroline" [1837] beteiligten britischen Offizier betreffenden und unterschiedlichen Deutungen zugänglichen) Leitfall McLeod (1837/1840) und zur historischen Entwicklung H.-H. Jeschek, McLeod-Fall, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.2, S.492; vgl. auch zur Immunität von Repräsentanten fremder Staaten vor gerichtlicher Verfolgung wegen der Vornahme von Hoheitsakten Art.7 Abs.3 der von der International Law Commission in erster Lesung angenommenen Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, Report of the International Law Commission on the work of its 38th Session, GA, Official Records, 41st Session, Supp. No.10 (A/41/10), S.9ff.; hierzu Erläuterung Nr.16 zu Art.7, YILC 1982 II, S.105.

³ Vgl. G. Hoffmann, Strafrechtliche Verantwortung fremder Staaten im Völkerrecht (1962), S.135.

Ebene soll insoweit die individuelle Verantwortlichkeit seiner Amtsträger absorbieren. Nach dieser Ansicht ist etwa der Geheimdienstagent des Staates A, der auf dessen Gebiet im amtlichen Auftrag den politischen mißliebigen Angehörigen des Staates B tötet, vor strafrechtlicher Verfolgung im Heimatstaat des Opfers geschützt⁴.

Über die sachlichen Grenzen dieser angeblichen »Immunität« besteht keine Einigkeit. Jedenfalls bei Kriegsverbrechen, bei Völkermord und anderen völkerstrafrechtlich erfaßten Verhaltensweisen endet diese als Ausfluß der Staatenimmunität verstandene, verfahrensrechtliche Respektierung fremder Hoheitsakte⁵. Auch die über den völkerrechtlich gebotenen Schutz fremder Hoheitsakte hinausgehende »Act of State-Doktrin« in ihrer amerikanischen Ausprägung ist nie auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen nach Völkerrecht oder auf die Verletzung von Menschenrechten ausgedehnt worden⁶. Vielmehr gibt es gerade in der US-amerikanischen Judikatur Ansätze, bei menschenrechtsverletzenden Hoheitsakten sogar die allgemeinen Grundsätze über die Immunität des fremden Staates selbst zu durchbrechen⁷. Diese Rechtsprechung weist gewisse Berührungspunkte mit neueren Tendenzen innerhalb der International Law Commission auf, welche die Staatenimmunität bei Personenverletzungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf fremdem Gebiet begrenzen wollen⁸. Darüber hinaus befreien die Regeln über die Staatenimmunität auch den Spion nicht vor den strafrechtlichen Risiken seines Tuns⁹. Selbst diplomatische Vertreter sind nach Beendigung ihrer Mission nicht vor

⁴ Bothe (Anm.2), ZaöRV Bd.31, S.261.

⁵ Hierzu Bothe, S.252; G. Dahm, Zur Problematik des Völkerstrafrechts (1965), S.43ff.; Hoffmann (Anm.3), S.135ff.; Verdross/Simma (Anm.2), §1177. Vgl. auch Art.7 des Statuts des Nürnberger Militärgerichtshofs: "The official position of defendants, whether as heads of state or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment". Ähnlich Art.8 *lit. a* des innerhalb der International Law Commission (Special Rapporteur Doudou Thiam) erarbeiteten Draft code on offences against the peace and security of mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 38th Session (Anm.2), S.104ff.

⁶ Vgl. American Law Institute, Restatement of the Law of the United States (Revised), Tentative Final Draft (Juli 1985), Bd.2, Teil IV, §469, Anm.c (S.671); zur Act of State-Doktrin etwa Dahm (Anm.5), S.39ff.; Hoffmann (Anm.3), S.133ff.

⁷ US District Court for the District of Columbia, *Von Dardel v. USSR* (1985), 623 F.Supp.246 (253ff.).

⁸ Art.13 der Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property (Anm.2).

⁹ Vgl. Rechtsgutachten des Politischen Departements der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 31.1.1979, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd.36 (1980), S.210ff. (212).

Strafverfolgung wegen einer Spionagetätigkeit geschützt, die sie während ihrer dienstlichen Tätigkeit im Empfangsstaat betrieben haben¹⁰. Schließlich ist anerkannt, daß ein Staat unzulässigen Hoheitsakten auf seinem Gebiet mit den Mitteln des Strafrechts zur Durchsetzung seines »Hausrechts« entgegentreten darf¹¹. So hat der Bundesgerichtshof in dem berühmten Mordfall *Staschynskij*¹² bei der Verurteilung des als Agenten des sowjetischen Geheimdienstes handelnden Täters eine aus dem amtlichen Auftrag folgende Immunität zu Recht nicht einmal in Erwägung gezogen; der spätere Besuch seines Auftraggebers in der Bundesrepublik hatte gerade wegen der fehlenden Immunität delikate Züge.

Die genannten Fallkonstellationen, bei denen die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben auch nach der eine sehr weitgehende Immunität für den einzelnen Amtsträger fordernden Meinung nicht vor Strafverfolgung schützt, lassen sich nicht – etwa im Hinblick auf den Rang der jeweils verletzten Völkerrechtsregel – auf eine Linie bringen. Sie zeigen jedenfalls, daß das Völkerrecht den Staaten grundsätzlich nicht verbietet, über fremde völkerrechtswidrige Hoheitsakte zu Gericht zu sitzen. Die Regeln über die Staatenimmunität schützen letztlich nur den fremden Staat, dessen Untergliederungen und die ihn nach außen repräsentierenden Organe auch bei Völkerrechtsverletzungen¹³. Persönliche Immunität setzt eben einen besonderen Status etwa als Staatsoberhaupt oder als Mitglied diplomatischer Vertretungen voraus. Einen weitergehenden Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung einzelner Amtsträger bietet nur das Interventionsverbot. Danach ist der einzelne Amtsträger grundsätzlich bei völkerrechtskonformem Handeln davor geschützt, wegen der Vornahme von Hoheitsakten durch einen fremden Staat verfolgt zu werden. Dieses Konzept überzeugt mehr als die einen Gleichlauf von Staatenimmunität und persönlichem Verfolgungsschutz des Amtsträgers postulierende Ansicht, die sich ohnehin nicht konsequent durchhalten läßt.

¹⁰ Vgl. das erwähnte Rechtsgutachten der Eidgenössischen Regierung (Anm.9).

¹¹ Vgl. Bothe (Anm.2), ZaöRV Bd.31, S.257ff. In der *Rainbow Warrior*-Affäre ist von französischer Seite vergeblich geltend gemacht worden, die wegen eines Tötungsdeliktes in Neuseeland verfolgten französischen Geheimdienstagenten hätten auf höheren Auftrag hin gehandelt und dürften daher nicht selbst zur Verantwortung gezogen werden; hierzu G. Apollis, *Le règlement de l'affaire du «Rainbow Warrior»*, RGDIP Bd.91 (1987), S.9ff. (34ff.).

¹² BGH vom 19.10.1962, BGHSt 18,87.

¹³ Vgl. Section 1603 *lit. b* des Foreign Sovereign Immunities Act der USA (1976) (United States Code, Titel 28, Kapitel 97). Weitergehend wohl der Entwurf der International Law Commission zur Staatenimmunität (Anm.2).

2. Durchsetzung völkerstrafrechtlich sanktionierter Wertvorstellungen gegenüber fremden Hoheitsakten

Die schroffste Überspannung nationaler Regelungsgewalt liegt in Weisungen, die auf völkerstrafrechtswidriges Handeln zielen. Dem Vorwurf der Mitwirkung an Kriegsverbrechen oder auch an Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist immer wieder die Berufung auf höheren Befehl entgegeng gehalten worden. Hier stellt sich nicht nur die Frage nach der Entlastung des Einzelnen, sondern auch nach der inneren Stabilität einer staatlichen Ordnung. Jedenfalls in Zeiten existentieller Krisen machen die meisten nationalen Rechtsordnungen die Verbindlichkeit hoheitlicher Weisungen in bestimmten Bereichen nicht von deren Rechtmäßigkeit abhängig. Soweit im deutschen Strafrecht die Befolgung des rechtswidrigen Befehls als Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision verstanden wird, wird dies mit der Gehorsamspflicht gegenüber dem Vorgesetzten als »grundlegendem Ordnungsprinzip jeder Staatstätigkeit« begründet, das sich bei gering zu veranschlagenden Rechtsgutsverletzungen gegen die allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber der Rechtsordnung durchsetzen soll¹⁴. Das Völkergewohnheitsrecht respektiert diesen Ordnungsbelang insoweit, als es über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Hoheitsakten im innerstaatlichen Raume grundsätzlich schweigt. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes liegt dort nahe, wo das Völkerrecht selbst die Strafwürdigkeit bestimmter Verhaltensformen in irgendeiner Weise normiert und so den Durchgriff auf den Einzelnen im Sinne einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit vornimmt.

Die für das Verfahren vor dem Nürnberger Militärgerichtshof¹⁵ in dem Londoner Abkommen über die Verfolgung der Hauptkriegsverbrecher von 1945 niedergelegten Grundsätze¹⁶ schlossen eine rechtfertigende oder auch nur entschuldigende Wirkung des höheren Befehls aus und reduzier-

¹⁴ H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (3. Aufl. 1978), S.317f.; zum gegenwärtigen Diskussionsstand W. Küper, Grundsatz der »Differenzierung« zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, S.81 ff. (91 f.).

¹⁵ Hierzu etwa K. Doehring, Völkerrechtliche Beurteilung des Kriegsverbrecherprozesses von Nürnberg, Beiträge zur Konfliktforschung, Bd.16 (1986), Nr.4, S.75 ff.; H.-H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen (1952); ders., Nuremberg Trials, EPIL, Instalment 4 (1982), S.50 ff.

¹⁶ Statut des Internationalen Militärgerichtshofs, AJIL Bd.39 (1945), Supp., S.257 (258); UNTS 82 (1951), S.280 (285).

ten diesen Einwand auf einen bloßen Strafmilderungsgrund¹⁷. In der modernen Staatenpraxis hat dieser Grundsatz jedoch keine Verfestigung erfahren. Die neuere Völkerstrafrechtslehre tendiert überwiegend dazu, das Handeln auf Befehl je nach den Umständen des Einzelfalles als möglichen Entschuldigungs- oder Strafausschließungsgrund anzuerkennen¹⁸. Mit einer ähnlichen Problematik haben sich die Gerichte der Bundesrepublik Deutschland etwa bei der strafrechtlichen Beurteilung des befehlsgemäßen Schußwaffengebrauchs an der DDR-Grenze¹⁹ oder der politischen Denunziation in Erfüllung sozialistischer Bürgerpflichten in der DDR²⁰ auseinandersetzen; freilich geht es hierbei nicht etwa um Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern allenfalls um schlicht völkerrechtswidriges Handeln.

Völkergewohnheitsrecht²¹ und völkerrechtliche Verträge, welche die Verpflichtung der Staaten zur strafrechtlichen Verfolgung individuellen Verhaltens vorsehen, enden stets im Verweis auf das nationale Recht²². Die vier Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949²³ mit den beiden Zusatzprotokollen von 1977²⁴ verpflichten die Vertragsparteien, zumindest die so ge-

¹⁷ Art.8: "The fact that the defendant acted pursuant to order of his government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires".

¹⁸ Vgl. Art.8 *lit. c* des Draft code on offences against the peace and security of mankind (Anm.5). J. Spiropoulos, Berichtstatter der ILC zum Draft code of offences against the peace and security of mankind, YILC 1950 II, S.253 ff. (270 ff.); P. Fuhrmann, Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht (1963) (zusammenfassend auf S.146 ff.); Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane (Anm.15), S.255 ff.; T. Vogler, Zum Einwand des »Handelns auf Befehl« im Völkerstrafrecht, *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Bd.7 (1978), S.111 ff.

¹⁹ Vgl. LG Stuttgart vom 11.10.1963, NJW 1964, S.63; hierzu G. Grünwald, Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?, JZ 1966, S.633 ff.

²⁰ Vgl. BGH vom 7.3.1984, BGHSt 32, 293; OLG Düsseldorf vom 21.8.1978, NJW 1979, S.59.

²¹ Vgl. zur Strafbarkeit des Völkermordes Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofs, ICJ Reports 1951, S.15 (23).

²² Zum Völkerstrafrecht im eigentlichen Sinne (materielles internationales Strafrecht) etwa Dahm (Anm.5), S.14 ff.; H.-H. Jescheck, International Crimes, in: EPIL, Installment 8 (1985), S.332 ff.; D. Oehler, Internationales Strafrecht (2. Aufl.1983), S.605 ff.

²³ I. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde, BGBl. 1954 II, S.783; II. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See, BGBl. 1954 II, S.813; III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen, BGBl. 1954 II, S.838; IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten, BGBl. 1954 II, S.917.

²⁴ Erstes Zusatzprotokoll, ZaöRV Bd.38 (1978), S.86 ff.; Zweites Zusatzprotokoll, ZaöRV Bd.38, S.146 ff.

nannten schweren Verletzungen der Abkommen (*infractions graves*), wie etwa die vorsätzliche Tötung, Folterung oder unmenschliche Behandlung, strafrechtlich zu verfolgen²⁵. Die Genozid-Konvention von 1948²⁶ verpflichtet die Vertragsparteien, die Strafbarkeit von Völkermord und anderen, näher umschriebenen Handlungen in ihren Rechtsordnungen vorzusehen (Art.V). Bei den Verhandlungen über das Abkommen hat sich ein Vorschlag, dem Befehl des Vorgesetzten und dem gesetzlichen Gebot ausdrücklich die entlastende Wirkung abzusprechen, nicht durchsetzen können²⁷. Dabei ist vor allem auf den uneinheitlichen rechtsvergleichenden Befund sowie auf die mögliche Zwangslage des Befehlsempfängers hingewiesen worden²⁸. Bei den genannten Abkommen und ähnlichen Verträgen über die Verpflichtung zur Strafverfolgung²⁹ ergeben sich die Konturen der Strafbarkeit letztlich erst aus dem nationalen Recht. Damit stellt sich die Frage nach dem Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der strafrechtlichen Würdigung von Völkerrechtsverletzungen, welche unter der Deckung durch einen fremden Hoheitsakt begangen worden sind.

Den Ausgangspunkt bildet eine ebenso schlichte wie grundsätzliche Erwägung. Einem nationalen Recht, das bestimmtes Handeln unter Strafe stellt, schuldet ein Nicht-Staatsangehöriger jedenfalls auf fremdem, außerhalb des regelnden Staates gelegenen Territorium keinen Gehorsam. Der Handelnde ist insoweit nicht dem unmittelbaren Zugriff der pönalisierenden Staatsordnung ausgesetzt; ebensowenig genießt er deren Schutz. Dadurch entstehende Lücken in der Rechtsbindung an einen ethischen Minimalstandard überbrückt das Völkerstrafrecht, wenn es den Schutz bestimmter Rechtsgüter durch die strafrechtliche Verantwortlichkeit Einzelner entweder selbst begründet oder zumindest gebietet und wenn es diesen strafrechtlichen Schutz von der Staatsangehörigkeit des zuwiderhandelnden Täters und vom Begehungsort völlig abkoppelt. Die strafrechtlich sanktionierte Verhaltenserwartung wurzelt insoweit im Völ-

²⁵ Art.49 des I.Abkommens; Art.50 des II.Abkommens; Art.129 des III.Abkommens; Art.146 des IV.Abkommens; hierzu etwa Oehler, Internationales Strafrecht (Anm.22), S.29, 632 ff.

²⁶ BGBl. 1954 II, S.730.

²⁷ Hierzu Fuhrmann (Anm.18), S.114 ff. Siehe GA, Official Records, 3rd Session, Part I (1948), 6th Committee, Annexes, S.17.

²⁸ Hierzu Fuhrmann, S.114 f. Siehe GA, Official Records, 3rd Session, Part I (1948), 6th Committee, Records of Meetings, S.305 ff.

²⁹ Vgl. Internationales Übereinkommen gegen Geiselnahme von 1979, BGBl. 1980 II, S.1362; siehe auch K.W. Platz, Internationale Konvention gegen Geiselnahme, ZaöRV Bd.40 (1980), S.276 ff.

kerrecht selbst. Hier stoßen wir auf den Kernbestand völkerrechtlicher Grundpflichten des Einzelnen³⁰.

Aus diesem Durchgriff völkerrechtlicher Verhaltensregeln auf den Einzelnen ergibt sich, daß andere Staaten insoweit einem entgegenstehenden Hoheitsakt die Anerkennung als normativ beachtlichem Befund stets versagen dürfen. Dies muß auch für den rechtswidrigen Befehl gelten. Andernfalls liefe gerade bei straff gegliederten, autoritären Staatsorganisationen der völkerstrafrechtliche Schutz bestimmter Rechtsgüter weitgehend leer³¹. Staaten, deren Organe über völkerstrafrechtlich relevantes Verhalten zu Gericht sitzen, sind demnach zumindest berechtigt, sich bei einer möglichen Anwendung fremden Rechts über die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls hinwegzusetzen oder ganz von einem Verweis auf fremdes Recht abzusehen. Ob diese Nichtanerkennung der völkerrechtswidrigen Anordnung fremder Staatsorgane durch die ausschließliche Anwendung der *lex fori* bewirkt wird oder aber unter Rückgriff auf einen *ordre répressif international*, ist eine untergeordnete Frage.

Freilich höhlt die Bestrafung hoheitlich gedeckten Handelns Ordnungsfunktionen des fremden Staatswesens aus. Soweit in der Nichtanerkennung fremder Hoheitsakte eine Verletzung fremder Souveränitätsrechte liegen kann, geht es regelmäßig um einen nur faktischen und nicht auch normativen Übergriff. Wenn ein Gericht davon absieht, einen fremden Regelungsakt im Sinne einer strafrechtlichen Rechtfertigung anzuerkennen, so wird damit noch nicht unbedingt die Wirksamkeit dieses Hoheitsaktes nach dem fremden Recht in Frage gestellt. Vielmehr geht es bei der Nichtanerkennung um eine Erosion der Geltungskraft des fremden Rechts durch eine Einwirkung auf das Rechtsbewußtsein der Normadressaten. Der Soldat, der bei befehlsgemäßigem Schußwaffengebrauch gegenüber Flüchtlingen an der Grenze mit strafrechtlicher Verfolgung wegen Totschlags im Nachbarstaat rechnen muß, mag sich dann bei seinem Verhalten von der Möglichkeit eines Grenzübertretts oder eines späteren Regimewechsels leiten lassen. Hier kommt es also auf die faktische Verdrängung einer Wertordnung durch eine andere an. Auf das Interventionsverbot darf sich ein Staat, welcher Verstöße gegen Völkerstrafrecht selbst gebietet oder erlaubt, aber nie berufen. Denn gerade das Völkerstrafrecht entzieht bestimmte Rechtsgüter dem Zugriff nationaler Regelungsgewalt.

Wesentlich schwerer zu beantworten ist die Frage, ob im Bereich völker-

³⁰ Hierzu Ch. Tomuschat, Grundpflichten des Individuums nach Völkerrecht, AVR Bd.21 (1983), S.289ff. (292ff.).

³¹ Vgl. R. Maurach/H. Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (6. Aufl.1983), S.384f.

strafrechtlich relevanten Verhaltens der höhere Befehl überhaupt nie als Rechtfertigungsgrund Anerkennung finden darf. Eine strenge Position würde die Völkerrechtsgemeinschaft im Rahmen der strafrechtlichen Würdigung insoweit stets zu einem Eingriff in das durch die Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Befehls gesicherte Ordnungsgefüge fremder Staaten zwingen. Trotz dieser weitreichenden Implikationen sprechen meines Erachtens überzeugende Gründe gegen einen Ermessensspielraum bei der Strafrechtsanwendung. Voraussetzung dafür ist freilich, daß überhaupt eine völkerrechtliche Verpflichtung zur strafrechtlichen Verfolgung besteht, wie sie etwa die Genozid-Konvention nur für den Tatortstaat normiert (Art. VI).

Die hier vertretene Auffassung, daß bei einer völkerrechtlich gebotenen Strafverfolgung der hoheitlichen Anordnung niemals rechtfertigende Wirkung beizumessen ist, hat den Vorzug klarer Konturen für sich. Jedoch lassen sich dieser Ansicht durchaus einige Bedenken entgegenhalten. Die Unbeachtlichkeit des völkerstrafrechtswidrigen Befehls auf kollisionsrechtlicher Ebene bedeutet, daß aus völkerrechtlicher Sicht die Verbindlichkeit der hoheitlichen Anordnung mit ihrer Rechtswidrigkeit endet und so der Befehl die Rechtswidrigkeit des individuellen Handelns unberührt läßt³². Unter der Geltung des Grundgesetzes gilt dies nach Art.25 auch für das innerstaatliche Recht insoweit, als sich die Völkerstrafrechtswidrigkeit aus Gewohnheitsrecht ergibt³³. Nun weisen die Straftatbestände etwa der Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949 aber keineswegs stets klare Umrisse auf, so etwa im Falle von Bombardements mit breiter Flächenwirkung gegenüber der Zivilbevölkerung³⁴. Damit stellt sich für den Befehlsempfänger das Problem der Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit in häufig intrikater Weise. Aber für eine Berücksichtigung dieser schwierigen Lage des Einzelnen bleibt auf Schulebene immer noch genügend Raum. Überdies kann das Heimatrecht den auf völkerrechtswidrigen Befehl Handelnden ohnehin nie zuverlässig vor der Strafbarkeit vor fremden Gerichten bewahren, da fremde Staaten zur Anerkennung völkerrechtswidriger Hoheitsakte als Rechtfertigungsgründe nie verpflichtet sind. Vom Risiko der fehlerhaften Kognition kann der Befehlsempfänger daher nie völlig entlastet werden.

³² Vgl. Tomuschat (Anm.30), AVR Bd.21, S.295.

³³ Vgl. BGH vom 12.7.1951, BGHZ 3,94 (106f.). Siehe auch §11 Abs.2 des Soldatengesetzes.

³⁴ Vgl. K. Doehring, Verfassungsrecht und Kriegsvölkerrecht, in: Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, hrsg. von D.Blumenwitz/A.Randelzhofer (1973), S.139ff. (142ff.); Oehler, Internationales Strafrecht (Anm.22), S.632f.

Ein weiteres Bedenken gegen die hier verfochtene strikte Auffassung läßt sich daraus ableiten, daß das Völkerstrafrecht die keineswegs in allen Rechtsordnungen mit absoluter Stringenz vorgenommene Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld nicht vorgibt. Aber letztlich kann sich keine Rechtsordnung den völkerstrafrechtlich vorgegebenen Wertungen unabhängig von Fragen der Schuld des Einzelnen entziehen. Dies zeigt sich etwa dann, wenn hinter der völkerrechtswidrigen Anordnung im konkreten Falle keine als schuld mindernde Faktor beachtliche Strafdrohung steht. Hier geht es dann um die Würdigung des fremden Hoheitsaktes nicht als willensbeugendes Faktum, sondern als normativ beachtliche Regelung.

Zu eindeutigen Positionen im Hinblick auf die Anerkennung des völkerrechtswidrigen Hoheitsaktes wird eine Rechtsordnung auch dann gezwungen, wenn es um die Beurteilung von Notwehrhandlungen gegen das befehlsgemäße Handeln geht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das verletzte Rechtsgut durch Normen des Völkerstrafrechts geschützt ist. Bei der Beurteilung von Völkermordhandlungen im Sinne der Genozid-Konvention etwa läßt sich die Rechtswidrigkeitsfrage für Täter und Opfer nicht differenzierend beantworten³⁵. Freilich ist der Grundsatz der einheitlichen Strafrechtsanwendung nicht Ausdruck eines völkerrechtlichen Gebots. Auch das deutsche Strafrecht kennt die Anwendung unterschiedlicher Rechtssätze auf die Beteiligten ein- und derselben Straftat im materiellen Sinn. So sollen nach einer beachtlichen Lehrmeinung die Vorschriften des Rechts der DDR über den Schußwaffengebrauch an der Grenze oder auch über die politische Verdächtigung vor bundesdeutschen Gerichten zugunsten des Täters Anwendung finden, während deutsche Opfer insoweit den Schutz durch das Strafrecht der Bundesrepublik genießen sollen³⁶. Aber auch hier findet nach herrschender Auffassung die Anwendung des Tatortrechts bei der Verletzung von Völkerrechtsregeln (oder gar schon von allgemein anerkannten Wertmaßstäben) ihre Grenzen³⁷. Entscheidend kommt es demnach darauf an, daß sich der völkerrechtlich gebotene Strafrechtsschutz bestimmter Rechtsgüter bei unterschiedlichen Wertungen ge-

³⁵ Vgl. zu einem völkerrechtlich begründeten Widerstandsrecht für die Opfer von Genozidhandlungen Tomuschat (Anm.30), AVR Bd.21, S.295.

³⁶ Hierzu Grünwald (Anm.19), JZ 1966, S.637; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Anm.14), S.153f. Vgl. hierzu auch K. Doehring, Die Teilung Deutschlands als Problem des völker- und staatsrechtlichen Fremdenrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 83 (1968), S.5f., 18ff.

³⁷ Vgl. OLG Düsseldorf vom 21.8.1979, NJW 1979, S.59 (63); Jescheck, a.a.O., S.154.

gen das Tatortrecht durchsetzt. Soweit – und nur soweit – als dieser Rechtsgüterschutz nicht Gegenstand völkerrechtlicher Verpflichtungen ist, ist es den einzelnen nationalen Rechtsordnungen freigestellt, bei der Anwendung des Tatortrechts fremden Hoheitsakten rechtfertigende Kraft beizumessen. Dies entspricht auch der Position, wie sie von den amerikanischen Besatzungsgerichten in den Nürnberger Prozessen, etwa zur Beurteilung der als Euthanasie firmierenden Tötungen, eingenommen worden ist³⁸. Die völkerrechtlich gebotene Strafrechtsverfolgung hat sich damit am Grundsatz einheitlicher Rechtsanwendung zu orientieren, welcher hinkenden Rechtsbeziehungen entgegensteht. Der auf Befehl handelnde Völkerrechtsdelinquent kann daher nicht ebenso als gerechtfertigt angesehen werden wie das Notwehr übende Opfer. Wertungswidersprüche, die sich aus einer derartigen Gleichbehandlung ergeben, treten spätestens bei zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen zu Tage.

Auf einer anderen Ebene liegt die Entlastung des völkerstrafrechtswidrig handelnden Befehlsempfängers im Rahmen der Schuld. Hier geht es etwa im Sinne der zivilrechtlichen Datumtheorie des Bundesgerichtshofs³⁹ um die Berücksichtigung hoheitlicher Anordnungen wegen des dahinter stehenden Sanktionsdruckes als schlichtes Faktum. Aus kollisionsrechtlicher Sicht lassen sich gewisse Parallelen zur Würdigung von extraterritorial wirkenden Exportbeschränkungen auf Vertragsverhältnisse ziehen; als Alternative zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung bietet sich dort die schlichte Berücksichtigung als faktische Leistungsstörung an⁴⁰. Entscheidend kommt es dabei hier, im Strafrecht, vor allem darauf an, ob hinter der völkerrechtswidrigen Weisung der Sanktionsapparat einer totalitären Ordnung oder aber die Rechtsschutzmöglichkeiten eines freiheitlichen Staateswesens stehen⁴¹.

Die verbleibende Spannung, die durch kollidierende Verhaltenspflichten für den Befehlsempfänger ausgelöst wird, vermag das Völkerrecht nicht aufzulösen. Hier gilt dann die dürre Formel von der »Schicksalsgemeinschaft«, in die sich der Befehlsempfänger innerhalb einer pervertierten nationalen Rechtsordnung ohne Rücksicht auf seinen eigenen Willen und darauf, ob er sich mit dieser Ordnung identifiziert, gestellt sieht. Aus

³⁸ Ärzte-Urteil, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No.10, Bd.2, S.198; hierzu Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane (Anm.15), S.324f.

³⁹ Vgl. BGH vom 8.2.1984, NJW 1984, S.1746.

⁴⁰ Vgl. hierzu etwa den niederländischen *Sensor*-Fall (zum US-amerikanischen Pipeline-Embargo) RabelsZ Bd.47 (1983), S.141 ff. mit Anm. von J. Basedow.

⁴¹ Vgl. Doehring, Kriegsverbrecherprozeß (Anm.15), S.80.

rechtspolitischer Sicht ergibt sich daraus zugleich die Forderung, bei der Formulierung völkerstrafrechtlicher Regeln den Kreis der potentiellen Täter nicht allzuweit zu ziehen⁴². Wie etwa das Beispiel der Anti-Apartheidskonvention von 1973⁴³ zeigt, wird dieses Postulat häufig einem kurzsichtigen politischen Opportunismus geopfert⁴⁴. Die Verantwortlichkeit ganzer Bevölkerungsgruppen wird insoweit zur »kleinen Münze« des Völkerstrafrechts.

3. Behandlung fremder Hoheitsakte bei schlichter Völkerrechtswidrigkeit

Bei der Würdigung von völkerrechtswidrigen Hoheitsakten, welche ein bestimmtes Verhalten gebieten oder erlauben, zu dessen strafrechtlicher Ahndung keine völkerrechtliche Verpflichtung besteht, ist es grundsätzlich in das Ermessen des Forumstaates gestellt, ob er dem fremden Hoheitsakt rechtfertigende Wirkung zuspricht oder nicht. Eine Ausnahme von dieser Ermessensfreiheit ist allenfalls für die Fälle zu machen, in denen in der Anerkennung des völkerrechtswidrigen Hoheitsaktes eine dem Forumstaat selbst zurechenbare Völkerrechtsverletzung liegt. Insoweit käme man dann zu einem *ordre répressif international*. Denkbar erscheinen solche Fälle allenfalls bei Menschenrechtsverletzungen und bei Interventionen gegen Drittstaaten.

Die weitergehende Auffassung, völkerrechtswidrige Hoheitsakte dürfen überhaupt nie anerkannt werden⁴⁵, überzeugt nicht. So ist etwa im Falle schlichter Vertragsverletzungen nicht einzusehen, weshalb sich ein Staat zum Büttel fremder Interessen machen soll.

Bei der Heranziehung des Tatortrechts tendiert die deutsche Strafrechtsjudikatur dazu, fremden Regelungsakten die Anerkennung auch dann zu versagen, wenn sie gegen die in freiheitlichen Rechtsordnungen allgemein anerkannten Wertvorstellungen verstoßen⁴⁶. Einer ähnlichen Terminologie bedient sich die Europäische Menschenrechtskonvention in Art.7 Abs.2; danach kann eine Tat nach nationalem Recht auch schon dann bestraft werden, wenn sie nur im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den »allgemeinen, von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsät-

⁴² Vgl. hierzu OLG Dresden vom 21.3.1947, SJZ 1947, Sp.520 (521).

⁴³ International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, GA Res.3068 (XXVIII) vom 30.11.1973.

⁴⁴ Vgl. Tomuschat (Anm.30), AVR Bd.21, S.296.

⁴⁵ Vgl. F. A. Mann, International Delinquencies before Municipal Courts, LQR Bd.70 (1954), S.181 ff. (193, 198).

⁴⁶ OLG Düsseldorf vom 21.8.1978, NJW 1979, S.59 (63).

zen« strafbar war⁴⁷. Die Heranziehung solcher noch nicht zu allgemeinen Regeln des Völkerrechts verdichteter Grundsätze ist so lange unproblematisch, als die Berücksichtigung fremden Rechts etwa im Sinne der identischen Norm völkerrechtlich überhaupt nicht geboten ist.

4. Kollision nationaler Ordnungsvorstellungen

Auch unterhalb der Schwelle der klaren Völkerrechtswidrigkeit kommt es im Strafrecht zu Jurisdiktionskonflikten. Hier geht es darum, daß gegensätzliche Wertungen zweier nationaler Rechtsordnungen, die jeweils für sich genommen völkerrechtskonform sind, aufeinander stoßen. Illustrieren läßt sich diese Problematik wieder an Hand der Fälle, in denen sich die Verwirklichung von Tatbeständen des Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland nach dem Recht der DDR als die Erfüllung von Soldaten- oder Bürgerpflichten darstellt und die Schwelle zum völkerrechtswidrigen Handeln noch nicht überschritten ist⁴⁸. Der Kern des Problems liegt hier selbstverständlich nicht nur in dem Schutz fremder Hoheitsrechte, sondern auch in einer möglichen Überforderung des Einzelnen, der nach der *lex fori* unter Umständen dafür bestraft wird, daß er nichts anderes tut als das, was nach dem Tatortrecht oder dem Recht seines Heimatstaates erlaubt oder gar geboten ist⁴⁹.

Ansätze für die Lösung dieses Konflikts, welche sich schon zu einem gesicherten Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts verdichtet hätten, gibt es kaum. Das Völkergewohnheitsrecht gebietet in der Regel nicht die Anwendung fremden Rechts oder die sonstige Beachtung fremder Hoheitsakte. Denn die Inanspruchnahme von Strafgewalt setzt, soweit sie völkerrechtlich überhaupt zulässig ist, einen hinreichenden Anknüpfungspunkt voraus. Dieser Anknüpfungspunkt kann durch den Tatort, durch die Staatsangehörigkeit von Täter oder Opfer oder durch die Verletzung eines inländischen Rechtsgutes vermittelt werden; schließlich kann sich eine ausreichende Anknüpfung nach dem Weltrechtsprinzip aus dem Interesse der gesamten Völkergemeinschaft am strafrechtlichen Schutz bestimmter Rechtsgüter unabhängig vom Begehungsort ergeben⁵⁰. Mit der

⁴⁷ J. A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 1985, Art. 7, Rn. 8.

⁴⁸ Dabei ist von der entsprechenden Anwendung der Regeln des bundesdeutschen internationalen Strafrechts auszugehen, OLG Düsseldorf (Anm. 46); Doehring, Teilung Deutschlands (Anm. 36), S. 18; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Anm. 14), S. 153.

⁴⁹ Vgl. Doehring (Anm. 36), S. 18.

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen für die Inanspruchnahme nationaler Strafgewalt etwa Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Anm. 14), S. 127 ff.; Oehler, Internationales Straf-

Begründung nationaler Strafgewalt ist nach überkommener Ansicht zugleich die Befugnis des Forumstaates verbunden, das eigene materielle Strafrecht unter völliger Verdrängung fremder Regelungen zur Anwendung zu bringen. Besonderheiten gelten für das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, das als solches keinen eigenen Anknüpfungspunkt vermittelt und auf subsidiäre Ergänzung fremder Strafgewalt gerichtet ist⁵¹.

Das völkergewohnheitsrechtliche Interventionsverbot greift erst dann ein, wenn alle denkbaren Anknüpfungspunkte für die Regelung des strafrechtlich relevanten Verhaltens in fremde Rechtsordnungen weisen und fremde Rechtsordnungen sozusagen alle legitimierenden Anknüpfungspunkte absorbieren⁵². Im Strafrecht liegen Verletzungen des Interventionsverbots also nicht erst in der Nichtanerkennung fremder Hoheitsakte, sondern schon in der Anwendung nationalen Strafrechts ohne hinreichende Anknüpfungspunkte. Insoweit liegen die Dinge also nicht wesentlich anders als im Steuer- oder Wirtschaftsverwaltungsrecht.

Die etwa für das Wirtschaftsverwaltungsrecht entwickelten, feingesponnenen Abwägungsmechanismen zur Bewältigung von Regelungskonflikten wie einzelfallbezogene *balancing tests*⁵³ widerstreiten der hier zu fordernden Rechtssicherheit und lassen sich mit den hölzernen Handschuhen des Strafrechts kaum greifen. Zu fordern ist eher eine einfach gestufte Hierarchisierung der Anknüpfungspunkte, die namentlich das Schutzprinzip und das passive Personalitätsprinzip zurückdrängt. Beim Schutz inländischer Rechtsgüter erscheint eine ausschließliche Anwendung des eigenen materiellen Strafrechts durch den Forumstaat unter völliger Außerachtlassung fremder Regelungen nur dann gerechtfertigt, wenn an den Ort der Tat-

recht (Anm.22), S.123ff. Siehe auch O.A. Germann, Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd.69 (1954), S.237ff.; F.A. Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, RdC Bd.111 (1964 I), S.1ff. (82ff.).

⁵¹ Hierzu Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Anm.14), S.136.

⁵² Illustrieren läßt sich dies an dem vom englischen High Court entschiedenen Fall *Dallal v. Bank Mellat*, [1986] 1 All ER 239 = [1986] 2 WLR 745. Hier ging es um die Geltendmachung einer Forderung durch einen US-amerikanischen Staatsbürger gegen ein iranisches Staatshandelsunternehmen. Belegen wäre die Forderung entweder in den USA oder im Iran gewesen. Das von den USA und der iranischen Republik eingesetzte Schiedsgericht in Den Haag hatte aus der Sicht der beiden Staaten mit abschließender Wirkung den Bestand der geltend gemachten Klageforderung bereits vorher verneint. Daher lehnte das englische Gericht hier zu Recht eine erneute sachliche Prüfung des Klagenspruches ab.

⁵³ Hierzu etwa W. Meng, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung, ZaöRV Bd.44 (1984), S.675ff. (757ff.).

handlungen oder an die Staatsangehörigkeit des Täters angeknüpft wird. Weisen Staatsangehörigkeit und Ort der Tathandlung als Anknüpfungspunkte auf ein- und dieselbe Rechtsordnung, so sollte ein fremder Staat grundsätzlich nur dann zur Strafverfolgung berechtigt sein, wenn das Verhalten des Einzelnen auch nach dem Tatortrecht zumindest rechtswidrig ist. Diesen Grundsatz hat für Staatsschutzdelikte schon die "Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime"⁵⁴ enthalten (Art. VII).

Insoweit wäre zu fordern, daß das Tatortprinzip und das aktive Personalitätsprinzip in ihrer Addition jedenfalls das Schutzprinzip einschließlich des passiven Personalitätsprinzips verdrängen⁵⁵. Ein fremder Staatsangehöriger, der sich auf fremdem Hoheitsgebiet im Rahmen der dortigen Rechtsordnung hält, sollte danach grundsätzlich nicht wegen der Verletzung inländischer Schutzgüter zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden (vgl. z. B. § 7 StGB). Eine abweichende Beurteilung ist freilich dann angezeigt, wenn gerade in der Zulassung der Rechtsgutverletzung ein Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen des Tatortstaats liegt. Von besonderer Bedeutung ist daher, daß aus Menschenrechtsverbürgungen in zunehmendem Maße eine Pflicht zum Individualrechtsgüterschutz durch Gesetzgebungsmaßnahmen und darüber hinaus durch strafrechtliche Sanktionen abgeleitet wird⁵⁶.

Im Rahmen des Weltrechtsprinzips, wie es etwa im Betäubungsmittelrecht gilt⁵⁷, könnte erwogen werden, ob nicht dem Tatortstaat oder auch dem Ergreifungsstaat Priorität bei der strafrechtlichen Verfolgung mit der Folge einzuräumen ist, daß eine Aburteilung insoweit die Strafbefugnis anderer Staaten beschneidet. Im Bereich des Drogenhandels ist der Bundesgerichtshof jedoch der Annahme einer solchen Prioritätsregel mit Recht entgegengetreten⁵⁸. Eine solche Regel ließe sich erst dann sinnvoll formulieren, wenn das Völkerrecht selbst Maßstäbe für die adäquate Ahndung vorgäbe. Dies zeigt sich etwa bei der strafrechtlichen Beurteilung von Völkermordhandlungen. Hier würde ein Recht des Tatortstaates zum vorran-

⁵⁴ AJIL Bd.29 (1935), Supp., S.439ff.

⁵⁵ Vgl. etwa zur Problematik des reinen passiven Personalitätsprinzips Oehler, Internationales Strafrecht (Anm.22), S.418ff.

⁵⁶ Vgl. etwa zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz als aus Art.8 EMRK folgender Verpflichtung Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte vom 26.3.1985, *X and Y v. The Netherlands*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Bd.91, §§23ff. = EuGRZ 1985, S.297.

⁵⁷ Hierzu Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe, BGBl. 1973 II, S.1354.

⁵⁸ BGH vom 20.10.1976, BGHSt 27,30 = Fontes Iuris Gentium, Series A, Sectio II, Tomus 8 (1976-1980), Nr.11 = JR 1977, S.422 mit Anm. von D. Oehler.

gigen und zugleich letzten Zugriff auf den Täter zu einer völligen Erosion der mit dem Völkermordabkommen verbundenen Zwecksetzung führen. Dies zeigt, auf welch schwachen Füßen der gelegentlich im Bereich der Betäubungsmitteldelikte erhobene Vorwurf völkerrechtswidriger Intervention durch erneute Strafverfolgung trotz früherer Verurteilung im Tatortstaat⁵⁹ steht.

5. Zusammenfassung

Als Konklusion dieser Gedankenskizze bleibt festzuhalten, daß die Staaten bei der Ausübung ihrer Strafgewalt grundsätzlich frei sind, ausländisches Recht zu beachten oder dies zu unterlassen. Nur dann, wenn für den Forumstaat eine völkerrechtliche Pflicht zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz besteht, darf fremden Hoheitsakten keine rechtfertigende Wirkung zugesprochen werden. Zur Reduktion von Konflikten zwischen unterschiedlichen nationalen Ordnungsvorstellungen sollte der Schutz inländischer Rechtsgüter als Anknüpfungskriterium zumindest insoweit abgeschwächt werden, als zusätzlich die Rechtswidrigkeit des individuellen Verhaltens nach dem Tatortrecht zu fordern ist.

III. Die völkerrechtswidrige Ergreifung von Beschuldigten und ihre Rechtsfolgen

Ein Blick auf die neuere Judikatur legt die Annahme nahe, daß sich bei Strafverfolgungsorganen der Bundesrepublik Deutschland die Ergreifung von mutmaßlichen Straftätern *brevi manu* außerhalb deutschen Hoheitsgebiets und andere Formen der »Entführung« steigender Beliebtheit erfreuen⁶⁰. Auch andernorts gibt dieses *Procedere* der Völkerrechtslehre im-

⁵⁹ Vgl. hierzu etwa Oehler, JR 1977, S.424.

⁶⁰ BVerfG vom 17.7.1985, EuGRZ 1986, S.18 = MDR 1986, S.463 = NJW 1986, 1427 = NStZ 1986, S.178; Vorinstanz: BGH vom 2.8.1984, NStZ 1984, S.563; BGH vom 30.5.1985, NStZ 1985, S.464; OLG Düsseldorf vom 31.5.1983, NJW 1984, S.2050. Vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht vom 15.7.1982, EuGRZ 1983, S.435. Zu dieser Problematik etwa E.F. Bauer, Die völkerrechtswidrige Entführung (1968), S.94 ff.; K. Döehring, Restitutionsanspruch, Asylrecht und Auslieferungsrecht im Fall Argoud, ZaöRV Bd.25 (1965), S.209 ff. (212 ff.); M. Herdegen, Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfolgungshindernis, EuGRZ 1986, S. 1 ff.; F.A. Mann, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, RdC Bd.186 (1984 III), S.9 ff. (S.38 f.); ders., Strafverfahren gegen einen völkerrechtswidrig Entführten, NJW 1986, S.2167 f.; H. Schultz, Male captus bene iudicatus?, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd.24 (1967), S.67 ff.; T. Vogler, Strafprozessuale Wirkungen vö-

mer wieder dankbar aufgenommene Nahrung⁶¹. Freilich lebt das Fallmaterial hier in hohem Maße von Rechtsbehauptungen über angeblich völkerrechtswidrige Entführungen, welche im Lichte überkommener Rechtspositionen vielfach als irrelevant keiner näheren Nachprüfung unterzogen werden.

Die eigentliche Problematik liegt hier im Zusammenspiel mehrerer Rechtsmaterien, nämlich des Völkerrechts einerseits sowie des Verfassungs- und Strafprozeßrechts andererseits.

Die Verletzung fremder Gebiets- oder Personalhoheit bei der Ergreifung eines Beschuldigten zwingt für sich genommen, d.h. unabhängig von einem Restitutionsanspruch des verletzten Staates, aus völkergewohnheitsrechtlicher Sicht nicht zur Annahme eines Verfahrenshindernisses und steht so der Ausübung von Strafgewalt durch den Ergreiferstaat nicht entgegen, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach überzeugend ausgeführt hat⁶². Diese Auffassung kann inzwischen als gesicherte Erkenntnis gelten. Außer Betracht soll dabei bleiben, inwieweit sich der Einzelne auf die Verletzung von auslieferungsvertraglichen Bestimmungen⁶³ oder der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art.5 Abs.1⁶⁴) berufen kann.

Angelpunkt weiterer Überlegungen bildet der Grundsatz, daß die materielle Strafgewalt des Staates durch die Verletzung von Hoheitsrechten fremder Staaten bei der Ergreifung des Beschuldigten nicht berührt wird. Denn aus völkergewohnheitsrechtlicher Sicht ist der Strafverfolgungsanspruch des Staates überhaupt nicht an die physische Präsenz des Angeklagten geknüpft. Insoweit verschafft sich der Gerichtsstaat mit der Ergreifung des Angeklagten auch nicht etwa die Grundlage seines Strafverfolgungsanspruches. Wenn die Durchführung eines Strafverfahrens die Anwesenheit des Angeklagten erfordert, ergibt sich dies zunächst einmal nur aus einem strafprozessualen und nicht auch aus einem völkergewohnheitsrechtlichen

kerrechtswidriger Entführungen von Straftätern aus dem Ausland, in: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, hrsg. von R.D. Herzberg (1984), S.379 ff.

⁶¹ Hierzu etwa Bauer (Anm.60).

⁶² BVerfG vom 17.7.1985 (Anm.60); BVerfG vom 5.6.1986, NSZ 1986, S.468; zustimmend etwa Herdegen (Anm.60).

⁶³ Hierzu etwa Herdegen (Anm.60), EuGRZ 1986, S.1 ff.; vgl. zur Umgehung zwischenstaatlichen Auslieferungsrechts bei der Strafverfolgung wegen der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Entscheidung des französischen Kassationshofs vom 6.10.1983 im Fall *Barbie*, RGDIP Bd.88 (1984), S.502.

⁶⁴ Hierzu etwa Herdegen (Anm.60), EuGRZ 1986, S.3; Mann (Anm.60), NJW 1986, S.2168; S. Trechsel, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, S.69 ff. (75 ff.).

Gebot. Soweit das Völkergewohnheitsrecht überhaupt die persönliche Anwesenheit des Angeklagten verlangt⁶⁵, geht es um die Sicherung eines menschenrechtlichen Mindeststandards und nicht um die Begründung von Straf Gewalt oder um die Abgrenzung von Jurisdiktionsbereichen.

Nach allgemein anerkannten Grundsätzen des völkerrechtlichen Deliktsrechts ist freilich die Mißachtung fremder Hoheitsrechte bei der Ergreifung von Straftätern geeignet, einen Wiedergutmachungsanspruch des verletzten Staates auszulösen, der auf Rückführung des Entführten zielt⁶⁶. Wird eine derartige Restitutionsverpflichtung durch den Ergreifungsstaat erfüllt, so steht dies der Durchführung eines Strafverfahrens insoweit – und nur insoweit – entgegen, als das nationale Verfahrensrecht die Anwesenheit des entführten Beschuldigten fordert.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Bundesgerichtshof⁶⁷ jüngst zum ersten Mal das Verfahren gegen einen Angeklagten vorläufig eingestellt, um die Erfüllung des auf unverzügliche Rückführung gerichteten Verlangens eines fremden Staates zu ermöglichen. Im konkreten Falle ging es um die Strafverfolgung gegen einen türkischen Staatsangehörigen wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln. Ein V-Mann der deutschen Polizeibehörden hatte dem Angeklagten bei Gesprächen in Belgien und in den Niederlanden ein günstiges Rauschgiftgeschäft in der Bundesrepublik in Aussicht gestellt und ihn so zum Überschreiten der deutsch-niederländischen Grenze veranlaßt. Nach seiner im Schuldspruch rechtskräftigen Verurteilung erhob der Angeklagte wegen der angeblichen Verletzung niederländischer Gebietshoheit durch seine Verlockung in das Bundesgebiet Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht hat die Beschwerde deswegen zurückgewiesen, weil der niederländische Staat keinen Wiedergutmachungsanspruch geltend gemacht hatte. Dabei ist das Gericht anscheinend von der Verletzung niederländischer Hoheitsrechte durch hoheitliches Handeln deutscher Behörden ausgegangen. Obwohl das Königreich der Niederlande anschließend die unverzügliche Rückführung des Angeklagten begehrte, verneinte das erstinstanzliche Gericht bei der neuen Hauptverhandlung über das Strafmaß einen völkerrechtlichen Restitutionsanspruch. Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber das Bestehen eines solchen Anspruches angenommen, ohne sich selbst erneut mit der

⁶⁵ Vgl. BVerfG vom 17.11.1986 (Nichtannahmebeschluß), NJW 1987, S.830.

⁶⁶ Hierzu etwa Bauer (Anm.60), S.94ff.; Doehring (Anm.60), ZaöRV Bd.25, S.212ff.; Herdegen (Anm.60), EuGRZ 1986, S.1; Vogler (Anm.60), S.384; vgl. auch BGH vom 30.5.1985, NStZ 1985, S.464.

⁶⁷ BGH vom 19.12.1986, MDR 1987, S.427.

Frage auseinanderzusetzen, ob hier in der schlichten Ausübung von List schon eine Verletzung niederländischer Hoheitsrechte lag. Da er sich dabei ausdrücklich – wenn auch mit durchscheinender Skepsis – auf die rechtliche Qualifikation durch das Bundesverfassungsgericht bezieht, läßt sich diese Position wohl nur mit dem Bemühen um Entscheidungsharmonie erklären. Von größtem Interesse sind die weiteren Ausführungen des Bundesgerichtshofs. Danach kann die Geltendmachung und Erfüllung des Restitutionsanspruchs kein Verfahrenshindernis begründen und auch nicht den Fortgang des Revisionsverfahrens hindern. Ob das zweite tatrichterliche Urteil trotz des Rückführungsverlangens hätte ergehen dürfen, ist für den Bundesgerichtshof unerheblich, da mit einer Aufhebung dieser Entscheidung für den Restitutionsanspruch nichts gewonnen wäre. Deshalb läßt es der Bundesgerichtshof bei einer vorläufigen Verfahrenseinstellung bewenden, welche die Rückführung des Straftäters ermöglichen sollte.

Die eine Restitutionspflicht begründende Verletzung fremder Gebietshoheit setzt hier die Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Gebiet voraus⁶⁸. Entscheidend ist dabei, ob die Strafverfolgungsorgane eines Staates sich bei ihrem Vorgehen Befugnisse anmaßen, die nach dem Recht des fremden Staates nur dessen Organen zustehen. Maßgeblich für die Qualifikation eines Handelns staatlicher Organe auf fremdem Gebiet ist insoweit das Tatortrecht⁶⁹. Anders als in den unproblematischen Fällen der Gewalt wird bei Täuschungshandlungen die Grenze zwischen der Anmaßung von Hoheitsgewalt und der erlaubten List nicht immer mit der erforderlichen Präzision gezogen⁷⁰. Soweit die Handlungsmodalitäten nach dem Tatortrecht nicht Hoheitsträgern vorbehalten sind, kommt es darauf an, ob die autonome Willensentschließung des verfolgten Beschuldigten beeinträchtigt wird oder nicht⁷¹.

Wird ein Restitutionsanspruch erfüllt, so steht dies dem Strafverfahren soweit entgegen, als das nationale Prozeßrecht die Anwesenheit des Beschuldigten erfordert. Nicht die Restitutionspflicht begründet dann ein

⁶⁸ Hierzu etwa W. K. Geck, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.1, S.795f.; W. Okresk, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd.35 (1985), S.325 ff.

⁶⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang Art.271 Abs.1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches; danach macht sich strafbar, »wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen ...«.

⁷⁰ Vgl. etwa Vogler (Anm.60), S.383.

⁷¹ Vgl. K. Doehring, Völkerrechtliche Beurteilung der »Entführung« koreanischer Staatsangehöriger aus der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1967, ZaöRV Bd.28 (1968), S.587 ff. (589 ff.).

Verfahrenshindernis, sondern vielmehr das Faktum ihrer Erfüllung. Das Verfahrenshindernis wurzelt hier also nicht in allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts, sondern in den innerstaatlichen Vorschriften über die Anwesenheit des Beschuldigten. Dabei kommt es darauf an, in welchem Stadium sich das Verfahren gerade befindet. In der Revisionsinstanz etwa ist die Abwesenheit des Beschuldigten für den Fortgang des Verfahrens ohne Belang⁷². Wird ein Restitutionsanspruch nicht erfüllt, so stellt sich die Frage, ob der betroffene Angeklagte die Verletzung fremder Gebiets- hoheit bei einer Revision oder Verfassungsbeschwerde seiner Verurteilung entgegenhalten kann. Der Bundesgerichtshof hat jetzt in seiner erwähnten Entscheidung darauf verwiesen, daß in einer Kassation des Urteils kein wirksamer Beitrag zu einer Restitution läge. Freilich bleibt dann immer noch das Bedenken, daß sich der Einzelne nach der *Pakelli*-Rechtspre- chung des Bundesverfassungsgerichts auf die Verletzung allgemeiner Re- geln des Völkerrechts auch dann berufen können soll, wenn diese von ihrem Inhalt her nicht zum Individualschutz bestimmt sind⁷³. Dennoch überzeugt die Position des Bundesgerichtshofs. Bei einer Mißachtung des Restitutionsanspruchs liegt die Aufrechterhaltung des völkerrechtswidri- gen Zustandes nicht in der Verurteilung des entführten Angeklagten be- gründet, sondern lediglich in seiner fortdauernden Freiheitsbeschränkung. Eine auf den Strafanspruch des Staates durchschlagende Fernwirkung der völkerrechtswidrigen Ergreifung scheidet schon daran, daß zwischen der Begründung der Strafgewalt des Gerichtsstaates und der Verletzung frem- der Hoheitsrechte kein materieller Konnex besteht. Nach Durchführung der Hauptverhandlung ist die Möglichkeit eines durch die Rückführung des Angeklagten vermittelten Verfahrenshindernisses sozusagen prozessual »überholt«. Insoweit bestimmt das nationale Verfahrensrecht nicht nur den Beginn, sondern auch das Ende der Reflexwirkungen, die von völker- rechtlichen Verpflichtungen auf die Rechtsstellung des Einzelnen ausge- hen.

⁷² Vgl. § 350 Strafprozeßordnung.

⁷³ BVerfG vom 11.10.1985 (Fall *Pakelli*), NJW 1986, S.1425 = ZaöRV Bd.46 (1986), S.289; hierzu Anm. von J.A. Frowein, *ibid.*, S.286 ff.

Summary*

Respect for Foreign Sovereign Acts as a Limitation upon Criminal Jurisdiction

As a general rule, the principles governing sovereign immunity do not protect the individual official from criminal prosecution for the performance of acts of State. Such protection can, however, result from the application of the principle of non-intervention.

The order of a superior may not be recognized as a justification for the commission of international crimes entailing individual responsibility to the extent that the State of the forum is bound, by customary international law or by treaty, to prosecute the offender. Apart from this situation, it is within the discretion of States to accord or refuse recognition as a justification in criminal law to acts of States which violate public international law.

When national value systems collide with each other in a conflict of jurisdictions, a possible intervention by the State of the forum does not follow from a non-recognition of foreign sovereign acts; such a violation of the principle of non-intervention is established, at a prior stage, by the exercise of criminal jurisdiction despite the lack of sufficient links with the State of the forum. *De lege ferenda*, conflicts of jurisdiction should be reduced by a hierarchical scale of criteria establishing criminal jurisdiction and by minimizing the resort to the protective principle and the principle of passive personality.

The violation of foreign sovereignty underlying the arrest of a criminal by the organs of the State of the forum does not affect its criminal jurisdiction. The defendant may not rely on such a violation of public international law to challenge his conviction by a criminal court.

* Summary by the author.