

Bock | Neumann | Wörner (Hrsg.)

Potentiale der Normentheorie im Prozess der strafrechtlichen Internationalisierung



Nomos

facultas

DIKE



Grundlagen des Strafrechts

herausgegeben von

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), Universität Hannover

Prof. Dr. Katrin Höffler, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Universität Augsburg

Prof. Dr. Martino Mona, Universität Bern

Prof. Dr. Georg Steinberg, Universität Potsdam

Prof. Dr. Benno Zabel, Universität Bonn

Band 14

Stefanie Bock | Laura Katharina Sophia Neumann
Liane Wörner (Hrsg.)

Potentiale der Normentheorie im Prozess der strafrechtlichen Internationalisierung



Nomos

facultas

DIKE



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-2427-8 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-5302-9 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03891-827-1 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-7089-2618-6 (Dike Verlag, Zürich/St.Gallen)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748953029>



Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung
4.0 International Lizenz.

Vorwort der Herausgeberinnen

Im September 2022 traf sich der Arbeitskreis Normentheorie zu seiner dritten Präsenzsitzung an der Universität Konstanz. Ziel der international besetzten Arbeitsgruppe war es dieses Mal, die Potentiale der Normentheorie im Prozess der Internationalisierung des Strafrechts und Strafverfahrensrechts zu erfassen und kritisch zu reflektieren. Wie sich in den thematisch vielfältigen Vorträgen und angeregten Diskussionen zeigte, handelt es sich hierbei nicht nur im Sinne *Theodor Fontanes* um ein weites, sondern auch um ein überaus ertragreiches Feld. Die klassische Unterscheidung zwischen primärer Verhaltensnorm und sekundärer Sanktionsnorm wird im Zuge der zunehmenden Internationalisierung des Rechts durch vielfältige Verflechtungen komplexer. Die nationalen Rechtsordnungen sind keine hermetisch abgeschlossenen Systeme (mehr), sondern interagieren auf vielfältige Weise miteinander. Nationalstaaten erstrecken ihre Rechtsordnungen auf extraterritoriale Sachverhalte, was zum einen schwierige Fragen nach dem Geltungsanspruch und der Reichweite von Sanktionsnormen aufwirft, zum anderen aber auch zu einer Konkurrenz sich ggf. inhaltlich widersprechender Verhaltensnormen führen kann. Hinzu kommt, dass sich – beispielsweise im europäischen oder völkerstrafrechtlichen Kontext – überstaatliche Normsysteme herausbilden, die wiederum in Konkurrenz mit nationalen Verhaltens- und Sanktionsnormen geraten können, diese modifizieren oder für ihre Zwecke assimilieren. Die Internationalisierung des Rechts begünstigt „Normgestrüppe“. Zugleich entsteht durch die immer stärker werdende grenzüberschreitende Dimension menschlicher Handlungen und Interaktionen ein Bedürfnis nach gesteigerter Rechtsklarheit in grenzüberschreitenden Kontexten, nach transnational verbindlichen Verhaltensregeln und gemeinsamen Standards für ihre Durchsetzung inklusive der Sanktionierung von Normverstößen.

Diese spannungsreiche Gemengelage wurde auf der Konstanzer Tagung unter unterschiedlichen Gesichtspunkten aufgegriffen und diskutiert – grundlegende Beiträge zur Bedeutung der Normentheorie für das Strafanwendungsrecht oder die europäische Harmonisierung des nationalen Straf- und Strafprozessrechts wurden ergänzt durch speziellere Überlegungen beispielsweise zur Universalisierung des Urheberrechts oder der (normentheo-

retischen) Struktur von Rechtsvermutungen. Hinzu kamen Workshops zu den Potentialen der Normentheorie für die transnationale straf- und strafverfahrensrechtliche Vernetzung oder das Völkerstrafrecht.¹ Wir freuen uns sehr, mit diesem Tagungsband einen Teil der Überlegungen und Ergebnisse unserer Arbeitssitzung dem (weiteren) wissenschaftlichen Diskurs zugänglich machen zu können.

Den Auftakt macht *Stefanie Bock* mit grundlegenden Betrachtungen zur Rolle und Bedeutung der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts. Anhand verschiedener Beispiele aus dem europäischen Recht und dem Völkerstrafrecht zeigt sie auf, wie die Normentheorie als theoretisch fundiertes Analysetool fruchtbar gemacht werden kann, um Normstrukturen und -verflechtungen zu analysieren und Norminteraktionen zu bewerten. Insbesondere könne die Normentheorie im internationalen Mehrebenensystem dazu beitragen, Recht präziser zu erfassen, die Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu bestimmen, rechtliche Divergenzen einzuordnen und Selektionsprozesse zu bewerten. Dabei geht *Bock* auch auf die sich aus den Menschenrechten ergebenden Pönalisierungspflichten ein, die möglicherweise den normentheoretischen Dualismus von Verhaltens- und Sanktionsnorm um eine an die internationale Gemeinschaft gerichtete Metasanktionsnorm ergänzen, die besagt: „Du sollst alle Entitäten sanktionieren, die Personen (menschenrechtswidrig) *nicht* bestrafen, obwohl sie A getan haben.“

Im nächsten Beitrag befasst sich *Konstantina Papathanasiou* mit dem Strafanwendungsrecht im digitalen Zeitalter. Das Strafanwendungsrecht beschreibt sie als „verlässlichen Anker“, der es den Rechtsunterworfenen im immer komplexer werdenden internationalen Normgeflecht ermöglicht zu erkennen, wann welche nationalen Strafnormen greifen. Anhand der Bekämpfung von Cyberkriminalität, insbesondere des Marktmissbrauchs im Zusammenhang mit Kryptowerten, zeigt *Papathanasiou*, dass die rechtsstaatlich zentrale Orientierungsfunktion des Strafanwendungsrechts durch die zunehmende Schaffung von Gefährdungstatbeständen in Kombination mit extensiven Strafrechtsausdehnungen geschwächt wird. Um einer unzulässigen, „Universalgeltung von Strafgesetzen“ vorzubeugen, schlägt sie vor, strafanwendungsrechtliche Vorschriften nicht als unrechtsneutrale objektive Bedingungen der Strafbarkeit, sondern als konstitutiven Bestandteil

1 Siehe hierzu auch den Tagungsbeitrag von *Jakobi*, JZ 78 (2023), 608 sowie die Zusammenfassung der Tagung auf <https://www.normentheorie.org/?sek=3&seksub=1&setLng=1> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

der primären Strafrechnormen zu verstehen. Nur so könne der Tatsache Rechnung getragen werden, das Unrecht rechtsordnungsbezogen, also stets relativ zu einer bestimmten Rechtsordnung sei.

Während also *Papathanasiou* Überregulierungen auf strafanwendungsrechtlicher Ebene begegnen will, zeigt *Yuki Nakamichi* am Beispiel des Urheber(straf)rechts auf, wie sich Normkonflikte durch die normtheoretisch fundierte Entwicklung gemeinsamer Verhaltensnormen vermeiden lassen. Sprachliche Unterschiede in Sanktionsnormen seien kein zwingender Hinweis auf Unterschiede in den zugrundeliegenden Verhaltensnormen. Trotz divergierender Formulierungen sei beispielsweise dem deutschen und japanischen Urheberrecht gemein, dass das Verbot der Urheberrechtsverletzung materiell aus den subjektiven Rechten der Urheber:innen fließe, die ermächtigt sind, andere von der unbefugten Nutzung des Werkes auszuschließen. Was nun die (national divergierenden) Einschränkungen des Urheberrechts angeht, spricht sich *Nakamichi* dafür aus, zwischen *Rules*, die im Voraus konkret festlegen, welches Verhalten unzulässig ist, und *Standards*, also abwägungs- und konkretisierungsbedürftigen Normen, zu differenzieren. Hierdurch werde eine präzisere Interessenabwägung ermöglicht.

Die analytische Kraft der Normentheorie macht sich auch *Kyriakos N. Kotsoglou* in seinem Beitrag über die Struktur von Rechtsvermutungen zu Nutze, wobei er einen Schwerpunkt auf die Unschuldsvermutung legt. Ausgehend von verschiedenen Beispielen entwickelt *Kotsoglou* eine übergeordnete „Regelungsgrammatik“, mit der er Funktion, Systematik und Wirkweise von Rechtsvermutungen untersucht und die so gewonnenen Erkenntnisse für ein besseres Verständnis der Unschuldsvermutung, einem rechtsordnungsübergreifenden Fundamentalgrundsatz, fruchtbar macht. Ihre zentrale Funktion sieht *Kotsoglou* darin, eine rechtliche Grundlage sowohl für eine Verurteilung als auch für einen Freispruch zu schaffen und die angeklagte Person mit dem Grundstatus („default-status“) der vermuteten Unschuld auszustatten. Dieser werde bis zum Beweis der Schuld aufrechterhalten. Wie der Status der vermuteten Unschuld widerlegt werden könne, sei eine Frage des einschlägigen Beweisstandards, der unabhängig von der Unschuldsvermutung zu bestimmen sei.

Die bei *Kotsoglou* anklingende Idee, eine gemeinsame Grammatik strafrechtlicher Normen zu schaffen, wird von *Inês Fernandes Godinho* aufgegriffen und vertieft. Sie zeigt, dass die Straftatbestände aller Rechtsordnungen über eine gemeinsame interne Struktur verfügen, die aus drei Komponenten bestehe: Normadressat, Handlung und Rechtsfolge. Es ge-

he daher stets um die Sanktionierung der Missachtung der Norm durch eine:n Normadressat:in. Diese gemeinsame Grundlage mache es möglich, eine Metasprache zu entwickeln, die wiederum die Grundlage für internationale Rechtsanalysen und einen rechtsordnungenübergreifenden Rechtsdiskurs bilden könne. Das insoweit der Normentheorie eine besondere Bedeutung zukommen kann, zeigt *Godinho* anhand mehrerer Beispiele aus dem portugiesischen Recht. Auch wenn die Normentheorie im portugiesischen Rechtsdiskurs (noch) keine prominente Rolle spiele, werde in der Diskussion von Einzelfragen, beispielsweise in Bezug auf die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, immer wieder auf typisch normentheoretische Argumente zurückgegriffen.

Die internationale Anschlussfähigkeit der Normentheorie steht auch im Mittelpunkt des Beitrags von *Zhiwei Tang*, der insoweit insbesondere auf ihre methodische Eignung für die Strafrechtsvergleichung, ihre Funktion als überpositive Grundlage für die strafrechtliche Theorienbildung und ihren Mehrwert für die Lösung dogmatischer Streitfragen verweist. Die potentielle Universalität der Normentheorie führt *Tang* maßgeblich darauf zurück, dass – wie *Nakamichi* exemplarisch in seinem Beitrag zum Urheber(straf)recht gezeigt hat – die Fokussierung auf die Grammatik und Grundstrukturen des Rechts helfen kann, Sprachbarrieren zu überwinden und sich international über grundlegende Konzepte und Begriffe des Strafrechts zu verständigen. Dabei erläutert *Tang* am Beispiel der im chinesischen Recht vorkommenden quantitativen Strafbarkeitsbedingungen, dass die Normentheorie flexibel auf landesspezifische Besonderheiten und kulturelle Wertungen reagieren kann. Gerade diese Offenheit und Neutralität ermögliche es der Normentheorie, einen Beitrag zur Entwicklung einer internationalen Strafrechtswissenschaft zu leisten.

Zu diesen Überlegungen passt die Beobachtung von *Juan Pablo Montiel*, dass die Normentheorie deutschen Ursprungs vielfach in andere Rechtsordnungen, insbesondere das gesamte spanischsprachige Strafrecht, importiert wurde. Konkret widmet er sich der Frage, welche Bedeutung der normentheoretischen Unterscheidung zwischen Lasten und Obliegenheiten im Strafprozessrecht zukommen kann. Im Mittelpunkt seiner Überlegungen stehen Fälle der unerlaubten Rechtskraft, in denen beispielsweise ein Freispruch rechtskräftig wird, weil ein Staatsanwalt unter Androhung von Gewalt dazu gebracht wird, auf die Einlegung von Rechtsmitteln zu verzichten. *Montiel* legt dar, dass der Staatsanwalt hier zwar eine prozessuale Obliegenheit verletzt habe, ihm die Folgen dieses Verhaltensverstößes aber nicht zugerechnet werden können. Wenn und weil der Staatsanwalt nicht in

der Lage war, die prozessuale Norm (Einlegung von Rechtsmitteln zur Korrektur einer gerichtlichen Entscheidung) einzuhalten, könnten ihn auch die vorgesehenen Folgen des Normverstosses (Verlust des Rechtsmittels und Erwachsen des erstinstanzlichen Urteils in Rechtskraft) nicht treffen.

In ihrem europarechtlichen Beitrag widmet sich sodann *Laura Neumann* dem Potential der Normentheorie als Instrument der Strukturanalyse, das sie am Beispiel der Strafrechtsharmonisierung im Rahmen der EU verdeutlicht. Im Sinne von *Bindings* Überlegung, dass Verhaltensnorm und Sanktionsnorm grundsätzlich ein- und derselben Quelle entspringen müssen, sieht sie die europäischen Strafrechtsharmonisierungskompetenzen grundsätzlich als „Minus“ gegenüber der naturgemäßen direkten Strafrechtssetzungskompetenz der Union. Von diesem Ausgangspunkt aus analysiert *Neumann* dann nicht nur die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen, sondern zeigt zugleich auf, wie normentheoretische Ansätze zu einer rationalen Neubewertung der Vorbehalte gegen europäische Strafrechtssetzungskompetenzen sowie – ganz im Sinne der Überlegungen von *Tang* – als rechtsordnungenübergreifende Verständigungsgrundlage genutzt werden können. Großes rechtspolitisches Potential habe die Normentheorie namentlich bei der Herausarbeitung bzw. Konkretisierung der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen.

Zum Abschluss schließt *Markus Wagner* den Kreis zum einführenden Beitrag von *Bock*, in dem er das von ihr angeschnittene Adressatenproblem im Völkerstrafrecht aufgreift und vertieft. Dieses ergibt sich im Kern daraus, dass die vom Völkerstrafrecht in Bezug genommene Primärrechtsordnung zunächst nur Staaten adressiert. Damit ist fraglich, ob überhaupt eine an das Individuum gerichtete Verhaltensnorm existiert, die strafrechtlich abgesichert werden kann. *Wagner* diskutiert verschiedene Ansätze, wie eine solche Verhaltensnorm konstruiert werden kann – Ableitung aus der Strafnorm, Annahme einer *self-executing* völkerrechtlichen Vorschrift oder nationale Umsetzungsregelungen. Welchen Weg man auch wählt, der Vorzug der Normentheorie liegt nach *Wagner* darin, dass sie von dem:der Rechtsanwender:in verlangt, offenzulegen, auf welche Verhaltensnorm und völkerrechtlichen Prämisse er:sie sich stützt. Die Normentheorie könne so die Transparenz und Begründungskraft von Entscheidungen erhöhen.

Immer wiederkehrendes Moment der Beiträge in diesem Band und der Konstanzer Diskussionen ist die Idee, dass die Normentheorie als wertneutrales Analysetool die Entwicklung einer gemeinsamen Sprache bzw. Grammatik des Rechts ermöglicht und so die rechtsordnungenübergreifende Kommunikation erleichtern kann. Sie kann – und das ist auch unsere

Überzeugung – helfen, sich jenseits (und unter Achtung) von nationalen Besonderheiten über grundlegende Konzepte und Begriffe des Strafrechts zu verständigen. Diese können dann ihrerseits zum Referenzpunkt für eine kritische Reflexion nationaler Normen und Regelungsansätze werden. Wir hoffen, zu diesem Diskurs und damit zu der Herausbildung einer internationalen Strafrechtswissenschaft mit diesem Tagungsband einen kleinen Beitrag leisten zu können.

Für uns alle war und ist der Austausch im

Arbeitskreis Normentheorie fachlich wie persönlich eine große Bereicherung. Daher möchten wir uns bei allen Beteiligten ganz herzlich für die lebendige Tagung in Konstanz und die schriftliche Ausarbeitung ihrer Überlegungen bedanken. Ein großer Dank gebührt auch dem Team von *Liane Wörner* für die hervorragende Tagungsorganisation vor Ort, *Laura Neumann* mit Team für die Einladungen und die Koordination mit dem Verlag sowie dem Team von *Stefanie Bock* für die engagierte finale redaktionelle Bearbeitung der Beiträge. Der DFG danken wir für die finanzielle Unterstützung des Arbeitskreises und dieser Publikation.

Ein mit drei gemeinsamen Telefonanrufen gestartetes Projekt ist mit diesem Tagungsband zu einem Abschluss gekommen; die enge wissenschaftliche Kooperation der drei Herausgeberinnen wird aber weitergehen. Wir haben uns stets in allen Aufgaben herausragend ergänzt und wissenschaftlich engagiert miteinander diskutiert. Es war eine Freude. Für diese Fügung sind wir unendlich dankbar.

September 2024

*Stefanie Bock, Laura Neumann und
Liane Wörner*

Inhaltsverzeichnis

Stefanie Bock

Potentiale der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts 13

Konstantina Papathanasiou

Strafanwendungsrecht und MiCAR
– normentheoretische Überlegungen zur Marktmanipulation auf Krypto-Börsen 41

Yuki Nakamichi

Universalisierung des normentheoretischen Potentials
– das Beispiel des Urheberrechts 59

Kyriakos N. Kotsoglou

Structural Features of the Presumption of Innocence.
The Quest for a Unified Theory 71

Inês Fernandes Godinho

Mehrere Sprachen, eine Grammatik:
Das versteckte Potential der Normentheorie am Beispiel von Portugal 97

Zhiwei Tang

Die internationale Strafrechtswissenschaft im Lichte der Normentheorie:
Suche nach einer „Universalgrammatik“ des Strafrechts im Wege der Normentheorie? 107

Juan Pablo Montiel

Obliegenheiten und Lasten im Straf(prozess)recht:
Kann diese Unterscheidung sein?
Untersuchung anlässlich eines Falles im argentinischen Strafrecht 121

Inhaltsverzeichnis

Laura Neumann

| | |
|--|-----|
| Normentheoriebasierte Reflexion der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU | 137 |
|--|-----|

Markus Wagner

| | |
|--|-----|
| Normentheoretische Rekonstruktion des Adressatenproblems im Völkerstrafrecht | 175 |
|--|-----|

| | |
|-----------------------|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | 181 |
|-----------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| Verzeichnis der Autor:innen und Herausgeberinnen | 189 |
|--|-----|

Potentiale der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts

Stefanie Bock

Abstract

Im internationalen Mehrebenensystem werden nationale Verhaltensnormen international modifiziert, knüpfen nationale Sanktionsnormen an internationale oder internationalisierte Verhaltensnormen an und entstehen supranationale Sanktionsnormen. Die Normentheorie kann bei den hieraus resultierenden Normverflechtungen dazu beitragen, Recht präziser zu erfassen, die Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu bestimmen, rechtliche Divergenzen einzuordnen und Durchsetzungsdefizite zu bewerten. Umgekehrt können sich aus den menschenrechtlichen Pönalisierungspflichten Impulse für eine Fortentwicklung der Normentheorie ergeben. Hier entsteht möglicherweise eine an die internationale Gemeinschaft gerichtete Metasanktionsnorm, die besagt: „Du sollst alle Entitäten sanktionieren, die Personen (menschenrechtswidrig) nicht bestrafen, obwohl sie A getan haben.“

I. Notwendige Vorbemerkungen und Erwartungsmanagement

Die Potentiale der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts zu ergründen, ist kein leichtes Unterfangen, geht es doch um die Verbindung zweier bereits für sich genommen komplexer, umstrittener und vielschichtiger Konzeptionen beziehungsweise (theoretischer und rechtstat-sächlicher) Phänomene.

1. Internationalisierung des Strafrechts

Diskutiert man die „Internationalisierung des Strafrechts“, so befasst man sich grob gesagt mit den Auswirkungen der zunehmenden Globalisierung im und auf das Strafrecht. Dabei ergeben sich nicht unerhebliche Spannungen daraus, dass Strafrecht vom Grundsatz her als innerstaatliches

Ordnungsrecht konzipiert ist, das dem Schutz inländischer Rechtsgüter und Interessen¹ und der Durchsetzung der nationalen Rechtsordnung dient.² Dies hängt auch damit zusammen, dass Strafrechtsordnungen in hohem Maße in den Kulturtraditionen der jeweiligen Staaten verwurzelt sind.³ Die Beobachtung *von Savignys*, das Recht „wächst mit dem Volke, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert“,⁴ hat im Strafrecht besondere Gültigkeit. Völkerrechtlich betrachtet sind das Recht, zu entscheiden, welches Verhalten strafwürdiges Unrecht darstellt, sowie das Recht, individuelle Personen wegen der Verletzung strafbewehrter Verhaltensnormen zu sanktionieren (und festzulegen, unter welchen Voraussetzungen von diesem Recht Gebrauch gemacht wird), elementarer Ausdruck staatlicher Souveränität.⁵ Dementsprechend galt das Strafrecht lange Zeit als *domaine réservé*, als „Reservat des nationalen Rechts“, das sich als rein interne Angelegenheit der Staaten weitgehend einer internationalen Regulierung entzieht.⁶ Mit der beständig zunehmenden Transnationalisierung menschlicher Aktionen und Handlungsabläufe, die naturgemäß auch den strafrechtlich relevanten Bereich betreffen, entstand aber das Bedürfnis, das Strafrecht internationaler zu denken. Wenn Straftäter:innen zunehmend grenzüberschreitend agieren und dabei gegebenenfalls gezielt versuchen, die in einem Staat bestehenden Sanktionslücken auszunutzen, verlieren rein nationale Maßnahmen an Wirkkraft. Es entsteht das Bedürfnis nach einer staatsübergreifenden, gemeinsamen Reaktion auf grenzüberschreitende Kriminalität, die wieder-

1 Aus deutscher Sicht BGHSt 21, 277 (280) = BGH NJW 1967, 2069 (2070). Siehe auch *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 568; *Böse/Meyer/Schneider*, Comparative Analysis, in: *Böse/Meyer/Schneider* (Hrsg.), Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union. Volume I: National Reports and Comparative Analysis, 2013, S. 411 (436 f.).

2 *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. 2021, S. 106 f.; *Bock*, International Criminal Law in 2030, in: *Bezemek* (Hrsg.), Constitutionalism 2030, 2022, S. 91.

3 Siehe *Bock*, ZIS 2019, 298 (299) m.w.N.; auch European Commission, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the Effective Implementation of EU Policies Through Criminal Law, COM(2011) 573 final, 20.9.2011, S. 2.

4 v. *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), insoweit abgedruckt in: *Wolf* (Hrsg.), Deutsches Rechtsdenken, Heft 8, Friedrich Carl von Savigny – Grundgedanken der Historischen Rechtsschule, 2. Aufl. 1948, S. 5.

5 *Cryer*, EJIL 16 (2005), 979 (987); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht, 10. Aufl. 2022, § 4 Rn. 2.

6 *Bock*, ZIS 2019, 298 m.w.N.

rum nach einer Angleichung der Strafrechtsordnungen, einer Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit und der Klärung von Zuständigkeiten verlangt.⁷ Damit sind die drei Kernbereiche der Internationalisierung des Strafrechts angesprochen: die Angleichung beziehungsweise Harmonisierung strafrechtlicher Regelungen, die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen und das Strafanwendungsrecht. Besonders weit fortgeschritten ist der Prozess der Internationalisierung auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, das aktuell angesichts der gewaltsamen Konflikte in der Ukraine und Israel/Palästina besonders gefordert ist. Hier wird davon ausgegangen, dass sich ein weltweit geltendes, echtes supranationales Strafrecht entwickelt hat, das – zumindest aus internationaler Perspektive – grundsätzlich unabhängig vom nationalen Recht und etwaigen staatlichen Ratifizierungs- und Implementierungsakten gilt. In diesem Sinne besagt das Zweite Nürnberger Prinzip, dass die Tatsache, dass das innerstaatliche Recht keine Strafe für eine Handlung vorsieht, die nach dem Völkerrecht ein Verbrechen darstellt, die Täter:innen nicht von ihrer Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht befreit.⁸ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird also unmittelbar durch das Völkerrecht begründet.⁹ Dies ist für die praktische Wirksamkeit des Völkerstrafrechts von zentraler Bedeutung, da die völkerrechtlichen Kernverbrechen – Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression – typischerweise unter Beteiligung oder zumindest Billigung staatlicher Akteur:innen begangen werden, die den Täter:innen im nationalen Kontext Strafflosigkeit garantieren.¹⁰

Aber auch wenn die Internationalisierung von Strafrecht und Verbrechenbekämpfung mittlerweile weithin als eine Art alternativlose Notwendigkeit akzeptiert wird, sind die Details und insbesondere die legitimen Grenzen einer Internationalisierung des Strafrechts und einer Inpflichtnahme des Nationalen im Interesse der (wie auch immer zu konstituierenden) internationalen Gemeinschaft nach wie vor stark umstritten. Die nationale

7 European Commission (Fn. 3), S. 3; Bock, ZIS 2019, 298 (299).

8 ILC, Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries 1950, Yearbook of the International Law Commission 1950 (Volume II), S. 374.

9 Triffterer, ZStW 114 (2002), 321 (322); Ambos, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

10 Triffterer, ZStW 114 (2002), 321 (322); zur Struktur völkerrechtlicher Makrodelinquenz auch Bock, ZIS 2017, 410 (411) m.w.N.

„Urprägung“ des Strafrechts tritt immer wieder zu Tage. In diesem Sinne hat auch das BVerfG – das sich ja grundsätzlich völkerrechtsfreundlich positioniert – in seinem Lissabon-Urteil betont, dass die Strafrechtspflege, „sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig [ist], die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen.“¹¹ Dementsprechend ist der wissenschaftliche wie politische Diskurs um die Internationalisierung des Strafrechts grundsätzlich von dem Spannungsverhältnis zwischen den Bestrebungen nach Rechtsvereinheitlichung einerseits und Wahrung kultureller Identitäten anderseits geprägt.

2. Normentheorie im internationalen Mehrebenensystem

Für die Normentheorie mit ihrer Unterscheidung zwischen primärer Verhaltens- und sekundärer Sanktionsnorm eröffnet der Prozess der Internationalisierung ein breites Forschungsfeld. Besondere Herausforderungen, die über das im nationalen Kontext Bekannte hinausgehen, ergeben sich dabei aus dem Zusammengreifen verschiedener Rechtsordnungen, die von unterschiedlichen Organen in unterschiedlichen (rechtskulturellen) Kontexten erlassen werden. Problematisch ist allerdings, dass es – wie *Joachim Renzikowski* prägnant bemerkte – „die eine Normentheorie“ nicht gibt.¹² Vielmehr existiert sie in unterschiedlichsten Ausprägungen und Schattierungen, die zum Teil von unterschiedlichen rechtsphilosophischen Ausgangspunkten aus starten und gegebenenfalls sogar zu unvereinbaren, gegensätzlichen Ergebnissen kommen. Exemplarisch sei auf die umstrittene Frage verwiesen, ob und inwiefern der tatbestandliche Erfolg Normbestandteil ist.¹³ Vor diesem Hintergrund würde es den Rahmen dieses

11 BVerfGE 123, 267 (359 f.) = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).

12 *Renzikowski*, GA 169 (2022), 575.

13 Vgl. *Renzikowski*, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie?, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche –, 2022, S. 9 (10); siehe einerseits *Freund/Rostalski*, GA 169 (2022), 543 (559), die davon ausgehen, dass sich Erfolgsverursachungen an sich nicht verbieten lassen. Die Verursachung des tatbestandlichen Erfolges sei lediglich Anknüpfungspunkt für die Frage, ob die handelnde Person insofern eine rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit geschaffen

Beitrags sprengen (und meine Kompetenzen als lediglich rechtstheoretisch interessierte Internationalistin bei Weitem übersteigen) eine umfassende normtheoretische Würdigung strafrechtlicher Internationalisierungsprozesse vorzulegen. Stattdessen sollen im Folgenden einige Grundfragen und Grundprobleme aus dem internationalen Strafrechtsdiskurs aufgegriffen und erste Überlegungen angestellt werden, inwiefern normentheoretische Ansätze gleich welcher Prägung bei ihrer Lösung weiterhelfen könnten. Im Sinne von *Urs Kindhäuser* soll Normentheorie dabei als „metatheoretisches Konzept“ begriffen werden, das dem Verständnis bestehender dogmatischer Institutionen dient, rechtliche Strukturen erhellen kann und mit dessen Hilfe „sich strafrechtliche Normen formulieren, in Relation zueinander setzen und gegenüber anderen Typen von Regeln abgrenzen lassen“.¹⁴

Der Bedarf nach einem (weiteren) theoretisch fundierten Analysetool ist im Internationalen Strafrecht, das sich zum Teil stark an praktischen Notwendigkeiten und politischen Machbarkeiten orientiert,¹⁵ durchaus gegeben. Nach den soeben angestellten Überlegungen geht es bei der Internationalisierung des Strafrechts im Kern um die Entwicklung staatenübergreifender Verhaltensnormen und die Sanktionierung von Verstößen gegen diese. Dabei entsteht ein komplexes Mehrebenensystem, in dem nationale Verhaltensnormen durch internationale Vorgaben modifiziert, nationale Sanktionsnormen an internationale oder international determinierte Verhaltensnormen anknüpfen und/oder genuin internationale Sanktionsnormen entstehen, die gegebenenfalls in Konflikt zu nationalen Regelungen stehen. Die Normentheorie kann meines Erachtens bei den hier entstehenden Normverflechtungen insbesondere dazu beitragen,

- Recht präzise zu erfassen,
- durch den Fokus auf die vorgelagerte Verhaltensnorm die materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu bestimmen,
- rechtliche Divergenzen einzuordnen und
- Selektionsprozesse und Durchsetzungsdefizite zu bewerten.

oder nicht abgewendet habe; andererseits *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563 (567), dem zufolge Verursachungsverbote durch die Vermeidung der Verursachung eines Erfolges zu befolgen seien; für eine Unterscheidung zwischen Handlungs- und Verursachungsverböten auch *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 16 ff.

14 *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563.

15 Vgl. hierzu *Bock/Bülte*, The Politics of International Justice, in: Sayapin et al. (Hrsg.), International Conflict and Security Law: A Research Handbook, 2022, S. 957.

II. Mehr Präzision – Normadressat:innen im Völkerstrafrecht

Wie die Normentheorie zu mehr Präzision beitragen kann, sei exemplarisch anhand der Bestimmung der Normadressat:innen im Völkerstrafrecht aufgezeigt. Das Völkerstrafrecht wird gemeinhin als eine Kombination aus Völkerrecht und Strafrecht beschrieben. Nach einer bekannten Definition *Otto Triffterers* ist das Völkerstrafrecht „die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten – das internationale Verbrechen – bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltene Rechtsfolgen knüpfen, und die als solche unmittelbar anwendbar sind.“¹⁶ Völkerstrafrecht – so heißt es – kombiniere eine aus dem Völkerrecht stammende Primärnorm mit dem strafrechtlichen Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit, wobei sich besondere Spannungen daraus ergäben, dass das Völkerrecht Staaten und das Strafrecht individuelle Menschen adressiere.¹⁷

Normtheoretisch ist dies zumindest verkürzt. Der Dualismus aus Verhaltensnorm „Du sollst A nicht tun!“ und Sanktionsnorm „Du sollst alle, die A tun, bestrafen!“¹⁸ setzt zwingend voraus, dass Adressat:in der Verhaltensnorm und zu sanktionierende Entität identisch sind. Ein Individuum kann nicht dafür bestraft werden, dass Staaten Recht missachtet haben;¹⁹ es ist nur dann individuell verantwortlich, wenn es eine an es gerichtete Verhaltensnorm übertreten hat. Für das Völkerstrafrecht gilt dabei in der Tat, dass die in Bezug genommene Primärrechtsordnung, das Völkerrecht, sich ursprünglich ausschließlich an Staaten gerichtet hat. Das Strafrecht kann dies nicht eigenständig ändern; es ist akzessorisch und erweitert nicht den Regelungsgehalt der Primärrechtsordnung. Die Entstehung des Völkerstrafrechts setzt damit als logisch vorgelagerten Schritt eine Veränderung

16 *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, S. 34.

17 Vgl. *Ambos* (Fn. 9), § 5 Rn. 1; *Safferling*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 2 (Ambivalenz, die „stets spürbare Spannungen“ mit sich bringt); auch *Gless*, Internationales Strafrecht – Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl. 2021, Rn. 699; unter dem Stichwort „Völkerrechtssubjektivität“ *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2023, § 18 Rn. 9 ff.

18 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

19 Siehe auch *Dannenbaum*, Aggression and Atrocity – The Interstate Element, Politics, and Individual Responsibility, in: Bock/Conze (Hrsg.), Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives, 2022, S. 225 (227).

im Völkerrecht selbst voraus.²⁰ Dieses muss aus sich heraus das Individuum als Rechtssubjekt und Adressaten einer Sollensnorm anerkennen, bevor die strafrechtliche Sekundärnorm dessen Sanktionierung bei Nichtbefolgung verlangen kann.

1. Der Nürnberger Internationale Militärgerichtshof und das Verbrechen des Angriffskrieges

Diese – auf den ersten Blick banal wirkende – Erkenntnis spielt beispielsweise bei der Würdigung des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses eine zentrale Rolle. Einer der Kernkritikpunkte²¹ an der „Geburtsstunde der internationalen Strafjustiz“²² lautet, dass die Strafbarkeit des Angriffskrieges zum Zeitpunkt der Tat – also insbesondere zum Zeitpunkt des deutschen Überfalls auf Polen – völkergewohnheitsrechtlich nicht anerkannt war.²³ Genau genommen handelt es sich hierbei um zwei zu trennende Fragen. Nämlich:

- (1) Gab es eine an die militärische und politische Führungsriege des deutschen Staates gerichtete Verhaltensnorm mit dem Inhalt: „Du sollst keinen Angriffskrieg führen oder eine sonstige (völkerrechtswidrige) Angriffshandlung vornehmen!“?
- (2) Gab es eine an die Alliierten gerichtete Sanktionsnorm mit dem Inhalt: „Du sollst alle militärischen und politischen Führungspersonen, die einen Angriffskrieg führen oder sonstige (völkerrechtswidrige) Angriffshandlungen vornehmen, bestrafen!“?

20 Zu dieser Entwicklung im Überblick und m.w.N. *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 959 ff.

21 Überblick bei *Safferling* (Fn. 17), § 4 Rn. 36 ff.; *Satzger* (Fn. 5), § 13 Rn. 11; ausführlich *Haensel*, *DePaul Law Review* 13 (1964), 248; auch *Pannenbecker*, *DePaul Law Review* 14 (1965), 348; *Laternser*, *Whittier Law Review* 8 (1986), 557; *Andoor*, *ZJS* 2015, 473 (475 ff.).

22 *Safferling* (Fn. 17), § 4 Rn. 36.

23 Dies war ein zentraler Punkt der Verteidigung siehe Motion adopted by all Defense Counsel v. 19.11.1945, in: *Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents* (1947), S. 168; siehe auch *Kraus*, *DePaul Law Review* 13 (1964), 233 (244 f.); *Pannenbecker*, *DePaul Law Review* 14 (1965), 348 (350 ff.); *Laternser*, *Whittier Law Review* 8 (1986), 557 (572 ff.) sowie *Esser* (Fn. 17), § 18 Rn. 17; *Andoor*, *ZJS* 2015, 473 (479).

Beide Fragen lassen sich nicht ohne weiteres bejahen. Anklage²⁴ und Gerichtshof (Internationaler Militärgerichtshof [IMT])²⁵ haben sich in ihren Ausführungen maßgeblich auf den Briand-Kellogg-Pakt aus dem Jahr 1928 gestützt. In diesem verpflichten sich die Vertragsstaaten – zu denen auch das Deutsche Reich zählte –, auf Krieg als Werkzeug nationaler Politiken zu verzichten und die zwischen ihnen erwachsenen Streitigkeiten allein mit friedlichen Mitteln zu lösen. Die hieraus ableitbare Verhaltensnorm „Du sollst keine militärische Gewalt in internationalen Beziehungen anwenden!“ adressiert allerdings Staaten, nicht Individuen.²⁶ Sie – wie es das Nürnberger Tribunal ohne vertiefte Begründung getan hat²⁷ – auf Individuen auszudehnen, dürfte mit dem damaligen Stand des Völkerrechts allenfalls schwer vereinbar sein. Dieses hat erst mit den großen Menschenrechtskonventionen (und damit frühestens ab den 1950er Jahren) das Individuum konsequent als Rechtssubjekt für sich entdeckt.²⁸ Darüber hinaus enthält der Briand-Kellogg-Pakt keinen Hinweis darauf, dass Vertragsverletzungen strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen;²⁹ er enthält damit keine (explizite) Sanktionsnorm. Das IMT hat dem entgegengehalten, dass dies

-
- 24 International Military Tribunal, The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring and others, Indictment, korrigierte Fassung v. 7.6.1946, in: Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents (1947), S. 27 (40, 89).
- 25 International Military Tribunal, The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring and others, Judgment, 1.10.1946, in: Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents (1947), S. 171 (218, 219 ff.).
- 26 Kraus, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245). Bezeichnenderweise stellte auch die Anklage darauf ab, dass Deutschland (und nicht die individuellen Angeklagten) die völkerrechtliche Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung verletzt hatte, IMT Indictment (Fn. 24), S. 89.
- 27 IMT Judgment (Fn. 25), S. 220: „In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing.“
- 28 Zu dieser Entwicklung Bock/Bülte (Fn. 15), S. 963 ff.
- 29 Kraus, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245); Laternser, Whittier Law Review 8 (1986), 557 (573); auch Andoor, ZJS 2015, 473 (479).

auch für die Haager Landkriegsordnung gelte, aber dennoch zumindest bestimmte Verletzungen des Kriegsrechts strafrechtlich geahndet würden. Dies müsse erst recht für das gravierendere Verbrechen des Angriffskrieges gelten.³⁰ Dies mag auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, berücksichtigt aber nicht hinreichend, dass die Verfolgung und Sanktionierung von Kriegsverbrechen (in einem gewissen Umfang) bereits Eingang in die Staatenpraxis gefunden hatte.³¹ Insoweit ergaben sich Verhaltens- und Sanktionsnorm wohl aus dem Völkergewohnheitsrecht. Dies ist beim Verbrechen der Aggression anders – mit der Ableitung einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus dem Briand-Kellogg-Pakt betrat das IMT Neuland.³² Angesichts der fehlenden Staatenpraxis lässt sich auch bezweifeln, ob das Vertrauen der Angeklagten, nicht für Verletzungen des Gewaltverbotes strafrechtlich belangt zu werden, tatsächlich nicht schutzwürdig war.³³ Es bleibt das wohl eher moralische als dogmatisch fundierte Argument,³⁴ dass es ungerecht wäre, diejenigen unbestraft zu lassen, die in bewusster Missachtung völkerrechtlicher Regelungen ohne vorherige Warnung ihre Nachbarstaaten angegriffen und dadurch menschliches Leid in unvorstellbaren Ausmaßen verursacht haben.³⁵

2. Putin und der Angriff auf die Ukraine

Mit dem Angriff Russlands auf die Ukraine hat die Diskussion um Legitimität und Reichweite des Aggressionstatbestandes wieder an Aktualität gewonnen. Klar ist, dass Russland die territoriale Integrität der Ukraine und das völkerrechtliche Gewaltverbot verletzt hat. Die Versuche des russischen Präsidenten Wladimir Putin, den Einsatz bewaffneter Gewalt zu legitimieren, sind völkerrechtlich haltlos. Die Behauptung, die Militäraktion sei notwendig, um die Ukraine zu entnazifizieren und einen Genozid

30 IMT Judgment (Fn. 25), S. 220 f.

31 Das wird auch im Urteil herausgestellt: IMT Judgment (Fn. 25), S. 221.

32 Siehe *Latenser*, Whittier Law Review 8 (1986), 557 (574).

33 So aber z.B. *Andoor*, ZJS 2015, 473 (482).

34 Kritisch daher *Kraus*, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245).

35 In diesem Sinne IMT Judgment (Fn. 25), S. 219: „To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished.“

an der russischen Minderheit in den Regionen Luhansk und Donezk zu verhindern, geht bereits deswegen ins Leere, weil keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für die Begehung eines Völkermordes vorliegen.³⁶ Die Berufung auf das Institut der humanitären Intervention³⁷ ist daher rechtsmissbräuchlich. Zudem wäre es offenkundig unverhältnismäßig, militärische Gewalt, die dem Schutz der russischen Zivilbevölkerung in Luhansk und Donezk dienen soll, auf andere Teile der Ukraine auszuweiten. Ebenso wenig kann der vage Verweis auf Pläne zur Militarisierung einer Grenzregion oder Bestrebungen zur Erlangung von Atomwaffen genügen, um das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht³⁸ auszulösen.³⁹ Völkerstrafrechtlich betrachtet handelt es sich im Sinne des Art. 8*bis* des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) um eine in Art, Schwere und Umfang offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen.⁴⁰

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob Putin Adressat einer (internationalen) Verhaltensnorm ist, die ihm das Führen eines Angriffskrieges verbietet. Das Gewaltverbot der UN-Charta richtet sich – wie schon der Briand-Kellogg-Pakt – an Staaten, nicht an Individuen. Immerhin sieht seit 2012 Art. 8*bis* IStGH-Statut vor, dass bestimmte Personen für die Planung,

-
- 36 Vgl. IGH, Ukraine vs. Russian Federation, Allegations of Genocide under the Convention on the Preventions and Punishment of the Crime of Genocide, Request for the Indication of Provisional Measures, Order v. 16.3.2022, Rn. 59 (no „evidence substantiating the allegation of the Russian Federation that genocide has been committed on Ukrainian territory“); hierzu *Gauseweg*, OSTEUROPA 72 (2022), 101.
- 37 Überblick über das umstrittene Institut der Humanitären Intervention bei *Kreß*, The State Conduct Element, in: *Kreß/Barriga* (Hrsg.), The Crime of Aggression: A Commentary, 2017, S. 412 (524); *Fremuth*, The Crime of Aggression and the Prohibition of the Use of Force – Reflections on the Relationship between the Rome Statute and General Public International Law, in: *Bock/Conze* (Hrsg.), Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives, 2022, S. 171 (191 ff.).
- 38 Überblick über die umstrittenen Grenzen des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts bei *Kreß* (Fn. 37), S. 473 ff.; *Fremuth* (Fn. 37), S. 190 f.
- 39 Siehe hierzu *Tomuschat*, OSTEUROPA 71 (2022), 33; *Nußberger*, OSTEUROPA 72 (2022), 51; aus völkerstrafrechtlicher Sicht *Bock*, OSTEUROPA 72 (2022), 87 (89); siehe auch die Entscheidung des IGH (Fn. 36), durch die Russland verpflichtet wurde, den Krieg gegen die Ukraine einzustellen sowie die Verurteilung der russischen Aggression durch die UN-Generalversammlung, Res. A/ES-11/L.1 v. 1.3.2022.
- 40 *Bock*, OSTEUROPA 72 (2022), 87 (89); zu Inhalt und Funktion der völkerstrafrechtlichen Schwellenklausel *Kreß* (Fn. 37), S. 508; *Fremuth* (Fn. 37), S. 200; *Bock*, Individuelle Verantwortlichkeit für staatliche Angriffshandlungen. Überlegungen zum Verbrechen der Aggression, in: *Bublitz et al.* (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 1433 (1440).

Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung von Angriffshandlungen vom IStGH belangt werden können. Eine solche Sanktionsnorm indiziert möglicherweise die Existenz einer entsprechenden Verhaltensnorm.⁴¹ Allerdings wurden die Aggressionsvorschriften des IStGH-Statuts bislang nur von 45 Staaten ratifiziert; sie genießen damit keine weltweite Anerkennung. Zudem sind die einschlägigen Zuständigkeitsregeln bewusst restriktiv gefasst. Der IStGH kann seine Gerichtbarkeit über das Verbrechen der Aggression grundsätzlich nur dann ausüben, wenn die individuelle Tathandlung im Zusammenhang mit einer Angriffshandlung steht, die von einem Vertragsstaat ausgeht. Staatsangehörige von Nichtvertragsstaaten, zu denen Russland gehört, können insoweit nicht vom IStGH verfolgt werden (Art. 15*bis* Abs. 4 und 5 IStGH-Statut).⁴²

Rechtliche Unsicherheiten bestehen daher in mehrerlei Hinsicht: Zunächst ist zweifelhaft, ob überhaupt eine völkerrechtliche Norm existiert, die (bestimmten) Individuen mit internationaler Gültigkeit die Durchführung etc. von Angriffskriegen untersagt. Selbst wenn man dies bejaht, bleibt unklar, ob es eine (völkerrechtliche) Sanktionsnorm gibt, die im Falle von Zuwiderhandlungen eine Bestrafung von individuellen Personen verlangt oder zumindest gestattet und wem ggf. das *ius puniendi* zusteht. (Der internationalen Staatengemeinschaft? Allen Staaten in Vertretung der internationalen Staatengemeinschaft? Dem angegriffenen Staat?) Die aktuelle völkerstrafrechtspolitische Debatte klammert diese Punkte weitgehend aus und fokussiert sich auf die Frage, ob und wie bestehende Lücken im völkerstrafrechtlichen Gesamtsystem durch die Gründung eines Sondertribunals für das Verbrechen der Aggression gegenüber der Ukraine geschlossen werden können.⁴³ Dass es als ungerecht und ungenügend empfunden wird, dass der Chefankläger des IStGH im Ukraine-Konflikt nur wegen Kriegs-

41 Es ist umstritten, ob Verhaltensnormen aus Sanktionsnormen abgeleitet werden können: dagegen *Freund/Rostalski*, GA 169 (2022), 543 (546 ff.); kritisch hierzu *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563 (564 ff.).

42 Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der UN-Sicherheitsrat den IStGH mit Ermittlungen beauftragt (Art. 15*ter* i.V.m. Art. 13 lit. b) IStGH-Statut). Eine entsprechende Resolution wird es im Ukraine-Krieg aber angesichts des Vetorechts Russlands nicht geben.

43 Überblick über verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten und den hiermit verbundenen Problemen bei *Bülte/Gruber/Vasovic*, Zwischen normativem Anspruch und prozessualer Wirklichkeit – Teil I und II. Zum Vorschlag eines Ad-hoc-Tribunals für das Verbrechen der Aggression gegenüber der Ukraine, 21.9.2022, Völkerrechtsblog, <https://voelkerrechtsblog.org/de/zwischen-normativem-anspruch-und-prozessualer-wirklichkeit-teil-i/> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

verbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord,⁴⁴ nicht aber wegen des Verbrechens des Angriffskrieges ermitteln darf, ist nachvollziehbar. Die Missachtung des völkerrechtlichen Gewaltverbotes ist gleichsam Auslöser und Wurzel aller im Ukraine-Krieg begangener Gewalt- und Gräueltaten.⁴⁵ Zudem decken die Kriegsverbrechen nur einen Bruchteil der in einem bewaffneten Konflikt begangenen Rechtsgutsverletzungen ab. Sie setzen nämlich voraus, dass die Grenzen des humanitären Völkerrechts überschritten werden. Insbesondere die völkerrechtskonforme Tötung eines Mitglieds der gegnerischen Streitkräfte stellt kein Kriegsverbrechen dar und kann aufgrund des Kombattantenprivilegs auch nicht als Tötung nach nationalem Recht verfolgt werden.⁴⁶ Nur über das Verbrechen des Angriffskrieges lässt sich damit strafrechtlich fassen, dass der:die Täter:in eine Situation herbeigeführt hat, in der Menschen getötet werden dürfen.⁴⁷ Dies ändert aber nichts daran, dass die Schaffung eines neuen (internationalen) Durchsetzungsmechanismus nur dann legitim sein kann, wenn ein hinreichendes normatives Fundament in Form einer (völkerrechtlichen) Verhaltens- und Sanktionsnorm besteht. Die Normentheorie kann mit ihrem analytischen Ansatz dazu beitragen, dass solche Grundsatzfragen im Völkerstrafrecht nicht aus dem Blick geraten und vorschnell im Sinne des machtpolitisch Gewollten beantwortet werden.

44 Bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bezieht sich die Zuständigkeit des IStGH auf alle Taten, die auf dem Gebiet eines Mitgliedsstaates (Territorialitätsprinzip) oder von einem:r Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates (aktives Personalitätsprinzip) begangen wurden (Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut). Zwar haben weder die Ukraine noch Russland das IStGH-Statut ratifiziert; allerdings hat die Ukraine die Gerichtsbarkeit des IStGH gem. Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut ad-hoc, also bezogenen auf eine bestimmte Situation, anerkannt. Auch wenn diese Erklärung im Zusammenhang mit der Krim-Krise abgegeben wurde, ist sie offen formuliert und zeitlich unbefristet. Sie ermöglicht es dem IStGH damit, die Ukraine auch bezüglich der aktuellen Kriegsgeschehnisse wie einen Vertragsstaat zu behandeln; hierzu Bock, OSTEUROPA 72 (2022), 87 (94), zu den materiellen Verbrechensvoraussetzungen ebenda, 87 (90 ff.).

45 In diesem Sinne bereits IMT Judgment (Fn. 25), S. 186: „To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole.”

46 Hierzu Zimmermann, GA 157 (2010), 507 m.w.N. zum Meinungsstand.

47 Zum Unrechtsgehalt des Aggressionsverbrechens überzeugend Dannenbaum (Fn. 19), S. 240 ff.

III. Verhaltensnormorientierung und Auslegung von Straftatbeständen

Darüber hinaus kann eine klare Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm bei der Auslegung von international geprägten Straftatbeständen helfen und dazu beitragen, die Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu benennen. Dies soll anhand von zwei Beispielen – eins aus dem Unionsrecht und eins aus dem Völkerstrafrecht – illustriert werden.

1. Europarechtskonforme Auslegung strafbewährter Verhaltensnormen

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) hat das Unionsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht.⁴⁸ Kollidiert eine mitgliedstaatliche Regelung mit einer Unionsvorschrift,⁴⁹ so ist sie zwar nicht nichtig, aber unanwendbar.⁵⁰ Für das Strafrecht folgt hieraus, dass ein Straftatbestand, der im Widerspruch zum Unionsrecht steht, unanwendbar ist. Er wird gleichsam durch das vorrangig zu beachtende europäische Recht neutralisiert.⁵¹ Verhindert werden solche Normkollisionen und die damit einhergehende Verdrängung nationalen Rechts durch eine unionsrechtskonforme Auslegung nationaler Regelungen.⁵² Mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften – dies gebietet bereits die in Art. 4 Abs. 3 EUV

48 Grundlegend EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, I, 24 ff. – Van Gend & Loos; EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1268 ff. – E.N.E.L.; siehe auch EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 14/16–24 – Simmenthal; EuGH, Urteil v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297, I-321 Rn. 19 – Nimz; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10; Slg. 2010, I-5667, I-5731 Rn. 52 – Melki.

49 Ausführlich zum Begriff der Kollision Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 497 ff.

50 EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 21/23 – Simmenthal; EuGH, Urteil v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297, I-321 Rn. 19 – Nimz; EuGH, Urteil v. 22.10.1998, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307, I-6333 Rn. 21 – IN.CO.GE.90 Srl; EuGH, Urteil v. 11.1.2007, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, I-236 Rn. 69 – ITC; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Slg. 2010, I-5667, I-5728 Rn. 43 – Melki; EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-124/12, Rn. 53 – Maritza East; EuGH, Urteil v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, Rn. 49 – Taricco.

51 Vgl. Satzger (Fn. 49), S. 487 f.; Ambos (Fn. 9), § 11 Rn. 49; Hecker, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 10 ff.; Gless (Fn. 17), Rn. 466; Fronza, Primacy, Duty of Loyalty and Interpretation, in: Ambos/Rackow (Hrsg.), The Cambridge Companion to European Criminal Law, 2023, S. 86 (95 ff.) sowie EuGH, Urteil v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, Rn. 49, 52 – Taricco.

52 Satzger (Fn. 49), S. 521; Esser (Fn. 17), § 2 Rn. 68; Hecker (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 1.

verankerte allgemeine Loyalitätspflicht – sind soweit wie möglich im Lichte von Wortlaut und Zweck des Unionsrechts (inklusive der nicht unmittelbar geltenden Richtlinien)⁵³ auszulegen.⁵⁴ Dies gilt nicht nur für diejenigen Normen, die unmittelbar der Umsetzung europäischer Vorgaben dienen, sondern für das gesamte nationale Recht.⁵⁵

Im Strafrecht ist nun regelmäßig nicht die Sanktionsnorm, sondern die ihr vorgelagerte Verhaltensnorm von der europarechtskonformen Auslegung betroffen. Dies zeigt sich an der bekannten BGH-Entscheidung zu Internetbetrügereien.⁵⁶ In dem zugrundeliegenden Fall betrieb T im Internet einen kostenpflichtigen Routenplaner. Die Nutzer:innen mussten vor Inanspruchnahme des Dienstes ihren Namen und Kontaktdaten eingeben. Die Seite war so konzipiert, dass es zwar theoretisch erkennbar war, dass es sich um einen kostenpflichtigen Dienst handelte, dies aber mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden war (Herunterscrollen einer langen Website, aufmerksame Lektüre des Kleingedruckten etc.). Der BGH prüfte eine Strafbarkeit wegen Betruges und bestätigte zunächst seine allgemeine Linie, dass eine Täuschung durch beziehungsweise trotz wahrer Angaben grundsätzlich möglich sei. § 263 StGB sei zu bejahen, wenn der:die Täter:in die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des:der Adressat:in

53 Grundlegend EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 Rn. 26 – Colson; EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942 Rn. 26 – Harz; vertiefend zur richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht Satzger (Fn. 49), S. 538 ff.

54 Siehe nur EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 Rn. 26 – Colson; EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942 Rn. 26 – Harz; EuGH, Urteil v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969, 3986 Rn. 12 – Kolpinghuis Nijmegen; EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, I-4159 Rn. 8 – Marleasing; EuGH, Urteil v. 12.12.1996, verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, Slg. 1996, I-6609, I-6636 Rn. 24 – X; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057, I-6131 Rn. 108 – Adeneler; EuGH, Urteil v. 11.1.2007, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, I-235 Rn. 68 – ITC; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Slg. 2010, I-5667, I-5739 Rn. 50 – Melki; EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-124/12, Rn. 53 – Maritza East; EuGH, Urteil v. 13.2.2014, Rs. C-18/13, Rn. 36 – Maks Pen EOOD; EuGH, Urteil v. 18.12.2014, verb. Rs. C-131/13, C-163/13 und C-164/13, Rn. 52 – Italmoda.

55 EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, I-4159 Rn. 8 – Marleasing; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057, I-6131 Rn. 108 – Adeneler; Satzger (Fn. 49), S. 519; Hecker (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 10 ff.

56 BGH NJW 2014, 2595.

verfolgt.⁵⁷ Diese Voraussetzungen waren im Routenplaner-Fall unproblematisch gegeben; zudem lag ein Verstoß gegen die Preisangabenverordnung.⁵⁸

Im nächsten Schritt stellte sich dann allerdings die Frage, ob dieses Ergebnis – Vorliegen einer strafrechtlich relevanten Täuschung – im Lichte des europäischen Rechts relativiert werden muss. Nach der einschlägigen europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁵⁹ gilt eine Geschäftspraxis, die sachlich richtige Angaben enthält, nur dann als irreführend, wenn sie geeignet ist, eine:n Durchschnittsverbraucher:in zu täuschen (Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Nach dem europäischen Verbraucherleitbild ist der:die Durchschnittsverbraucher:in „angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch“ (Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Übertragen auf das Strafrecht stellt sich damit die Frage, ob eine Täuschung durch Wahrheit nur dann angenommen werden kann, wenn die Aussage geeignet ist, bei einer informierten, aufmerksamen und verständigen Person einen Irrtum hervorzurufen. Der BGH hielt eine solche europarechtskonforme Auslegung „des Betrugstatbestandes“ allerdings nicht für geboten. Zur Begründung führte er an, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken allein darauf ziele, die Dispositionsfreiheit von Verbraucher:innen vor unlauteren Beeinflussungen bei oder vor Vertragsschlüssen zu schützen, nicht aber darauf, Personen, die zu einem durchschnittlichen Selbstschutz nicht in der Lage seien, dem Schutz des Strafrechts zu entziehen. Die Richtlinie sei daher strafrechtlich irrelevant.⁶⁰

Dies überzeugt nicht. Zwar ist es richtig, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht unmittelbar auf eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen gerichtet ist. Das muss sie aber auch

57 Grundlegend BGHSt 47, 1 = BGH NJW 2001, 2187; vertiefend und m.w.N. zur umstrittenen Konstellation der Täuschung bei/trotz wahrer Angaben *Hefendehl* in: Münchener Kommentar, StGB, Band 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 156 ff.; auch *Krack*, ZIS 2014, 536 (538 ff.).

58 BGH NJW 2014, 2595 (2596).

59 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EU 2005 L 149/22.

60 BGH NJW 2014, 2595 (2597).

nicht. Sie konkretisiert vielmehr die dem Betrugstatbestand zugrundeliegende Verhaltensnorm. Diese könnte – wenn man den Eintritt des Erfolges der Verhaltensnorm zuschlägt und nicht als Strafwürdigkeitskriterium auffasst – lauten: „Du sollst nicht das Vermögen einer anderen Person durch Täuschung schädigen!“⁶¹ Aus der europäischen Richtlinie wird sich im Zuge eines Umkehrschlusses entnehmen lassen, dass Geschäftspraktiken, die dort nicht erfasst sind, nicht irreführend und damit zulässig sind. Eine europarechtlich gestattete Geschäftspraktik kann aber (auch und vor allem wegen des Vorrangs des Unionsrechts) nicht gegen das Täuschungsverbot verstoßen; sie ist nicht verhaltensnormwidrig und kann damit auch nicht in einer Bestrafung wegen Betruges münden.⁶² Dies bedeutet im Übrigen nicht, dass das vom BGH gefundene Ergebnis – nämlich, dass A wegen Betruges zu bestrafen ist – falsch ist. Auch ein:e informierte:r, aufmerksame:r und verständige:r Verbraucher:in muss nicht damit rechnen, dass eine typischerweise kostenfreie Leistung kostenpflichtig angeboten wird; er:sie wird auch nicht immer das gesamte Kleingedruckte lesen. Im Vorgehen des T lässt sich daher sehr wohl ein Verhaltensnormverstoß im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts (und damit zugleich ein Verstoß gegen das durch § 263 StGB abgesicherte Täuschungsverbot) sehen.⁶³

2. Auslegung völkerrechtlicher Verhaltens- und nationaler Sanktionsnormen

Dass die Normentheorie bei der Auslegung internationaler beziehungsweise internationalisierter Strafnormen helfen kann, zeigt auch der völkerstrafrechtliche Leichenschändungsfall des BGH.⁶⁴ Hier war der Angeklagte nach Syrien ausgereist, um am bewaffneten Jihad teilzunehmen. Er schloss sich einer Oppositionsgruppe an, die gegen die syrische Armee kämpfte und wurde dort an der Waffe ausgebildet. Im Rahmen eines Angriffs auf einen Checkpoint der syrischen Armee, an dem der Angeklagte nicht beteiligt war, wurden mindestens zwei gegnerische Soldaten gefangen genom-

61 Ausführlich Ast, Die normtheoretische Analyse des Betrugs, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normtheorie und Strafrecht, 2018, S. 201.

62 Ausführlich Hecker (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 19; auch Krack, ZIS 2014, 536 (541); Cornelius, NSTZ 2015, 310 (315 f.).

63 Siehe auch Heger, HRRS 2014, 467 (471); Krack, ZIS 2014, 536 (542); Cornelius, NSTZ 2015, 310 (315 f.) sowie die Hilfsargumentation in BGH NJW 2014, 2595 (2597).

64 BGHSt 62, 272 = BGH NJW 2017, 3667.

men und getötet. Während des Tötens oder danach enthaupteten Kämpfer der Gruppe die beiden Soldaten, spießten die abgetrennten Köpfe auf Metallstangen und stellten sie vor einer Schule auf. Der Angeklagte posierte in militärischer Kleidung mit den Überresten der Getöteten, hockte sich in unmittelbarer Nähe zu einem der aufgespießten Köpfe zwischen die beiden Metallstangen auf den Boden und nahm eine entspannte Haltung ein. Anschließend ließ er sich in dieser Pose von vorn aus der Nähe fotografieren, so dass der abgetrennte Kopf eines der Opfer und dessen durch schwere Verletzungen entstelltes Gesicht gleichsam in Großaufnahme deutlich zu sehen waren. Später wurden diese Bilder im Internet veröffentlicht.

Angeklagt war das Kriegsverbrechen der entwürdigenden Behandlung. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB macht sich strafbar, wer im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt. Entscheidungsrelevante Frage war nun, ob auch Verstorbene „nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen“ sein können. Der BGH hat dies bejaht. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass die Parallelstrafvorschrift des Statuts des IStGH ausweislich der Verbrechenselemente auch auf Verstorbene anwendbar sei und dies zudem dem gesicherten Stand des Völkergewohnheitsrechts entspreche. Eine hiermit korrespondierende Auslegung der deutschen Strafvorschriften verstieße auch nicht gegen das Analogieverbot.⁶⁵

Inhaltlich kann man über diese Aussagen streiten.⁶⁶ An dieser Stelle soll es aber genügen, aufzuzeigen, wie normentheoretische Überlegungen Struktur in die Argumentation bringen können: Inhaltlich geht es zunächst um die Frage, ob es eine international verbindliche Verhaltensnorm gibt, die besagt: „Du sollst Verstorbene in bewaffneten Konflikten nicht entwürdigend behandeln!“. Der Verweis auf das IStGH-Statut ist insoweit nur dann hilfreich, wenn man davon ausgeht, dass sich aus der Strafnorm selbst Verhaltensnormen ableiten lassen.⁶⁷ Hier kommt hinzu, dass nicht das IStGH-Statut selbst explizit die Sanktionierung der entwürdigenden Behandlung verstorbener Personen verlangt. Dass der Tatbestand entsprechend verstanden werden soll beziehungsweise kann, ergibt sich lediglich aus einer Fußnote in den Verbrechenselementen, bei denen es sich aber nur

65 BGHSt 62, 272 (276 ff.) = BGH NJW 2017, 3667 (3668 ff.).

66 Vertiefend Berster, ZIS 2017, 264; Bock/Bülte, HRRS 2018, 100; Bergmann/Blenk/Cojger, GLJ 22 (2021), 276.

67 Dass dies umstritten ist, wurde bereits dargelegt, siehe die Nachweise in Fn. 41.

um nicht bindende Auslegungshilfen handelt (Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut).⁶⁸ Die Suche nach einer Verhaltensnorm muss also unmittelbar in der von IStGH-Statut und VStGB in Bezug genommenen Primärrechtsordnung, dem humanitären Völkerrecht, ansetzen. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 8 des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen, dem zufolge in bewaffneten Konflikten schnellstmöglich Maßnahmen getroffen werden sollen, um die Toten zu suchen, ihre Beraubung zu verhindern und sie würdig zu bestatten.⁶⁹ Diese Norm richtet sich allerdings zunächst nur an die Vertragsstaaten – es besteht also erneut das typisch völker(straf)rechtliche Problem, ob und inwieweit sich aus Regeln, die Staaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, an Individuen gerichtete Verhaltensnormen ableiten lassen. Zudem enthält die Pflicht zur würdigen Bestattung allenfalls mittelbar ein Verbot der vorherigen entwürdigenden Behandlung. Das Internationale Komitee des Roten Kreuzes geht davon aus, dass die Verstümmelung von Leichen in bewaffneten Konflikten international verboten ist.⁷⁰ Nun konnte im vorliegenden Fall dem Angeklagten aber gerade nicht nachgewiesen werden, dass er die Leichen verstümmelt hatte – ihm wurde „nur“ das herabwürdigende Posieren mit den Leichen beziehungsweise die Herstellung und Verbreitung entsprechender Bilder zur Last gelegt. Dafür, dass auch dies gegen eine internationale Verhaltensnorm verstößt, lässt sich möglicherweise die internationale Rechtsprechung ins Feld führen. So hat das Jugoslawientribunal in einem Fall die würdelose Behandlung von Toten, ihre Bestattung in Massengräbern sowie Ausgrabungen und anschließende „Wiederbestattungen“ als Völkerrechtsverbrechen eingestuft.⁷¹ Ebenso hat das Ruandatribunal das Einführen einer Flasche in die Vagina eines weiblichen Leichnams als unmenschliche Behandlung angesehen.⁷²

68 Siehe auch *Berster*, ZIS 2017, 264 (266).

69 BGHSt 62, 272 (279) = BGH NJW 2017, 3667 (3669).

70 IKRK, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law, 2005, Rule 113.

71 ICTY (TC II), Prosecutor v. Brđanin, Urteil v. 1.9.2004, IT-99-36, Rn. 1019; kritisch zur Präzedenzwirkung dieser Entscheidung *Berster*, ZIS 2017, 264 (267), der darauf hinweist, dass die Leichenschändungen vom Gericht nur dazu genutzt wurden, den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Verfolgung zu belegen.

72 ICTR (TC I), Prosecutor v. Bagosora u.a., Urteil v. 18.12.2008, ICTR-98-41, Rn. 2219, wobei sich auch diese Ausführungen auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit, nicht auf Kriegsverbrechen bezogen.

Erachtet man dies für ausreichend, um von einer Existenz einer internationalen Verhaltensnorm „Du sollst Verstorbene in bewaffneten Konflikten nicht entwürdigend behandeln!“ auszugehen,⁷³ stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob und in welchem Umfang dieses Sollensverbot durch das VStGB abgesichert wird. Nur dann wäre die *deutsche* Justiz ermächtigt, die Verletzungen des international gewährleisteten postmortalen Ehrschutzes auf nationaler Ebene zu sanktionieren. Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, ob nach den in Deutschland verbindlichen Auslegungsmethoden unter besonderer Beachtung des verfassungsrechtlichen Analogieverbotes der Begriff der Person in § 8 Abs.1 Nr. 9 VStGB auf Verstorbene erstreckt werden kann. Wie an anderer Stelle dargelegt, kann man dies durchaus bezweifeln.⁷⁴ Hier soll aber die Erkenntnis genügen, dass sich die Ermittlung der Verhaltensnorm im internationalen Mehrebenensystem am internationalen Recht orientieren kann, während die Reichweite der Sanktionsvorschrift gegebenenfalls unter Berücksichtigung spezifisch nationaler Vorgaben und rechtskultureller Wertungen zu bestimmen ist.

IV. Bewertung von rechtlichen Unterschieden

Diese Überlegung leitet zum nächsten Punkt über, nämlich zur Bewertung rechtlicher Divergenzen im Lichte der Normentheorie. Ein zentrales Ziel der Internationalisierung ist es, gemeinsame grenzüberschreitende Rechtsräume mit einheitlichen Regeln und Schutzstandards zu schaffen. Dies dient nicht nur der Verbesserung und Vereinfachung der internationalen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden, sondern auch der Freizügigkeit der Bürger:innen. Diese sollen sich einerseits darauf verlassen können, dass sie in anderen Staaten ähnlichen Schutz vor Straftaten genießen wie in ihrem Heimatstaat.⁷⁵ Andererseits kann die Rechtsangleichung auch Handlungsfreiräume schaffen, wenn und soweit nämlich die Rechtsunterworfenen darauf vertrauen können, dass eine Handlung, die in einem Staat gestattet ist, nicht in einem anderen Staat sanktionsbewährt ist. Es geht also um die Schaffung von staatsübergreifend wirkenden Ver-

73 Siehe aber die beachtlichen Bedenken bei *Berster*, ZIS 2017, 264 (266 ff.).

74 Näher *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100.

75 Siehe z.B. die Argumentation in European Commission (Fn. 3), S. 5.

haltungserwartungen, die Orientierungssicherheit bei zunehmender Globalisierung von Handlungskontexten schaffen.⁷⁶

Um dieses Ziel zu erreichen, muss nicht nur eine staatenübergreifende, transnationale Verhaltensnorm entwickelt werden – sie muss auch in allen mitwirkenden Staaten identisch verstanden werden. Dies gilt insbesondere im Völkerstrafrecht, das einen weltweiten Geltungsanspruch erhebt und daher nach der Herausarbeitung universell konsensfähiger Kriterien zur Auslegung und Anwendung internationaler Strafvorschriften verlangt. Erforderlich ist ein die gesamte internationale Rechtsgemeinschaft einbeziehender Diskurs über Inhalt, Grenzen und Geltung strafbewehrter völkerrechtlicher Verhaltensnormen. An diesem Diskurs müssen sich insbesondere auch die nationalen Gerichte beteiligen, die mit ihren Recht konkretisierenden Entscheidungen rechtsgestaltend tätig werden. Mit Blick auf den Leichenschändungsfall heißt dies beispielsweise, dass alle Staaten bei der Anwendung des Völkerstrafrechts davon ausgehen müssten, dass das Verbot der entwürdigenden Behandlung auch einen postmortalen Ehrschutz beinhaltet. Anderenfalls wird der universelle Geltungsanspruch des Völker(straf)rechts unterlaufen.⁷⁷

Ähnliche Herausforderungen stellen sich (wenn auch nicht in dieser zugespitzten Form) bei der Rechtsangleichung beispielsweise im europäischen Kontext. Art. 36 der Istanbul-Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt verlangt von den Mitgliedstaaten, Vergewaltigung unter Strafe zu stellen. Vergewaltigung wird definiert als „nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer

76 Allgemein zur Funktion von Verhaltensnormen, die sich nicht darin erschöpft, die Voraussetzungen für die Verhängung von Sanktionen festzulegen, *Renzikowski* (Fn. 13), S. 14.

77 Zur Bedeutung einer internationalen Öffentlichkeit und eines internationalen Diskurses für die Legitimität des internationalen Strafrechts auch *Bock*, *The National Prosecution of International Crimes and the (International) Public*, in: Fremuth/Sauer Moser/Stavrou (Hrsg.), *International Criminal Law before Domestic Courts*, 2024, S. 153; zur damit einhergehenden Forderung, völkerstrafrechtliche Urteile deutscher Gerichte ins Englische zu übersetzen *Boe*, *ZStW* 134 (2022), 926. Beachte in diesem Zusammenhang aber auch, dass nach *Freund/Rostalski*, GA 169 (2022), 543 (548 ff.), abstrakt-generelle Sätze wie „Du sollst nicht töten“ keine Normen seien, da die konkreten Anwendungsbedingungen nicht festgelegt würden. Vielmehr müsse die:der Einzelne selbst in einer gegebenen Situation die relevanten individuellen Verhaltensnormen bilden, kritisch hierzu *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563 (566 f.); *Renzikowski*, GA 169 (2022), 575.

anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand“. Zwei wichtige Auslegungsfragen für die Verhaltensnorm „Du sollst nicht vergewaltigen!“ sind damit bereits geklärt. Erstens: Erfasst wird nicht nur das vaginale Eindringen. Zweitens: Verboten ist auch das Eindringen in den Körper einer:s anderen mit einem Gegenstand; es muss also nicht zwingend zu einem unmittelbaren körperlichen Kontakt zwischen Täter:in und Opfer kommen. Es bleiben aber viele ungeklärte Fragen: Was bedeutet nicht-einvernehmlich? Nein-Ist-Nein oder Nur-Ja-Ist-Ja?⁷⁸ Welche Irrtümer beziehungsweise Täuschungen lassen die Freiwilligkeit des Einvernehmens entfallen?⁷⁹ Genügt jedes körperliche Eindringen oder muss nach Intensität differenziert werden und, wenn ja, wie? Ist beispielsweise der aufgedrängte Zungenkuss eine orale Vergewaltigung?⁸⁰ Und wie ist eine durch Täuschung verursachte Selbstpenetration rechtlich zu bewerten?⁸¹ Die Herausbildung gemeinsamer Rechtsstandards verlangt damit nicht nur die Einigung auf abstrakte Verhaltensnormen, sondern auch die Entwicklung gemeinsamer Individualisierungsregeln zur Konkretisierung des Sollensgebotes und somit zur Be-

78 Überblick über die verschiedenen Modelle bei *Pruin*, ZfStR 2021, 129; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (185 ff.); zu den auch unter der Istanbul-Konvention fortbestehenden Interpretationsspielräumen *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 44, 31; für einen Blick auf die Entwicklungen in Slowenien siehe *Šuta/Berglez/Šepec*, Problemy Prawa Karnego 6 (2022), 1; für eine Einschätzung der spanischen Reform siehe z.B. *García Sánchez*, Revista de Derecho Penal y Criminología 30 (2023), 113 (insb. 122 ff.); zur Debatte in Dänemark siehe z.B. *Vestergaard*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 8 (2020), 5.

79 Überblick über den deutschen Meinungsstand bei *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 51 ff.; speziell zum Stealthing *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 189; zur englischen Debatte z.B. CLRRN, Reforming the Relationship between Sexual Consent, Deception and Mistake, Consultation December 2021, <https://www.criminalbar.com/wp-content/uploads/2021/12/CLRRN3-Deception-Consultation-Paper.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024) bzw. zur Common Law Perspektive siehe *Dyer*, Common Law World Review (online first, 2023), 4 ff.; für Blicke auf die spanische Perspektive siehe z.B. *Coca Vila*, InDret 3.2023, 430; *Castellví Monserrat*, InDret 4.2023, 171.

80 Überblick über den deutschen Meinungsstand bei *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 157; die Frage beschäftigte z.B. auch bereits den Niederländischen Supreme Court mehrfach mit unterschiedlichem Ausgang, Netherlands: Forced Kiss Is Not Rape, Supreme Court Rules in Reversal, New York Times v. 12.3.2013, <https://www.nytimes.com/2013/03/13/world/europe/netherlands-forced-kiss-is-not-rape-supreme-court-rules-in-reversal.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

81 Hierzu ausführlich aus deutscher Sicht *Wagner*, NSTZ 2021, 592.

stimmung des Tuns oder Unterlassen, durch das ein:e Normadressat:in in einer konkreten Situation eine Norm zu befolgen hat.⁸²

Das Ziel der Rechtseinheit beziehungsweise der Rechtsvereinheitlichung wird weit weniger in Frage gestellt, wenn die Sanktionsvoraussetzungen unterschiedlich bestimmt werden – wenn es also national-kulturell bedingte Unterschiede bei der Bewertung gibt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Sollensverstoß strafwürdig ist. Geht man beispielsweise mit *Kindhäuser* davon aus, dass Willentlichkeit nicht zum Inhalt der Verhaltensnorm gehört, sondern zur ex-post Beurteilung des verbotenen Verhaltens (und damit zur Sanktionsnorm),⁸³ dann erscheinen transnationale Divergenzen bei der Vorsatzbestimmung beziehungsweise der Festlegung der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen weniger kritisch. Zwar wäre es aus Gründen der Gleichheit vor dem Recht durchaus vorzugswürdig, wenn Verletzungen internationaler und transnationaler Normen unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen bestraft würden. Allerdings wird die Verhaltensnorm „Du sollst nicht vergewaltigen!“ nicht auf einer prinzipiellen Ebene relativiert, wenn Staat A Verstöße gegen diese Norm nur dann als Straftat ahndet, wenn T mit direktem Vorsatz handelt, während Staat B *dolus eventualis* genügen lässt und Staat C bereits dann straft, wenn T sorgfaltspflichtwidrig nicht erkennt, dass O mit den vorgenommenen sexuellen Handlungen nicht einverstanden ist.

Vor diesem Hintergrund entkräftet sich auch ein wenig die Kritik an europäischen Harmonisierungsakten, die zwar sehr detaillierte Tatbestandsbeschreibungen beinhalten, bezüglich der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aber zumeist vage bleiben. So wird typischerweise regelmäßig nur verlangt, dass die Mitgliedstaaten die näher umschriebenen Handlungen unter Strafe stellen, wenn sie vorsätzlich begangen werden, ohne dass aber zugleich ein autonom-europäisches Vorsatzverständnis entwickelt würde. Es kommen also die divergierenden Vorsatzdefinitionen der Mitgliedstaaten zur Anwendung – rechtliche Unterschiede werden insoweit nicht abgebaut. Oder anders formuliert: die strafrechtlich zu bewährenden Verhaltensnormen werden sehr konkret gefasst, während den Mitgliedstaa-

82 Zu diesem Prozess allgemein *Kindhäuser*, Normen und Direktiven, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche –, 2022, S. 27 (40 ff.).

83 *Kindhäuser* (Fn. 82), S. 27.

ten bei der Bestimmung der Sanktionsvoraussetzungen aus Rücksicht auf ihre jeweiligen Rechtstraditionen erheblicher Spielraum gewährt wird.⁸⁴

V. Bewertung von Selektivitäten und Nichtverfolgungen

Bei den soeben angestellten Überlegungen schimmerte bereits die Frage durch, wie Nicht-Sanktionierungen von Normverstößen zu bewerten sind. Nach *Alexander Aichele* ist „eine praktische Norm [...] ein Sollenssatz, der dazu auffordert, irgendeine Handlung zu vollziehen oder zu unterlassen.“⁸⁵ Dieser Sollenssatz müsse universelle Geltung beanspruchen, was bedeute, dass der Norm alle Normadressat:innen folgten oder dass die Geltung der Norm durch Sanktionierung des Normbruchs erwiesen werde. Eine Norm ohne Sanktion sei sinnlos beziehungsweise verliere ihren Charakter als Rechtsnorm.⁸⁶ Es sei schlichthin unsinnig beziehungsweise widersinnig, einen verpflichtenden Sollenssatz aufzustellen, zugleich dessen Befolgung aber durch einen Verzicht auf Sanktionierung ins Belieben der Normadressat:innen zu stellen (und damit ein Nicht-Müssen zu postulieren).⁸⁷

Gerade im Völkerstrafrecht ist aber nun die strafrechtliche Nicht-Verfolgung von Normverstößen der Regelfall. Dies liegt unter anderem an der kollektiven Dimension der Taten.⁸⁸ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unter Beteiligung eines Großteils der Bevölkerung begangen werden; die Zahl der Täter:innen ist nahezu unüberschaubar. Eine umfassende und lückenlose Bestrafung aller Verantwortlichen ist faktisch nicht möglich und gesellschaftlich regelmäßig auch nicht sinnvoll, will man noch hinreichende (auch menschliche) Ressourcen für einen gesellschaftlichen Wiederaufbau nach Beendigung des übergeordneten Gesamtkonflikts ha-

84 Siehe exemplarisch am Beispiel des Europäischen Finanzschutzstrafrechts *Bock*, Der Schutz der finanziellen Interessen der Union. Überlegungen zur Betrugsbekämpfungsrichtlinie 2017/1371, in: *Ambos/Bock* (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts / Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires, 2019, S. 155 (178 ff.).

85 *Aichele*, Bedingungen von Normativität. Zukunft, Kontingenz und was sonst noch damit zusammenhängt – eine Erinnerung, in: *Aichele/Renzikowski/Rostalski* (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche –, 2022, S. 21.

86 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

87 *Aichele* (Fn. 85), S. 25.

88 Siehe hierzu *Bock*, ZIS 2017, 410 (411) m.w.N.

ben.⁸⁹ Sie ist aber in normtheoretischer Hinsicht auch nicht notwendig. Die Verbindlichkeit und Geltungswirkung von Verhaltensnormen kann auch durch eine außerstrafrechtliche Sanktionierung von Normverstößen hergestellt werden.⁹⁰ Im Völkerstrafrecht spielen insoweit alternative Mechanismen wie Wahrheitskommissionen (die gegebenenfalls mit der Gewährung von Amnestien verbunden werden) und traditionelle Formen der Streitbeilegung eine entscheidende Rolle.⁹¹ In Gefahr gerät der Normcharakter des Völker(straf)rechts erst, wenn es aus politischen Gründen zu einer systematischen Nicht-Verfolgung beziehungsweise zu willkürlichen Selektionsprozessen kommt.

Generell zeigt sich hier die Verwandtschaft des Völkerstrafrechts mit dem Völkerrecht, das traditionell unter Verdacht steht, kein „echtes“ Recht zu sein, sondern lediglich politische Spielregeln festzulegen, hängt seine Wirksamkeit doch in erheblichem Maße vom „good will“ der beteiligten Staaten ab.⁹² Dies wird auch im Zusammenhang mit dem Ukrainekrieg kritisch angemerkt, wenn das Völkerrecht im Angesicht der eklatanten Missachtung des Gewaltverbots durch Russland machtlos wirkt. Dabei darf man aber nicht verkennen, dass das Völkerrecht in den letzten 100 Jahren in vieler Hinsicht juridifiziert wurde: Mit dem Internationalen Gerichtshof steht ein juristisches Gremium zur rechtlichen Lösung zwischenstaatlicher Konflikte bereit und die Menschenrechtsregime geben sogar Individuen die Möglichkeit, Staaten für die Verletzung völkerrechtlicher Pflichten zur Verantwortung zu ziehen. Und auch der beständige Ausbau des Völkerstrafrechts hat hier einen entscheidenden Beitrag geleistet – völkerrechtliche Verhaltensnormen strafrechtlich zu bewähren, ist wohl die (rechtsstaatlich) stärkste Form der Verrechtlichung beziehungsweise Verhärtung ehemaligen „soft laws“.⁹³

Gerade deswegen muss es aber in besonderem Maße beunruhigen, wenn Sanktionsnormen aus politischen Gründen nicht befolgt werden. Berühmt-

89 Siehe zur Selektivität des Völkerstrafrechts *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume III: International Criminal Procedure, 2. Aufl. 2025, S. 385 ff.; *Bock*, ZIS 2017, 410 (414).

90 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

91 Zu den verschiedenen „Bausteinen“ von Transitional Justice Prozessen *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 2018, S. 43 ff.

92 Vgl. nur *Janis*, Cornell International Law Journal 17 (1984), 61 (62 f.).

93 Ausführlich *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 958.

berühmtes Beispiel hierfür ist die Afghanistan-Entscheidung des IStGH.⁹⁴ Hier hatte die Vorverfahrenskammer zunächst die Aufnahme von Ermittlungen untersagt – und dass, obwohl es auch nach Ansicht der Kammer hinreichend Anlass zu der Annahme gab, dass völkerrechtliche Verbrechen unter anderem von den Taliban aber auch von Angehörigen des US-Militärs und der CIA begangen worden waren.⁹⁵ Allerdings sei es – so die Kammer – aufgrund des „komplexen und unbeständigen politischen Klimas“ und der geringen Unterstützung des IStGH durch die betroffenen Staaten unwahrscheinlich, dass die Taten effektiv aufgeklärt werden könnten. Die Anklagebehörde solle sich daher auf Situationen mit höheren Erfolgsaussichten konzentrieren; weitere Ermittlungen in Afghanistan seien nicht im Interesse der Gerechtigkeit.⁹⁶ Diese Entscheidung erging kurz nachdem die USA dem IStGH ein weiteres Mal mit Sanktionen gedroht hatten, wenn er gegen US-amerikanische Staatsbürger:innen vorgehen sollte; zeitgleich war der damaligen Chefanklägerin Fatou Bensouda das US-Visum entzogen worden.⁹⁷ Der hierdurch entstandene Eindruck der politischen Abhängigkeit des IStGH schädigte nicht nur das Ansehen des Gerichts.⁹⁸ Die faktische Rücknahme des Strafanspruchs stellte zugleich die Verbindlichkeit und damit den Normcharakter völkerrechtlicher Fundamentalgrundsätze wie des Folterverbots in Frage. Immerhin hob die Berufungskammer kurze Zeit später diese Entscheidung auf und machte den Weg für Ermittlungen in Afghanistan frei.⁹⁹ Allerdings gab der neue Chefankläger, Karim A. A. Khan, im September 2021 bekannt, dass er sich auf mögliche Verbrechen der Taliban konzentrieren und andere Taten zurückstellen werde.¹⁰⁰ Eine

94 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33.

95 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33, Rn. 47 f.

96 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33, Rn. 94 ff.

97 Siehe hierzu *Simons/Specia*, U.S. revokes visa of I.C.C. prosecutor pursuing Afghan war crimes, New York Times v. 5.4.2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

98 *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 972 m.w.N.

99 IStGH (AC), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment v. 5.3.2020, ICC-02/17-138.

100 Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan, 27.9.2021, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

internationale Verfolgung von US-Staatsangehörigen ist damit derzeit wohl ausgeschlossen – und die Frage nach der universellen Verbindlichkeit des Völkerrechts bleibt. Sie stellt sich im Übrigen auch im Ukraine-Krieg, in dem die Gefahr besteht, dass der Fokus einseitig auf die Taten russischer Soldaten:innen gelegt wird, Verbrechen der ukrainischen Seite hingegen ungesühnt bleiben.¹⁰¹ Auf der Makroebene haben die starken Bemühungen des Westens, das Völker(straf)recht zur Eindämmung und Bekämpfung der russischen Aggression zu nutzen, die Diskussion um seinen neo-kolonialistischen Charakter neu entfacht. Namentlich aus den Ländern des Globalen Südens wird der Vorwurf laut, das Völkerrecht komme nur dann zum Einsatz, wenn es westlichen Interesse diene. Die US-Invasion im Irak vor 20 Jahre habe demgegenüber keine nennenswerte internationale Reaktion hervorgerufen, geschweige denn zu einer Sanktionierung der verantwortlichen Personen geführt.¹⁰² Solche in machtpolitischen Überlegungen wurzelnden Asymmetrien in der Anwendung von Sanktionsnormen gefährden Normwirkung und Geltungskraft des Völker(straf)rechts.

Ein gewisses Gegengewicht (dessen Potential derzeit weder voll entfaltet noch voll erfasst ist) bilden die aus den Menschenrechten abgeleiteten Pönalisierungspflichten. So wird bestimmten Menschenrechten eine zweifache Schutzdimension zugesprochen: Zunächst dürfen die Staaten nicht an Menschenrechtsverletzungen mitwirken. Darüber hinaus sind sie aber auch verpflichtet, aktive Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte von Bürger:innen, die sich in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, zu treffen.¹⁰³ Hieraus ergibt sich wiederum die Pflicht, Maßnahmen zur Prävention, Ermittlung und Bestrafung von Konventionsverstößen zu treffen.¹⁰⁴ Wird sie verletzt – wird also in einem Vergewaltigungs- oder Mordfall nicht effektiv ermittelt – stellt beispielsweise der EGMR eine Konventionsverletzung fest und spricht dem Opfer gegebenenfalls eine Entschädigung in Geld zu. Dem betroffenen Individuum wird damit die Möglichkeit geben, die Befolgung der Sanktionsnorm „Du sollst alle, die A tun, bestrafen!“ einzufordern.

101 Bock, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Ein Überblick, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 43 (64).

102 Ausführlich Ambos, Doppelmoral: Der Westen und die Ukraine, 2022.

103 Siehe zum Beispiel EGMR, Urteil v. 5.6.2015, Nr. 46043/14, Rn. 177 – Lambert u.a./France.

104 EGMR, Urteil v. 28.3.2000, Nr. 22492/93, Rn. 62 – Kiliç/Turkey; IAGMR, Urteil v. 29.7.1988, Rn. 166 – Velásquez Rodríguez/Honduras; vertiefend und mit rechtsvergleichender Analyse Huneeus, AJIL 107 (2013), 1.

Im Unterschied zu dem aus dem deutschen Recht bekannten Klageerzwingungsverfahren wird die Nichtbestrafung durch die Pflicht zur Leistung von Entschädigung sanktioniert. Möglicherweise wird hier der normtheoretische Dualismus aus Verhaltens- und Sanktionsnorm um eine dritte Ebene ergänzt, nämlich eine an die internationale Gemeinschaft gerichtete Metasanktionsnorm, die besagt: „Du sollst alle Entitäten sanktionieren, die Personen (menschenrechtswidrig) *nicht* bestrafen, obwohl sie A getan haben.“ Insoweit kann vielleicht nicht nur die Normentheorie helfen, Licht in das Dickicht des Internationalen Strafrechts zu bringen, sondern auch das Internationale Strafrecht Impulse zur Fortentwicklung der Normentheorie geben.

Strafanwendungsrecht und MiCAR

– normentheoretische Überlegungen zur Marktmanipulation auf Krypto-Börsen

Konstantina Papathanasiou

Abstract

Mit der fortschreitenden Digitalisierung entstehen ständig Herausforderungen, welche die traditionellen rechtlichen Rahmen überfordern. Im Bereich der Cyberkriminalität dominieren abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte, die nur über den Handlungsort die Strafbefugnis begründen. Das Strafanwendungsrecht erweist sich als ein verlässlicher Anker, indem es festlegt, wann nationale Strafvorschriften gelten. Die Anwendbarkeit des nationalen Strafrechts ist als unrechtskonstituierendes Merkmal zu betrachten. Die Marktmanipulation auf Krypto-Börsen zeigt die Problematik deutlich auf: Die Verordnung über Märkte für Kryptowährungen (MiCAR), die teilweise ab dem 30.06.2024 gilt, erstreckt sich faktisch weltweit und könnte zu einer unzulässigen Universalgeltung der Strafgesetze führen.

I. Einleitung

Mit der fortschreitenden Digitalisierung entstehen ständig neue Herausforderungen, wie etwa der Schutz personenbezogener Daten. Für den Bereich des Strafrechts ist Cyberkriminalität eine der größten Herausforderungen, da die digitalen Entwicklungen komplexe Fragen aufwerfen, welche die traditionellen rechtlichen Rahmen oft überfordern. Genau hier kommt die Bedeutung des Strafanwendungsrechts ins Spiel: Durch die Klärung der Frage, wann und inwiefern nationale Strafvorschriften für Sachverhalte im digitalen Raum anwendbar sind, kann das Strafrecht gezielt zur Bekämpfung von neuen digitalen Bedrohungen beitragen, sofern dies nötig ist.

Mit anderen Worten: Das Strafanwendungsrecht kann sich als ein verlässlicher Anker inmitten der raschen Entwicklungen des digitalen Zeitalters erweisen. Denn unabhängig davon, welche technisch neuartigen Verhaltensweisen (noch) erscheinen, verfügt das Strafrecht über eigene

Prinzipien, anhand derer beurteilt werden kann, wann nationale Strafvorschriften Anwendung finden. Hinsichtlich der Reichweite einzelner Prinzipien besteht allerdings keine einheitliche Meinung, was zur Folge hat, dass das Anwendungsspektrum je nach Perspektive enger oder weiter ausfallen kann. Die Bedeutung der einschlägigen Diskussion wird im Bereich der grenzüberschreitenden Cyberkriminalität evident, wo die Kategorien von abstrakten und potentiellen Gefährdungsdelikten einen großen Teil der Materie ausmachen und wo es begriffsnotwendig keinen Erfolgsort gibt (sogleich unter II.).

Außerdem soll in diesem Beitrag die grundlegende, bis vor einigen Jahren als geklärt geltende, dogmatische Frage, an welcher Stelle das Strafanwendungsrecht im Deliktsaufbau zu prüfen ist, neu beantwortet werden. Wie ich bereits vertreten habe, erscheint in Anlehnung an *Ulfrid Neumann*¹ die Auffassung vorzugswürdig, die Anwendbarkeit des nationalen Strafrechts (in Deutschland: §§ 3 ff. StGB) als Tatbestandsmerkmal zu betrachten.² Denn nur bei Betrachtung der Regelungen der Reichweite der Strafbefugnis als unrechtskonstituierendes Merkmal kann eine unzulässige Universalgeltung der Strafgesetze vermieden werden, zumal *das Unrecht stets rechtsordnungsbezogen*, also relativ zu einer bestimmten Rechtsordnung ist.³ Der Geltungsbereich von Verhaltensnormen und der Geltungsbereich von Sanktionsnormen sind somit identisch; insofern weisen die §§ 3 ff. StGB eine festlegende Funktion auf und sind konstitutiver Bestandteil der primären Strafrechtsnormen.⁴ Die Universalgeltung von Strafgesetzen, wenn diese nicht Verletzungen von völkerrechtlich anerkannten Rechtsgütern sanktionieren, ist unzulässig, weil sie mit dem als Völkergewohnheitsrecht allgemein anerkannten und spätestens in Art. 2 Abs. 7 S. 1 UN-Charta verankerten Einmischungsverbot nicht zu vereinbaren ist.

-
- 1 *Neumann*, Normentheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im internationalen Bereich des „Internationalen Strafrechts“, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 589 (601).
 - 2 *Papathanasiou*, Das Bindingsche Model der „Kompetenz-Kompetenz“ – Die Normentheorie an der Kreuzung vom sog. internationalen Strafrecht und Völkerrecht, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 245 ff. m.w.N.
 - 3 *Neumann* (Fn. 1), S. 603 ff. Diese These hat eine überaus positive Resonanz gefunden. Zustimmend u.a. *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 151.
 - 4 So auch bereits *Böse*, Die Stellung des sog. Internationalen Strafrechts im Deliktsaufbau und ihre Konsequenzen für den Tatbestandsirrtum, in: Bloy et al. (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 61 (63 f.); *ders.* in: *NomosKommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 3–7 Rn. 54.

Zur Universalgeltung führt aber die bis vor einigen Jahren vorherrschende Betrachtung⁵ der Regelungen der Reichweite der Strafbefugnis als unrechtsneutrale objektive Bedingung der Strafbarkeit. Anschaulich lässt sich besagte Grundsatzfrage am hochaktuellen Beispiel des Marktmissbrauchs im Zusammenhang mit Kryptowerten darstellen (unter III.).

II. Die Problematik in Bezug auf Cyberkriminalität

Die Cyberkriminalität, auch Internetkriminalität oder Computerkriminalität genannt, bezieht sich auf (a) die Nutzung von Informations- und Kommunikationsnetzen ohne geographische Begrenzung und (b) die Übertragung von nicht erfassbaren und kurzlebigen Daten.⁶ Das Spektrum der Cyberkriminalität erfasst sämtliche Verhaltensweisen, welche informations-technische Systeme entweder als Tatobjekt angreifen oder als Tatmittel einsetzen.⁷

Auf der Suche nach dem Tatort eines Cybercrimes führt die Analyse des Territorialitätsprinzips insbesondere über die sog. potentiellen Gefährdungsdelikte, auch Eignungs- oder abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte genannt. Bei ihnen ist nicht die Rede von dem Eintritt einer konkreten Gefahr, sondern nur von einer generellen Gefährlichkeit von Handlung oder Tatmittel.⁸ Es wäre eine eindeutige Interpretation *contra legem*, diese generelle Gefährlichkeit (oder, je nach Begriff, Geeignetheit) mit dem Tatbestandsmerkmal des Eintrittes einer konkreten Gefahr gleichzusetzen. Zwischen den Begrifflichkeiten „generell“ und „konkret“ gibt es erhebliche

5 Vertreten von *Ambos* in: Münchener Kommentar, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 3; *Baumann et al.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 5 Rn. 24; *Eser/Weißer* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 3 Rn. 6; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, Vor § 3 Rn. 10 jeweils m.w.N.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 180; *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994, S. 156 ff.; *Schneider*, Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, 2011, S. 274; *Walter*, JuS 2006, 870 (871).

6 BuA 4/2009, I.1. [Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Abänderung des Strafgesetzbuches (Cyber Crime) vom 10.3.2009].

7 Vgl. *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, 2011, S. 30; *Grözingen*, Cybercrime und Datenkriminalität, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 50 Rn. 8.

8 *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1875); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 45.

Unterschiede, die eine insofern sachlich begründete unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Eine Gefahr, die keine konkrete ist und mithin kein genuines Tatbestandsmerkmal sein kann, sollte keinen Gerichtsstand begründen.

Paradigmatisch zum Ausdruck gebracht wird dies in dem bekannten Fall der Verbreitung der sog. Auschwitzlüge im Internet.⁹ Der Erste Strafsenat des BGH hat mit seinem Urteil vom 12.12.2000 zum einen die hier in Rede stehende Deliktsskategorie angesprochen: „Mit der Eignungsformel wird die Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 und Abs. 3 StGB zu einem abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt (...); teilweise wird diese Deliktsform auch als ‘potentielles Gefährdungsdelikt’ bezeichnet (...). Dabei ist die Deliktsbezeichnung von untergeordneter Bedeutung; solche Gefährnungsdelikte sind jedenfalls eine Untergruppe der abstrakten Gefährnungsdelikte“.¹⁰ Zum anderen hat er in international-strafrechtlicher Hinsicht u.a. Folgendes angenommen: „Stellt ein Ausländer von ihm verfasste Äußerungen, die den Tatbestand der Volksverhetzung i.S.d. § 130 Abs. 1 oder des § 130 Abs. 3 StGB erfüllen (‘Auschwitzlüge’), auf einem ausländischen Server in das Internet, der Internetnutzern in Deutschland zugänglich ist, so tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg (§ 9 Abs. 1 3. Alt. StGB) im Inland ein, wenn diese Äußerungen konkret zur Friedensstörung im Inland geeignet sind“.¹¹

Das Merkmal der *Eignung* einer Äußerung zur Störung des öffentlichen Friedens basiert auf dem Rechtsguts- bzw. Schutzprinzip. Dieses Prinzip ist vor allem für § 5 StGB relevant, der Regelungen für ausschließlich im *Ausland* begangene Taten betrifft. Das Rechtsgutprinzip spielt eine wichtige Rolle bei der Frage der Nichteinmischung in die Souveränität eines *anderen* Staates. Im Gegensatz dazu bezieht sich § 9 StGB auf die Territorialität im Sinne des § 3 StGB und betrifft daher *Inland*staaten. Diese Inlandstaaten fallen logischerweise nicht in den Anwendungsbereich der §§ 5–7 StGB, welche Straftaten im Ausland bzw. Straftaten mit Auslandsbezug erfassen. Das bedeutet, dass § 9 StGB zur Schaffung einer rechtlichen Grundlage für die Verfolgung von Straftaten dient, die innerhalb des Staatsgebiets begangen werden, und nicht auf die Anwendung des Rechtsgutprinzipis angewiesen ist, das bei Auslandstaaten relevant ist.¹²

9 BGHSt 46, 212; krit. Bspr. u.a. Koch, JuS 2002, 123; Lagodny, JZ 2001, 1198; Hilgen-dorf, NJW 1997, 1873.

10 BGHSt 46, 212 (218).

11 BGHSt 46, 212 (220); zust. Walter, JuS 2006, 870 (873).

12 Vgl. Lagodny, JZ 2001, 1198 (1200).

Zu begrüßen ist deshalb, dass andere Strafsenate des BGH in jüngerer Rechtsprechung starke Bedenken geäußert und die gegenteilige Auffassung vertreten haben. So hat der Dritte Strafsenat – bezogen auf denselben Tatbestand – in seinem Beschluss vom 3.5.2016 ausgeführt, dass das Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB, das zur Einstufung der Vorschrift als potentiell Gefährdungsdelikt führe, keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg umschreibe, so dass eine Inlandstat nicht begründet werden könne.¹³ Diese Rechtsprechungsänderung veranlasste sogar den Gesetzgeber zu handeln: In § 5 StGB, der sich ausschließlich auf im *Ausland* begangene Taten bezieht, wurde mit Wirkung vom 1.1.2021 durch Gesetz vom 30.11.2020 eine neue Nr. 5a lit. c) eingefügt.¹⁴

Ähnlich hat der Dritte Strafsenat am 19.8.2014 in Bezug auf das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 86a StGB entschieden, dass dieses Delikt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg umschreibe. Selbst wenn die Frage nach dem Erfolgsort normspezifisch am Schutzzweck der jeweiligen Strafvorschrift ausgerichtet werden müsste, wäre an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen sei oder gar nur umschlagen könne, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten.¹⁵ In diese Richtung geht auch eine jüngere, in Bezug auf Internetdelikte ergangene Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs. Dort wird ausgeführt: „Mit dem Empfang und dem Lesen der E-Mails in Österreich verbundene Wirkungen sind für das (...) bereits in Spanien vollendete Delikt nicht von Bedeutung. Ein inländischer Tatort liegt somit nicht vor.“¹⁶

Diese Rechtsprechung verdeutlicht die Notwendigkeit einer präzisen und differenzierten Betrachtung bei der Bestimmung des Tatortes, insbesondere im Kontext von Delikten im digitalen Raum. Spätestens nach der oben genannten gesetzgeberischen Aktivität soll als klaggestellt gelten, dass selbst potentielle Gefahren die inländische Gerichtsbarkeit nicht begründen können. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, über das Vehikel der abstrakten Gefährdungsdelikte eine universelle Geltung der einschlägigen Strafgesetze anzunehmen, was angesichts der eingangs¹⁷

13 BGH NStZ 2017, 146 (147). Vgl. jüngst *Klaas* in: *Klaas/Momsen/Wybitul* DatenschutzsanktionenR-HdB, 1. Aufl. 2023, § 25 Rn. 97.

14 Vgl. *Böse* in: *NomosKommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 27.

15 BGH NStZ 2015, 81 (82). Vgl. *Kudlich/Berberich*, NStZ 2019, 633.

16 OGH JSt 2019, 154 (157).

17 Siehe oben zu Fn. 1–3.

erwähnten Relativität des Unrechts und auch bereits völkerrechtlich unzulässig wäre.

Potentielle (und umso weniger: abstrakte) Gefährdungsdelikte können deshalb keinen Erfolgsort begründen. Es ist vielmehr erforderlich, dass stets konkrete Realisierungen der einschlägigen Gefahren verlangt werden,¹⁸ um überhaupt von einem Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs.1 StGB sprechen zu können. Somit muss die Ausdehnung der Strafbefugnis mit einem anderen Prinzip hinsichtlich der Tathandlung begründet werden, wie etwa der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Täters.¹⁹ Die Herausforderung der Internetkriminalität rechtfertigt nicht *eo ipso* unzulässige Gesetzesanwendungen; die Lösung ist vielmehr in der internationalen Zusammenarbeit zu suchen.²⁰ Der innerstaatliche Bereich der Verletzungs- und Gefährdungsdelikte hat sein völkerrechtliches Pendant im sog. (Aus-)Wirkungsprinzip. Dieses gilt nach vorherrschender Meinung allerdings ebenfalls nicht uneingeschränkt, vielmehr bedarf es eines gesteigerten Inlandsbezuges.²¹

III. EU-Regulierung von Krypto-Börsen und nationale Strafbestimmungen

Nun soll auf die einleitend aufgeworfene, grundlegende dogmatische Frage zurückgekommen werden: An welcher Stelle ist das Strafanwendungsrecht im Deliktsaufbau zu prüfen? Die vorzugswürdige Antwort, die eine universelle Geltung der Strafgesetze dogmatisch stringent verhindert, lautet: Die Anwendbarkeit des nationalen Strafrechts ist als Tatbestandsmerkmal anzusehen. Die Bedeutung dieser dogmatischen Frage lässt sich am Beispiel manipulativer Verhaltensweisen auf Krypto-Börsen unter dem Gesichtspunkt des Marktmissbrauchs verdeutlichen. Dieses Beispiel wird zeigen, wie weit sich der Geltungsanspruch von Normen im Kontext der Krypto-Entwicklungen faktisch erstreckt und was das für das nationale Strafrecht bedeutet. Die nachfolgenden Ausführungen bieten zugleich einen prägnanten Überblick über die MiCAR.

18 Vgl. hierzu *Morozinis*, GA 2011, 475 (481).

19 Vgl. *Werle/Jeßberger* in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 12. Aufl. 2007, § 9 Rn. 102; *Eisele*, *Computer- und Medienstrafrecht*, 2013, § 3 Rn. 16. Weniger verlangt insofern *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1876).

20 So bereits *Koch*, JuS 2002, 123 (127).

21 Siehe hierzu *von Arnould*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 347, allerdings ohne weitere Quellenangaben.

Verhaltensweisen auf Krypto-Börsen waren bis vor Kurzem vollständig unreguliert. Seit anderthalb Jahren existiert die Verordnung über Märkte für Kryptowährungen in der regulatorischen Landschaft,²² die eine risikogerechte Regulierung gewährleistet und darauf abzielt, den Schutz der Anleger:innen zu stärken und die Funktionsfähigkeit der Märkte zu verbessern.²³

Krypto-Börsen sind Online-Plattformen in der Gestalt von Märkten für Kryptowerte, mithin Börsen der digitalen Welt. Krypto-Börsen fungieren vor allem als Vermittlungsplattformen, die Käufer:innen und Verkäufer:innen von Kryptowerten zusammenführen, wodurch Nutzer:innen die Möglichkeit erhalten, verschiedene Kryptowährungen wie Bitcoin, Ethereum und Ripple sowohl untereinander als auch gegen traditionelle Fiat-Währungen wie den US-Dollar oder den Euro zu handeln. Krypto-Börsen bieten darüber hinaus eine breite Palette an Funktionen im Zusammenhang mit Blockchain und Kryptowährungen an; zu diesen Funktionen gehören vor allem Anwendungen aus dem dezentralen Finanzsektor (sog. DeFi-Anwendungen)²⁴ oder der Handel mit digitalisierter Kunst (sog. nicht fungible Tokens; NFTs).²⁵

22 Verordnung 2023/1114/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.5.2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr.1093/2010 und (EU) Nr.1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937, ABl. EU L 150/40. Nach Art. 149 Abs. 2 MiCAR gilt die Krypto-Regulierung seit dem 30.12.2024. Obwohl die neuen Vorschriften ursprünglich innerhalb von 20 Tagen nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft treten sollten (Art.149 Abs.1 MiCAR), erfolgte ihre tatsächliche Umsetzung erst am 30.12.2024. Einige Teile der Verordnung sind jedoch nach Art.149 Abs.3 MiCAR bereits seit dem 30.6.2024 wirksam. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Manuskriptes (Vortrag im September 2022) lag nur noch der Entwurf der Verordnung vor. Daher musste der Text für die Publikation (Druckfahnen im Januar 2025) mehrfach aktualisiert werden.

23 Vgl. BaFin-Mitteilung vom 17.5.2023, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa_bj_2305_Mica.html (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

24 Zum Begriff vgl. nur Mitteilungen auf der Internetseite der BaFin: „Die vielfältigen Anwendungsfälle von DeFi-Anwendungen, wie dezentrale Handelsplattformen („DEXes“), dezentrale Formen der Kreditvergabe, dezentral erzeugte Stablecoins, dezentral emittierte und gehandelte Derivate sowie erste Formen dezentraler Versicherungen und Vermögensverwaltung, ähneln denen des konventionellen Finanzsystems“, https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/DLT_Blockchain_Krypto/DAOS/DAOS_artikel.html%20 (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

25 Hierzu siehe das Online-Glossar der BaFin: „Ein Non-Fungible Token (NFT) ist ein Kryptotoken, der nicht fungibel ist. Nicht fungibel bedeutet, dass diese Kryptotoken nicht untereinander ersetzt werden können. So kann etwa ein Bitcoin durch einen

Als *Kryptowerte* (auch Krypto-Assets oder Krypto-Token genannt) werden Vermögenswerte bezeichnet, die vor allem durch Blockchains abgebildet werden. Eine Blockchain ist das Beispiel par excellence einer dezentralen Ledger-Technologie (DLT): Bei einer DLT handelt es sich im Allgemeinen um eine digitale, dezentrale Datenbank, die von allen Teilnehmer:innen abgespeichert und regelmäßig auf dem neuesten Stand gehalten wird; letztendlich handelt es sich um ein verteiltes Kassenbuch, in das jede:r Beteiligte neue Daten eintragen kann, während einmal eingetragene Datensätze nicht rückwirkend geändert werden können.²⁶

Die Krypto-Verordnung enthält in Art. 3 Abs. 1 insgesamt 51 Begriffsbestimmungen; dies ist ein *Symptom für die Komplexität* der behandelten Materie. Der Begriff „Kryptowert“ wird in Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCAR wie folgt definiert: Es handelt sich um eine digitale Darstellung eines Wertes oder eines Rechtes, der bzw. das unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden kann. Mit „Distributed Ledger“ ist in Nr. 2 ein Informationsspeicher gemeint, der Aufzeichnungen über Transaktionen enthält und der unter Verwendung eines Konsensmechanismus auf eine Reihe von DLT-Netzwerkknoten verteilt und zwischen ihnen synchronisiert wird. Der „Konsensmechanismus“ nach Nr. 3 umfasst die Regeln und Verfahren, die eine Übereinstimmung zwischen den DLT-Netzwerkknoten herbeiführen, um die Validierung einer Transaktion zu gewährleisten. Bei den „DLT-Netzwerkknoten“ geht es wiederum nach Nr. 4 um ein Gerät oder Verfahren, das Teil eines Netzwerks ist und das eine vollständige oder partielle Kopie von Aufzeichnungen aller Transaktionen in einem Distributed Ledger enthält.

Der Adressat:innenkreis der Krypto-Regulierung der EU ist weit gefasst: Adressat:innen sind nach Art. 2 Abs. 1 MiCAR natürliche und juristische Personen sowie bestimmte andere Unternehmen, die in der EU

anderen ersetzt werden, ist also fungibel. Ein original Picasso-Werk kann aber nicht durch ein anderes original Picasso-Werk ersetzt werden, ist also nicht fungibel“; https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/InnovativeFinanztechnologien/DLT_Blockchain/Glossar/glossar_node.html (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

26 Vgl. *Hosp*, Blockchain 2.0, 2018, S. 36; siehe auch unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/distributed-ledger-technologie-dlt-54410> (zuletzt abgerufen am 1.9.2014). Zu Blockchain und Strafrecht siehe näher *Papathanasiou*, ZWF 2022, 178.

- mit der *Ausgabe*, dem *öffentlichen Angebot* und der *Zulassung zum Handel* von Kryptowerten befasst sind oder
- die *Dienstleistungen* im Zusammenhang mit Kryptowerten erbringen.

Als „Anbieter:innen“ gilt eine natürliche oder juristische Person oder ein anderes Unternehmen, die bzw. das Kryptowerte öffentlich anbietet, oder der:die Emittent:in, der:die Kryptowerte öffentlich anbietet (Art. 3 Abs. 1 Nr. 13 MiCAR). Als „Anbieter:in von Kryptowerte-Dienstleistungen“ wird nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 15 MiCAR jede juristische Person oder jedes andere Unternehmen angesehen, deren bzw. dessen berufliche oder gewerbliche Tätigkeit darin besteht, eine oder mehrere Kryptowerte-Dienstleistungen gewerblich für Kund:innen zu erbringen. Nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 16 MiCAR fallen unter den Begriff „Krypto-Dienstleistung“ folgende Dienstleistungen und Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kryptowerten: a) Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten für Kunden; b) Betrieb einer Handelsplattform für Kryptowerte; c) Tausch von Kryptowerten gegen einen Geldbetrag; d) Tausch von Kryptowerten gegen andere Kryptowerte; e) Ausführung von Aufträgen über Kryptowerte für Kund:innen; f) Platzierung von Kryptowerten; g) Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Kryptowerte für Kund:innen; h) Beratung zu Kryptowerten; i) Portfolioverwaltung von Kryptowerten; j) Erbringung von Transferdienstleistungen für Kryptowerte für Kund:innen.

Obwohl die Emission, das Angebot und die Zulassung von Kryptowerten sowie die Erbringung von Kryptowerte-Dienstleistungen in der EU stattfinden sollen, führt ihre tatsächliche Durchführung faktisch dazu, dass alle Kryptowerte weltweit vom Anwendungsbereich der MiCAR erfasst werden können. Der Geltungsbereich der MiCAR erstreckt sich praktisch weltweit: Da die Kryptowelt nicht auf nationale Märkte beschränkt ist, werden Services und herausgegebene Token in der Regel international beworben, oft in englischer Sprache. Internationale Verkäufe erfolgen üblicherweise mittels Currency Tokens oder Kreditkarten. Aufgrund dieser Umstände erfolgen Kryptowertemissionen und -services häufig auch innerhalb der EU, wodurch ein Bezug zur EU hergestellt wird und sie der Regulierung durch MiCAR unterliegen.²⁷

Die Regelungen zur Verhinderung und Untersagung von Marktmissbrauch im Kontext von Kryptowerten sind in Titel VI (Art. 86–92) der MiCAR verankert. Dabei behandelt Art. 89 MiCAR das Verbot von Insider-

27 Vgl. *Maume*, RD 2022, 461 (463).

geschäften, während Art. 90 sich mit der unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen befasst und Art. 91 MiCAR das Verbot der Marktmanipulation normiert. Diese Verhaltensweisen sind geeignet, die Integrität des Marktes zu gefährden und das Vertrauen der Nutzer:innen in die Märkte zu untergraben.²⁸ Den *Geltungsbereich der Marktmissbrauchsregelungen* legt Art. 86 MiCAR fest, der in strafanwendungsrechtlicher Hinsicht von erheblicher Bedeutung ist: „(1) Dieser Titel gilt für von jedweden Personen vorgenommene Handlungen im Zusammenhang mit Kryptowerten, die zum Handel zugelassen sind oder deren Zulassung zum Handel beantragt wurde. (2) Dieser Titel gilt auch für alle Geschäfte, Aufträge und Handlungen, die in Absatz 1 genannte Kryptowerte betreffen, unabhängig davon, ob ein solches Geschäft, ein solcher Auftrag oder eine solche Handlung auf einer Handelsplattform getätigt wurde. (3) Dieser Titel gilt für Handlungen und Unterlassungen in der Union und in Drittländern im Zusammenhang mit den in Absatz 1 genannten Kryptowerten.“

Das Zusammenlesen des Art. 86 MiCAR mit den drei *kryptowertebezogenen Verbotsnormen* (d.h. Verbot von Insidergeschäften, Verbot der unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen und Verbot der Marktmanipulation) ergibt deren *extraterritoriale Geltung*. Was bedeutet dies konkret für das Straf(anwendungs)recht? Die Materie ist komplex und bedarf bedachtsamer Annäherung. Um die extraterritoriale Geltung der drei kryptobezogenen Verbotsnormen und ihre Bedeutung für das Strafrecht anschaulich zu erklären, soll als Beispiel für eine Krypto-Marktmanipulation das *Wash-Trading* dienen, eine klassische Form von Manipulation in den geregelten Märkten.

Diese Praxis ist in Deutschland nach § 119 WpHG strafbar. Bei diesem Straftatbestand handelt es sich um ein Blankettstrafgesetz; die tatbestandlichen Voraussetzungen ergeben sich erst durch das Zusammenlesen von § 119 Abs. 1 WpHG und Art. 15, 12 MAR^{29,30} Wash-Trading wird unter den Indikatoren für manipulatives Handeln im Sinne des Art. 12 Abs. 3 mit Anhang I Abschnitt A. MAR genannt. Nach der Erläuterung in Nr. 3 geht es beim Wash-Trading um „Vorkehrungen für den Kauf oder Verkauf eines

28 Vgl. Erwägungsgrund 95 der MiCAR.

29 MAR steht für „Market Abuse Regulation“ und dabei handelt es sich um die Verordnung 596/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. EU L 2014/173.

30 Hierzu vgl. Merwald, JURA 2022, 188.

Finanzinstruments, eines verbundenen Waren-Spot-Kontrakts oder eines auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekts, bei dem es nicht zu einer Änderung des wirtschaftlichen Eigentums oder des Marktrisikos kommt oder bei dem eine Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums oder des Marktrisikos zwischen den gemeinschaftlich oder in Absprache handelnden Parteien stattfindet. Diese Praxis lässt sich auch anhand der folgenden zusätzlichen Indikatoren für Marktmanipulation veranschaulichen: i) ungewöhnliche Wiederholung einer Transaktion zwischen einer kleinen Anzahl von Parteien über einen gewissen Zeitraum; ii) Transaktionen oder Handelsaufträge, durch die sich die Bewertung einer Position verändert bzw. wahrscheinlich verändert, obwohl der Umfang der Position weder kleiner noch größer wird. (...)“.

Wash-Trading ist zwar eine klassische Form von Manipulation in den *ge-regelten Märkten*, findet aber gleichermaßen in *Märkten der digitalen Welt* statt, mithin bezogen auf Kryptowerte. Bei diesem Krypto-Wash-Trading kaufen und verkaufen Börsen gleichzeitig Krypto-Token, um das eigene Handelsvolumen in die Höhe zu treiben und so neue Kund:innen anzuziehen. Ein im Dezember 2022 publizierter Bericht des US-amerikanischen National Bureau of Economic Research zeigt, dass der überwiegende Teil (über 70%) des gemeldeten Volumens auf unregulierten Krypto-Börsen auf gefälschtes Wash-Trading zurückzuführen ist.³¹ Auch das Forbes-Magazin weist in einem Artikel von Juli 2022 darauf hin, dass sich Krypto als nichts anderes als ein groß angelegtes *Pump-and-Dump-Schema* entpuppt,³² eine betrügerische Praxis, die häufig in den Finanzmärkten vorkommt, insbesondere bei wenig regulierten Märkten wie Kryptowährungen.³³

31 Vgl. unter <https://www.thetrade.news.com/illegal-wash-trading-accounts-for-up-to-70-of-crypto-volumes-finds-study/> (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

32 Adkisson, *Crypto Turns Out To Be Nothing But A Massive Pump And Dump Scheme Fueled By Widespread Manipulation*, Forbes v. 31.7.2022, <https://www.forbes.com/sites/jayadkisson/2022/07/31/crypto-turns-out-to-be-nothing-but-a-massive-pump-and-dump-scheme-fueled-by-widespread-manipulation/?sh=6alle39f4aad> (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

33 Ausf. hierzu *Kamps/Kleinberg*, *Crime Sci* 7, 18 (2018). Siehe auch *Trozze et al.*, *Crime Sci* 11, 1 (2022). Das *Pump-and-Dump-Schema* besteht aus zwei Hauptphasen: 1. Pump (Aufpumpen): Die Täter:innen kaufen eine beträchtliche Menge einer bestimmten Aktie oder Kryptowährung, um den Preis künstlich in die Höhe zu treiben (Manipulation des Preises). Sie verbreiten irreführende oder falsche Informationen über das betreffende Wertpapier, um andere Anleger:innen dazu zu bringen, ebenfalls zu kaufen. Dies kann über soziale Medien, Foren, Newsletters oder andere Kommunikationskanäle geschehen (Verbreitung von Fehlinformationen). Durch diese Takti-

Solche manipulativen Spielchen in Krypto-Börsen bleiben allerdings strafflos, weil Krypto-Börsen z.B. in der EU bis vor Kurzem nicht geregelt waren. Es wäre eine Überlegung, auf der Suche nach einer Strafbarkeit an den Wertpapierhandel zu denken: Eine Strafbarkeit nach § 119 WpHG hätte jedoch ebenso wenig in Betracht kommen können, weil die beeinflussenden Informationen des jeweiligen Kryptowährungskurses nicht vom Regelungsgehalt umfasst sind. Bitcoin selbst ist etwa kein Finanzinstrument, das zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen worden ist.³⁴ Eine Krypto-Börse ähnelt außerdem, wie der faktische Geltungsbereich der MiCAR nachweist, einem globalen Markt weitaus mehr als einem klassischen Wertpapierhandel.

Das Krypto-Wash-Trading ist sozialetisch unbestreitbar zu beanstanden. Aus normentheoretischer Sicht stellt sich die Situation aber folgendermaßen dar: In Bezug auf das „traditionelle“ Wash-Trading existiert eine durchaus internalisierte, sanktionsbewehrte Verhaltensnorm, die sich im Kontext herkömmlicher Finanzmärkte in einer Sanktionsnorm widerspiegelt. Dies gilt jedoch nicht für Krypto-Börsen.

Am Beispiel des Krypto-Marktmissbrauchs wird somit deutlich, dass sich die Verhaltensnorm eben nicht aus dem Erfolg, und damit auch nicht im Umkehrschluss aus der Strafbestimmung, herleiten lässt. Vielmehr sind für die Verhaltensnorm die finanzmarktrechtlichen Regelungen entscheidend. Nunmehr könnte in der Tat eine Strafbarkeit nach § 119 Abs.1 WpHG i.V.m. jener Regelung in Betracht kommen, die Art. 91 MiCAR konkret umschreibt.³⁵ Mit anderen Worten: Die Verhaltensweise „Marktmissbrauch“ bzw. „Verbreiten unrichtiger Informationen zum Einwirken auf den Kurs“ erstarkt in Bezug auf Krypto-Börsen erst zu einer Verhaltensnorm, sobald dieser Bereich reguliert ist. Dies geschah durch die MiCAR, die am

ken erzeugen sie ein künstliches Interesse und eine erhöhte Nachfrage, was den Preis weiter steigen lässt (Steigerung des Interesses). 2. Dump (Abstoßen): Sobald der Preis ausreichend gestiegen ist und eine große Anzahl von Anleger:innen investiert hat, verkaufen die Täter:innen ihre Anteile zu diesen künstlich hohen Preisen (Verkauf zu hohen Preisen). Nachdem die Täter:innen ihre Positionen verkauft haben, fällt der Preis stark, da die Nachfrage nicht mehr durch den künstlichen Hype unterstützt wird (Kursverfall). Diejenigen, die spät eingestiegen sind und die manipulierten Wertpapiere zu hohen Preisen gekauft haben, erleiden erhebliche Verluste, wenn der Preis fällt (Verluste für andere Anleger:innen).

34 Vgl. Börner, NZWiSt 2018, 48 (50).

35 Ähnlich wie bisher nach § 119 Abs.1 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 MAR (hierzu oben Fn. 29).

29.6.2023 in Kraft getreten ist und teilweise bereits seit dem 30.6.2024, im Übrigen seit dem 30.12.2024, gilt.

Der Umfang des Manipulationsverbots in Art. 91 MiCAR entspricht weitgehend der MAR für die herkömmlichen Märkte. Dort hieß es insbesondere im Erwägungsgrund 7 MAR: „Marktmissbrauch ist ein Oberbegriff für unrechtmäßige Handlungen an den Finanzmärkten und sollte für die Zwecke dieser Verordnung Insidergeschäfte oder die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen und Marktmanipulation umfassen. Solche Handlungen verhindern vollständige und ordnungsgemäße Markttransparenz, die eine Voraussetzung dafür ist, dass alle Wirtschaftsakteure an integrierten Finanzmärkten teilnehmen können“. Die Mitgliedstaaten haben – wie üblicherweise – im Einklang mit dem nationalen Recht angemessene verwaltungsrechtliche Sanktionen im Hinblick auf Verstöße gegen das Kryptowerte-Marktmanipulationsverbot vorzusehen. Davon erfasst wird sowohl die handels-, handlungs- als auch die informationsgestützte Marktmanipulation. Für (schwerwiegende) Manipulationen auf Märkten für Kryptowerte sind zwar keine strafrechtlichen Sanktionen vorgeschrieben; ausgeschlossen sind solche Sanktionen jedoch nicht und ihre Festlegung ist Sache der Mitgliedstaaten.³⁶ Art. 99 MiCAR sieht jedenfalls eine Übermittlungspflicht vor, die auch gesetzgeberische Aktivitäten im Bereich des Strafrechts miteinschließt: „Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission, der EBA und der ESMA bis zum 30. Juni 2025 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, einschließlich der einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften, zur Umsetzung dieses Titels. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission, der EBA und der ESMA spätere Änderungen dieser Vorschriften unverzüglich mit“.

Vor diesem Hintergrund könnten einzelne Verstöße gegen die besagten drei kryptobezogenen Verbote unter Kriminalstrafe gestellt werden. Es stellt sich die Frage, wie die einschlägigen Tatbestände umschrieben und die Verstöße dagegen sanktioniert werden könnten. Die Strafnormen würden, sofern sie entsprechend gestaltet sind, im Einklang mit § 119 WpHG dem Schutz der Marktintegrität sowie dem Schutz der Verbraucher:innen und Anleger:innen dienen. Ziel der MiCAR war es außerdem, Innovation und die Einführung neuer Finanztechnologien zu fördern und dabei einen angemessenen Verbraucher:innen- und Anleger:innenschutz zu gewährleis-

36 Vgl. *Rascher*, BKR 2022, 217 (223).

ten.³⁷ Es würde sich deshalb um ein überindividuelles Rechtsgut handeln, welches hierdurch geschützt wird. Derartige Tatbestände haben *keinen vermögens- oder individualschützenden Charakter* und entfalten lediglich mittelbare Schutzwirkung für einzelne Anleger:innen bzw. Marktteilnehmer:innen.³⁸

Angesichts des übergeordneten Schutzzweckes der Funktionsfähigkeit der organisierten Kapitalmärkte bzw. des Emissionshandels werden Marktmanipulationen (vgl. Art. 91 MiCAR) als abstrakte Gefährdungsdelikte klassifiziert. Dennoch handelt es sich dabei um Erfolgsdelikte, sofern sie eine tatsächliche Beeinflussung des Börsen- oder Marktpreises des betreffenden Vermögenswertes oder die Berechnung des Referenzwertes erfordern.³⁹ Eine differenzierte Betrachtung ist bezogen auf Insidergeschäfte erforderlich: Das Verbot des Tätigens von Insidergeschäften (vgl. Art. 89 Abs. 2 MiCAR) ist rein tätigkeitsbezogen ausgestaltet, ohne dass der:die Insider:in tatsächlich einen wirtschaftlichen Vorteil aus seinem Informationsvorsprung ziehen muss. Dadurch erhält der Tatbestand eine überindividuelle Schutzorientierung, die es zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt macht. Ähnliches lässt sich in Bezug auf das insiderrechtliche Empfehlungsverbot (vgl. Art. 89 Abs. 3 MiCAR) sowie das Verbot unrechtmäßiger Offenlegung von Insiderinformationen (vgl. Art. 90 MiCAR) feststellen: Hierbei handelt es sich um Vorfeldtatbestände des eigentlichen Insiderhandelsverbots, die sicherstellen sollen, dass die Anzahl der Personen mit Zugang zu Insiderinformationen, und somit auch die Gefahr von Insidergeschäften aufgrund von Informationsvorsprüngen, möglichst geringgehalten werden.⁴⁰

Die MiCAR bedarf zwar als EU-Verordnung keiner Umsetzung im technischen Sinne des EU-Rechts wie eine EU-Richtlinie,⁴¹ aber doch einer *Durchführung*, zumal an einigen Stellen generisch auf die zuständigen nationalen Behörden oder nationale Regelungen verwiesen wird. Zu die-

37 <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2021/11/24/digital-finance-package-council-reaches-agreement-on-mica-and-dora/> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

38 Kämpfer/Travers in: BeckOK WpHR, WpHG, 11. Aufl. 2023, § 119 Rn. 10.

39 Kämpfer/Travers in: BeckOK Wertpapierhandelsrecht, 12. Edition, Stand 1.7.2024, § 119 WpHG Rn. 11; Pananis in: Münchener Kommentar, StGB, Band 6, 4. Aufl. 2023, § 119 Rn. 10.

40 Pananis in: Münchener Kommentar, StGB, Band 6, 4. Aufl. 2023, § 119 WpHG Rn. 11.

41 Vgl. Erläuterung des Begriffs „Umsetzung“ unter <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/glossary/transposition.html> (zuletzt abgerufen am 21.1.2025).

sem Zweck wurde sogar das neue Finanzmarktdigitalisierungsgesetz vom 27.12.2024 (FinmadiG) konzipiert:⁴² Mit Art. 1 FinmadiG wird das Gesetz zur Aufsicht über Märkte für Kryptowerte (Kryptomärkteaufsichtsgesetz – KMAG) eingeführt, dessen § 1 Abs. 1 als klares Ziel die Durchführung der MiCAR benennt.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll das FinmadiG den derzeitigen nationalen Aufsichtsrahmen für das Betreiben bzw. das Erbringen von Bank- und Finanzdienstleistungen im Hinblick auf Kryptowerte einschließlich der erteilten Erlaubnisse in den neuen Regelungsrahmen der MiCAR überführen und die erforderlichen Regelungen zu ihrer Anwendung in Deutschland treffen.⁴³ Wie treffend hierzu angemerkt, ist das FinmadiG „als Omnibus-Gesetz konzipiert, das Änderungen an zahlreichen Rechtsvorschriften vorsieht und damit nahezu das gesamte Spektrum des aufsichtsrechtlichen Kanons deutscher Gesetze umfasst (so unter anderem: KWG, WpIG, WpHG, KAGB, ZAG, VAG, GwG, HGB, GewO, BörsG, SAG, VermAnlG)“.⁴⁴

Die Sanktionierung u.a. der drei oben genannten kryptobezogenen Verbote kann somit erst aufgrund des FinmadiG erfolgen, das auf die einzelnen MiCAR-Regelungen verweist. Die Umschreibung der einschlägigen Blankettstraftatbestände findet sich in den §§ 46 und 47 KMAG, wobei der erstgenannte Paragraph Strafvorschriften und der zweitgenannte Paragraph Bußgeldvorschriften normiert. Beide traten nach Art. 23 Abs. 1 FinmadiG am 1.7.2024 in Kraft. Im Einzelnen:

- a) Der vorsätzliche *Verstoß gegen das Verbot von Insidergeschäften* im Sinne des Art. 89 MiCAR ist eine strafbare Handlung (Vergehen) nach § 46 Abs. 1 Nr. 4, 5 KMAG. Die fahrlässige Begehung wird nach § 47 Abs. 1 KMAG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.
- b) Der vorsätzliche *Verstoß gegen die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen* im Sinne des Art. 90 MiCAR ist eine strafbare Handlung (Vergehen) nach § 46 Abs. 1 Nr. 6 KMAG. Die fahrlässige Begehung wird nach § 47 Abs. 1 KMAG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.
- c) Der vorsätzliche oder fahrlässige *Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation* im Sinne des Art. 91 MiCAR ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 47 Abs. 3 Nr. 113 KMAG. Es liegt eine strafbare Handlung (Vergehen in der Gestalt eines Erfolgsdeliktes) nach § 46 Abs. 2 KMAG

42 BGBl. 2024 I, 438; Inkrafttreten überwiegend am 30.12.2024. Vgl. BR-Drs. 670/23.

43 BT-Drs. 20/11178, 2.

44 Bauerfeind/Hille, ZRP 2024, 9.

vor, wenn der:die Täter:in die besagte Handlung vorsätzlich begeht und dadurch den Kurs eines oder mehrerer Kryptowerte beeinflusst (Nr. 1) oder eine unmittelbare oder mittelbare Festsetzung des Kauf- oder Verkaufskurses bewirkt (Nr. 2).

An dieser Stelle ist auf Art. 86 MiCAR zurückzukommen, der den Geltungsbereich der Marktmissbrauchsregelungen weit normiert und mithin in strafenwendungsrechtlicher Hinsicht von erheblicher Bedeutung ist. Die Reichweite der Strafbefugnis in Bezug auf Krypto-Börsen-Manipulationen, wie Krypto-Wash-Trading, hängt aufgrund des § 9 Abs. 1 StGB davon ab, ob der jeweils vertyppte Tatbestand einen Erfolg hat oder ob es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.

Dies führt zu Folgendem: Wenn die einzelnen kryptobezogenen Verbote (Art. 89-91 MiCAR) auf Handlungen und Unterlassungen sowohl in der EU als auch in Drittstaaten angewandt werden und mithin extraterritorial gelten sollten, was aufgrund der Natur einer Blockchain sogleich die ganze Welt betreffen kann, eröffnet sich faktisch ein Weg, diesen MiCAR-Regelungen universelle Geltung zu verschaffen. Für die den §§ 46 und 47 KStG zugrundeliegenden Verhaltensnormen darf dies nicht der Fall sein. Es besteht jedoch die Gefahr, dass (hier: deutsche) Strafgesetze durch die Hintertür eine universelle Geltung erfahren, sofern der jeweilige typisierte (Blankett-)Straftatbestand ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt. Um dies zu verhindern, ist in solchen Fällen ein *genuine link*, mithin ein Anknüpfungspunkt nach den §§ 3 ff. StGB, erforderlich. Der Geltungsbereich der Verhaltensnorm: „Du darfst keine manipulativen Spielchen mit Krypto-Börsen machen!“ sowie jener der entsprechenden Sanktionsnorm werden nach der hier vertretenen Auffassung ausschließlich durch das Strafanwendungsrecht festgelegt.

IV. Zusammenfassung & Ausblick

Die Digitalisierung und insbesondere die Token-Economy stellen in erster Linie das Bank- und Finanzmarktrecht, aber zwangsläufig auch das Strafrecht vor neue Herausforderungen – zumal nahezu jedes einschlägige Gesetz abschließend ein Kapitel mit „Strafbestimmungen“ enthält. Internetkriminalität umfasst viele abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte; nach hier verteilter Auffassung kann nur der Handlungsort die Strafbefugnis begründen. Die digitalen Herausforderungen rechtfertigen nicht *eo*

ipso unzulässige Gesetzesanwendungen; vielmehr kann die internationale Rechtshilfe gefördert werden.

Der Kryptomarktmisbrauch zeigt das Ausmaß der Problematik sehr anschaulich: Der Geltungsbereich der neuen Verordnung über Märkte für Kryptowährungen, die teilweise bereits seit 30.6.2024 gilt, erstreckt sich faktisch weltweit und sieht insbesondere drei kryptowertebezogenen Verbotsnormen vor: das Verbot von Insidergeschäften, das Verbot der unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen und das Verbot der Marktmanipulation. Die Sanktionierung dieser drei Verbote erfolgt erst aufgrund bzw. im Rahmen des FinmadiG. Die Umschreibung der einschlägigen Blankettstraftatbestände findet sich in den §§ 46 und 47 KMAG. Die MiCAR könnte bezogen auf die vertypen abstrakten Gefährdungsdelikte angesichts der vorgesehenen Ausdehnung des Geltungsbereichs von Verhaltensnormen auf Handlungen in Drittstaaten zu einer unzulässigen Universalgeltung der Strafgesetze durch die Hintertür führen.⁴⁵

Das Strafanwendungsrecht bietet somit eine verlässliche Grundlage, um den rechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung effektiv zu begegnen, und sorgt dafür, dass die Rechtsordnung auch in einer zunehmend digitalen Welt weiterhin stabil bleibt und funktioniert. Die Zukunft wird zeigen, ob und inwieweit das Schwert des Strafrechts im Bereich des Bank- und Finanzmarktrechts sinnvoll, angemessen und verhältnismäßig ist oder ob Geldbußen effektiver und abschreckender wirken.

45 Ausführlich zum Strafanwendungsrecht *Papathanasiou*, *Ius puniendi* und staatliche Souveränität – Genese, völkerrechtlicher Rahmen und straftheoretische Kontextualisierung des sog. Internationalen Strafrechts (Habilitationsschrift; in Vorbereitung bei NOMOS).

Universalisierung des normentheoretischen Potentials – das Beispiel des Urheberrechts*

Yuki Nakamichi

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit der normentheoretischen Analyse des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) als Strafrecht. Im deutschen Urheberrechtsgesetz sind Strafvorschriften geregelt. Auch andere Rechtsordnungen kennen ein „Urheberstrafrecht“ – die Formulierungen in den Urheberrechtsgesetzen sind jedoch von Land zu Land unterschiedlich. Daraus ergibt sich die Frage, ob die sprachlichen Unterschiede in den Sanktionsnormen auch Unterschiede in den Verhaltensnormen mit sich bringen. Der Beitrag zeigt, dass sich durch die normentheoretische Analyse gemeinsame Verhaltensnormen finden lassen – trotz etwaiger sprachlicher Unterschiede. Außerdem versucht der Beitrag, ein neues Begriffspaar zur Bezeichnung von Normen – Rules und Standards aus der US-amerikanischen Rechtstheorie – einzuführen und damit die normentheoretischen Ansätze zu bereichern.

I. Einleitung

Der Beitrag befasst sich mit der normentheoretischen Analyse des Urheberrechtsgesetzes (UrhG). Das Urheberrecht ist ein Rechtsgut, das im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung besonders schutzbedürftig ist: Während ein Inhalt zu einem großen wirtschaftlichen Erfolg führen kann, wird die Verletzung der Urheberrechte zugleich dank Smartphones, Tablets und PCs einfacher als früher. Dies ermöglicht auch Angriffe aus dem Ausland auf Inhalte. Wenn zum Beispiel ein deutscher Film von Zuschauer:innen in einem japanischen Kino mit einem Smartphone gefilmt und die vollständige Version in Sozialmedien hochgeladen wird, kann sie von Internetnutzer:innen in aller Welt angeschaut werden. Aus diesem Grund stellt die

* Dieser Beitrag wurde finanziell unterstützt vom JSPS Projekt Nr. JP21K01206.

japanische Zentrale für die Strategie zum Schutz des geistigen Eigentums in ihrer Cool-Japan-Strategie für 2019 fest, dass „wir vor der Situation stehen, in der wir wirksame Gegenmaßnahmen gegen die unerlaubte Nutzung von in Japan geschaffenen Inhalten in anderen Ländern nicht ergreifen können“.¹ Die einfachere und globalisierte Angriffsmöglichkeit ist charakteristisch für die gegenwärtigen Probleme des Urheberrechtsschutzes.

Um das Urheberrecht effektiv zu schützen, sind im UrhG Strafvorschriften eingerichtet. Insoweit ist das UrhG auch Strafrecht. Die konkreten Sanktionsnormen scheinen jedoch von Land zu Land unterschiedlich zu sein: Nach § 106 dUrhG ist strafbar, „[w]er in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt“. Dabei sind die verbotenen Handlungen im Tatbestand genannt.

§ 119 Abs. 1 jUrhG sieht hingegen anders aus: der Tatbestand erfasst „[a] person that infringes a copyright, print rights, or neighboring rights“.² Auch § 17 U.S.C. 506 bestraft „[a]ny person who willfully infringes a copyright“ unter der zusätzlichen Voraussetzung der Bereicherungsabsicht („for purposes of commercial advantage or private financial gain“). Hier steht nicht die verbotene Handlung, sondern die Rechtsverletzung als solche im Vordergrund. Daraus ergibt sich die erste Frage für die normentheoretische Analyse des UrhG, nämlich ob die sprachlichen Unterschiede in den Sanktionsnormen auch unterschiedliche Verhaltensnormen implizieren.

Neben dem Tatbestand der Urheberrechtsverletzung sind auch Voraussetzungen einer erlaubten Nutzung der Werke unterschiedlich. Während die Urheberrechtsgesetze in Deutschland und Japan relevante Einschränkungen von Urheberrechten ausdrücklich normieren (wie Zitat, Vervielfältigung zum privaten Zweck usw.), beinhaltet das US-amerikanische UrhG eine allgemeine Erlaubnis, die sog. „Fair-Use“-Regelung. Dieser Beitrag versucht, anhand der Frage der erlaubten Nutzung im Urheberrechtsgesetz ein – zumindest für die Strafrechtswissenschaft – neues Begriffspaar der

-
- 1 知的財産戦略本部「クールジャパン戦略」（2019年）28頁以下 [Die Zentrale für die Strategie zum Schutz des geistigen Eigentums, Cool-Japan-Strategie, 2019, 28–29], https://www.cao.go.jp/cool_japan/about/pdf/190903_cjstrategy.pdf (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).
 - 2 Englische Übersetzung des jUrhG vom japanischen Justizministerium verfügbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4001> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

Normen einzuführen und damit die normentheoretischen Ansätze zu bereichern.

II. Urheberrecht und Normentheorie bei Binding

Die Kombination von Urheberrechtsgesetz und Normentheorie erscheint auf den ersten Blick sonderbar. Die Erwähnung des Urheberrechts im Kontext der Normentheorie kann man jedoch schon in Passagen von *Binding* finden:

Stets sieht der Gesetzgeber in der Normirung des Lebensverhältnisses und der Rechte und Pflichten der daran beteiligten Personen seine principale Aufgabe. Erst zum Schlusse, häufig in besonderem Abschnitte folgen die Strafdrohungen für die Verletzung der vorher statuirten Pflichten. [...] Auch lassen die Gesetze nie den leisesten Zweifel darüber, dass sie ihre Normen als echte Rechtssätze ansehen, ohne irgend welche Rücksicht auf die vielleicht folgende Strafdrohung, Sie alle sind angeordnet nach der Zweierheit der Zwecke [...]: Begründung subjektiver Rechte und Pflichten der Gesetzesuntertanen heisst der erste, Strafberechtigung des Staates im Falle der Pflichtverletzung der zweite. [...] Ausschliessliche Urheber- und Erfinderrechte aufzustellen ist das erste und Hauptziel der Urheber- und Erfindergesetze. Diese Rechte führen zum Verbote ihrer Verletzung. Tragweite von Recht und Verbot werden festgestellt. Zur „Sicherstellung der Urheberrechte“ werden dann die Strafbestimmung erlassen.³

Das damalige UrhG vom 11. Juni 1870 erklärte in § 1, dass „[d]as Recht, ein Schriftwerk auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, [...] dem Urheber desselben ausschliesslich zu[-steht]“ und verbot in § 4 „[j]ede mechanische Vervielfältigung eines Schriftwerkes, welche ohne Genehmigung des Berechtigten (§§. 1. 2. 3.) hergestellt wird“ (Nachdrucksverbot). Nach §§ 8 bis 17, die die Dauer des Urheberrechts regelten, folgte die Strafvorschrift in § 18, die den vorsätzlichen und fahrlässigen Nachdruck in Verbreitungsabsicht unter Strafe stellte. Bemerkenswert ist, dass § 18 neben der Strafvorschrift eine zivilrechtliche Entschädigungspflicht vorsah.

Nach der Konzeption *Bindings* lässt sich die normentheoretische Struktur des UrhG so begreifen: § 1 UrhG a. F. begründet die subjektiven Rechte zur Vervielfältigung als „das erste und Hauptziel“ des UrhG. Um diese

3 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 73 f.

Rechte zu schützen, erlässt § 4 UrhG a. F. das Verbot der unberechtigten Vervielfältigung als (Verhaltens-)Norm. Zur „Sicherstellung der Urheberrechte“ stellt § 18 UrhG als Strafgesetz bzw. Sanktionsnorm den Nachdruck unter Strafe. Auffällig ist, dass *Binding* bei seiner Erläuterung von den „subjektiven Rechte[n]“ ausgeht, die auch zum zivilrechtlichen Schadenersatz führen können. Das legt nahe, dass die normentheoretische Konzeption, die auf den subjektiven Rechten beruht, auch bei der Analyse der Normenstruktur des geltenden UrhG nützlich sein kann.

III. Subjektive Rechte und Urheberrechtsgesetz

1. Konzeption

Die Konzeption der „subjektiven Rechte“ geht davon aus, dass „Strafwürdigkeit [...] durch zivilrechtliche Schutzwürdigkeit bedingt [ist]“⁴ und „[un-sere] Privatrechtsordnung [...] eine Rechtszuweisungsordnung [ist]“.⁵ Die den Einzelnen zugewiesenen Rechtspositionen heißen „subjektive Rechte“.⁶ Die subjektiven Rechte werden als doppelte Befugnis begriffen: als Befugnis, über einen bestimmten Gegenstand zu disponieren (Nutzungsfunktion) und Unbefugte von dem eigenen Herrschaftsbereich auszuschließen (Ausschlussfunktion).⁷ Ausschluss- und Nutzungsfunktion werden als „verschiedene Beschreibungen desselben Rechtsverhältnisses“ verstanden.⁸ Das Eindringen in die einem anderen zugewiesenen Rechtssphäre wird als rechtswidrig bewertet und muss daher verhindert werden. Das Medium zum Rechtsschutz ist die Verhaltensnorm: „Die Verhaltensnormen verpflichten den einzelnen, einen derartigen rechtswidrigen Zustand durch das Unterlassen oder die Vornahme bestimmter Handlungen zu vermeiden. [...] Die Verhaltensnormen sind [...] Kehrseite der Zuweisung von Autono-

4 Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 54.

5 Haas (Fn. 4), S. 55.

6 Haas (Fn. 4), S. 55; Renzikowski, GA 2007, 561 (562); Renzikowski in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 9.

7 Haas (Fn. 4), S. 56; Renzikowski, GA 2007, 561 (563).

8 Renzikowski, GA 2007, 561 (563).

mie durch subjektive Rechte“.⁹ Insoweit entspringt die Verhaltensnorm den subjektiven Rechten.¹⁰

2. Subjektive Rechte und Urheberrecht

Das Urheberrecht kann im Hinblick auf die subjektiven Rechte wie folgt verstanden werden: Einer Person werden subjektive Rechte im Sinne einer Freiheitssphäre zugewiesen. Aus solchen Gegenständen, die zu diesem Feld (bzw. dieser Freiheitssphäre) gehören, wie Leinwand, Farben, Füllfederhalter und Manuskriptpapier, schafft die Person ein Werk, zum Beispiel ein Gemälde oder Roman. Das Werk ist das, was diese:r Urheber:in mit dem ihr:ihm zugewiesenen Mittel seiner:ihrer Persönlichkeit in den Gegenstand „einfließen lässt“. Dabei handelt es sich um die Schaffung eines neuen Ge-

9 Haas (Fn. 4), S. 105.

10 Vgl. Hirsch, Das Verbrechen als Rechtsverletzung, 2021, S. 37. Das japanische Urheberrecht birgt ein eigenes Problem in sich: Der Weg Japans ist es, nicht das Urheberrecht als solches pauschal zu schützen, sondern das Urheberrecht in verschiedene Verwertungsrechte (Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht, Ausstellungsrecht usw.) einzuteilen und die einzelnen Verwertungsrechte zu schützen (中山信弘『著作権法(第3版)』(2020) 300 頁以下 [Nakayama, Urheberrecht, 3. Aufl. 2020, S. 300 f.]. Vgl. Japan Patent Office, Outline of the Japanese Copyright Law, 2008, S. 23–26, https://www.jpo.go.jp/e/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/Copyright_Law.pdf (zuletzt abgerufen 1.9.2024). Dabei werden die Verwertungsrechte dem:der Urheber:in ausschließlich zugewiesen und als Kehrseite der Rechtszuweisung ist die Handlungen unbefugten Personen verboten (島並良ほか『著作権法入門(第3版)』(2021) 144 頁以下 [Shimanami et. al, Einführung in das Urheberrecht, 3. Aufl. 2021, S. 144 f.]. Vgl. auch Lettl, Urheberrecht, 4. Aufl. 2021, S. 23). Aus der Konzeption der subjektiven Rechte sind zwei Erklärungen für diese Regulierungsweise möglich: Die eine ist, dass der Staat das Urheberrecht des:der Urhebers:in einschränkt, d.h. dass der Staat „rechtlich ungeschützte Rechte“ definiert. Aber diese Erklärung stimmt nicht mit der Theorie der subjektiven Rechte überein, da ihr Ausgangspunkt eine Kritik am etatistischen Charakter des Rechtsgutsbegriffs ist, Haas (Fn. 4), S. 61. Die andere und konsequentere ist, dass der:die Urheber:in das Urheberrecht als subjektives und pauschales Recht auf sein Werk hat, das auch die im Gesetz nicht vorgesehene Rechte enthält, aber nur die entsprechenden Verhaltensnormen nicht erlassen werden. Nach Renzikowski, GA 2007, 561 (563) decken die Verhaltensnormen „nicht den gesamten Bereich der Rechtszuweisung ab, wie sich etwa an den Regeln des Straßenverkehrs zeigen lässt. [...] Der Gesetzgeber wägt [...] im Interesse größtmöglicher Handlungsfreiheit für alle zwischen den potenziellen Gefahren für die Rechtssphären der Betroffenen und dem Nutzen schnellerer Fortbewegung ab. [...] Das subjektive Recht wird dadurch keineswegs aufgegeben, aber es wird nicht – mehr – durch Verhaltensnormen geschützt.“

genstands, welcher der Rechtssphäre der:des Urhebers:in zugeordnet wird. Das bedeutet, dass das urheberrechtliche Werk aus den subjektiven Rechten bzw. dem Feld der Freiheit geschaffen und dem:der Urheber:in als einen neuen Gegenstand seiner subjektiven Rechte zugewiesen wird.¹¹ In diesem Sinne steht der Gedanke des Schutzes des Urheberrechts im Einklang mit der Konzeption der subjektiven Rechte.

Vor diesem Hintergrund war der Ausgangspunkt des UrhG von 1870 richtig, dass das Urheberrecht ausschließlich dem:der Urheber:in zusteht. Wie erwähnt, haben die subjektiven Rechte eine Nutzungs- und Ausschlussfunktion.¹² Die von dem:der Urheber:in geschaffenen Werke unterfallen den subjektiven Rechten und der:die Urheber:in ist aufgrund der Ausschlussfunktion ermächtigt, Nichtberechtigten die unbefugte Nutzung des Werkes zu verbieten.¹³ Da das Verbot in einem subjektiven Recht gründet,¹⁴ kann der:die Urheber:in das Verbot durch Einwilligung aufheben.¹⁵

3. Gemeinsame Verhaltensnorm aus verschiedenen Sanktionsnormen

Die Verhaltensnormen im Urheberrecht haben die Form von Verpflichtungen, die der Ausschlussfunktion der jeweiligen subjektiven Verwertungsrechte entsprechen. Das Vervielfältigungsverbot ergibt sich aus dem Ver-

11 Vgl. *Locke*, Two Treatises of Government, Second Treatise, in: Laslett (Hrsg.), Student Edition, 1988, § 27, der lautet, „[E]very Man has a Property in his own Person. This no Body has any Right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other Men. For this Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others“. Zur „anpassenden“ Beziehung zwischen dem Urheberrecht und der Arbeitstheorie von Locke, *Merges*, Justifying Intellectual Property, 2011, S. 32–33. Kritisch *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, 2005, S. 120 ff.

12 *Haas* (Fn. 4), S. 56, *Renzikowski*, GA 2007, 561 (569).

13 *Lettl* (Fn. 10), S. 105, *Schulze* in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 11 Rn. 6 (positives Nutzungsrecht und Verbotsrecht).

14 *Haas* (Fn. 4), S. 105.

15 Im normentheoretischen Kontext *Hirsch* (Fn. 10), S. 111 f. Vgl. auch § 106 Abs. 1 dUrhG, nach dem eine verbotene Handlung nur vorliegen kann, wenn sie „ohne Einwilligung des Berechtigten“ vorgenommen wird.

vielfältigungsrecht (§ 16 dUrhG, § 21 jUrhG), das Verbreitungsverbot aus dem Verbreitungsrecht (§ 17 dUrhG, 26 jUrhG) und das Verbot der öffentlichen Wiedergabe aus dem Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 und §§ 19 ff. dUrhG, §§ 22 ff. jUrhG).

Nach dieser Einordnung der Normenstruktur des UrhG ist der Unterschied des Wortlauts zwischen deutschen und japanischen Strafvorschriften in den beiden UrhG nur scheinbarer Natur: Allerdings benennt das dUrhG die Verhaltensweisen, die gegen die aus den gesetzlichen Verwertrungsrechten folgenden Verbote verstoßen, während das jUrhG den simplen Wortlaut „Verletzung eines Urheberrechts“ wählt. Dem Wortlaut des jUrhG liegt jedoch zugrunde, dass das Verbot der Urheberrechtsverletzung aus dem subjektiven Recht bzw. seiner Ausschlussfunktion stammt. Die Tragweite des deutschen und japanischen UrhG unterscheidet sich nicht danach, ob der Straftatbestand in Form einer Rechts- oder Pflichtverletzung geregelt ist.

Aus dieser Überlegung ergibt sich das erste positive Potenzial der Normentheorie: auch aus sprachlich unterschiedlich gefassten Strafgesetzen (Sanktionsnormen) lassen sich u.U. gleiche Verhaltensnormen ableiten.

IV. Erlaubte Nutzungen und ein neues Begriffspaar

1. Das Rechtsschranken-Modell und das „Fair-Use“-Modell

Das zweite Charakteristikum des Urheberrechtsgesetzes sind die Einschränkungen des Urheberrechts (§§ 44a-63a dUrhG, §§ 30-50 jUrhG). Das Zitat (§ 51 dUrhG, § 32 jUrhG), die Vervielfältigung für den Unterricht (§§ 60a-h dUrhG, § 35 jUrhG) oder die Nutzung zum privaten Zweck (§ 53 dUrhG, § 30 jUrhG) sind Beispiele, in denen das Urheberrecht gesetzlich beschränkt wird. Aus den subjektiven Rechten lassen sich diese Bestimmungen als Ergebnis staatlicher Abwägung zwischen dem Urheberrechtsschutz und dem mit der Rechtsschranke verfolgten Zweck, z. B. der Erleichterung des Schulunterrichts,¹⁶ verstehen.¹⁷

Normentheoretisch interessanter ist der Unterschied in Bezug darauf, wie die Einschränkungen des Urheberrechts gesetzlich geregelt werden. Die Urheberrechtsgesetze in Deutschland und Japan enthalten detaillierte

16 Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, Vor § 44a Rn. 3.

17 Vgl. Renzikowski in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 18.

Bestimmungen über die Einschränkung von Rechten. Aufgrund dieses Gesetzgebungsansatzes muss der Gesetzgeber jedes Mal aktiv werden und zusätzliche Bestimmungen hinzufügen bzw. geltende Bestimmungen ändern, wenn er einem Bedarf an der Nutzung eines Werks in neuen Situationen Rechnung tragen möchte.¹⁸ Der Vorteil dieses Ansatzes liegt darin, dass der Gesetzgeber die Interessen verschiedener Stakeholder im Gesetzgebungsverfahren koordinieren und als Ergebnis dieser Koordination klare Voraussetzungen im Gesetz zur erlaubten Nutzung bestimmen kann.¹⁹

Hingegen geht die USA einen anderen Weg – den des „Fair-Use“, welcher in 17 U.S.C. § 107²⁰ geregelt ist. Ihre Wurzel hat die „Fair-Use“-Doktrin in der Rechtsprechung des US Supreme Court.²¹ Der Fokus der Doktrin liegt auf der nachträglichen, gerichtlichen Rechtfertigung der Nutzung anderer ohne Genehmigung des:der Urhebers:in.²²

Der Unterschied zwischen Deutschland und Japan sowie den USA bildet einen normentheoretischen Kontrast. Im US-Amerikanischen „Fair-Use“-Modell spielt die *ex post* Entscheidung des Gerichts eine entscheidende Rolle; die gesetzlichen Bestimmungen dürfen vergleichsweise abstrakt und generalisiert gehalten sein. Das Rechtsschranke-Modell in Deutschland und Japan stellt hingegen auf die *ex ante* Abwägung des Gesetzgebers ab;

18 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 (2008) 94 頁以下 [Shimamichi, Copyright Law Journal 35 (2008), 90 (94 f.)].

19 Sunstein, California Law Review 83 (1995), 953 (961).

20 17 U.S.C. § 107 lautet wie folgt: „Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.“

21 Nach *Sag*, Brooklyn Law Review 76 (2011), 1371 (1372–1373) ist *Folsom v. Marsh* 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) der erste Fall in den USA, bei dem es sich um die Fair-Use-Doktrin handelt.

22 *Fromer/Sprigman*, Copyright Law Cases and Materials ver. 4.0, 2022, S. 389.

maßgebend ist daher, dass die Vorschriften konkret gefasst sind und die Voraussetzungen im Gesetz klar geregelt sind.²³

2. Rules and Standards

Dieser Unterschied beider Modelle entspricht der normentheoretischen Unterscheidung von *Rules* und *Standards*, die in der US-amerikanischen Rechtstheorie diskutiert wird. Nach *Kaplow* werden *Rules* so verstanden, dass sie im Voraus festlegen, welches Verhalten zulässig ist, sodass dem:der Rechtsanwender:in nur faktische Fragen verbleiben. Die *Standards* hingegen ermächtigen den:die Rechtsanwender:in nicht nur zur Feststellung des Sachverhalts, sondern auch zur Entscheidung, ob das fragliche Verhalten unter den gesetzlichen Wortlaut fällt. Ein Beispiel für eine *Rule* ist die Vorschrift, dass „es [...] verboten [ist], schneller als 80km pro Stunde zu fahren“, während ein *Standard* geregelt wird, wenn „es [...] verboten [ist], mit überhöhter Geschwindigkeit zu fahren“.²⁴ Der Gesetzgeber kann darüber entscheiden, entweder klare Voraussetzungen durch *Rules* zu schaffen und das Ermessen der Rechtsanwender:in zu verengen oder durch *Standards* allgemeine und abwägungsbedürftige Normen zu kreieren, die dem:der Rechtsanwender:in die Konkretisierung der Norm überlassen.²⁵ Während das Rechtsschranken-Modell ein Beispiel für *Rules* ist, lässt sich das „Fair-Use“-Modell als Regulierung im Sinne von *Standards* verstehen.

3. Anwendbarkeit auf das Strafrecht

In der japanischen Debatte wird jedoch darauf hingewiesen, dass im Strafrecht, das dem Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsprinzip unterliegen soll, *Standards* unzulässig sind und es daher konkreter *Rules*, auch bei der

23 *Kaplow*, *Duke Law Journal* 42 (1992), 557 (559).

24 *Kaplow*, *Duke Law Journal* 42 (1992), 557 (559–560). Auch nach *Sunstein* ist das Hauptmerkmal von *Rules*, dass sie versuchen, Ergebnisse festzulegen, bevor bestimmte Fälle eintreten. *Rules* seien weitgehend durch den *ex-ante* Charakter des Rechts definiert. *Sunstein* bezeichnet die *Rules* als „approaches to law that try to make most or nearly all legal judgments under the governing legal provision in advance of actual cases“. *Sunstein*, *California Law Review* 83 (1995), 953 (961).

25 *Kaplow*, *Duke Law Journal* 42 (1992), 557 (583). Vgl. *Sullivan*, *Harvard Law Review* 106 (1992), 22 (58–59).

Erlaubnis im Urheberrechtsstrafrecht, bedarf.²⁶ Angesichts dieses Verständnisses stellt sich die Frage, ob der Strafgesetzgeber generell zur Strafbefreiung nicht auf die Regelungstechnik von *Standards* zurückgreifen darf.

Jedenfalls aus normentheoretischer Sicht sind beide Regelungstechniken möglich. Denn die Normentheorie als solche hängt nicht von der Gestaltung der Staatsorganisation ab und trifft keine Aussage darüber, welches staatliche Organ für die Bestimmung des Inhalts von Normen ermächtigt werden soll. Bei der Wahl zwischen *Rules* und *Standards* handelt es sich allein um die Frage, ob und wie der Gesetzgeber bzw. das Gericht zwischen den subjektiven Urheberrechten und den Interessen auf die Nutzung des Werks, die der freien Entfaltung der Persönlichkeit dienen, angemessen abwägen kann, um den Umfang der beiden Bereiche der Freiheit zu maximieren und zu optimieren.²⁷

Ein Vorteil, zwischen *Rules* und *Standards* zu unterscheiden, besteht darin, dass dieser Unterschied eine präzisere Interessenabwägung ermöglicht. Die *Rules* zeigen die konkreten Voraussetzungen und verengen das Ermessen des:der Rechtsanwenders:in. Dabei zeigen sich einerseits die Nachteile wie z. B. die Inflexibilität der Normen und die Notwendigkeit von Gesetzänderungen, und andererseits die Vorteile wie z. B. die Bestimmtheit der Verhaltensnormen und die so sorglos mögliche Nutzung des Werks. Bei den *Standards* kehrt sich dies um: Da dem:der Rechtsanwender:in ein großes Ermessen bei der Bestimmung des konkreten Inhalts der Norm eingeräumt wird, zeigen sich die Nachteile in der aus der Unklarheit der Normen resultierenden abschreckenden Wirkung, was zur Unterlassung der Nutzung des Werks führen könnte. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als sie den Gesetzgeber auf unterschiedliche Vor- und Nachteile aufmerksam macht und dadurch eine präzisere Abwägung ermöglicht.

Die Debatte um das „Fair-Use“-Modell und das Rechtsschranken-Modell scheint oft verwirrend zu sein. Die normentheoretische Analyse ermöglicht hingegen, die Normenstruktur aufzudecken und dadurch gemeinsame Diskussionsgrundlage zu schaffen. Darin liegt das zweite Potenzial der Normentheorie.

26 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 (2008) 104 頁 [Shimanami, Copyright Law Journal 35 (2008), 90 (104)].

27 Zusätzlich ist zu betonen, dass das Strafrecht die Regelung vom Typ „Standard“ kennt. Beispielhaft lassen sich die Gebotenheit und die sog. sozial-ethische Einschränkung der Notwehr, § 32 Abs. 1 dStGB sowie die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (§ 17 dStGB) als *Standards* einordnen.

V. Fazit

Das erste Ergebnis dieses Beitrags ist, dass die normentheoretische Analyse es ermöglicht, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu identifizieren – auch wenn die verschiedenen Urheberrechtsgesetze sprachliche Unterschiede aufweisen. Zweitens ermöglicht die Analyse der *Rules* und *Standards* eine präzisere Abwägung und einen effektiveren Schutz des Urheberrechts.

Schließlich ist hinzuzufügen, dass das Potenzial der Normentheorie darin besteht, dass sie die Rechtsvergleichung durch Strukturierung mittels normentheoretischer Analyse erleichtern kann. Wie in diesem Beitrag angedeutet, ermöglicht die Verwendung der Normentheorie als gemeinsame Sprache einen effektiveren Vergleich der Struktur der nationalen Gesetze im Zeitalter der Internationalisierung des Strafrechts. Gleichzeitig ermöglicht die Verwendung eines gemeinsamen Instruments eine internationale Diskussion über das Instrument selbst.

Structural Features of the Presumption of Innocence. The Quest for a Unified Theory

Kyriakos N. Kotsoglou

‘Legal notions however fundamental can be elucidated
by methods adapted to their special character’
H.L.A. Hart

Abstract

This chapter proposes a novel approach to the presumption of innocence. Section I explains that scepticism regarding the content and function of legal presumptions of fact emanates from our failure to offer a structural analysis. Thereupon, Section II shall detect and articulate the relevant structural components of the presumption of innocence. Following the previous section’s conceptual and terminological clarification, Section III briefly explores the area of default logic and shows that defeasibility expresses the core function of legal presumptions in general. Further to that, Section IV will adapt the distilled doctrinal formula to the presumption of innocence. This will allow us not only to articulate the basic function of the presumption of innocence, which is to equip the defendant with a default status, i.e. presumed innocence. It will also enable us to solve doctrinal issues too. E.g. the chapter will show that the presumption of innocence has no implications for substantive criminal law or for the requisite standard of proof.

I. Introduction

This chapter proposes a novel approach to legal presumptions of fact in general and to the presumption of innocence in particular. In view of the persistent difficulties with traditional discourse, *Section I* explains that scepticism regarding the content and function of legal presumptions of fact results from our failure to offer a structural analysis. By focussing on structural components salient in every legal presumption, the study will

illuminate the mechanism at the heart of legal presumptions and track the rule-governed use thereof. For that purpose, I will lay down desiderata which every doctrinal model should satisfy, drawing not on personal preferences but on the work of commentators who are rather sceptical about the chances of a unified approach to legal presumptions of fact. Thereupon, *Section II* shall detect and articulate the said structural components. By approaching legal presumptions of fact from an analytic viewpoint, I shall *a*) show that each member of that large and heterogeneous family contains commonalities which we can approach descriptively, and *b*) introduce the necessary doctrinal vocabulary. Once we are equipped with the indispensable vocabulary which can systematise legal presumptions in their entirety, a number of corollaries will fall into place. This includes the very often ignored distinction between legal presumption on the one hand and presumed fact on the other hand; the structural similarity between rebuttable and irrebuttable presumptions; and, finally, the existence of a juridical rule of weight at the heart of legal presumptions including of course the presumption of innocence. Following the conceptual and terminological clarification, *Section III* briefly explores the area of default logic and shows that defeasibility expresses the core function of legal presumptions. By tailoring default logic and its reasoning patterns to legal presumptions of fact we shall be able to distil the latter – regardless of their staggering multitude – into a doctrinal formula. The said formula will effortlessly express the basic function of legal presumptions of fact which is to attach a juridically fixed evidential weight to the presumed fact upon proof of some other basic fact. In sum, every time that the presumption-raising fact is established to the requisite standard of proof, the fact-finder shall declare the presumed fact as established too. Further to that, *Section IV* will adapt the said doctrinal formula to the presumption of innocence. I will show that upon proof of the basic fact (criminal charges) the fact-finder shall infer that innocence is established by default, pursuant to the juridical rule of proof at the heart of the legal presumption. This will allow us not only to articulate the basic function of the presumption of innocence, which is to equip the defendant with a default status, i.e. presumed innocence. It will enable us to solve doctrinal issues too. It will thus be shown that upon proof of guilt, it is the presumed fact rather than the presumption of innocence itself that is overridden. For it is the latter that serves as legal basis for both tail-ends of the criminal process, i.e. the guilty verdict and the acquittal. Finally, I will show that the structural analysis shows in a clear and convincing way that the presumption of innocence has no implications for substantive criminal

law or for the requisite standard of proof. It is compatible with any offence and with any (high or low) standard of persuasion.

II. One Rule to Capture them All...

Much of the extant discussion regarding the presumption of innocence (hereafter: *PoI*) focusses on particular issues such as the legality of reverse onus clauses, the presumption's scope and its alleged substantive nature. Yet the *PoI* has traditionally been regarded as a minefield. The doctrinal study, systematisation and application of this 'curious item in the baggage of Western legal rhetoric',¹ has caused – across continents and centuries – consternation and pessimism.

Although the *PoI* has been at the centre of lively scholarly debates,² it can arguably be seen as *the* perennial conundrum in the law of evidence. Unsurprisingly, the same authors who are suspicious about a unified approach to all legal presumptions of fact, go on to stress 'the confusion and ambiguity that hang over the common talk about the *PoI* in criminal cases'.³ The so-called 'working definition' of the *PoI*, 'focusing on the most accepted and least contestable formulation' stresses that: 'The [*PoI*] means that, where a person is charged with a criminal offence, the prosecution must bear the burden of proving the elements of the offence, and that proof must be beyond reasonable doubt.'⁴ This definition is rather puzzling than helpful. To answer the question about the meaning of the *PoI*, we mobilize other, equally contentious legal principles or procedural devices such as the burden of proof (hereafter: *BoP*) and the standard of proof (hereafter: *SoP*).⁵ Although the aforementioned questions have occupied an unusually extensive literature over recent years, few clear answers could emerge.

1 Fletcher, University of California at Los Angeles Law Review 15 (1968), p. 1203.

2 See e.g. a relatively recent Special Issue in the Netherlands Journal of Legal Philosophy (2013 Vol. 3) on the topic. See Mackor/Geeraets, Introduction, 42(3) NJLP 2013, pp. 167-169. See also Stumer, The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives, 1/e (2010), reviewed by Roberts, Criminal Law and Philosophy 8 (2014), p. 317.

3 Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, 1/e (1898), p. 185.

4 Ashworth, South African Law Journal 123 (2006), p. 69.

5 Roberts, above n. 2, p. 318, notes that 'common lawyers instinctively equate the presumption of innocence with Woolmington's celebrated golden thread, propagating a tempting fallacy: that the criminal burden and standard of proof just *are* the presumption of innocence in English law'.

A usual diagnosis about the *PoI* is that there is no settled meaning thereof.⁶ Academicians even submit that the *PoI* lacks normative content and that it should only be understood either as an ‘honorific concept’ encompassing an amorphous collection of different needs,⁷ or even as an auxiliary norm.⁸ As a result, the ‘conceptual fog’⁹ descending on the meaning of the *PoI* only thickens. The disagreement has reached the point where even the question of whether the *PoI* actually *is* a legal presumption, is answered in different ways.¹⁰

The *PoI* is by no means an outlier as regards the family of legal presumptions of fact. As one of the fathers of the law of evidence, James B. Thayer, put it, ‘among things so incongruous as these [legal presumptions of fact] and so beset with ambiguity there is abundant opportunity for him to stumble and fall who does not pick his way and walk with caution.’¹¹ In a similar tone, Edmund Morgan remarked that ‘every writer of sufficient intelligence to appreciate the difficulties of the subject matter has approached the topic of presumptions with a sense of hopelessness, and has left it with a feeling of despair.’¹² This general feeling of being outpowered by the complexity of legal presumptions of fact replicates itself, as we saw above, in the doctrinal study of particular presumptions, notably: the *PoI* which is a human right with (proto-)constitutional status in several jurisdictions including England and Wales. As academicians have already pointed out, ‘[p]opularity is not necessarily conducive to conceptual perspicacity or analytical rigour.’¹³

It is thus questionable whether we could describe legal presumptions of fact in the abstract, steering thus clear of what (inevitably?) seems to be the end state for unsolved mysteries: cynicism and ad-hocery. In fact, commen-

6 See Roberts, Roberts & Zuckerman’s Criminal Evidence, 3/e (2022), p. 250.

7 Lippke, Taming the presumption of innocence (2016), p. 11.

8 Stuckenberg, Criminal Law and Philosophy 7 (2013), p. 306.

9 Roberts, Synthese 198 (2021), p. 8911.

10 The evidence scholar Richard Glover argues for example that the *PoI* is a typical example of a false presumption, *id.*, Murphy on Evidence, 15/e (2017), p. 153. Rules of law, he writes, ‘which provide that some fact shall be taken in all cases to be true, without proof of any primary fact, until the contrary is proved [are false presumptions]’. As I will show below, this is wrong insofar, as the presumption of innocence comprises all the essential structural features of a legal presumption. The primary fact to be proved, so that presumed innocence shall be taken to be true, is the existence of ‘criminal charges’.

11 Thayer (above n. 3), p. 352.

12 Morgan, Washington Law Review 12 (1937), p. 255.

13 Roberts (above n. 9), pp. 8901–8932.

tators have insisted on their diagnosis that it is an 'unfulfillable promise'¹⁴ to try and provide *one rule* for all presumptions. Since the rationales for presumptions are as diverse as the social areas on which they operate, commentators warn us, the quest for a 'unified theory' of presumptions capable of reducing all legal presumptions to a doctrinal formula is a 'fool's errand'.¹⁵

This chapter comes thus to take up the challenge of providing a unified theory for all legal presumptions of fact – something which Thayer described as 'a herculean task and an unprofitable one'.¹⁶ Whether the project will turn out to be a 'fool's errand' or not, will be determined *a)* by the methodological approach to this specific problem and *b)* by the ability of our doctrinal formula to capture and systematise the structural features of legal presumptions – indeed by the formula's ability to identify those *features* as structural in nature. As H.L.A. Hart put it pithily, 'the economist or the scientist often uses a simple model with which to understand the complex; and this can be done for the law', by methods adapted to the special character of the target system.¹⁷

Obviously, the present analysis cannot mark its own homework insofar, as this would be an invitation to self-deception – *nemo iudex in casua sua*. The litmus test to be applied so that we can determine whether the doctrinal model presented here manages to capture the essential features of legal presumptions of fact in general and the *PoI* in particular, will not express personal methodological preferences. On the contrary, I will lay down desiderata (D_n) drawing on the work of commentators who are rather sceptical about the chances of a *unified* approach to legal presumptions of fact.¹⁸ The three desiderata which any general account of 'legal presumptions of fact' must satisfy, are thus the following:

14 Broun, North Carolina Law Review 62 (1984), p. 697.

15 Roberts, above n. 6, p. 254: 'the quest for a 'unified theory' of presumptions capable of reducing all legal presumptions to a conceptual formula is a fool's errand'.

16 Thayer, Harvard Law Review 3 (1889), p. 141.

17 Hart, in Hart (ed.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, Definition and Theory in Jurisprudence, 1/e (1983), p. 42.

18 Roberts, above n. 6, p. 250.

- D₁. The formula ought to systematise *rules* of evidence.
- D₂. The formula ought to authorise the fact-finder to draw specified *factual* conclusions.
- D₃. The said factual conclusions ought to be propositions which are not warranted by the information available to the fact-finder.

In other words, the fact-finder should be authorised by the legal order (D₁) to ‘jump’ to a conclusion (D₂) which is based on a juridical rule of proof rather than ordinary canons of common-sense reasoning (D₃).

III. Structural Features of Legal Presumptions of Fact

1. Towards a unified approach

We saw above how legal presumptions of fact have traditionally caused confusion.¹⁹ Notwithstanding, legal presumptions are ubiquitous. Legal systems make extensive use of them – in every field of private and public law, from law of torts over family law to criminal law – to quickly and efficiently resolve issues contested in litigation where uncertainty would be deleterious (e.g. paternity cases), and practical considerations override the need for (accurate) information.²⁰ As the philosopher Nicholas Rescher remarks, ‘the obvious and evident advantage of presumption as a cognitive resource is that it enables us vastly to extend the range of questions we are able to answer’.²¹ Obviously, caution is needed, since the *juridical cure* that enables us within a system of free proof to treat propositions for which we lack evidence as established, should not be worse than the disease.

Legal presumptions of fact are polymorphic, too. We can distinguish between *rebuttable* and *irrebuttable* ones.²² For example, it is *rebuttably* presumed (across jurisdictions) that a child born to a woman during her

19 See e.g. Broun, above n. 14, p. 697: ‘The legal term “presumption” confuses almost everyone who has ever thought about it. That confusion is fully justified’.

20 Roberts, above n. 6, p. 250.

21 Rescher, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, 1/e (2006), p. 48.

22 Terminology can of course vary. Whereas we usually distinguish between rebuttable and irrebuttable presumptions, the UK Parliament used in the Sexual Offences Act 2003 (England and Wales) the terms *evidential* (rebuttable) and *conclusive* (irrebuttable) presumptions instead, deepening thus the issue of terminological inconsistency.

marriage to a man is also the natural child of her spouse. It is *irrebuttably* presumed, according to German law, that a marriage has broken down if a) the spouses have lived apart for a year and both spouses petition for divorce, or b) the spouses have lived apart for three years.²³

Painting with a broad brush, we can hold that pursuant to a legal presumption of fact the fact-finder has to accept a proposition in the absence of evidence which would normally be deemed necessary to establish that proposition. To be more precise, the fact-finder shall draw a predetermined conclusion from a given set of facts, but as Thomas Weigend remarks, this conclusion is neither based on those facts nor it is derived from general experience or common sense.²⁴ The basic fact does *not* confer probative force to the fact which is regarded as established by an operation of law. For example, the presumption of legitimacy is not based on a DNA test or proof of sexual intercourse between the married couple, but on the very fact of an existing wedlock. Notably, presumed innocence is *not* based on evidence objecting the prosecutor's narrative. On the contrary, when someone is charged with a criminal offence the evidence usually points at the direction of guilt. So, what is going on?

The examples provided above make a compelling case for the need of a categorization of various types of legal presumptions of fact. We can only make sense of legal presumptions of fact, if and only if we provide a unifying taxonomy. Any theoretically sophisticated doctrinal approach to the *PoI* must be compatible with the structure of every other legal presumption of fact, too. At first glance this seems to be a hopeless enterprise (see section I). Methodological pessimism is grounded insofar as its inductive basis is anything but negligible. But illuminating the mechanism at the heart of legal presumptions of fact is – however demanding – of critical importance to legal adjudication. As the Austrian-British philosopher *Wittgenstein* reminds us, if 'the use of the word is unregulated, the 'game' we play with it is unregulated' too.²⁵ Only through rigorous analysis of the term 'presumption' we can begin to explore what commentators still (and as I will show: undeservedly) treat as an exotic and opaque procedural device.²⁶

23 § 1566 I, II German Civil Code.

24 Weigend, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 42 (2013), p. 194.

25 Wittgenstein, *Philosophical investigations*, 2/e (1958), para. 68.

26 See e.g. Fletcher, 15 *UCLA L. Rev.* (1968), p. 1203.

2. Legal Presumptions and their Mechanism

Commentators have already observed that legal presumptions of fact seem to set some kind of *mechanism* in motion.²⁷ Although we have a practical understanding of the phenomenology of that mechanism (a legal presumption of fact is a rule of law which provides that if a certain fact has been established, then another fact for which we lack direct evidence is to be deemed established too), we still lack a *synoptic view* thereof. We lack namely the ability to provide a micro-analysis of the very structure of legal presumptions.

To unravel the alleged mystery embracing legal presumptions of fact, we should take a detailed look at some typical examples drawn from legislation. To dissolve the conceptual puzzlement as well as to remedy the inconsistent usage plaguing legal presumptions of fact, I will carefully examine and describe the use of the relevant terms.²⁸ A caveat can already be pre-emptively answered. Taking the ‘use of words’ seriously does not mean that we will describe the *actual* use of words and intertwined concepts. It is not my intention to provide a lexical definition of legal presumptions of fact or to report the way in which the term is *actually* understood within the scholar community. For explanations of word-meaning are dictated by *rules*, not by the empirical fact of what the majority of scholars and practitioners think.²⁹ The question about the meaning of legal presumptions can therefore be understood as a search for the underlying logico-grammatical framework. Rather than applying the old und unsuccessful method of hammering away at single words³⁰ (e.g. What *is* the ‘PoI’? What *is* a ‘legal presumption of fact’?) we should instead track the *rule-governed* use of those words. This can only be done by exploring the ramifying web of connections between the relevant concepts: ‘presumption’, ‘innocence’, ‘unless’ etc. At the end of the inquiry, we should be able to describe the rules and standards for the correct (meaningful) doctrinal use of ‘presumptions’.

27 Margalit, *Journal of Philosophy* 80 (1983), p. 149.

28 Bennett/Hacker, *Philosophical foundations of neuroscience*, 1/e (2003), p. 400.

29 G. P. Baker and P.M.S. Hacker, *Wittgenstein, Understanding and Meaning*, Part I – Essays, 2/e. (2005), p. 29; see also Hart, in: Hart (ed.) *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Pr., 1959), p. 37.

30 Hart, above n. 29, p. 41.

Let us now look at some examples for well-known legal presumptions of fact:

1. The father of a child is presumed to be the man who is married to the mother of the child at the time of the birth (*presumption of legitimacy*).³¹
2. A person will be presumed to be dead when there is no acceptable evidence that the subject has been alive at some time during a continuous period of seven years or more (*presumption of death*).³²
3. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law (*presumption of innocence*).³³
4. It is irrebuttably presumed that the marriage has broken down if the spouses have lived apart for three years (*presumption of breakdown*).³⁴

Although it is rather clear that legal presumptions have *some* common elements, fundamental questions remain open: What exactly is rebutted? And how? What is the distinctive element of an irrebuttable presumption of fact? Despite apparent similarities, we are not yet in any position to deploy a doctrinal vocabulary which will allow us to describe legal presumptions of fact *in the abstract*, i.e. in a general way.

Notwithstanding, if we approach legal presumptions of fact from an analytic viewpoint, we will see that each member of that large and heterogeneous family contains a – let us temporarily call it– *basic* fact which has to be established. In the examples provided above, the basic fact is:

- the birth of a child in wedlock (1st example),
- a person going missing for at least seven years (2nd example),
- being charged with a crime (3rd example),
- spouses living apart for at least three years (4th example).

Another common feature is the element which must be treated as established upon proof of the respective basic fact. That element is:

31 See e.g. § 1592 Nr. 1 German Civil Code; s. 16(4) Civil Evidence Act 1968; see also s. 26 Family Reform Act 1969.

32 See *Thomas v Thomas* (1864) 2 Drewry and Smale 298; 62 ER 635. See also section 1(1)(b) Presumption of Death Act 2013. The Act provides for the High Court to make a declaration of presumed death if it is satisfied either that the missing person has died, or has not been known to be alive for the past seven years.

33 Art. 6(2) ECHR.

34 § 1566 II German Civil Code.

- presumed legitimacy (1st example),
- presumed death (2nd example),
- presumed innocence (3rd example),
- presumed breakdown of marriage (4th example).

It is also worth noting that the evidential relationship between

- the birth of a child and presumed legitimacy (1st example),
- the person going missing for at least seven years and presumed death (2nd example),
- the criminal charges and presumed innocence (3rd example),
- spouses having lived apart for at least three years and presumed breakdown of marriage (4th example)

is established pursuant to an evidentiary standard which, I cannot stress this enough, *rigidly* specifies the quality or quantity of evidence required. This is accomplished by assigning weight to pieces of evidence and by thus introducing a juridically fixed probative value. This is obviously identical in terms of structure to the formalistic approach salient in the system of proof of the Romano-canon inquisition process (*Constitutio Criminalis Carolina*) where a specified number of (good) witnesses or a confession were required to obtain ‘full proof’ of facts. This evidentiary process constitutes a detractor of free proof. We shall come back later to this point (in section II.3). Finally, we can also extract the element which, if proven, will override the presumed fact, i.e. the initial legal effect of the basic fact. That element is:

- contestation of the husband’s paternity through which it is established that the husband is not the father of the child (1st example),³⁵
- signs of life from the missing person (2nd example),³⁶
- proof of guilt according to law (3rd example),³⁷
- null (4th example).

35 See § 1600d BGB.

36 See e.g. section 5(1) Presumption of Death Act 2013.

37 Art. 6(2) ECHR ad fine.

3. Introducing the Doctrinal Vocabulary

Now that we have identified commonalities among different types of legal presumptions of fact, we can *a)* approach them descriptively and *b)* introduce the necessary doctrinal vocabulary. For that purpose, we, fortunately, do not have to reinvent the wheel. The philosopher *Edna Ullman-Margalit* introduced in her seminal paper on presumptions, general terms which we can adapt to the analysis of legal presumptions of fact.³⁸ More specifically, we can speak of the following five (5) doctrinal terms:

1. presumption formula
2. presumption-raising fact
3. presumed fact
4. rebuttal clause, and
5. the rule assigning a juridically fixed probative value to specific classes of information.

The aforementioned vocabulary is important – for a number of reasons.

First, it becomes apparent that the legal presumption of fact (*presumption-formula*) on the one hand, and the *presumed fact* on the other hand, are two separate things, and should thus not be conflated. For example, whenever the rebuttal clause applies, it is the *presumed fact* and not the legal presumption of fact (*presumption-formula*) as such that is overridden.³⁹ I mention that for the simple reason that those two elements are widely and persistently misidentified and conflated. Let us look at a few examples. The evidence scholar Richard Glover, among many others, writes in a well-established textbook on the law of evidence that ‘[a] presumption is a rule of law which provides that on proof of fact A (the primary fact) fact B (the presumed fact) shall also be taken to be proved *unless the presumption is rebutted*.’⁴⁰ The same structural error can be found in philosophical approaches too. The philosopher of law Anthony Duff writes: ‘If we are to understand the meaning and implications of this presumption [...] we must address several questions [...] What can defeat it?’⁴¹ Elsewhere, in

38 Ullmann-Margalit, above n. 27, p. 149.

39 Similarly, Roberts, above n. 9, p. 8923, notes ‘the presumption of innocence is ‘defeated’ in these examples only in the trivial, and explanatorily superfluous, sense that the presumption is always by definition exhausted when all offence elements have been proved to the requisite standard authorising a guilty verdict.

40 Glover, above n. 10, p. 152 – emphasis added.

41 R. A. Duff, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42/3 (2013), p. 170.

the context of the Food Safety Act, Duff writes: '[For example] the Food Safety Act gives legal force to an expectation that shopkeepers who sell food should not only take appropriate precautions to make sure that the food they sell is safe [...] Given such expectations, proof that a shopkeeper sold unsafe food creates a presumption that she was negligent, and *defeats* the *PoI*'.⁴² Similarly, the philosopher R.L. Lippke, writes: 'Instead of trying to make the [*PoI*] do more work than it is capable of or suited for, I argue that we ought to tame it: We should confine it to the trial context, where what it means, how it functions, and what are the consequences of *its rebuttal* can be tolerably well-defined and defended'.⁴³

Sadly, albeit unsurprisingly, the conceptual confusion outlined above has infiltrated the very fabric of the law in the United Kingdom. To name but one example, section 26 of the Family Reform Act 1969 provides that: '*Any presumption of law as to the legitimacy or illegitimacy of any person may in any civil proceedings be rebutted by evidence which shows that it is more probable than not that that person is illegitimate or legitimate, as the case may be, and it shall not be necessary to prove that fact beyond reasonable doubt in order to rebut the presumption*' (emphasis added).

As I showed above, the *presumed fact* which can be rebutted is not the same as the *legal presumption of fact*, i.e. the legal rule which authorizes the rebuttal. The former is merely a component of the latter. For example, whenever we have proof of all the elements of the offence to the requisite *SoP*, it is the presumed innocence, and not the *PoI* itself that is overridden. To give an example: Whenever we have sufficient evidence that a person missing for more than 7 years is alive, then it is the *presumed death* that shall be overridden, and not the presumption of death. The rebuttal of the presumed fact takes place within, and pursuant to, the respective rule of law introducing a legal presumption of fact. Among other things, this helps us understand that it is the *PoI* the rule of law which authorises the fact-finder to issue not only an acquittal but also a conviction. In other words, the legal basis for both an acquittal and conviction is the *PoI*.

Secondly, the doctrinal vocabulary introduced above allows us to express, in a more detailed way, the insight that *rebuttable* presumptions are not intrinsically different from *irrebuttable* ones. Some commentators even argue that the term *irrebuttable* presumption is a misnomer. For example

42 R. A. Duff, in: L. Zedner & J. V. Roberts (eds.), *Principles and values in criminal law and criminal justice*, 1/e (2012), p. 55.

43 R. L. Lippke, *Taming the presumption of innocence*, 1/e (2016), p. 4.

Richard Glover argues that '[t]hough sometimes termed "irrebuttable" or "conclusive" presumptions, [irrebuttable presumptions] are clearly not presumptions at all. An irrebuttable presumption is a contradiction in terms'.⁴⁴ But that scepticism is clearly not warranted. An irrebuttable presumption is just a legal presumption of fact whose set of rebuttal clauses is empty. It is the prerogative of parliaments to introduce rules of law assigning weight to pieces of information in a non-defeasible way also known as irrebuttable legal presumptions of fact. We shall come back to this point later.

Thirdly, the fact-finder's forensic belief regarding the presumed fact is based on a juridical rule of proof, not on relevant evidence which would increase or decrease the probability of the presumed fact.⁴⁵ For example, the fact that a child was born in wedlock does indeed make it more probable that the child's father is the mother's husband. But fatherhood is not assigned on that *empirical* and common-sense derived basis. It is the *presumption of legitimacy* that confers, in a defeasible way, juridically fixed probative force to the probandum of fatherhood. The fact-finder must treat the proposition 'the husband is the father' as established. This remark merits further discussion.

The idea that the law should *not* assign probative weight to specified classes of evidence (e.g. two witnesses or, notably, a confession) is, *Damaška* reminded us in his seminal paper on free proof, 'widely extolled as one of the cornerstones of enlightened factfinding in adjudication'.⁴⁶ The fact that legal systems are unable to anticipate the future and regulate the probative effect of evidence, is what legal history taught us at least since the collapse of continental systems of proof such as the one embedded in the *Constitutio Criminalis Carolina*. In a constantly evolving world juridical rules of weight have for good reasons been eliminated from the law of evidence. As *Damaška* notes, 'the probative force of evidence is too contextual to be properly determined *ex ante* by categorical rules'.⁴⁷ The law's retreat from the business of assigning weight to classes of evidence ushered us into the *Age of Free Proof*. The latter, however, has caused hitherto unidentified collateral damage too.

Whilst crucial for the fact-finder's freedom of assessing the probative value of evidence, emphasis on free proof especially in the context of

44 Glover, above n. 10, pp. 153-154.

45 Ullmann-Margalit, above n. 27, p. 149.

46 Mirjan Damaška, *The American Journal of Comparative Law*, 43 (1995), p. 343.

47 Damaška, above n. 46, p. 344.

examining the criminal process, has muddled our clarity of thought on crucial features of the law of evidence. As we saw above, such (defeasible) rules can be found at the heart of every legal presumption of fact. Our failure to take account of such structural features (which can be better understood/articulated through the lens of juridical rules of weight) has made it difficult to see *how* legal presumptions operate. As Paul Roberts remarks, ‘these presumptions are dubbed “legal” because they work by operation of law, rather than according to the ordinary canons of common-sense inferential reasoning’. But they are, he adds, ‘presumptions “of fact” because they authorize factual conclusions rather than propositions of law’.⁴⁸ To use our doctrinal vocabulary, the respective fact-finder will have to draw a particular factual inference from the presumption-raising fact to the presumed fact. For example, the fact-finder will have to draw an inference from the fact that there are criminal charges against someone to the latter’s presumed innocence, pursuant to a juridical rule of weight lying at the heart of the *PoI*.

This insight is nothing new insofar, as the legal scholar James F. Stephen in his classical definition writes that a presumption is ‘a rule of law that Courts and judges *shall* draw a particular inference from a particular fact, or from particular evidence, unless and until the truth of such inference is disproved.’⁴⁹ Juridically fixed rules of weight embedded in legal presumptions of fact are of course a major departure from the fundamental rule in the law of evidence which defers to logic. The law, as Thayer famously declared, ‘furnishes no test of relevancy. For this, it tacitly refers to logic’.⁵⁰ Here, however, it is a rule of law that, defeasibly,⁵¹ assigns not just relevance but also probative weight to classes of evidence. To go back to our examples: absence for seven years does not prove death as a matter of common-sense based inferential reasoning; criminal charges do not prove innocence – on the contrary. Nevertheless, legal presumptions operate to authorise defeasible *factual* conclusions for which no ordinary evidence is available. As we shall see below, the said presumed innocence will become the defendant’s default status and will, ultimately, lead to his acquittal, un-

48 Roberts, above n. 6, p. 250.

49 James F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, 1876, art. I.

50 Thayer, above n. 16, p. 144.

51 Thayer, above n. 16, p. 165, described defeasibility as ‘prima facie imputation: The legal presumptions’ effect ‘results necessarily from their characteristic quality. This quality imputes to certain facts or groups of fact a certain prima facie significance or operation’.

less there is sufficient proof of guilt (i.e. of all the elements of the offence) to the requisite *SoP*. To use another example, the fact-finder in a family court will be normatively forced to establish the husband's presumed innocence pursuant to a juridical rule of proof lying at the heart of the presumption of fatherhood.

IV. Legal presumptions and Default Logic

1. Default logic

It is time to take stock by putting all the jigsaw pieces together. Our doctrinal formula can be expressed in the following way:

Every time the presumption-raising fact is established,
then the fact-finder shall infer that the presumed fact is established.

Obviously, the story does not end here. The respective presumed fact which will be established by an operation of law, can be overridden in two ways:

- a) by evidence showing that the presumption-raising fact is not proven (e.g. that there is no valid marriage; that there are no criminal charges against the defendant etc.) or
- b) by rebuttal clauses. Whenever the law provides for rebuttal clauses, the presumed fact will maintain its validity, *unless* the rebuttal clause is proven. For example, when someone has been criminally charged, then he or she shall keep his/her status of (presumed) innocence, unless the latter is rebutted through 'proof of guilt'. So much is clear. But *how* does this rebuttal mechanism work in detail? Describing this mechanism or, to begin with, showing that such mechanism actually exists, is no easy task. So where do we start from? We saw above that the main element of legal presumptions of fact in general and the *PoI* in particular is that the presumed fact depends solely on establishing the basic, presumption-raising fact. The fact-finder is authorised, indeed required to treat the presumed fact as established, pursuant to a juridical rule assigning full probative weight to the basic fact. The presumed fact will be regarded as proven, *unless* one of the rebuttal clauses apply.

Default logic, which is the new vogue in formal reasoning, seems to capture all the structural features which are salient in legal presumptions of fact. Both defeasibility and legal presumptions pivot around a defeasible (pre-

sumed) fact. In order to understand how default logic works, we can use the well-known example of Tweety (a random bird) – nota bene: we should not conflate structural simplicity with triviality.

If the only available information is that

- a) Tweety is a bird, and
- b) we do not know whether Tweety is a flightless bird or not,

then, as the logician Raymond Reiter suggested, we could authorise the fact-finder to draw the defeasible conclusion that Tweety can fly – by default.⁵²

Tweety's ability to fly would thus not be an empirically established truth, but, as Rescher explains, 'merely something that holds only provisionally, as long as no counter-indicatively conflicting information come to light', i.e. a form of tentative cognition. In the same example: Whenever we have the information that *x* is a bird and it is consistent to presume that *x* can fly, then *in the absence of any information to the contrary*, we are allowed to infer that *x* can fly – by default.⁵³

Default reasoning rests on predetermined inferences which can be seen as a 'fall-back position' in terms of conclusion-drawing.⁵⁴ In other words, the key idea underlying *default logic* is the use of rules allowing us to 'jump' to conclusions – conclusions for which we lack evidence.⁵⁵ The importance of this move cannot be overstated. Default logic⁵⁶ formalises reasoning patterns in which we do not require information about, say, Tweety being a flightless bird or not. A fact-finder is authorised to draw a valid inference which has the same status as an empirical belief.⁵⁷ The latter is not warranted by the information available. The presumed fact's validity is a direct result of the set of rules which constitute the normative framework of default logic.

52 R. Reiter, *Artificial Intelligence*, 13 (1980), 81 (82); N. Rescher, in: D. M. Gabbay / P. Thagard / J. Woods (eds.) *Philosophy of Logic*, 1/e (2007), p. 1164.

53 Reiter, above n. 52, p. 82.

54 For a comprehensive introduction to deontic logic see Rescher, above n. 52, p. 63.

55 G. Antoniou and K. Wang, *Default Logic*, in: Don Gabbay, John Woods (eds.), *Handbook of the History of Logic*, Vol. 8 (2006), pp. 517–555.

56 For reasons of simplicity I use here singular, although we should rather talk of a whole family of default reasoning methods. See Antoniou and Wang, above n. 55, p. 517.

57 Reiter, above n. 52, p. 82.

This is of course highly pertinent for doctrinal purposes too. For the respective presumed fact might not otherwise be warranted by the information available to the fact-finder. The presumption-raising fact and the presumed fact are connected inferentially by an operation of law, i.e. a juridical rule of proof. As commentators stress: ‘Where a presumption operates to establish the presumed fact, the judge will, in a civil case, find the presumed fact proved or, in a criminal case, direct the jury to find the presumed fact proved. No evidence is then required to establish the presumed fact’.⁵⁸

In all, the reasoning pattern underpinning legal presumptions of facts, is a major departure from the ‘normal’ inferential process of free proof. Required is information that a) *Tweety* (x) is a bird and b) that it is consistent to assume (M) that birds can fly. *Tweety*’s ability to ‘fly’ can thus be seen as a presumed fact which is inferred from the generic feature ‘BIRD’, i.e. the presumption-raising fact. This inference pattern can be formally represented as follows:

$$\frac{\text{Bird}(x):M \text{ Fly}(x)}{\text{Fly}(x)}$$

The presumption-formula authorises (in a technical, juridical sense) the fact-finder to hold that the respective presumed fact is established by an *operation of a rule* (i.e. based on a rule of proof) upon proof of a basic, presumption-raising fact.

Obviously, this is not the end of the story. Presumed facts based on default conclusions can, indeed have to be overridden, when certain defeaters / rebuttal clauses apply; presumptions validate presumed facts but only as a starting point. Since rebuttal clauses are allowed, we need to integrate them in our formal reasoning pattern. The set of rebuttal clauses – we shall call this: Set of Epistemic Defeaters (SED) – will inform us each time, whether and how many epistemic defeaters come into play.⁵⁹ So let us assume that the SED which can rebut the presumed fact (again: not the

58 Glover, above n. 40, p. 152.

59 The set of epistemic defeaters can be open (infinite), closed or empty. One of the most common misrepresentations and misunderstandings relates to the cardinality of the SED. Among others, Richard Holton (in: A. Marmor / S. Soames (ed.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (2011), p. 14), notes that there is nothing wrong with the motivation behind Reiter’s model of default logic which enables us to move forward in the absence of information. The main problem, he contends, is the fact that default logic does not provide us with a decision-making procedure to determine ‘membership of the conclusion set’. Reiter’s default logic, Holton adds, is ‘even worse off th[a]n first order predicate calculus’ because there is no procedure for demonstrating that a possible defeater is in or out (at 14, footnote nr.

legal presumption itself), has a relatively small cardinality: Penguins and ostriches are the only known cases of flightless birds [$\neg\text{FLY}(x)$].

SED: {penguin, ostrich}
 $(x). \text{PENGUIN}(x) \rightarrow \neg \text{FLY}(x)$
 $(x). \text{OSTRICH}(x) \rightarrow \neg \text{FLY}(x).$

In plain language: If Tweety is a penguin or an ostrich, then the presumed fact is overridden. This reasoning pattern expresses in an axiomatized way our basic intuitions about legal presumptions of fact.

More specifically, the reasoning pattern set out above satisfies all three desiderata. I remind that according to the commentators who are sceptical of the very enterprise of providing one rule for all presumptions, the fact-finder should be empowered (D_1) to 'jump' to a conclusion (D_2) which is based on a juridical rule of proof and not on ordinary canons of common-sense reasoning (D_3).

Our doctrinal formula authorises (D_1) the fact-finder to draw a defeasible conclusion (D_2) and treat the presumed fact as established upon proof of the presumption-raising fact alone (D_3). Default logic provides us thus with a doctrinal formula for all presumptions. To put it in a more technical way, we can extract our 'doctrinal formula' from the abovementioned reasoning pattern.

27). Holton poses a very important question: *How* do we determine the cardinality of the SED? Uncertainty about the number of defeaters could lead ultimately to structural instability. Yet, this (common) view is flawed. For there is one thing that we know with certainty about (all kinds of) logic. They only introduce axiomatized ways of sound reasoning. More specifically, logic has a distinctive tautological character. Its task is to show us how to move from certain premises to a valid – in the case of default logic: defeasible – conclusion. The question of which premises may come into play, in other words: which defeaters will or even should 'gain' membership to the SED, is not for the logician to decide – this is a point that Reiter is at pains to stress. Logicians are construction engineers of reasoning processes, not architects. Reasoning patterns deal with questions of logically valid deducibility, not with empirical issues. As H.L.A. 71 Harv. L. Rev. (1957), p. 610, puts it pithily: 'Logic is silent on how to classify particulars [...] Logic does not prescribe interpretation of terms; it dictates neither the stupid nor intelligent interpretation of an expression. Logic only tells you hypothetically that if you give a certain term a certain interpretation then a certain conclusion follows'. In terms of our example: Ornithologists (i.e.: not logicians) will work out which species may count as flightless birds. Similarly, Parliaments will decide for example whether and in how many ways a (third) person has standing to dispute the (presumed) legitimacy of a child. See K.N. Kotsoglou, *Law, 12 Probability and Risk* (2013), p. 296.

2. Presumed facts as default conclusions

We can now apply our doctrinal formula to legal presumptions of fact. We can hold that every time the presumption-raising fact (e.g. criminal charges) is established to the requisite *SoP*, the fact-finder shall declare the presumed fact (e.g. innocence) as established too. In other words, the fact-finder shall infer (*M*) that innocence is established by default, pursuant to the juridical rule of proof at the heart of the legal presumption. Schematically:

$$\frac{\text{presumption raising fact}(x):M\text{presumed fact}(x)}{\text{presumed fact}(x)}$$

At this point, we need to make the following distinction: For all *irrebuttable* presumptions of fact, the SED will be empty. For example, pursuant to s. 76 SOA 2003⁶⁰ (*M*), it will be an irrebuttable ('conclusive') presumed fact, that the complainant 'did not consent to the activity and the defendant did not reasonably believe that the complainant consented', when either of the following two presumption-raising facts applies:

- The defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or the purpose of the act (not the nature and quality of the act).
- The defendant intentionally induced the complainant to consent by impersonation of a person known personally to the complainant.

Since the legal presumption of fact enshrined in s. 76 SOA 2003 is irrebuttable, the cardinality of the SED will be null. Nothing can override the presumed facts. On the contrary, for all *rebuttable* presumptions of fact, the cardinality of the SED will by definition not be null. To use a similar example as above, the SOA 2003 introduces in section 75 a series of rebuttable ('conclusive') presumptions. Pursuant to s. 75(2)(a-f) SOA 2003, if any of the circumstances listed there applies, then the complainant is to be

- a) taken not to have consented to the relevant act [presumed fact], unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented [rebuttal clause], and
- b) the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented [presumed fact] unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it [rebuttal clause].

60 Sexual Offences Act 2003 (England and Wales).

V. The Presumption of Innocence Revisited

1. On Presumed innocence

At this point we can finally apply our doctrinal formula to a more central (and problematic) legal presumption of fact, i.e. the *PoI*, Art 6(2) ECHR. The *PoI*, I remind, provides that ‘everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.’

One might retort that the very diction of Art 6(2) ECHR especially the use of the conjunction ‘until’ would hinder our analysis which pivots around defeasibility. One might also think that this is yet another reason that the *PoI* is not a typical presumption. But is it? The criminal process is not a social or religious ritual with a predetermined outcome. It is a densely regulated decision-making process *under uncertainty*. In other words: The outcome of the criminal process is uncertain. It is certain of course that there will be a verdict. However, whether the said decision will be an acquittal or a conviction, is not simply a matter of time. On the contrary, a criminal conviction is a function of a complex procedural and evidential set of norms. In that sense, we need to read the conjunction ‘unless’ into the *PoI* – despite the latter’s diction. Art 6(2) ECHR should thus be read as follows:

‘everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent. The defendant will retain his presumed innocence, unless proved guilty according to law.’

The logical structure of the *PoI* will be the following:

criminal charges (X): M presumed innocence
presumed innocence

The cardinality of the SED will be one (1) insofar, as there is a single rebuttal clause which can override the presumed fact, i.e. presumed innocence. The rebuttal clause is ‘proof of guilt to the requisite standard of proof’.

$SED \rightarrow \{\text{Proof of Guilt}\}$

Now, the question is twofold. *First*, what is the *SoP* in criminal adjudication (Q_1)? *Secondly*, what needs to be proven for the rebuttal clause to apply (Q_2)? Let’s start in reverse order: The rebuttal clause applies if and only if every element of the offence has been established. The number and content of those elements varies widely and depends on the particular offence. It is thus *substantive* law that determines the content of ‘legal proof’.

$$\text{Legal Proof} \rightarrow \begin{cases} X1 \\ X2 \\ X3 \\ \vdots \\ Xn \end{cases}$$

For the offence of, say, murder (in England and Wales) the (actus reus and mens rea) elements which must be proven are the following:

- the killing
- of a human being
- with intent.

Relevant to the question regarding the remit of the rebuttal clause, is also the perennial question regarding defences especially the procedural mechanism for proving those elements. The fact-finder will take a defence into account – and in the Crown Court the judge will include, say, self-defence in his/her summing up of the case, only when that defence has become a live procedural issue.⁶¹ In other words, fact-finders will not occupy themselves with any defence, unless the latter has been turned into a live issue – another example of how defeasibility and default structures permeate the fabric of the criminal process. Going back to our example: Full proof of the offence would include for example disproving self-defence as well.

- the killing
- of a human being
- with intent
- no self-defence.

This answers Q_2 . What about Q_1 and the alleged links between the *SoP* on the one hand and the *PoI* on the other hand? Is the *PoI* inextricably linked to a specific *SoP*?⁶² More specifically, is the *PoI* the principle that sets high barriers to the conviction of the defendant?⁶³ This question is highly relevant since, as we saw above, the *PoI* is widely viewed as synonymous to

61 Interestingly, we see another default rule at play here.

62 See e.g. A. Stumer, above n. 2, p. xxxvii: ‘The presumption of innocence tilts the scales of justice in favour of a defendant by requiring the prosecution to establish guilt to a high standard of certainty.’

63 For a similar approach see Ashworth, above n. 4, p. 74; ‘many discussions about the presumption of innocence assume or stipulate that proof beyond a reasonable doubt is a necessary part of the presumption of innocence’.

the duty of the state to prove the accused's guilt beyond reasonable doubt. The answer is: No.

Liberal legal orders (which will opt for a presumption of *innocence*, rather than a presumption of *guilt*) will probably opt for a demanding *SoP* too. The latter will minimise the risk of wrongful convictions. As Justice Harlan explained in his seminal opinion in the case *In Re Winship*, the *SoP* influences the relative frequency of two types of erroneous outcomes (i.e. convicting someone who has not committed the crime and acquitting someone who has).⁶⁴ The choice of the *SoP*, he added 'should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each.'⁶⁵ But the *PoI* is compatible with more standards than one. Parliaments and legal orders have the prerogative of gauging the level of acceptable risk for wrongful convictions/acquittals. It is theoretically possible that presumed innocence could be overridden by a mere suspicion or an anonymous phone call. The relationship between the *PoI* and a demanding *SoP* is thus epiphenomenal insofar, as both procedural devices are enacted within liberal legal systems aiming at minimising wrongful convictions. The *PoI* is not conceptually or procedurally indebted to a specific let alone to a demanding *SoP*. On the contrary, it is compatible with *any* standard including a low one.

2. Procedural or Substantive in Nature?

Another contentious issue concerns the implications that the *PoI* allegedly has for substantive law. Can the *PoI* function as an impediment to the creation of new offences or to the conviction of the morally blameless? Whilst some theorists have insisted that the *PoI* is equipped with this kind of substantive effect,⁶⁶ courts, at least in England and Wales, consistently deny that. As Lord Hope remarked in *R v G*, the *PoI*

'as a whole is concerned essentially with *procedural* guarantees to ensure that there is a fair trial, not with the substantive elements of the offence with which the person has been charged [...] It is concerned with the

64 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at 397.

65 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at 397.

66 P. Tomlin, *Journal of Political Philosophy*, 21 (2013), 44; V. Tadros, *Criminal Law and Philosophy*, 1 (2007), 193.

procedural fairness of the system for the administration of justice in the contracting states, not with the substantive content of domestic law'.⁶⁷

The ECtHR holds a similar view too. In *G v. UK* the applicant (G) complained that his conviction for rape of a child under section 5 of the Sexual Offences Act 2003, despite the fact that he had believed that the girl was willing to have sex and was 15 years old, was incompatible with the *PoI*. The Strasburg Court reiterated that it was not within the remit of Article 6(1 and 2) ECHR to contour criminal law offences. The UK Parliament created the offence of rape under section 5 of the 2003 Act which introduces strict liability as regards the victim's age. It did so, as the ECtHR accepted, to protect children from sexual abuse and the consequences of premature sexual activity.⁶⁸

Academicians on the other hand lament that courts 'offer no arguments for restricting the presumption of innocence to evidential rather than substantive matters'.⁶⁹ Whilst the discussion has been going on for a long time now, we can offer here a brief structural analysis of this problem. As it was shown above, the *PoI*'s main function is *a*) to provide a legal basis for both a conviction and an acquittal, and *b*) to equip the defendant with the default-status of presumed innocence, which will be maintained, unless there is proof of guilt. This, i.e. the defendant's default status is the most fundamental structural component of the criminal process.

- If the *SoP* has been met, then presumed innocence is overridden and the defendant is convicted.
- If the *SoP* has not been met, then presumed innocence is not overridden and the defendant keeps his default status.

In both cases, the *PoI* serves as the legal basis for the verdict.

It becomes thus apparent that the *PoI*'s main function has nothing to do with the particular elements or the remit of the respective offence. The *actus reus* and *mens rea* elements of the offence, whatever they are, will have to be proven to the requisite *SoP*, for the presumed innocence to be rebutted. In extremis, an offence which becomes akin to a thought-crime,

67 *R v G* [2009] 1 AC 92, [2008] UKHL 37 [27].

68 *G v UK* (application no. 37334/08).

69 See among others V. Tadros, *Criminal Law and Philosophy*, 8 (2014), 449. The author even goes on to characterise a ruling by the ECtHR (*G v UK* [2011] ECHR 1308) 'depressingly argument-free', for it rejected the argument that Article 6(2) of the European Convention of Human Rights has implications for the substantive law.

or is too broad, is a serious issue from the point of view of criminal policy and of the principle of legality (*lex certa*). However, the *PoI* does not enter *that* discussion.

3. *PoI* and / as the Burden of Proof

As I showed above the analysis presented here is not purely theoretical. On the contrary, it has deep doctrinal consequences too. According to the mainstream view, the main function of the burden of proof is to provide guidance about the correct way to resolve uncertainty. The burden of proof, we read, shall inform decision-makers about how they can avoid a procedural cul-de-sac: If the criminal charges have neither been proved or disproved (this situation is generally known as *non-liquet*),⁷⁰ then what should we do? A careful look at the structural features of the *PoI* will, however, pay good dividends insofar, as from a doctrinal point of view there is nothing which could meaningfully be described as *non-liquet* in the criminal process.

Pursuant to the *PoI*, the defendant shall maintain his or her default status of (presumed) innocence, unless the latter is rebutted through proof of guilt according to law. The question allegedly answered by the burden of proof, namely ‘what will happen in case we do not have sufficient evidence to prove all the elements of a criminal offence’, can be asked only because we traditionally misunderstand *a)* the meaning of the conjunction ‘unless’, *b)* the procedural architecture of the criminal process.

The question of what should happen *if* the rebuttal clause (proof of guilt) does not apply, has no meaningful use within the criminal process. The defendant would then keep the default status of presumed innocence and will ultimately be acquitted, *unless* the fact-finder believes that all the elements of the offence have been proven to the requisite *SoP*.

VI. *Conclusions. Doctrinal Overreach or Conceptual Precision?*

We saw above that according to the mainstream view, the *PoI* means that, whenever a person is charged with a criminal offence, then

70 The phrase ‘*non liquet*’ comes from Roman law and means ‘it is not clear’.

- a) the prosecution must bear the burden of proving the elements of the offence
- b) and that proof must be beyond reasonable doubt.

The mainstream approach is not merely a competitor to the one presented here or other similar ones. Crucially, the *PoI* –the way that it is commonly understood– morphs into a sweeping ‘all in one’ doctrine. As commentators have expertly explained, the main problem with such a one-tool-for-everything doctrinal interpretation, is the worry that the *PoI* being ‘such an amorphous and protean notion’ can mean ‘just about anything (presumptively positive) that a particular speaker wants it to mean’.⁷¹ One could perhaps, if he really wanted, use a dentist’s drill to dig in a wall, but the more emphasis we put on efficiency and analyticity, the more we realize that we might want to save such expensive medical instruments for situations where they are more fit for purpose. If a procedural device is used in an all-encompassing manner, rather than be reserved for a specific and narrowly defined task, then it undergoes an inflationary process in which it subsumes substantive, procedural and evidential functions which are alien to it. To put it differently: The mainstream approach is guilty of an intellectual malady recently coined as ‘conceptual overreach’⁷² – an idea that goes back to Nietzsche’s aphorism that ‘seeing things as similar and making things the same is the sign of weak eyes’.⁷³

This article showed that the *PoI* is neither a vacuous rule of *savoir juger* nor an empty phrase which allegedly encompasses more and more functions. The analysis conducted here described the structural features of the *PoI* indeed of any legal presumption of fact, and helped us not lose sight of the latter’s normative function. There is a juridical rule of weight at the heart of the *PoI* assigning fixed probative value to classes of evidence (here: ‘criminal charges’).

I have also highlighted the structural features salient across all legal presumptions. By describing the reasoning pattern at the heart of legal presumptions, I essentially drew on an insight offered by Thayer. The great evidence scholar wrote in year 1889 that ‘[legal presumptions] belong rather to the much larger topic of legal reasoning in its application to particular

71 Roberts, above n. 9, p. 8904.

72 John Tasioulas, Aeon 2021, online available: <https://aeon.co/essays/conceptual-overreach-threatens-the-quality-of-public-reason> (last accessed: 12/05/2023).

73 F. Nietzsche, *The Gay Science*, transl. by Walter Kaufmann, 1974, para 128.

subjects'.⁷⁴ Whilst I do not agree that legal presumptions are *not* part of the law of evidence, it certainly pays good dividends to broaden our horizon by looking at the concept of defeasibility as well, an originally jurisprudential concept introduced by H.L.A. Hart.⁷⁵

Gaining a better understanding of defeasibility on the one hand and of legal presumptions of fact on the other hand, will allow us to illuminate one of the most fundamental features of procedural architecture for criminal law: The *default status* of the defendant who, once charged with a criminal offence, will retain his presumed innocence, unless he is proved guilty either by the criminal court in continental jurisdictions or by the prosecution in common law jurisdictions. The same insight enables us to grapple with another perennial problem in the law of evidence, the function of the burden of proof. Remember that according to mainstream scholarship the burden of proof breaks the logjam and overcomes the stalemate in situations where the fact-finder, having heard all the evidence, thinks that an element of the offence has neither been proved nor disproved. However, the *PoI* provides, nay presupposes, that such a stalemate cannot really come about.

- If and only if the rebuttal clause applies (legal proof), then the defendant's presumed innocence is overridden.
- Whenever this is not the case, the defendant retains his or her default status.

These are the two tail-ends of the criminal process. *Tertium non datur*.

⁷⁴ Thayer, above n. 16, p. 142.

⁷⁵ H. L. A. Hart, 49 Proceedings of the Aristotelian Society (1948-1949), p. 171.

Mehrere Sprachen, eine Grammatik: Das versteckte Potential der Normentheorie am Beispiel von Portugal

Inês Fernandes Godinho¹

Abstract

Die Normentheorie als gemeinsame Grammatik der „Sprache“ von Strafnormen ist ein Mehrwert für die gemeinsame Strafrechtswissenschaft, auch wenn solche Strafnormen in unterschiedlichen Sprachen formuliert sein können. Am Beispiel der portugiesischen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion zeigt sich, dass die Normentheorie in der dogmatischen Diskussion nicht abwesend ist, sondern ihr vielmehr zugrunde liegt. Dieses Beispiel dient dazu, zu erläutern, dass die Normentheorie nicht auf eine lokale oder territoriale Analyse beschränkt ist. Sie ermöglicht vielmehr eine internationale Analyse und einen Dialog zwischen verschiedenen Rechtssystemen.

I. Einleitung

Das Potential der Normentheorie zeigt sich in der Rolle, die sie im Rahmen einer immer mehr internationalisierten (Straf-)Rechtswelt haben kann. Das hier befürwortete Hauptargument lautet, dass die Normentheorie als gemeinsame Grammatik der „Sprache“ von Strafnormen ein Mehrwert für die gemeinsame Strafrechtswissenschaft ist, auch wenn solche Strafnormen in unterschiedlichen Sprachen formuliert sein können.

Die Relevanz der Normentheorie in der Strafrechtswissenschaft ist nicht nur unter Normtheoretiker:innen anerkannt. Schon *Albin Eser* schreibt:

Eigentlich sollte man erwarten, dass die Funktionen und Adressaten von Normen gerade in strafrechtlichen Gesamtdarstellungen besondere Beachtung finden, geht es doch im Strafrecht wie in kaum einem anderen Rechts-

1 Ich danke *Joachim Renzikowski* für kritische Anmerkungen und die Revision des Textes.

*gebiet um die Steuerung durch und die Beachtung von Normen und die Sanktionierung von Missachtung.*²

Zwar spielt die normtheoretische Diskussion in der portugiesischen Strafrechtswissenschaft (noch) keine so große Rolle wie in der deutsch-³ oder der spanischsprachigen⁴ Strafrechtswissenschaft. Gleichwohl ist ihr der normtheoretische Einfluss immanent.

Tatsächlich lässt sich nämlich der in der portugiesischen Strafrechtswissenschaft anerkannte Grundsatz der Einheit der Rechtswidrigkeit⁵ normtheoretisch erklären. In den Worten von *Figueiredo Dias* hat

*Bindings Normentheorie und seine Unterscheidung zwischen der Norm und dem Strafgesetz dazu beigetragen. Die erste geht der zweiten begrifflich und in der Regel auch zeitlich voraus und enthält ein zwingendes Gebot, etwas zu tun oder zu unterlassen, dessen Verletzung die Rechtswidrigkeit der Handlung oder Unterlassung zur Folge hat. Das zweite, das Strafgesetz, hat nur die Befugnis, diese unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung mit bestimmten Mitteln und unter bestimmten Bedingungen zu sanktionieren.*⁶

Der hierdurch ausgedrückte Gedanke der Einheit der Rechtswidrigkeit spiegelt sich im portugiesischen Strafgesetzbuch von 1982 (derzeit in Kraft) wider. Art. 31 Abs. 1 Código Penal lautet (in deutscher Übersetzung): „Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn ihre Rechtswidrigkeit durch die Rechtsordnung als Ganzes ausgeschlossen ist.“

2 Eser, Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 25 (31).

3 Siehe u.a. die Beiträge in Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018; Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht. Normtheoretische Betrachtungen, 2021; Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022; Kuhl/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie im digitalen Zeitalter, 2023.

4 U.a. *Silva Sánchez*, Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, in: *Modernas tendencias em la ciencia del derecho penal y em la criminologia*, 2001, S. 559 ff.; *Robles Planas*, Teoría de las normas y sistema del delito, 2021.

5 Auf die Verwandtschaft zur „Einheit der Rechtsordnung“ – vgl. dazu etwa *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998; Hellwege/Soniewicka (Hrsg.), Die Einheit der Rechtsordnung. Annäherungen – Bestandsaufnahmen – Reflexionen, 2020 – kann hier nicht näher eingegangen werden.

6 *Dias*, Direito Penal, 2019, S. 17 f.

Daraus wurde gelegentlich geschlossen, dass es keinen Unterschied zwischen strafrechtlichem und zivil- oder öffentlich-rechtlichem Unrecht gebe. Infolgedessen verlor das strafrechtliche Unrecht, ja möglicherweise die strafrechtliche Begriffsbildung überhaupt, ihre Eigenständigkeit. So meinte etwa *Beleza dos Santos*:

*Die Wahrheit ist, dass es keinen strukturellen Unterschied zwischen den beiden Unrechten gibt, so dass man im Voraus sagen kann, wann eine Handlung im Allgemeinen nur zivilrechtliche Sanktionen oder nur strafrechtliche Sanktionen oder beides nach sich ziehen sollte.*⁷

Nach Ansicht von *Figueiredo Dias* ist der oben genannte Grundsatz der Einheit der Rechtswidrigkeit insoweit akzeptabel, als er lediglich bedeutet, dass alles, was nach einem anderen Rechtsgebiet erlaubt ist, nach dem Strafrecht nicht rechtswidrig sein kann. Er sei jedoch inakzeptabel, wenn er darauf abzielt, dass das, was nach dem zivil- oder öffentlichen Recht verboten ist, auch nach dem Strafrecht rechtswidrig sein muss, selbst wenn es aus anderen Gründen letztlich nicht bestraft wird. Mit anderen Worten: Das Strafrecht habe einen eigenen Begriff der Rechtswidrigkeit:

*Das Phänomen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung (...) hängt letztlich immer von den Zielen ab, denen das Strafrecht dienen soll, (...) nicht von der Art und Weise, wie die Bewertung durch andere Rechtszweige vorgenommen wird.*⁸

Diese Ansicht zeigt, inwieweit die Normentheorie, auch wenn sie im portugiesischen strafrechtlichen Denken oft nicht explizit angewandt wird, dennoch dafür fruchtbar gemacht werden kann.

II. Die Grammatik der Straftat

Die verschiedenen Strafrechtssysteme haben eine Konstruktion von Straftatbeständen angenommen, die unabhängig von der Sprache, in der sie verfasst sind, übereinstimmen.

7 *Beleza dos Santos*, Ensaio sobre a Introdução do Direito Criminal, 1968, S. 80. Siehe auch *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, Band I, 1867, S. 4 ff.

8 *Dias*, Direito Penal, 2019, S. 19; so auch *Taipa de Carvalho*, Direito Penal. Parte Geral, 2022, S. 115 f.; das ist übrigens auch der Grundgedanke von *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983.

Straftatbestände setzen folgende interne gemeinsame Struktur voraus:

- einen Normadressat (“Wer”)
- eine Handlung (“etwas tut/unterlässt”)
- eine Rechtsfolge (“wird bestraft”)

Ohne diese Struktur können sie nicht als Tatbestände anerkannt werden. Diese Grammatik ist allen Straftatbeständen gemeinsam, auch wenn in dieser Struktur zwischen zwei Normen – der primären Verhaltensnorm und der sekundären Sanktionsnorm – unterschieden werden kann.

Anhand einer von *Fletcher* vorgeschlagenen Liste der Maximen der Struktur des Strafrechts wird deutlich, dass die Rechtsnormen der Strafgesetzbücher diese Struktur zwar voraussetzen, aber nicht immer als solche zum Ausdruck bringen. Außerdem sind diese Maximen keine Regeln – wie bei der Normentheorie –, sondern eher Gebote in dem Sinne, dass sie ein Ergebnis der Theorie und der Reflexion über die Rechtspraxis im Strafrecht sind. Mit anderen Worten: sie verkörpern das Recht der Jurist:innen, oder die Dogmatik. In der Tat geht es im Allgemeinen Teil der Strafrechtslehre um die Frage, welche (allgemeinen) Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Tat ihrem:r Akteur:in entsprechend zugerechnet und diese:r dafür verantwortlich gemacht werden kann.

Fletcher nennt zehn allgemeine Grundsätze oder „Maximen“:⁹

1. Jede Straftat setzt eine freiwillige menschliche Handlung voraus.
2. Jede Straftat beinhaltet eine Dimension des Fehlverhaltens.
3. Der Anspruch auf Rechtfertigung negiert das Unrecht.
4. Jede strafbare Handlung setzt eine schuldhaftige Begehung der Tatbestandsmerkmale voraus.
5. Eine vorwerfbare Begehung setzt zumindest fahrlässiges Verhalten in Bezug auf jeden Tatbestand voraus.
6. Vorsätzliches, wissentliches und leichtfertiges Handeln ist in Bezug auf jeden Straftatbestand schlimmer als fahrlässiges Handeln.
7. Ein entschuldigtes Verhalten ist nicht vorwerfbar.
8. Vernünftige Fehler sind nicht vorwerfbar.
9. Selbstverteidigung ist nur gegen ungerechtfertigte Angriffe möglich.
10. Die Staatsanwaltschaft muss die Schuld immer über einen vernünftigen Zweifel hinaus beweisen.

9 *Fletcher*, *The Grammar of Criminal Law*, Vol. I: Foundations, 2007, S. 95 f.

Ohne auf Einzelheiten einzugehen oder die Maximen selbst zu erörtern, ist jedoch festzustellen, dass diese weder die Funktionen, noch die Adressat:innen der Normen selbst betreffen. Wenn wir die Dogmatik als eine spezifische Sprache betrachten, nämlich als Sprache der allgemeinen Verbrechenslehre, stellen diese Maximen eher die Grammatik der Strafrechtsdogmatik dar. Mit anderen Worten, sie bilden die Grundlage für die Artikulation und Entwicklung dieser Sprache, oder besser, ihre Prämissen.

Strafgesetze sind jedoch auch Normen: Normen, die an Adressat:innen gerichtet sind und rechtliche Konsequenzen für ihre Missachtung vorschreiben. Jedoch passen die Formulierung und Entwicklung von Strafnormen, obwohl sie von der Grammatik der Dogmatik abhängen, nicht in diese Grammatik, da wir es hier mit einer anderen Sprache zu tun haben, die von anderen Prämissen abhängt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem Platz und der Rolle der Normentheorie. Vor allem in Zeiten der Globalisierung, Internationalisierung und Digitalisierung ist fraglich, welche Bedeutung und welches Potenzial die Normentheorie hat.

III. Die Grammatik der Strafnorm

Unter der Annahme, dass es mehrere normtheoretische Konzepte¹⁰ gibt, wird seit *Binding* eine dualistische Konzeption als vorherrschend angenommen. Diskutiert wird die Frage, ob in Strafgesetzen (z.B. § 212 StGB oder Art. 131 Código Penal) eine Verhaltensnorm identifiziert werden kann oder ob es sich nur um Sanktionsnormen handelt, da sie – angesichts ihres Wortlauts – keinen an Bürger:innen adressierten befehlenden „Sollsatz“ enthalten.¹¹

Auch wenn diese Diskussion in Portugal nicht explizit unter der Überschrift der Normentheorie stattfindet, wird sie doch implizit vorausgesetzt. Ein deutlicher Ausdruck dafür ist die Position von *Faria Costa*, der von

10 *Renzikowski*, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie?, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 9 (10); *Grosse-Wilde*, Die Vielheit der Normen(-theorien) im englischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsdiskurs, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 215.

11 *Renzikowski* (Fn. 10), S. 11; *Robles Planas*, Verhaltensnormen, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 393 ff.

der Existenz einer Verhaltensnorm im Strafgesetz ausgeht. Im Zusammenhang mit der Auslegung im Strafrecht unterscheidet *Faria Costa* zwischen „Text-Norm“ und „Norm-Text“. Die „Text-Norm“ ist das, was den Interpret:innen als Gesetzestext vorgelegt wird, d.h. das Wort des Gesetzgebers.¹² Unter „Norm-Text“ wird die „eigentliche Bedeutung der Norm, die Offenbarung des rechtlichen Gebots oder Verbots, das sie übersetzt“, verstanden.¹³

Auch die Theorie des Verbotsirrtums stützt sich, selbst wenn der Zusammenhang in der Lehre nicht explizit gemacht wird, auf die Annahme einer an die „Bürger:innen“ gerichteten Verhaltensnorm des Strafgesetzes. In der portugiesischen Strafrechtswissenschaft unterscheidet man nicht nur zwischen Irrtümern über den Sachverhalt und Irrtümern über eine Norm, sondern man kennt auch den Irrtum bezüglich der Natur des Verbots. Nach Art. 16 Abs. 1 und 17 Abs. 1 Código Penal sind beides Fälle der Unkenntnis der Strafbarkeit (Verbotsirrtum), aber das Objekt des Irrtums ist unterschiedlich.¹⁴ Das portugiesische Strafrecht geht also nicht davon aus, dass ein Verbotsirrtum immer (erst) ein schuldrelevanter Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist.

Art. 16 Abs. 1 Código Penal (Irrtum über Tatumstände) lautet wie folgt: „Der Irrtum über faktische oder normative Tatumstände, oder über Verbote, deren Kenntnis vernünftigerweise notwendig für das Unrechtsbewusstsein des Täters ist, schließt den Vorsatz aus.“¹⁵ In Art. 17 Abs. 1 Código Penal (Verbotsirrtum) heißt es (übersetzt): „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn ihm dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist.“¹⁶ Wie man sehen kann, beziehen sich die Verbote auf unterschiedliche Gegenstände: auf Verbote, deren Kenntnis für das Unrechtsbewusstsein notwendig ist – wobei der Irrtum als Kenntnisirrtum eingeordnet ist –, und auf Verbote, deren Unkenntnis als

12 *Faria Costa*, *Direito Penal*, 2017, S. 155.

13 *Faria Costa* (Fn. 12), S. 157.

14 *Velo*, *O Erro em Direito Penal*, 1999, S. 23 f.

15 Die Übersetzung dieser Vorschrift von *Fernandes*, *Das portugiesische StGB*, 2010 lautet: „Der Irrtum über tatsächliche oder rechtliche Elemente eines strafrechtlichen Tatbestands oder über Verbote, deren Kenntnis vernünftigerweise unentbehrlich ist, damit der Täter die Rechtswidrigkeit der Tat wahrnehmen kann, schließt den Vorsatz aus.“

16 *Fernandes*, *Das portugiesische StGB*, 2010, übersetzt Art. 17 Abs. 1 so: „Wer sich der Rechtswidrigkeit der Tat nicht bewusst ist, handelt ohne Schuld, wenn der Irrtum ihm nicht zur Last gelegt werden kann.“

Bewertungsirrtum im Rahmen des Unrechtsbewusstseins eingeordnet wird. Die herrschende Meinung bezieht die Verbote des Art. 16 Abs. 1 Código Penal auf *delicta mere prohibita*, d.h., auf Handlungen die nur deshalb als verwerflich gelten, weil sie verboten sind. Damit erweitert Art. 16 Abs. 1 Código Penal den Tatbestandsirrtum um einen bestimmten Verbotsirrtum, der als außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum angesehen wird.¹⁷ Der praktisch bedeutsamste Fall sind Irrtümer über Blankettgesetze – genauer: über die (außerstrafrechtliche) Ausfüllung eines Blankettgesetzes. Nach dieser Lösung kann man „nur dann eine Tat als vorsätzlich begangen zurechnen ..., wenn man dem Täter unterstellt, er habe die an ihn gerichtete Norm richtig verstanden“.¹⁸ Für dieses Verständnis wird also die Kenntnis der Norm vorausgesetzt. Demgegenüber erfassen die Verbote nach Art. 17 Abs. 1 Código Penal *delicta mala per se*, also Handlungen, die auch ohne Verbot aus sich heraus als verwerflich gelten.

Weitere normtheoretische Überlegungen, die die Verhaltensnorm betreffen, finden sich in der portugiesischen Diskussion über den untauglichen Versuch. Ähnlich wie § 23 Abs. 3 StGB bestraft auch Art. 23 Abs. 3 Código Penal den untauglichen Versuch.¹⁹ Die Strafbarkeit wird nach *Figueiredo Dias* damit begründet, dass „im konkreten Fall der Versuch, obwohl es in Wirklichkeit unmöglich ist, den typischen Erfolg zu erzielen, ausreicht, um das Vertrauen der Gemeinschaft in die Geltung und Gültigkeit der Verhaltensnorm zu erschüttern“.²⁰ In diesem Zusammenhang verweist *Faria Costa*, obwohl er nicht dieselbe dogmatische Position einnimmt, darauf, dass „die Strafrechtsordnung (...) eine Trennlinie zwischen dem klaren Bereich, der auf den unmittelbaren Schutz der Strafrechtsgüter abzielt, und einem anderen Bereich aufweist, dessen Zweck der Schutz der Pflichterfüllung ist, auch wenn dieser materiell im mittelbaren Schutz der Rechtsgüter besteht. Das heißt: In diesem Bereich kann das Strafrecht vielleicht in erster Linie als eine materielle Gebotsnorm verstanden werden“.²¹ Beide Passagen demonstrieren die Relevanz der Normentheorie für die Diskussion, auch wenn sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aus unterschiedlichen Perspektiven begründen.

17 *Velo*, Erro em Direito Penal, 1999, S. 24.

18 *Kindhäuser*, GA 1990, 407 (416).

19 Art. 23 (3) port. StGB: Der Versuch ist nicht strafbar, wenn die Untauglichkeit der vom Täter eingesetzten Mittel oder das Fehlen des wesentlichen Gegenstands für die Vollendung der Straftat offensichtlich ist.

20 *Figueiredo Dias*, Direito Penal, 2019, S. 837.

21 *Faria Costa* (Fn. 12), S. 557.

Diese Beispiele veranschaulichen – abgesehen von den jeweiligen dogmatischen Positionen –, dass die Normentheorie eine Reflexionsachse in der portugiesischen Strafrechtswissenschaft darstellt, auch wenn sie als Bezugspunkt für die Analyse nicht in vollem Umfang geteilt wird.²²

Die Normentheorie wird aber in der portugiesischen Strafrechtswissenschaft erwähnt. So lehrt *Cavaleiro de Ferreira* im Hinblick auf die Struktur der Strafnorm, dass die Strafnorm im weitesten Sinne aus zwei Vorschriften besteht: „der primären Vorschrift, die das Verbrechen definiert, und der sekundären Vorschrift oder Sanktionsnorm, die die Strafe anordnet“.²³ Aber diese Ausführungen enthüllen nicht das wahre Potenzial der Normentheorie. Ohne auf die Vorzüge dogmatischer Positionen oder Strömungen der Normentheorie einzugehen, soll lediglich deutlich gemacht werden, dass die Normentheorie in der dogmatischen Diskussion nicht abwesend ist, sondern ihr vielmehr zugrunde liegt.

Welche Rolle spielt also die Normentheorie im Strafrecht angesichts der Bedeutung, die ihr Autoren wie *Eser* zuerkennen, obwohl sie sich nicht näher mit ihr befassen?

Zunächst einmal dürfen wir nicht vergessen, dass wir es bei dem Strafrecht mit einer Rechtsmaterie zu tun haben, in dem die Macht des Gesetzes mit größerer Intensität auf die Grundrechte der Bürger:innen einwirkt. Daher muss die Legitimation von dogmatischen und gesetzlichen Lösungen einer strengen Analyse unterzogen werden, wofür weder das Legalitätsprinzip, noch das Schuldprinzip ausreichen. *Kindhäuser* schreibt:

*Normentheorie ist keine inhaltliche Strafrechtslehre, sondern ein meta-theoretisches Konzept, das dem Verständnis bestehender dogmatischer Institutionen dienen soll. Die Normentheorie als Spezialgebiet von Ethik, Rechtstheorie und Logik fügt dem Strafrecht nichts Substantielles hinzu, sondern kann lediglich dazu beitragen, dessen Strukturen zu erhellen.*²⁴

Da die Normentheorie nicht auf eine lokale oder territoriale Analyse beschränkt ist, ermöglicht sie – angesichts ihres Gegenstands – eine internationale Analyse und einen Dialog zwischen verschiedenen Rechtssystemen. Um es in den Worten von *Renzikowski* auszudrücken:

22 Im Gegensatz zur deutschen Strafrechtswissenschaft: z.B., zum untauglichen Versuch, *Cornelius*, Normentheoretische Annäherung an den untauglichen Versuch, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 215.

23 *Cavaleiro de Ferreira*, Lições de Direito Penal, I, 1982, S. 52.

24 *Kindhäuser*, GA 2022, 563.

Die Normentheorie ist somit das Einfallstor der Rechtstheorie in die Strafrechtsdogmatik. Sie ermöglicht die Analyse dogmatischer Strukturen und eine Kritik der Begründung dogmatischer Sätze, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Auf diese Weise können Scheinprobleme entlarvt und Begründungslasten aufgedeckt werden. Die Normentheorie ist gewissermaßen eine Metadogmatik.²⁵

IV. Potential der Normentheorie als gemeinsame Grammatik – Fazit

Die verschiedenen Strafgesetze nehmen eine identische Konstruktion an, aber dies geschieht in der Sprache des jeweiligen Landes. Trotzdem gibt es eine Sprache der Kontinuität in der juristischen Konstruktion des Strafgesetzes, die eine gewisse Einheitlichkeit der Bedeutung voraussetzt: „Sanktionierung der Missachtung einer Norm durch eine:n Normadressat:in“. Diese unterschwellige „Sprache“ erlaubt es uns, eine Metasprache zu errahnen.

Eine solche Metasprache könnte mit einer Sprache identifiziert werden, die den „Strafgesetzen“ (*Binding*) gemeinsam ist: die Dogmatik oder, in einer anderen Formulierung, das Jurist:innenrecht. Die „Sanktionierung der Missachtung einer Norm“ beruht auf der Gemeinsamkeit bestimmter Prämissen, die *Fletcher* die „Grammatik“ des Strafrechts nennt.²⁶

Diese Grammatik des Strafrechts muss jedoch von der Grammatik der Norm unterschieden werden. Denn die Normentheorie hat ihre Bedeutung zunächst einmal – nur – als analytisches Instrument, was angesichts ihrer Herkunft aus der analytischen Rechtstheorie nicht überrascht. *Fletcher's* „general principles of criminal law“ können – mindestens zum Teil – normtheoretisch analysiert, nicht aber von der Normentheorie begründet werden. Das Verständnis der Norm und ihre Beziehung zu anderen Regeln sind ein anderes Thema als die Begründung von Normen oder gar die Frage nach dem Zweck von Strafrecht überhaupt – auch wenn es Überschneidungen geben mag.

Nach *Kindhäuser* vermag es die Normentheorie, „die ‚Grammatik‘ zu verdeutlichen, mit deren Hilfe sich strafrechtliche Normen formulieren, in Relation zueinander setzen und gegenüber anderen Typen von Regeln

25 *Renzikowski* (Fn. 6), S. 17 f.

26 *Fletcher* (Fn. 9), S. 20.

abgrenzen lassen“.²⁷ Als solche Grammatik ermöglicht die Normentheorie eine Analyse von dogmatischen Ansätzen und bereichert den Rechtsvergleich durch die normenstrukturelle Analyse jenseits sprachlicher Unterschiede der Sanktionsnormen.

²⁷ Kindhäuser, GA 2022, 563.

Die internationale Strafrechtswissenschaft im Lichte der Normentheorie: Suche nach einer „Universalgrammatik“ des Strafrechts im Wege der Normentheorie?

Zhiwei Tang

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit den Potentialen der Normentheorie im Prozess der Herausbildung einer internationalen Strafrechtswissenschaft. Als analytisch-rechtstheoretische Struktur lässt sich die Normentheorie zu einer universalen Grammatik des Strafrechts weiterentwickeln. Die internationale Anschlussfähigkeit der normentheoretischen Betrachtung zeigt sich unter anderem in ihrer methodischen Anwendung in der Strafrechtsvergleichung, in ihrer Funktion als überpositive Grundlage für die strafrechtliche Theoriebildung sowie in ihrem Mehrwert bei der Erforschung ungelöster Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Die Leistungsfähigkeit der Normentheorie zur Entwicklung einer universalen Strafrechtsdogmatik beschränkt sich jedoch weitgehend auf den „Kernbereich der Dogmatik“. In diesem Zusammenhang ist die Normentheorie bereits per se „nationalneutral“ und somit international.

I. Einleitung

Wenn man von den Potentialen der Normentheorie im Prozess der strafrechtlichen Internationalisierung spricht, so geht es um die internationalen Potentiale einer theoretischen Struktur, aus deren Grundlagen sich weitere rechtswissenschaftliche Schlussfolgerungen bzw. Erkenntnisse herleiten lassen. Eine solche Struktur, die von der internationalen Wissenschaftsgemeinschaft akzeptiert werden könnte, muss zumindest in formaler Hinsicht konsequent, inhaltlich überzeugend und kulturunabhängig – und in diesem Sinn universal – sein. Hier werde ich nicht darauf eingehen, ob diese

oder jene Normentheorie konsequent und überzeugend ist.¹ Damit haben sich viele Wissenschaftler:innen bereits an anderer Stelle ausgiebig auseinandergesetzt.² Die Absicht des vorliegenden Beitrags ist „bescheidener“. Ich möchte hier nur der Frage nachgehen, ob der Normentheorie ein universaler Anspruch einer internationalen (Straf-)Rechtstheorie beigemessen werden kann.

II. Die internationale Strafrechtswissenschaft

Die Entwicklung einer „internationalen Strafrechtswissenschaft“ oder einer „universalen Strafrechtsdogmatik“ wird seit jeher von zahlreichen renommierten Strafrechtswissenschaftler:innen deutscher und ausländischer Herkunft angestrebt. Exemplarisch genannt seien *Armin Kaufmann*,³ *Hans Joachim Hirsch*,⁴ *Claus Roxin*,⁵ *George Fletcher*,⁶ *Jesús-María Silva Sánchez*,⁷

-
- 1 Zur Vielfalt der „Normentheorien“ vgl. nur *Renzikowski*, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), *Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, 2022, S. 9 (10); *Grosse-Wilde*, Die Vielheit der Normen(-theorien) im englischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsdiskurs, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, S. 215.
 - 2 Für einen Überblick über grundlegende normentheoretische Positionen vgl. *Gössel*, in: *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, S. 2 ff.; *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl. (2020), § 7 Rn. 33c f.; siehe auch die Beiträge in *Schneider/Wagner* (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018; Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), *Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, 2022; jüngst die Beiträge von *Freund/Rostalski*, *Kindhäuser* und *Renzikowski* im GA-Debattenheft, GA 2022, 543.
 - 3 *Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, in: *Jescheck et al.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, 1985, S. 100 (100 ff.).
 - 4 *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 835 (840 ff.); *ders.*, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, in: *Seebode* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, S. 43.
 - 5 *Duve*, Ein Gespräch mit Claus Roxin, in: *Forum Historiae Iuris* (15.5.2006), <http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/0605duve-roxin.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.2.2025).
 - 6 *Fletcher*, *Basics Concepts of Criminal Law*, 1998, S. 5; *ders.*, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International*, vol. 1: Foundations, 2007.
 - 7 *Silva Sánchez*, Jesús-María Silva Sánchez, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen: Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, 2019, 391 (395).

Eric Hilgendorf,⁸ Makoto Ida⁹ und Luis Greco.¹⁰ Die sogenannte internationale Strafrechtswissenschaft bezeichnet nach Ansicht von Eric Hilgendorf eine länderübergreifend betriebene Strafrechtswissenschaft, die ihren Fokus auf die Strafrechtsdogmatik legt und einige gemeinsame Leitwerte teilt.¹¹

Eine internationale bzw. universale Strafrechtswissenschaft ist in vielerlei Hinsicht wünschenswert. Vor allem kann sie Transparenz bei der Wissenschaftskommunikation zwischen verschiedenen Ländern schaffen, indem man sich mit ihrer Hilfe international über grundlegende Konzepte und Begriffe des Strafrechts verständigt.¹² Hier kann man von einer Transparenzfunktion der internationalen Strafrechtswissenschaft sprechen. Die internationale Strafrechtswissenschaft als Forum des – systematischen¹³ – Strafrechtsvergleichs kann aber auch kritische Potentiale entfalten, indem sie allen Ländern ein Bezugsmodell liefert (Stichwort: kritische Funktion). Auf dieser Grundlage kann man zum einen über die *lex lata* der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen reflektieren. Zum anderen kann der Austausch auf der Plattform der internationalen Strafrechtswissenschaft auch das Niveau der nationalen Wissenschaftsstandards anheben (Stichwort: Verwissenschaftlichungsfunktion). Der Verwissenschaftlichungsprozess einer Rechtsordnung kann zwar von innen erwachsen, mit einer Rezeption von außen kann dieser Prozess jedoch effektiver werden und viele

8 Exemplarisch Hilgendorf, Die internationale Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2021, S. 153 (153 ff.).

9 Ida, Gedanken über die Methode einer universellen Strafrechtsdogmatik, in: Safferling et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 271; ders., Zur Wahrheit der strafrechtlichen Problemlösung, in: Engelhart/Kudlich/Vogel (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, 2021, S. 57.

10 Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, 2015, S. 41 ff.; Roxin/Greco (Fn. 2), § 7 Rn. 85x.

11 Hilgendorf (Fn. 8), S. 156.

12 In diesem Sinne wird das Dialog-Projekt „Core Concepts in Criminal Law and Justice“ konzipiert, siehe die Beiträge in: Ambos et al. (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume 1, 2020; Ambos et al. (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume 2, 2022.

13 Zum Begriff des systematischen Strafrechtsvergleichs vgl. Eser, Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden, in: Eser/Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa: Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, S. 929 (980 f.).

Umwege vermeiden.¹⁴ Da die Kontrolle der Strafgewalt zu den Kernaufgaben des Rechtsstaats zählt, bedeutet eine Verwissenschaftlichung des nationalen Strafrechts konsequenterweise eine Erhöhung der Rechtstaatlichkeit des jeweiligen nationalen Strafrechts.

III. Internationale Anschlussfähigkeit der normentheoretischen Betrachtung

1. Nationales Recht als Landessprache und Normentheorie als Grammatik von Sprachen

Jurist:innen haben keine anderen Mittel als Worte.¹⁵ Die Bedeutung der Sprache in der Jurisprudenz muss nicht besonders betont werden, sie ist hinlänglich bekannt. Jurist:innen müssen sich mit der – juristischen – Sprache vertraut machen und in der Praxis die passenden juristischen Fachwörter finden, um Entscheidungen zu begründen. Die juristischen Begriffe und die juristische Sprache als Ganze gehen in der Regel auf die Rechtsquellen¹⁶ zurück und entwickeln sich aus ihnen heraus. Sowohl die Rechtsquellen als auch das aus ihnen entwickelte Rechtssprachensystem müssen in einer Sprache im Sinne eines Zeichensystems,¹⁷ das Laute oder Schriftzeichen miteinander verbindet, zum Ausdruck gebracht werden. Weltweit gibt es jedoch eine Vielzahl von Nationalsprachen und das Strafgesetzbuch wird dementsprechend in der jeweiligen Nationalsprache abgefasst. Auch wenn juristische Begriffe in andere Sprachen übersetzt werden können, werden sie in einer anderen Sprache häufig anders verstanden, weil sie in dieser anderen Sprache mit einem anderen nationalen Rechtssystem gekoppelt sind.¹⁸ Um die juristische Sprache eines Landes zu verstehen, ist es deshalb

14 Für einen Überblick zur Rezeption der deutschen Strafrechtswissenschaft in China siehe Tang, ZStW 132 (2020), 980 (993 ff.).

15 Fletcher, Grammar (Fn. 6), S. 117.

16 Dazu Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 143 ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 46 f.

17 Zur Sprache als Zeichensystem vgl. Rolf, Sprachtheorien: Von Saussure bis Millikan, 2008, S. 7 ff.

18 Zu den unterschiedlichen Vorsatzbegriffen im Common Law und in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, S. 391 m.w.N. Im Vergleich zum deutschen Strafrecht wird der Vorsatz im chinesischen Strafrecht wesentlich anders definiert. Nach der Legaldefinition des Deliktsvorsatzes gem. § 14 chStGB liegt eine vorsätzliche Straftat vor, wenn der Täter wissentlich eine Straftat begeht und dabei Kenntnis davon hat, dass sein Handeln

regelmäßig notwendig, auch die jeweilige Rechtsordnung systematisch zu erlernen.

Um eine Fremdsprache zu beherrschen, benötigen Fremdsprachenlerner:innen, anders als Muttersprachler:innen, häufig ein Grammatikbuch – am besten vergleichend mit der Grammatik der eigenen Muttersprache. Entsprechendes gilt, wenn man sich mit einem fremden Rechtssystem vertraut machen möchte. Die Normentheorie fungiert als Grammatik der jeweiligen Rechtssprache.¹⁹ Denn Rechtsnormen stellen die kleinsten Bausteine oder „Elementarteilchen“²⁰ der Rechtsordnung dar und die Normentheorie dient der Strukturierung und Systematisierung der Rechtsnormen unterschiedlicher Erscheinung und unterschiedlichen Inhalts.²¹ Im Bereich des Strafrechts erweist sich die Normentheorie auch deshalb als Grammatik der Strafrechtsdogmatik, weil sie sich mit den tieferen Strukturen²² bzw. Grundunterscheidungen²³ der strafrechtlichen Zurechnung befasst.²⁴ Da jede Sprache ihr eigenes Grammatikbuch hat, ist es nicht verwunderlich, dass auch die den jeweiligen Rechtssystemen zugrundeliegenden Normentheorien unterschiedlich formuliert sind. Mit einem Grammatikbuch (bzw. einer Normentheorie) kann man eine Sprache (bzw. ein Rechtssystem) aber besser beherrschen und leichter mit anderen Sprachen (bzw. Rechtssystemen) vergleichen, weil man mit den beiden Grammatikbüchern (bzw. Normentheorien) die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der

für die Gesellschaft gefährliche Folgen haben wird und er den Eintritt dieser Folgen wünscht oder in Kauf nimmt. Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass das Unrechtsbewusstsein als immanenter Bestandteil des Vorsatzes zu verstehen ist, vgl. dazu *Xuan Chen*, Das Schuldprinzip, die Prävention und das Unrechtsbewusstsein, in: Hilgendorf (Hrsg.), Das Schuldprinzip im deutsch-chinesischen Vergleich: Beiträge der vierten Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Hangzhou vom 8. bis 12. September 2017, 2019, S. 103 (110 f.).

19 Vgl. auch *Godinho*, Mehrere Sprachen, eine Grammatik: Das versteckte Potential der Normentheorie am Beispiel von Portugal, in diesem Band, S. 97 (99 ff.).

20 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 16.), S. 61.

21 Vgl. dazu *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2020, S. 253 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 16.), S. 84 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 189 ff.; *Kelsen*, Allgemeine Rechtstheorie der Normen, 1979; *Weinberger*, Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts, 1988, S. 85 ff.; *Strömholm*, Allgemeine Rechtslehre: Eine Einführung, 1976, S. 41 ff.

22 Vgl. *Renzikowski* (Fn. 1), S. 17.

23 Siehe etwa *Fletcher's* These zu den zwölf Unterscheidungsmerkmalen, die alle Strafrechtssysteme prägen, *Fletcher*, Basics Concepts of Criminal Law, 1998, S. 4 f.

24 Siehe auch *Mañalich*, The Grammar of Imputation, in: Joerden/Schuh (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), S. 411 (411 ff.).

beiden Sprachen (bzw. Rechtssysteme) leichter feststellen kann. Insoweit lassen sich die auf eine bestimmte Rechtsordnung bezogenen normentheoretischen Betrachtungsansätze leicht in eine auf eine andere Rechtsordnung bezogene Normentheorie zu übersetzen. Dies zeigt bereits die Anschlussfähigkeit der Normentheorie für eine internationale Strafrechtswissenschaft. Ob eine Normentheorie aber als für alle Rechtsordnungen der Welt geltende „Universalgrammatik“ im Sinne des amerikanischen Linguisten *Noam Chomsky*²⁵ bezeichnet werden kann, ist eine andere Frage. Insoweit bleibt es spannend zu sehen, ob das ambitionierte Projekt von *George P. Fletcher* zur Grammatik des Strafrechts²⁶ letztlich gelingt.

2. Katalysator der Strafrechtsvergleichung

Die analytisch-rechtstheoretisch orientierte Normentheorie²⁷ kann aber als Weg in eine internationale Strafrechtswissenschaft dienen. Denn die normentheoretische Betrachtungsweise geht davon aus, dass die Strafrechtsdogmatik einer tragfähigen normentheoretischen Grundlage bedarf²⁸ und dem Kern der strafrechtlichen Analyse, der Verbrechenslehre, eine Normentheorie zugrunde liegt.²⁹ Unsere Aufgabe als Dogmatiker:innen ist insofern, zuerst eine exzellente Normentheorie herauszuarbeiten und – in einem zweiten Schritt – daraus ein Straftatsystem abzuleiten. Anders gewendet: Findet man eine konsensfähige Normentheorie, so schafft man – abgesehen von Detailfragen – auch eine gemeinsame Grundlage für die je-

25 Vgl. *Chomsky*, *New Horizons in the Study of Language and Mind*, 2000, S. 7.

26 Bislang sind zwei der geplanten drei Bände erschienen, vgl. *Fletcher*, *Grammar* (Fn. 6); *ders.*, *The Grammar of Criminal Law. Vol. 2: International Criminal Law*, 2019; Besprechungsaufsätze *Muñoz Conde*, *Tulsa Law Review* 39 (2004), 941 und *Ambos*, *Cardozo Law Review* 28 (2007), 2647.

27 Diese Ausrichtung ist bereits auf die Begründer der Normentheorie, *Bentham* und *Austin*, zurückzuführen, näher dazu *Renzikowski*, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie* in: *Dölling/Erb* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag* am 16. Oktober 2002, 1999, S. 3 (4 ff.).

28 So *Asholt/Engländer*, *GA* 2022, 541; ebenso *Ida*, *Norm und Prävention im Strafrecht – Zum dreistufigen Modell der Normkonkretisierung*, in: *Hilgendorf et al.* (Hrsg.), *Liberalität und Verantwortung: Festschrift für Jan C. Joerden zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 125.

29 So *Hauck*, *GA* 2009, 280 (285): „die Normentheorie als Grundlagendisziplin der allgemeinen Verbrechenslehre“; m.w.N. *Leite*, *Normtheoretische Fehlschlüsse in der Strafrechtsdogmatik*, in: *Aichele/Renzikowski/Rostalski* (Hrsg.), *Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, 2022, S. 277 (277).

weilige dogmatische Grundposition. Dadurch kann die vergleichende Untersuchung zu strafrechtsdogmatischen Fragen befördert werden. Mit der normentheoretischen Betrachtung lässt sich nämlich besser diagnostizieren, weswegen es bei einer gemeinsamen Frage zu deutlich divergierenden Ergebnissen kommt. Die normtheoretische Betrachtung liefert sozusagen ein Denkmuster oder einen Bezugsrahmen, das sogenannte „Framing“, mit dem man strafrechtsdogmatische Fragen systematisch verorten kann.

Deutlich wird dies vor allem bei der Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, die im internationalen Strafrechtsvergleich vielfach unterschiedlich beantwortet wird.³⁰ Während sie in Deutschland (im Umkehrschluss zu § 23 Abs. 3 StGB)³¹ oder in Spanien (nach Art. 16 Código Penal)³² bejaht wird, bleibt der untaugliche Versuch in Japan aufgrund des objektiven Verständnisses des Versuchsunrechts³³ und in Italien, unter Hinweis auf den Verdacht eines reinen Gesinnungsstrafrechts ohne jede Rechtsgutsgefährdung,³⁴ straflos. In China ist diese Frage noch komplizierter. Nach der chinesischen Rechtsprechung wird der untaugliche Versuch – angesichts des Einflusses der sowjet-russischen Strafrechtslehre – grundsätzlich als strafbar angesehen. Dem tritt jedoch die sich herausbildende Mehrheit der Wissenschaft entgegen.³⁵

30 Das zeigt sich bereits in der Rechtsvergleichung innerhalb des deutschsprachigen Raums, vgl. *Lagodny*, Zwei Strafrechtswelten: Rechtsvergleichende Betrachtungen und Erfahrungen aus deutscher Sicht in Österreich, 2021, S. 141 ff.

31 Gerade im Zusammenhang mit der normentheoretischen Betrachtung *Cornelius*, Normentheoretische Annäherung an den untauglichen Versuch, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 215 (216 ff.).

32 Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs siehe *Mir Puig*, Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 729 (730).

33 Dazu *Ida*, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? – Dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit, in: Streng/Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich: Beiträge zur Evaluation deutschen „Strafrechtsexports“ als „Strafrechtsimport“, 2012, S. 23 (28 ff.); *Sato*, GA 2017, 432 (432 ff.); *Takahashi*, Verhaltensnorm und Sanktionsnorm beim untauglichen Versuch, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 205.

34 Vgl. *Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, 2009, S. 133; *Di Amato*, Criminal Law in Italy, 2011, S. 108 f.

35 Vgl. nur *Xingliang Chen*, Tsinghua Law Journal 2011, Nr. 4, 8 (8 ff. – in chinesischer Sprache).

Anhand der Grundthese der – dualistischen – Normentheorie, nämlich der Unterscheidung zwischen primären Verhaltensnormen und sekundären Sanktionsnormen, kann man die unterschiedliche Beurteilung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in den verschiedenen Rechtsordnungen besser nachvollziehen. Auf der ersten Stufe ist danach zu hinterfragen, ob ein untauglicher Versuch eine Verhaltensnorm verletzt. Nur eine Verletzung irgendeiner Verhaltensnorm – als rechtstaatliche Minimalanforderung – kann eine nachteilige Rechtsfolge begründen. Nimmt man im Falle des untauglichen Versuchs eine Verhaltensnormverletzung an, so kann man sich der Analyse des Strafgrundes zuwenden. Auf der zweiten Stufe der Sanktionsnorm ist vor allem zu erwägen, ob auf ein Zuwiderhandeln gegen eine Verhaltensnorm – hier in Form eines untauglichen Versuchs – auch mit einer (strafrechtlichen) Sanktion reagiert werden soll. Dabei sind auch die „länderspezifischen“ Erwägungen in Form der general- und spezialpräventiven Gründe und die kulturelle Prägung der jeweiligen Rechtsordnung³⁶ zu berücksichtigen. Soweit die Strafwürdigkeit eines Verhaltens bejaht, damit die Frage nach dem „Ob“ der Strafbarkeit positiv beantwortet und ein entsprechender gesetzlicher Straftatbestand formuliert wird, obliegt es dem kriminalpolitischen Souverän im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative noch über die Strafbedürftigkeit der im Straftatbestand beschriebenen Verhaltensnormverletzung³⁷ zu entscheiden. Bei offenen Formulierungen der Sanktionsnormen können die Richter:innen zwar die eigentlich dem Gesetzgeber zustehende Rolle als kriminalpolitischer Akteur³⁸ übernehmen. Sie müssen dabei aber strikt die rechtsstaatlichen Anforderungen und unter ihnen insbesondere das Gesetzlichkeitsprinzip wahren. Sofern die Verhaltensnormverletzung im konkreten Fall nicht derart schwerwiegend bzw. nicht von solcher sozialer Erheblichkeit ist³⁹, dass sie das konkrete Verhalten als tatsächlich strafwürdig bzw. strafbedürftig erscheinen lässt und somit die belastende Sanktion hinreichend rechtfertigen kann, müssen

36 Die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs im japanischen Strafrecht könnte z.B. auf die dominierende Erfolgsorientiertheit des japanischen Strafrechts und somit das erfolgsorientierte Denken in der japanischen Kultur zurückzuführen sein, vgl. *Ida* (Fn. 33), S. 33 f.

37 Zu den Begriffen der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit im Kontext der Straftat vgl. *Frisch*, GA 2017, 364 (364 ff.); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 254 ff.

38 So auch *Saliger*, ZfISW 2022, 276.

39 Zum Aspekt der sozialen Erheblichkeit bzw. „Sozialschädlichkeit“ als immanentes Kriterium strafrechtlicher Verhaltensnormen vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 350 ff.

die Richter:innen stets zu einem Ergebnis zugunsten der Täterin bzw. des Täters gelangen. Die normentheoretische Betrachtungsweise bietet damit einerseits eine analytische Struktur zur Begründung der dogmatischen Lösungen, andererseits aber auch einen Erklärungsansatz für die durch die Strafrechtsvergleichung zu Tage geförderten Unterschiede.

3. Rolle als „neutrale“ Methodik der Strafrechtswissenschaft

Nur wenn wir verstehen, worin die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen eigentlich bestehen, eröffnet sich die Möglichkeit einer Verständigung über eine universale Strafrechtsdogmatik. Neben dieser Lokalisierungshilfefunktion bei der Strafvergleichung bietet die dualistische Normentheorie auch eine analytische Methode für die internationale Gemeinschaft der Strafrechtswissenschaft. Diese analytische Methode ist zugleich länderübergreifend und neutral. Während sich die Normentheorie in Deutschland auf das Erbe von *Binding* zurückführen lässt, ist die analytische Unterscheidung zwischen primären Verhaltensnormen und sekundären Sanktionsnormen auch in der angelsächsischen Rechtskultur bereits seit jeher etabliert. Dies kann zur Internationalisierung der Normentheorie als juristische Forschungsmethode beitragen. In China z.B. sind die normentheoretischen Begriffe nicht nur Wissenschaftler:innen mit deutscher Prägung, sondern auch solchen, die in angelsächsischen Law Schools ausgebildet wurden, bekannt.⁴⁰ Diese „Vertrautheit“ mit der Normentheorie, die Juristen mit unterschiedlichen akademischen Lebensläufen gemein ist, kann Vorurteile gegenüber fremden Rechtskreisen vermeiden. Dies erhöht wiederum die Chance einer Akzeptanz der Normentheorie durch die internationale Strafrechtsgemeinschaft.

4. Überpositive Grundlage für die Theoriebildung

Gerade im internationalen Kontext zeigt sich ein weiteres Potential der normentheoretischen Betrachtung dann, wenn es darum geht, über das

40 Vgl. nur *Dan-Cohen*, Harvard Law Review 97 (1984), 625; *Robinson*, University of Chicago Law Review 57 (1990), 729 und die Rezeption dieser Diskussion in der chinesischen Literatur *Yongqian Wang*, Tsinghua University Law Journal 2015, Nr. 5, 145 (145 ff. – in chinesischer Sprache).

positive Recht hinauszugehen. Nicht zu bestreiten ist zwar, dass der Strafrechtsdogmatik das positive Recht zugrunde liegt. Dies gilt aber nicht für den Begründungs- und Erklärungsansatz einer Dogmatik. Es geht um zwei verschiedene Theorieebenen. Ein Beispiel: Die Unterscheidung der beiden Grundsäulen der herrschenden Verbrechenslehre, Unrecht und Schuld, stellt eine strafrechtliche dogmatische Kategorisierung dar. Hingegen fungiert die Normentheorie als Begründungstheorie dieser Unterscheidung. Normentheorie ist in diesem Sinne eine Theorie mittlerer Reichweite oder – wie teilweise auch angenommen wird – eine Quasi-Metatheorie.⁴¹ Wie *Renzikowski* treffend formuliert: Sie „ermöglicht die Analyse dogmatischer Strukturen und eine Kritik der Begründung dogmatischer Sätze, nicht mehr, aber auch nicht weniger“.⁴² Tatsächlich bietet die Normentheorie eine analytische Struktur jenseits nationaler Besonderheiten. Ein Beispiel aus dem geltenden chinesischen Strafrecht verdeutlicht dies: Bei circa zwei Dritteln der Straftatbestände im Besonderen Teil des chStGB hat der chinesische Gesetzgeber quantitative Verbrechensmerkmale bzw. „Erheblichkeitsschwellen“ vorgesehen, die in vielen Ländern, etwa in Deutschland, nicht bekannt sind.⁴³ Auch bei der Frage nach der dogmatischen Behandlung dieser national-rechtlich spezifischen Straftatbestandsmerkmale ist eine normentheoretische Betrachtung von Nutzen. Nach den Grundaussagen der Normentheorie ist die gesetzlich verankerte Tatbestandsseite eines Strafgesetzes nicht zwangsläufig Bestandteil der Verhaltensnorm, die zwar den Strafgesetzen im Umkehrschluss entnommen werden kann,⁴⁴ von den Rechtssätzen der Straftatbestände jedoch zu unterscheiden und somit selbstständig ist (These der Verschiedenheit von Norm und Strafgesetz).⁴⁵ Dieses Verständnis lässt Raum für die dogmatische These, der zufolge quantitative

41 So *Renzikowski*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung: Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, 2005, S. 115 (137); neulich nochmals hervorgehoben *ders.* (Fn. 1), S. 18.

42 *Renzikowski* (Fn. 1), S. 17 f.

43 Zu den quantitativen Merkmalen im chinesischen Strafrecht vgl. *Tang*, ZStW 132 (2020), 980 (993 ff.); *Wang*, Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich, 2014, S. 79 ff.

44 So *Kindhäuser*, GA 2010, 490 (493); *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 93.

45 Vgl. dazu *Gössel* (Fn. 2), S. 11. So auch die Diskussion im polnischen Strafrecht *Zoll*, Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 93.

Merkmale des Verbrechens dogmatisch nicht mit den „normalen“ Tatbestandsmerkmalen gleichzusetzen sind. Dieser dogmatische Ansatz ist meines Erachtens im Vergleich zur Gleichsetzungsthese der herkömmlichen Lehre im chinesischen Schrifttum vorteilhaft. Denn die Differenzierungsthese vermeidet vor allem einen normlogischen Widerspruch. Die Verhaltensnorm soll verhindern, dass die Normadressanten das Verbotene überhaupt begehen oder das Gebotene unterlassen. Es soll kein Kompromiss aus der Verhaltensnorm (Stichwort: bedingte Verhaltensnorm)⁴⁶ hergeleitet werden.⁴⁷ Die Verhaltensnorm des Diebstahls heißt: „Du sollst nicht stehlen“, nicht aber: „Du sollst grundsätzlich nicht stehlen, Sachen im Wert von bis zu 100 EUR aber schon“. Das Mitlesen der quantitativen Bedingung der Strafbarkeit als Bestandteil der Verhaltensnorm führt notwendigerweise zu einer Relativierung des Handlungsverbots oder -gebots als solchem und somit auch der verhaltensleitenden Funktion der Verhaltensnorm. Tatsächlich sind die quantitativen Strafbarkeitsvoraussetzungen auf der Ebene der Sanktionsnormen zu verorten. Sie werden damit im chinesischen Recht bereits für die Frage des „Ob“ der Strafbarkeit relevant, sind normentheoretisch betrachtet aber nicht anders als Qualifikationstatbestände⁴⁸ zu behandeln.

Diese knappen Ausführungen zu den quantitativen Merkmalen des Verbrechens im chinesischen Strafrecht im Lichte der dualistischen Normentheorie belegen anschaulich, dass die normentheoretische Betrachtung auch für rechtsordnungsspezifische Besonderheiten eine tragfähige Analyse- und Begründungsstruktur ist.

5. Potentiale für die Erforschung ungelöster AT-Fragen des Strafrechts

Die Bedeutung der Normentheorie für den internationalen Strafrechtsdiskurs darf nicht unterschätzt werden, auch wenn es – wie oben hervorgehoben – primär um Kernbereiche der Strafrechtsdogmatik und Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechtsrechts geht. Wer sich näher mit dem

46 Die Figur solcher bedingten Verhaltensnormen findet z.B. auch in der utilitaristischen Rechtstheorie, wie etwa der von Jeremy Bentham, ihren Ausdruck, vgl. dazu *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, 137 (138 ff.).

47 So auch *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl. 2023, S. 270; *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, 137 (142 ff.).

48 Zur normentheoretischen Betrachtung der Qualifikation vgl. auch *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, 137 (144 ff.).

Allgemeinen Teil des Strafrechts befasst, erkennt sofort, dass es nach wie vor ungelöste Problemstellungen in allen Rechtsordnungen gibt.⁴⁹ Auch die gesellschaftlichen Neuentwicklungen stellen ständig vor neue Herausforderungen in diesem nur scheinbar auserforschten Feld. Exemplarisch und aktuell sind etwa die Triage-Debatte,⁵⁰ die Verantwortung des KI-Systems⁵¹ sowie die Zuspitzung klassischer Zurechnungsprobleme im Angesicht der weitreichenden Digitalisierung der Gesellschaft.⁵²

IV. Grenzen der normentheoretischen Betrachtung in der internationalen Strafrechtswissenschaft

Es gibt jedoch auch Fragen, die einer normentheoretischen Betrachtung schwer zugänglich sind. Zur Bestimmung der Grenzen der normentheoretischen Betrachtung kann man auf die richtungsweisende Zweiteilung strafrechtlicher Problembereiche von *Armin Kaufmann* zurückgreifen. Nach seiner Vorstellung „können und müssen wir [...] zwischen dem Kernbereich der Dogmatik, in dem die Sachlogik dominiert, und einem anderen Bereich, in dem die Axiologie und die empirische Forschung vorherrschen [unterscheiden]“.⁵³ Gerade bei der Internationalisierung der Strafrechtswissenschaft sollten wir dem von der Sachlogik dominierten – oder hier in unserem Kontext wahrscheinlich besser: dem der Anwendung der Normentheorie zugänglichen – Bereich der Grundlagen des Strafrechts mehr Aufmerksamkeit schenken.⁵⁴ Allein auf diesem Weg kann eine tragfähige Grundlage für die internationale Strafrechtswissenschaft entstehen.

Bei kulturabhängigen Fragestellungen ist eine Standardisierung auf Tatbestands- wie Sanktionsebene durch Strafrechtsvergleichung zwar wün-

49 Näher vgl. *Hilgendorf* (Fn. 8), S. 170.

50 Siehe nur die Tagungsbände Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021; Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021.

51 Vgl. etwa die Beiträge im Tagungsband Kuhli/Rostalski, *Normentheorie im digitalen Zeitalter*, 2023.

52 Vgl. etwa *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (875 ff.); *Beck*, MschrKrim 106 (2023), 29.

53 *Kaufmann* (Fn. 3), S. 110.

54 So auch *Ida*, Zur Wahrheit der strafrechtlichen Problemlösung – oder: auf der Suche nach einer universell gültigen Strafrechtsdogmatik, in: Engelhart/Kudlich/Vogel (Hrsg.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, 2021, S. 57 (67).

schenswert, jedoch müssen wir akzeptieren, dass ein Konsens nur sehr schwer erreichbar ist. Dies verdeutlicht z.B. ein Rechtsvergleich zur Unternehmensstrafbarkeit. Eine normentheoretische Betrachtung kann kaum die Frage beantworten, ob man eine Sanktion als Strafe oder als Geldbuße im Sinne des Ordnungswidrigkeitsrechts einstufen soll.⁵⁵ Bei solchen Fragen spielen die Rechtskultur, die nationale Politik oder die Wirtschaftsinteressen, wie etwa die Konkurrenzfähigkeit des inländischen Unternehmens gegenüber ausländischen, eine gewichtigere Rolle als dogmatische Argumente.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich Folgendes feststellen: Wenn wir eine systematisch konsequente und inhaltlich überzeugende Normentheorie finden können, so muss diese auch international und universal sein. Es gibt keine provinzielle Normentheorie. Zu Recht wird hervorgehoben, dass die Strafrechtsdogmatik einer tragfähigen normentheoretischen Grundlage bedarf.⁵⁶ Die Normentheorie stellt in diesem Sinne eine Grammatik der Strafrechtsdogmatik dar, die eine strukturiertere Auseinandersetzung mit den – nationalen wie internationalen – Strafgesetzen ermöglicht. Wenn wir, vereinte Gemeinschaften der Wissenschaft, eine allgemeingültige Grammatik aller Strafgesetzbücher auf der Welt – zumindest hinsichtlich der Dogmatik als deren Kernbereich – ausarbeiten wollen, lohnt es sich, die Normentheorie gemeinsam weiterzuentwickeln.

55 Gleichwohl sind die Fragen zur Struktur der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen aus guten Gründen normentheoretisch zu untersuchen, etwa im Hinblick darauf, ob eine Zurechnung bei Straftaten von Organen einer juristischen Person in Betracht kommt, vgl. dazu exemplarisch *Robles Planas*, Strafe und juristische Person, ZIS 2012, 347 (348 ff.); *Frisch*, Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, in: Zöller et al. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 349 (352 ff.).

56 Vgl. *Asholt/Engländer*, GA 2022, 541 (541).

Obliegenheiten und Lasten im Straf(prozess)recht:
Kann diese Unterscheidung sein?
Untersuchung anlässlich eines Falles im argentinischen Strafrecht

Juan Pablo Montiel

Abstract

Die Fähigkeit, Regeln zu befolgen, ist für die strafrechtliche Zurechnung von enormer Bedeutung. Anders scheint es sich im Strafprozessrecht darzustellen, wo wir uns nicht fragen, ob die Adressat:innen einer Vorschrift in der Lage waren, sie zu befolgen, insbesondere wenn das in der Vorschrift vorgeschriebene Verhalten nicht ausgeführt wurde. Wenn beispielsweise die verurteilte Person nicht rechtzeitig und formgerecht Berufung einlegt, wird normalerweise nicht gefragt, ob sie in der Lage war, die von den Vorschriften des Strafprozessrechts diesbezüglich aufgestellten Anforderungen zu erfüllen. Dies ist die Regel bei der Anwendung von strafverfahrensrechtlichen Normen, aber es gibt auch Ausnahmen. Der Beitrag zeigt Fälle aus der argentinischen Rechtsprechung auf, in denen es notwendig wurde, nach der Befolgungsfähigkeit von strafverfahrensrechtlichen Normen zu fragen. Es wird eine normtheoretische Analyse vorgestellt, die auf der Unterscheidung zwischen Obliegenheiten und Lasten beruht.

I. Einleitung

Die Behandlung des Themas „Internationalisierung der Normentheorie“ kann zu mindestens drei verschiedenen Arten von Analysen führen. Erstens kann es darum gehen, das normtheoretische Modell zu untersuchen, das von internationalen Strafverfolgungsbehörden bei der Verfolgung und Verurteilung internationaler Verbrechen verwendet wird. Zweitens kann eine rechtsvergleichende Analyse vorgeschlagen werden, bei der die verschiedenen in den Rechtssystemen verwendeten theoretischen Modelle verglichen werden, um die Grundlagen des Verbrechensbegriffs zu ermitteln. Schließlich kann die sogenannte „Internationalisierung der Normentheorie“ eine

Untersuchung der Import- oder Exportprozesse theoretischer Modelle ermöglichen, die zwischen verschiedenen wissenschaftlichen Gemeinschaften stattfinden. In diesem Fall wird die Rezeption bestimmter exogener theoretischer Modelle in einer inländischen Rechtswissenschaft analysiert.¹ Häufig kann diese Rezeption zu einer Anerkennung und Anwendung des ausländischen Modells führen, die identisch oder gleichwertig mit derjenigen ist, die in seinem Herkunftsbereich praktiziert wird, sofern die kulturellen Unterschiede zwischen der importierenden und der exportierenden Rechtswissenschaft nicht erheblich sind. In dem Maße, in dem diese Unterschiede in der Rechtskultur stärker werden, gerät die „eingeführte“ Theorie in einen Anpassungsprozess, der sie den Verlust ihrer Identität kostet und zu ihrer Deformierung führen kann. In diesem Beitrag geht es mir darum, eine Analyse der an dritter Stelle beschriebenen Art der Behandlung der „Internationalisierung der Normentheorie“ zu liefern.

Ein deutlicher Beleg für die Gültigkeit der Import- und Exportprozesse theoretischer Modelle im Strafrecht findet sich in der Normentheorie deutschen Ursprungs. Es liegt auf der Hand, dass die aus dem deutschen Sprachraum stammende Straftatlehre seit Mitte des letzten Jahrhunderts einen immer stärkeren Einfluss auf das gesamte spanischsprachige Strafrecht ausübt. Dafür gibt es trotz der großen kulturellen Unterschiede wichtige historische Gründe.² Interessanterweise ist hier das seltene Phänomen zu beobachten, dass trotz großer kultureller Unterschiede die ausländische Anwendung der aus den Normentheorien stammenden Konzepte nicht unter Anpassungen leidet, die ihr Wesen verändern.

Die argentinische Strafrechtswissenschaft ist nicht nur keine Ausnahme, sondern hat auch entscheidend zu diesem Importprozess in das gesamte spanischsprachige Strafrecht beigetragen.³ Aus diesem Grund entsprechen die Diskussionen sowohl in der argentinischen Lehre als auch in der argentinischen Rechtsprechung denen, die in jedem deutschsprachigen Rechts-

1 Allgemein zu diesen Prozessen in der Strafrechtswissenschaft, vgl. die Beiträge in Streng/Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, 2012.

2 Dazu Montiel, *Kurze Geschichte der lateinamerikanischen (insbesondere argentinischen) Strafrechtswissenschaft und die Rezeption der deutschen strafrechtlichen Dogmatik*, in: Streng/Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, 2012, S. 129 (131 ff.).

3 Im Einzelnen dazu Montiel (Fn. 2), 131 ff.; Cesano, Rg 20 (2012), 156 (157 ff.); Bacigalupo, *El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en la Argentina y en Latinoamérica*, in Maier/Sancinetti/Schöne (Hrsg.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro homenaje a Struensee*, 2011, S. 39 (40 ff.); Bacigalupo, *Hacia el Nuevo Derecho penal*, 2006, S. 75 f.

system zu finden sind. Ein gutes Beispiel dafür ist die Behandlung von Obliegenheiten in den letzten Jahren. Die weite Verbreitung der Arbeiten von *Hruschka*, *Kindhäuser* und *Pawlik* in der spanischsprachigen Lehre hat entscheidend dazu beigetragen, dass das Konzept der „Obliegenheiten“ bekannt und in der Lehre verwendet wurde (auch unter Verwendung des Begriffs in deutscher Sprache, da es schwierig war, eine hinreichend genaue Übersetzung zu finden). Ich bin jedoch der Ansicht, dass die Diskussion über die Obliegenheiten auch im Bereich des Strafprozessrechts von Bedeutung sein kann, insbesondere in Fällen, in denen das Urteil auf unlautere Weise rechtskräftig wird. Im Folgenden werde ich eine Gruppe von realen und imaginären Fällen betrachten, die von der argentinischen Lehre aufgeworfen wurden, in Bezug auf die Obliegenheiten von Interesse sind und uns dazu einladen, den Unterschied zwischen diesen deontischen Entitäten und den Lasten genauer zu untersuchen.

Meiner Meinung nach sind die von der argentinischen Lehre vorgeschlagenen Lösungen unzureichend, was zum Teil an den begrifflich rudimentären Werkzeugen liegt, die für die Behandlung der Fälle in Betracht gezogen wurden. Ich bin aber auch der Meinung, dass eine verfeinerte Analyse, die normentheoretische Instrumente einbezieht, das Problem derzeit nicht zufriedenstellend lösen kann, da die verschiedenen Verbindlichkeiten und Normenarten, die im Strafrecht und im Strafprozessrecht wirken, m.E. noch nicht genau ausdifferenziert wurden. Ich werde später darauf zurückkommen.

II. Der Ausgangspunkt: Fälle der unlauteren Rechtskraft

Ausgangspunkt sind Fälle unlauterer Rechtskraft, d.h. Fälle, in denen ein Urteil auf unrechtmäßige Weise rechtskräftig geworden ist. Das Problem hat die argentinische Rechtsprechung stark beschäftigt, insbesondere in Fällen, die mit den Menschenrechtsverletzungen während der Militärdiktaturen zusammenhängen.⁴ Es geht mir hier jedoch nicht darum, die Entwicklung der Rechtsprechung zu analysieren, auch nicht den Verlauf der wissenschaftlichen Diskussion.⁵ Ich möchte nur zwei Fälle als Anhaltspunkte heranziehen: einen hypothetischen, der die Lehre insbesondere im Rah-

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Urteil v. 13.7.2007 Nr. M2333XLII.

5 M.w.N. *Morgenstern/Orce*, Cosa Juzgada Fraudulenta. Dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada írrita, 2014, S. 13 ff., 187 ff.; *Montiel*, Grenzen von Verjährung und Rechts-

men der strafrechtlichen Verfolgung von Korruptionsdelikten beschäftigte, und einen realen, der aus der Zivilrechtsprechung stammt.

Das erste Beispiel ist in der argentinischen Lehre viel diskutiert worden, obwohl es noch keine Rechtsprechung zu diesem Thema gibt. Dabei handelt es sich um Korruptionsfälle, in denen die angeklagte Person trotz erdrückender Belastungsbeweise freigesprochen wird, das Urteil dann aber rechtskräftig wird, weil die Staatsanwaltschaft aufgrund von Morddrohungen keine Berufung einlegt. Das Thema wurde in der wissenschaftlichen Diskussion nach einem Freispruch vom Vorwurf der unrechtmäßigen Bereicherung zugunsten der ehemaligen Präsidenten *Néstor Kirchner* und *Cristina Fernández de Kirchner* relevant,⁶ bei dem das Gutachten, in dem festgestellt wurde, dass keine derartige Bereicherung stattgefunden hatte, in Frage gestellt wurde. Letztlich wurde das Urteil nicht angefochten. Der Fall warf die Frage auf, warum die Staatsanwaltschaft das Urteil nicht angefochten hat, was die Lehre dazu veranlasste, die hypothetische Situation anzusprechen, dass ihre Mitarbeitenden bedroht worden sind, damit sie das Urteil nicht anfechten. In diesem Zusammenhang spricht die Lehre nun das Problem an, wie ein solcher Fall zu lösen ist und welche Rechtsmittel es gibt, um den Auswirkungen einer unlauter erwirkten Rechtskraft zu entgehen. Ein Teil der Lehre hat auf den Begriff der „unlauteren Rechtskraft“ zurückgegriffen, um diese Situation zu erklären. Nach dieser Lehre ist ein Urteil nichtig, wenn es auf rechtswidrige Weise rechtskräftig wird (z.B. durch Bestechung oder Bedrohung der Staatsanwält:innen oder Richter:innen).⁷

Der zweite ist ein echter Fall aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung, aber für unsere Diskussion im Strafprozess relevant. Der Lieferant X verklagte Unternehmen Y wegen Nichtzahlung einer Forderung in Höhe von mehreren Millionen Euro für erbrachte Dienstleistungen. Das Unternehmen wurde verurteilt, legte jedoch Berufung gegen das Urteil ein. In der zweiten Instanz erwiderte der Lieferant auf die Berufung. Nachdem er von der Gegenpartei Morddrohungen gegen sich und seine Familie erhalten hatte, reichte er jedoch eine schriftliche Erklärung ein, in der er das Berufungsvorbringen der Beklagten anerkannte. Als das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aufhob, beschloss der Lieferant, wegen der Drohun-

kraft bei Korruptionsdelikten, in: Kühlen (Hrsg.), *Korruption und Strafrecht*, 2018, S. 137 (151 ff.); *Gil Domínguez*, *La Ley* (B) 2006, S. 808 (809 ff.).

6 Juzgado N° 7, Sec. 14, v. 8.6.2010 Nr. 1260/2010.

7 Vgl. Fn. 5.

gen eine Strafanzeige gegen das Unternehmen einzureichen. Der Fall ging bis zum *Corte Suprema de Justicia*,⁸ der schließlich entschied, dass die Kammer das erstinstanzliche Urteil aufrechterhalten sollte. Obwohl es in diesem Fall nicht um den Freispruch oder die Verurteilung einer Person ging, sondern um eine Verurteilung wegen Schadensersatzes, entspricht die Situation der des zuvor geschilderten Falles, da auch hier die begünstigte Partei ein Ergebnis auf missbräuchliche Weise in Rechtskraft erwachsen lässt. Im Grunde genommen wurde auch hier der Partei, die berechtigt war, ihren Anspruch in zweiter Instanz zu verteidigen, Gewalt angetan.

Wie zu sehen ist, konzentriert sich die Diskussion auf Fälle, in denen eine der Verfahrensparteien betrügerische oder geradezu verbrecherische Mittel eingesetzt hat, um einen der anderen Partei nachteiligen Prozess zu begünstigen und sich durch die Wirkung der Rechtskraft zu schützen. Im ersten Fall verhindern Drohungen bzw. die Bestechung von Staatsanwälten eine normgemäße Anfechtung eines „befangenhheitsverdächtigen“ Urteils. Im zweiten Fall wird der Kläger durch die Todesdrohungen so eingeschüchtert, dass er beschließt, sich in der Berufungsinstanz zu fügen. In beiden Fällen ermöglicht die Untätigkeit der Partei, die von der gegnerischen Partei eingeschüchtert oder bestochen wurde, dieser gegnerischen Partei, von der Rechtskraft des Urteils zu profitieren.

Meiner Meinung nach war die argentinische Lehre sehr pragmatisch bei der Lösung dieses Falles. Nach meiner Interpretation hat sie sich für eine Lösung entschieden, die enger mit der Lehre von den Verfahrensnichtigkeiten verbunden ist, da sie zu dem Schluss gekommen ist, dass das in Rechtskraft erwachsene Urteil für nichtig erklärt werden sollte. Dies ist eine Position, die meiner Meinung nach als *prozessual* bezeichnet werden könnte. Meines Erachtens ist diese Sichtweise ein richtiger Lösungsansatz, da die Rechtskraft keine Rechtswirkung entfalten sollte. Aus normentheoretischer Sicht erscheint diese Antwort jedoch unzureichend und bedarf weiterer Erläuterungen. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die Person, die letztlich von der Aufhebung der Rechtskraft profitiert, einer Verhaltensnorm nicht entsprochen hat, deren Befolgung ihr grundsätzlich günstig ist. Das Prozessrecht rät ein bestimmtes Verhalten an, um einen prozessualen Anspruch aufrechtzuerhalten (Einlegung eines Rechtsbehelfs oder Erwidern auf den Rechtsbehelf der verurteilten Partei), doch die letztlich von der Aufhebung der Rechtskraft begünstigte Person hat dieser prozessualen Last zuwidergehandelt. Das lastwidrige Handeln und die Aufrechterhaltung

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Urteil v. 16.10.2012 Nr. S741XLVI.

des prozessualen Anspruchs sind aus normtheoretischer Sicht unvereinbar. Die in diesem Fall verletzte Verbindlichkeit wird in der Regel als eine Last verstanden, d.h. als eine deontische Entität, die keine Obliegenheit oder Pflicht ist. Im Folgenden werde ich versuchen, eine Lösung vorzuschlagen, die aus Sicht der Normentheorie konzeptionell fundierter sein könnte.

III. Die Nicht-Erfüllung einer prozessrechtlichen Bürde: Obliegenheits- oder Lastenverletzung?

1. Arten von Normen in der Normentheorie

Die theoretischen Analysen, mit denen wir in der Straftatlehre historisch vertraut sind, konzentrieren sich auf einen einzigen Typ von Normen, die in der analytischen Philosophie als Bestimmungen (*prescriptions*) oder Regelungen (*regulations*)⁹ oder einfach als deontische oder regulative Normen¹⁰ bezeichnet werden. Diese Normen sind Verbote, Gebote oder Erlaubnisse, die von einer Autoritätsperson (dem Staat) ausgehen und eine performative Funktion für ihre Adressat:innen (die Bürger:innen) anstreben.¹¹ Sie werden in diesem Beitrag als *regulative Normen* bezeichnet. In diesem Sinne können diese Normen als kategorische Imperative erklärt werden, die deontischen Positionen begründen, die *Pflichten* entsprechen.¹² Darüber hinaus darf nicht übersehen werden (worauf bereits *Hruschka* hingewiesen hat), dass diese Normen den Rechtsanwender:innen einen Parameter bieten, an dem sie das Verhalten ihrer Adressat:innen messen oder bewerten können.¹³

In den letzten zehn Jahren hat jedoch eine neue deontische Entität in den Normentheorien an Bedeutung gewonnen: die Obliegenheiten. Es ist durchaus möglich, dass die Erschöpfung eines reduktionistischen Modells,

9 V. Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, 1970, S. 26 f.

10 Atienza/Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1996, S. 47 f.

11 V. Wright (Fn. 9), S. 27.

12 *Hruschka* (Fn. 4), S. 416; *Larenz*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl. 1975, S. 162 ff.

13 *Hruschka*, *Rechtstheorie* (22) 1991, 449 (450 f.); *Sánchez Ostiz*, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, S. 32; *Rudolph*, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, 2006, S. 29.

das nur eine Art von Norm vorsah, dazu beigetragen hat, dass Obliegenheiten auch von wissenschaftlichen Kreisen außerhalb der ursprünglichen Befürworter aufgegriffen wurden. Es gab jedoch auch eine Erweiterung innerhalb der „Landkarte“ der Verbrechenslehre. Aus der Literatur geht hervor, dass die Anwendung der Obliegenheiten weit über den Bereich des Vorverschuldens¹⁴ hinausging und beispielsweise auch die Rechtfertigung von Sicherheitsmaßnahmen für gefährliche Straftäter:innen¹⁵ und die strafrechtliche Verantwortlichkeit in einer Vielzahl von Fällen umfasst: Beteiligung im Vorfeld,¹⁶ Versuch,¹⁷ strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen¹⁸ bei den Geldwäschetatbeständen¹⁹ oder sogar bei den unechten Unterlassungsdelikten²⁰ und bei der Verantwortlichkeit der Compliance-Beauftragten.²¹ Obliegenheiten werden sogar im Zusammenhang mit den Belastungen des Selbstschutzes des Opfers genannt.²² Meines Erachtens erfolgte diese Ausweitung um den Preis einer Deformation des Begriffs, die sogar dazu führte, dass die Unterscheidung zwischen Pflichten

-
- 14 Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 260 ff.; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 62 ff.; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 46 f., 55; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 74 ff.; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 302 ff., 345 ff. In der spanischsprachigen Strafrechtswissenschaft Sánchez-Ostiz, Imputación y teoría del delito, 2008, S. 540 ff.; Alcácer Guirao, Actio libera in causa dolosa e imprudente, 2004, S. 165 ff.; Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 68 ff.
- 15 Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 41 ff.
- 16 Jakobs, Mittäterschaft als Beteiligung, in: Paeffgen et. al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 547 (556, 560 f.).
- 17 Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 69 f.
- 18 Robles Planas, El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, InDret (2) 2009, S. 1 (10 f.).
- 19 Bermejo, La observación del criminal compliance desde el enfoque de las Obliegenheiten, in: Carnevali (Hrsg.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, S. 61 (83 ff.).
- 20 Ayestarán, Responsabilidad penal de autoridades penitenciarias – Desde la óptica de la comisión por omisión y las incumbencias (Obliegenheiten), 2023, S. 140 ff.
- 21 Palermo/Bermejo, Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer Straftat, in: Kuhlen et. al. (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2012, S. 137 (152 f.).
- 22 Biewald, Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit, 2003, S. 108, 113 ff.; Seelmann, JZ 1989, 670 (673).

und Obliegenheiten (die den Anstoß für diese normentheoretische Ausweitung gegeben hatte) verwischt wurde.²³

Um die Entstehung von Obliegenheiten in einen harmonischen Rahmen mit der Normentheorie zu stellen, ist es notwendig, die Existenz einer anderen Art von Normen anzuerkennen, die in der analytischen Tradition unter verschiedenen Namen bekannt sind: Richtlinien oder technische Normen²⁴ oder potestative Normen.²⁵ Sie werden in diesem Beitrag als *ermächtigende Normen* bezeichnet. Diese Normen erlegen ihren Adressat:innen keine Verpflichtungen auf, sondern geben an, wie sie vorgehen sollten, um bestimmte normative Veränderungen zu erreichen. Mit den Worten von Hart sind sie „eher Anweisungen, wie bestimmte Ergebnisse zu erreichen sind, als zwingende Auferlegungen von Pflichten“.²⁶ Die sprachliche Formulierung dieser ermächtigenden Normen würde wie folgt lauten: „Wenn ein Sachverhalt X gegeben ist und Z eine Handlung Y ausführt, dann wird das institutionelle Ergebnis oder die rechtliche Veränderung R erzeugt“.²⁷ Mit anderen Worten, diese Normen legen die empfohlene Vorgehensweise fest, um bestimmte rechtliche Ergebnisse zu erzielen.²⁸ In der *Kant'schen* Terminologie stellen diese Normen *hypothetische Imperative* dar.²⁹ Diese zweite Normenart zielt also nicht darauf ab, die Adressat:innen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen oder davon abzuhalten, sondern legt lediglich die Bedingungen oder Voraussetzungen fest, die erfüllt sein müssen,

23 Für eine ausführliche Darstellung der Verwendung des Begriffs der Obliegenheit in der wissenschaftlichen Diskussion und der diesbezüglichen Kritik vgl. Montiel, ZStW 129 (2014), 592 (599 ff.).

24 V. Wright (Fn. 9), S. 29 f.

25 Atienza/Ruiz Manero (Fn. 10), S. 47 f.

26 Hart, Legal Powers, in: Essays on Bentham. Jurisprudence and Legal Theory, 1982, S. 194 (219).

27 Atienza/Ruiz Manero (Fn. 10), S. 49.

28 Nach v. Wright (Fn. 9), S. 56, 60 f. kann dieser Erfolg, der nach der Vornahme der von der ermächtigenden Norm vorgesehenen Handlung eintritt, nicht ausschließlich als Eintritt eines bestimmten Ereignisses charakterisiert werden (z.B. das Opfer kann sich auf eine Verteidigung berufen), sondern auch als Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses (z.B. das Opfer behält die Möglichkeit, den/die Täter:in zu verklagen), bei dem eine vorteilige Rechtsposition erhalten bleibt. Dies spiegelt sich *a contrario sensu* in der Auffassung von Neumann wider, wenn er die Obliegenheitsverletzung nicht als „Verletzung eines Ge- oder Verbots, sondern als Verwirkung einer Verteidigungsmöglichkeit“ charakterisiert, ders., Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 268.

29 Daher ist es analytisch korrekt, die Norm als hypothetischen Imperativ zu bezeichnen und nicht die *deontische Position*, die sich aus dieser Norm ableitet (d.h. die Obliegenheit).

um bestimmte Rechtswirkungen zu erzielen.³⁰ Nach der von der herrschenden Lehre befürworteten Charakterisierung von Obliegenheiten im materiellen Strafrecht³¹ zu urteilen, beruhen sie auf diesem Typus von Regeln und übernehmen damit (unbewusst!) die Voraussetzungstheorie,³² die im Privatrecht die Rechtsnatur von Obliegenheiten erklärt.³³

Im (Straf-)Prozessrecht verhält es sich genau umgekehrt, da die Regel durch diese ermächtigenden Normen konstituiert wird, während die Prozessordnungen nur in Ausnahmefällen *regulative Normen* enthalten. Eines dieser seltenen Beispiele findet sich in § 127 StPO, der eine vorläufige Festnahmebefugnis, also einen außerhalb des StGB geregelten Rechtfertigungsgrund, anerkennt, aber auch die Rechtswidrigkeit bestimmter von der Behörde vorgenommener Freiheitsentziehungen ausschließt. In der Regel enthalten die prozessualen Gesetze diese anderen Normenarten. Ein Blick auf die folgenden Beispiele kann helfen, die Problematik besser zu verstehen:

a. Art. 191 italienische Strafprozessordnung:

- (1) Die Beweise, die unter Verstoß gegen die gesetzlichen Verbote erhoben wurden, dürfen nicht verwertet werden.

30 *Rodríguez*, *Teoría analítica del Derecho*, 2020, S. 251, entwickelt dieses Argument in der von *Hart* vorgelegten Fassung.

31 Dazu *Montiel* (Fn. 23), S. 599 ff.

32 Zu dieser Lehre, vgl. *Hähnchen*, *Obliegenheiten und Nebenpflichten – Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, S. 161 ff.

33 Hier wird jedoch deutlich, dass die Erläuterung der Obliegenheiten in der Straftatlehre alles andere als konsequent ist. Erstens, wenn die herrschende Meinung die Obliegenheiten als hypothetische Imperative, Verschulden gegenüber sich selbst, ohne rechtswidrigen Inhalt und ohne eine „sanktionierende“ Rechtsfolge charakterisiert, entspricht dies ganz einer ermächtigenden Norm und der daraus abgeleiteten deontischen Position (Obliegenheit). Nach diesem Verständnis könnte die durch diese Norm geregelte Handlung deontisch nicht als verboten, geboten oder erlaubt qualifiziert werden, sondern allenfalls als angeraten, so *Hruschka/Joerden*, ARSP (1987), 93 (112 f.). Unter diesem Gesichtspunkt bestünde ein inhaltlicher Unterschied zwischen Obliegenheiten und Pflichten. Allerdings werden Obliegenheiten in der Lehre sehr häufig als deontische Positionen interpretiert, die aus Normen abgeleitet werden, die eine performative Funktion haben sollen, wobei Obliegenheiten als Verbot oder Gebot eines bestimmten Verhaltens bezeichnet werden (d.h. als eine Art von Pflicht), vgl. u.a. *Hruschka* (Fn. 4), S. 287; *Pawlik* (Fn. 14), S. 345 ff. Dieses Verständnis der Obliegenheiten ist nur mit der sog. privatrechtlichen „Verbindlichkeitstheorie“ vereinbar, die Pflichten und Obliegenheiten die gleiche Rechtsnatur zuerkennt und eine einzige Normenart annimmt, die nur regulative Normen kennt.

- (2) Die Unzulässigkeit der Verwendung wird auf jeder Stufe oder in jedem Stadium des Verfahrens auch von Amts wegen festgestellt.
- b. § 253 ZPO
- (1) Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift).
- (2) Die Klageschrift muss enthalten:
1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
 2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.
- (3) Die Klageschrift soll ferner enthalten:
1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen;
 2. die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn hiervon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht;
 3. eine Äußerung dazu, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.
- c. § 314 StPO
- (1) Die Berufung muß bei dem Gericht des ersten Rechtszuges binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich eingelegt werden.
- d. Art. 458 argentinische Bundesstrafprozessordnung

Die Staatsanwaltschaft kann zusätzlich zu den im vorhergehenden Artikel genannten Beschlüssen Berufung einlegen:

- 1) Gegen einen Freispruch, wenn sie die Verurteilung des Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei (3) Jahren, zu einer Geldstrafe von zweihunderttausend Australes (A200.000) oder zu einem Berufsverbot von fünf (5) Jahren oder mehr beantragt hat.
- 2) Gegen eine Verurteilung, wenn eine Freiheitsstrafe von weniger als der Hälfte der gesetzlichen Strafe verhängt wurde.

Diese in den Prozessordnungen enthaltenen ermächtigenden Normen unterscheiden sich in ihrer Struktur deutlich von denen, die man meist in einem Strafgesetzbuch findet. Obwohl diese zweite Normengruppe weitere interne Differenzierungen zulässt, ist klar, dass die ihr zugehörigen Normen keineswegs als regulative Normen kategorisiert werden können. Diese Re-

geln legen die Bedingungen für den Ausschluss von Beweismitteln fest (Beispiel a), die formalen Anforderungen, die erfüllt sein müssen, um eine Klage gültig einreichen zu können (Beispiel b), die Fristen für die Einlegung eines Rechtsmittels (Beispiel c) und die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft gegen die Entscheidung eines erstinstanzlichen Gerichts Berufung einlegen kann (Beispiel d). Ein erster Unterschied, der sich mit Blick auf die untersuchten Arten von Normen ergibt, betrifft die oben genannten Wirkungen, die sie in Bezug auf ihre Adressat:innen haben. Wie *Rodríguez* jedoch richtig feststellt, liegt der Hauptunterschied in den Auswirkungen der Nichtbefolgung der jeweiligen Norm.³⁴ In „The Concept of Law“ hat *Hart*³⁵ deutlich gemacht, dass derjenige, der gegen eine regulative Norm handelt, eine verbotene Handlung vornimmt (oder eine erforderliche Handlung unterlässt) und daher (nach dem Strafrecht) mit einer Strafe belegt werden muss, während der Begriff der Sanktion nicht den ermächtigenden Normen entspricht. Die Folge der Nichteinhaltung der letztgenannten Normen ist vielmehr die Nichtigkeit der entsprechenden Handlung. So wie man nicht sagen kann, dass ein Fußballspieler *bestraft* wurde, wenn er ein Tor im Abseits erzielt hat und das Tor nicht anerkannt wird, kann auch nicht gesagt werden, dass die Staatsanwaltschaft *bestraft* wurde, wenn eine nach Ablauf der Frist eingelegte Beschwerde nicht zugelassen wird. Die Nichtzulassung der Beschwerde ist *keine Sanktion*, sondern lediglich die Folge davon, dass nicht so gehandelt wurde, wie es angeraten gewesen wäre, um die erwartete Rechtsänderung herbeizuführen.³⁶ Wird beispielsweise eine Beschwerde ohne die erforderlichen Formalitäten eingereicht, so wird sie einfach als nicht eingereicht, also als nichtig, betrachtet.

Es ist wichtig zu betonen, dass diese verschiedenen Normenarten ihrerseits deontische Positionen unterschiedlicher Art begründen. So wie die regulativen Normen die Grundlage für Pflichten bilden, bilden ermäch-

34 *Rodríguez* (Fn. 30), S. 252.

35 *Hart*, The Concept of Law, 1961, S. 33 ff.

36 Zur Unterscheidung zwischen Sanktion und Nichtigkeit vgl. *Rodríguez* (Fn. 30), S. 249 ff., der in Anlehnung an *Hart* die Möglichkeit aufzeigt, bei regulativen Normen zwischen der Norm, die ein Ver- oder Gebot für ein bestimmtes Verhalten festlegt, und derjenigen, die die Sanktion festlegt, zu unterscheiden. Es ist durchaus denkbar, eine regulative Norm ohne Sanktion zu haben, die nur die Wirksamkeit der Vorschrift betreffen könnte. Die Sanktion ist also keine Komponente der Norm, sondern ein externes Element. Andererseits ist diese Unterscheidung bei ermächtigenden Normen einfach unmöglich, da die Nichtigkeit Teil der Norm ist, die die entsprechende Ermächtigung verleiht.

tigende Normen die Grundlage für Obliegenheiten und Lasten oder Belastungen; zwei deontische Positionen, die nicht völlig gleichwertig sind. Diese zwei deontischen Entitäten sind im Privatrecht behandelt worden, insbesondere bei der Charakterisierung der Verbindlichkeiten als Element von Rechtsverhältnissen. *Larenz* und *Wolf* argumentierten insbesondere, dass beide deontischen Entitäten zwar hypothetische Imperative in Form von Verschulden gegen sich selbst ohne sanktionierende Folgen sind, dass aber Obliegenheiten eher dem materiellen Recht vorbehalten sind, während die Lasten eher im Prozessrecht verwurzelt sind, da der Nachteil, der sich aus der Nichtbefolgung der Lasten ergibt, in einem prozessualen Verlust besteht.³⁷ Aus dieser Perspektive zieht der Verstoß gegen eine Obliegenheit nur den Verlust eines rechtlichen Vorteils nach sich, ohne dass eine Gegenpartei davon profitiert, während die Nichtbeachtung einer Last den:die Adressat:in schädigt, aber letztlich dem:der Prozessgegner:in zugutekommt.³⁸

Die Unterscheidung wird jedoch unscharf, wenn man bedenkt, was der Gegenpartei des Rechtsverhältnisses im Versicherungsrecht oder im Privatrecht widerfährt, da die Versicherungsgesellschaft von der Zahlung der Leistung und die Verkäuferin von der Rückzahlung des gezahlten Betrags befreit ist, wenn eine Obliegenheit verletzt wird. Verletzt das Opfer seine Obliegenheit zum Selbstschutz, kommt dies hingegen auch der beklagten Person zugute. Mit anderen Worten: Die Nichtbefolgung einer Obliegenheit begünstigt auch die Gegenseite. Dies erklärt, warum im Strafprozessrecht die Begriffe Obliegenheiten und Lasten in manchen Fällen synonym verwendet werden, um deontische Positionen zu bezeichnen, die sich aus ermächtigenden Normen ergeben.³⁹ Meines Erachtens wird die Unterscheidung jedoch wieder relevant,⁴⁰ wenn man bedenkt, wie die Folge der Nichtbefolgung dem:der Empfänger:in der jeweiligen deontischen Position zugerechnet wird.

37 *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 13 Rn. 52.

38 *Larenz/Wolf* (Fn. 37), § 13 Rn. 48, 52.

39 *Bittman/Molkenbur*, wistra 2009, 373 (377); *Ufer*, Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis. Prozessuale Obliegenheiten des Verteidigers und ihre Bedeutung für die Rechtsposition des Beschuldigten, 2002, S. 61 ff.; *Bischoff*, NStZ 2010, 77 (78); *Börner*, NStZ 2011, 436 (439); *Toepel*, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, 2002, S. 366.

40 Vgl. *Paeffgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 83 ff., der die Notwendigkeit betont, zwischen prozessualen Obliegenheiten und prozessualen Lasten zu unterscheiden.

2. Das Verschulden als Fundament der Unterscheidung

Dies ermöglicht es, die Bedeutung von ermächtigenden Normen im Prozessrecht anzuerkennen und insbesondere die deontischen Positionen, die sich daraus ableiten, sei es in Form einer Obliegenheit oder einer Last. Allerdings bleiben Zweifel an der Unterscheidung zwischen den beiden letztgenannten deontischen Positionen, zumal nach der Kritik an dem von *Larenz* und *Wolf* angebotenen Unterscheidungskriterium. Allerdings sollte ein weiteres Kriterium nicht übersehen werden, das auch diese Autoren in einer kaum wahrnehmbaren Weise einführen und das von großer begrifflicher Bedeutung ist:

*Durch dieses Erfordernis des Verschuldens gegen sich selbst unterscheiden sich die Obliegenheiten auch von den sog. Lasten, die insbesondere im Prozeß ihre Wirkung zeigen.*⁴¹

Soweit ich es verstehe, liegt der Unterschied für diese Verfasser nicht in den *objektiven* Aspekten dieser deontischen Positionen, d.h. in der Art und Weise, wie man eine Person an eine Rechtsnorm binden will. Der Unterschied liegt vielmehr in den *subjektiven* Aspekten, nämlich im Moment der Verantwortungszuschreibung. Er tritt also erst dann zu Tage, wenn die Zurechnung erfolgt. In beiden Fällen *raten* die Normen die Vornahme eines bestimmten Verhaltens *an*, um eine bestimmte Rechtsänderung herbeizuführen. Der Unterschied liegt darin, dass die Lastverletzung allein eine notwendige und hinreichende Bedingung für die Auslösung der nachteiligen Folgen (z.B. die Unmöglichkeit der Berufung gegen das Urteil) ist. Damit ist die Frage irrelevant, ob der:die Lastadressat:in wusste, dass er:sie außerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen die Berufung einlegte, oder ob er:sie aufgrund des Vorliegens einer Notlage (entschuldigender Notstand oder Nötigung) nicht in der Lage war, der Last entsprechend zu handeln. Mit anderen Worten: Die Lastverletzung führt zum Verlust des Prozessvorteils, unabhängig davon, ob der:die Lastenträger:in irrtümlich oder unter Zwang gehandelt hat.

Dagegen kann derjenigen Person, die eine Obliegenheit verletzt hat, nur dann ein Prozessvorteil vorenthalten werden, wenn ihr diese Verletzung zugerechnet werden kann. Dies erfordert die Formulierung eines Zurechnungsurteils auf beiden Ebenen: *imputatio facti* und *imputatio iuris*. Folg-

41 *Larenz/Wolf* (Fn. 37), § 13 Rn. 48.

lich kann der Rechtsnachteil nur dann entstehen, wenn der:die Verfahrensbeteiligte die erforderliche Kenntnis und Fähigkeit hatte, sich im Einklang mit der ermächtigenden Norm zu verhalten. Dieses Zurechnungserfordernis bei Obliegenheiten ist meines Erachtens nicht *kontingent* (d.h. nur im Verfahrensrecht erforderlich), sondern liegt in der Natur dieser deontischen Positionen. So weist *Hruschka* im Hinblick auf die außerordentliche Zurechnung zu Recht darauf hin, dass auch der:die Adressat:in der Obliegenheiten in der Lage gewesen sein muss, nach diesen „sekundären Verboten oder Geboten“ zu handeln.⁴²

Als vorläufige Schlussfolgerung lassen sich aus dieser Analyse zwei Konsequenzen ziehen: Erstens ist es sinnvoll, eine begriffliche Unterscheidung zwischen den Obliegenheiten und den Lasten zu treffen; zweitens liegen den ermächtigenden Normen unterschiedliche deontische Positionen im Strafprozessrecht zugrunde, die den Obliegenheiten und den Lasten entsprechen. Das Nebeneinander beider deontischer Positionen im Strafprozessrecht erklärt sich aus der Dynamik des Verfahrens selbst, da der Grundsatz der Verfahrensökonomie es häufig gebietet, nicht zu berücksichtigen, ob die Lastverletzung eines:einer Verfahrensbeteiligten *subjektiv* bedingt war. In diesem Fall hat die Zuschreibung der nachteiligen Folge an die Partei, die lastwidrig gehandelt hat, einen *objektiven Charakter*. In diesem Sinne wäre es nicht richtig, unterschiedslos z.B. von *Rügeobliegenheiten* oder *Rügelasten* zu sprechen, so dass vor der Annahme des einen oder des anderen Begriffs zunächst analysiert werden sollte, welche deontische Position auf die Situation am besten zutrifft. Dies bedeutet natürlich nicht, dass die Einordnung der konkreten Situation als die eine oder die andere Position von den Besonderheiten des Falles abhängt, sondern von den Besonderheiten der jeweiligen ermächtigenden Norm. Die Klärung dieser Frage erfordert natürlich die Weiterentwicklung einer Normentheorie für das Strafverfahren.

IV. Ergebnis: Obliegenheiten beim Berufungsverfahren und weitere offene Fragen

Die Diskussion, die in Argentinien auf der Grundlage der Fälle unlauterer Rechtskraft entstanden ist, zeigt deutlich die unterschiedlichen Folgen der Anwendung des Konzepts der Obliegenheit oder der Last. In beiden Fällen

42 *Hruschka* (Fn 4), S. 310, 314 f., 322.

wird die (vorläufige) Rechtskraft angenommen, weil die Staatsanwaltschaft bzw. die klagende Partei gegen eine Last verstoßen hat und daher der Verlust der Berufung bzw. der Möglichkeit, das erstinstanzliche Urteil aufrechtzuerhalten, eine Folge ist, die automatisch wirksam wird. Es wird aber jeweils nicht geprüft, ob die betroffene Partei in der Lage war, die Norm zu beachten. Andererseits beseitigt der Begriff der Unkenntnis die große Ungerechtigkeit, die durch die Anerkennung der Gültigkeit der unlauteren Rechtskraft entsteht. Gerade weil in beiden Fällen eine Situation eingetreten ist, die eine Zurechnung zweiter Stufe (aufgrund von Nötigung) ausschließt, wäre es unangebracht, das Vorliegen einer Obliegenheit zu behaupten.

Die Analyse dieser Fälle zeigt, dass die ermächtigenden Normen, die für das Berufungsverfahren gelten, so interpretiert werden müssen, dass sie nur als Grundlage für deontische Positionen in Bezug auf Obliegenheiten verwendet werden können. Dies bedeutet, dass die Verletzung einer prozessualen Obliegenheit nur dann geltend gemacht werden kann, wenn die formalen Voraussetzungen für eine Zurechnung erfüllt sind. Hat der:die Prozessbeteiligte beispielsweise aufgrund eines Irrtums oder infolge einer Beeinträchtigung durch *vis absoluta* oder *vis compulsiva* nicht in Übereinstimmung mit der prozessualen Obliegenheit gehandelt, kann die Folge der Nichterfüllung nicht geltend gemacht werden.

Allerdings bleiben in diesem Beitrag einige problematische Fragen offen. Die wichtigste betrifft Fälle, in denen das Motiv für die Nichtbefolgung der ermächtigenden Norm nicht auf eine Einschränkung der Fähigkeit des:der Normadressaten:in zurückzuführen ist, sondern auf das Vorhandensein „illegaler“ Anreize, nicht in Übereinstimmung mit der Norm zu handeln. Ich beziehe mich insbesondere auf Fälle, in denen z.B. ein:e Staatsanwalt:Staatsanwältin bestochen wird, um keine Berufung gegen einen Freispruch oder gegen eine Einstellung des Verfahrens einzulegen. Nach den Zurechnungsregeln ist der:die Staatsanwalt:Staatsanwältin in diesem Fall voll zurechnungsfähig, so dass es keinen Grund gäbe, den Verlust des Verfahrensvorteils zu negieren. Da das Problem hier auch nicht durch den Rückgriff auf die Lasten gelöst werden kann, bleibt die Frage offen, ob eine Lösung durch eine Neuinterpretation des Begriffs „Verschulden“ in diesem Bereich gefunden werden sollte (insbesondere, wenn man bedenkt, dass die Zurechnungsregeln ursprünglich an regulative Normen gebunden sind) oder ob es vorzuziehen ist, die Lösung außerhalb der Dichotomie von Obliegenheiten und Lasten zu suchen.

Normentheoriebasierte Reflexion der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU

Laura Neumann

Abstract

Der Beitrag reflektiert die Rechtsgrundlagen und die Funktionsweise der Strafrechtsharmonisierung in der EU aus normentheoretischer Perspektive. Darauf aufbauend zeigt er Potentiale auf, die diese normentheoretische Lesart für den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU birgt. Konkret erörtert werden das analytische und das politische Potential der Normentheorie für den Strafrechtsharmonisierungsprozess sowie die Bedeutung der Normentheorie für den diesbezüglichen international geführten wissenschaftlichen Diskurs.

Im Zentrum der Normentheorie steht die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Strafgesetzen und Verhaltensnormen und die Reflexion ihres Verhältnisses zueinander.¹ Für den Prozess der Angleichung des materiellen Strafrechts der Mitgliedstaaten der EU birgt dieser analytische Ansatz verschiedene Potentiale, die der vorliegende Beitrag konkretisiert und analysiert. Um die Grundlage hierfür zu schaffen, werden zunächst die verschiedenen Spielarten der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU aus normentheoretischer Perspektive erläutert (I.). Darauf aufbauend wird untersucht, welche konkreten Potentiale die Reflexion des strafrechtlichen Harmonisierungsprozesses aus normentheoretischer Sicht birgt (II.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit zur Bedeutung der Normentheorie für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU (III.).

1 S. zur diesbezüglichen hoch kontroversen Diskussion nur exemplarisch *Rostalski*, GA 2016, 73 ff. einerseits und *Herzberg*, GA 2016, 738 ff. andererseits; *Kindhäuser*, GA 2022, 564 ff.; s. grundlegend *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band I, 1872, S. 54 ff. sowie S. 4: „das Gesetz, welches der Verbrecher übertritt, geht begrifflich (...) dem Gesetze, welches die Art und Weise seiner Verurtheilung anordnet, voraus“.

I. Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU aus normentheoretischer Perspektive

Die Normentheorie ist ein rechtstheoretisches Modell, das grundsätzlich zur Analyse sowohl der Struktur von Strafnormen als auch des Strafrechtssetzungsprozesses herangezogen werden kann. Im Folgenden werden speziell die Rechtsgrundlagen für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU und der ihr zugrunde liegende Rechtsetzungsprozess unter normentheoretischen Gesichtspunkten untersucht.

Vorwegzuschicken ist dabei, dass es nicht *die* eine Normentheorie gibt.² Sie wird zwar in der Strafrechtswissenschaft gemeinhin mit *Karl Binding* in Verbindung gebracht.³ Tatsächlich wird sie aber von einer Vielzahl von Strafrechtswissenschaftler:innen in unterschiedlichster Ausrichtung vertreten und kontrovers diskutiert.⁴ Den verschiedenen Ausprägungen der Normentheorie ist das Anliegen gemeinsam, auf der Grundlage einer Reflexion der Bedeutung der Norm und ihres Verhältnisses zum Strafgesetz, Strafrechtssysteme zu analysieren und zu konstruieren. Es geht den Normentheoretiker:innen mithin nicht um eine Positionierung zum Inhalt der Strafgesetze,⁵ sondern um die Analyse dogmatischer strafrechtsrelevanter Strukturen.⁶ Ganz in diesem Sinne ist es das Anliegen dieses Beitrags,

2 Renzikowski, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 9 (10) m.w.N.

3 Renzikowski (Fn. 2), S. 9.

4 S. nur beispielhaft Freund/Rostalski, GA 2018, 264 ff.; dies., GA 2020, 617 ff.; GA 2022, 543 ff.; GA 2022, 583 ff.; Kindhäuser, GA 2022, 563 ff.; Renzikowski, GA 2022, 575 ff.; s. außerdem die vielfältigen Beiträge in Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, in denen teils nicht an harscher Kritik an anderen, im selben Tagungsband niedergelegten normentheoretischen Konzeptionen gespart wird; s. aus diesem Band exemplarisch für die Kontroversität der normentheoretischen Diskussion und speziell zum grundlegenden Streit, ob eine Verhaltensnorm personal *ex ante* zu bestimmen ist oder sich ihre Reichweite objektiv *ex post* ergibt und die personale Zuordnung des Verhaltensnormverstößes eine Frage der Zurechnung ist, Greco, Normentheoretisch fundierte Straftatdogmatik: von oben oder von unten?, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 195 ff.

5 Insbesondere die von Freund und Rostalski vertretene Normentheorie wirkt sich allerdings auf die Bestimmung des Inhalts der strafrechtsrelevanten Verhaltensnormen aus, weshalb Renzikowski (Fn. 2), S. 19, insoweit von einer „material aufgeladenen Normentheorie“ spricht.

6 Renzikowski (Fn. 2), S. 17 f.

eine normentheoretisch basierte *Strukturanalyse* der Rechtsgrundlagen der Strafrechtsharmonisierung in der EU und des strafrechtsharmonisierenden Rechtsetzungsprozesses vorzunehmen. Die Heranziehung der Normentheorie ist in diesem Kontext vielversprechend, weil sie das Potential birgt, das Verständnis der Beziehung von Verhaltensnormen und Strafgesetzen und damit zugleich der Bestandteile einer Strafvorschrift zueinander zu erhellen und auch damit verbundene Kompetenzfragen zu klären. Eine normentheoretische Betrachtung kann somit gerade auch für den kompetenziell komplexen Prozess der Strafrechtssetzung in Mehrebenensystemen wie der EU gewinnbringend sein.

1. Grundannahmen *Bindings* zur Strafrechtssetzung insbesondere in Mehrebenensystemen

Nach *Binding* ist die Norm der im ersten Teil eines Strafgesetzes zu findende, ein rechtliches Gebot oder Verbot umwandelnde gesetzliche Befehl, so zu handeln oder nicht zu handeln, wie es im Strafgesetz bezeichnet ist.⁷ Damit geht die Norm zwar *begrifflich* dem Strafgesetz voraus.⁸ Der Inhalt und propositionale Gehalt eines Straftatbestandes und der entsprechenden Verhaltensnorm sind aber jedenfalls teilweise identisch und die Norm und der Straftatbestand damit nicht inhaltlich getrennt.⁹ Im auf den Straftatbestand folgenden zweiten Teil des Strafgesetzes, ordnet dieses Strafe für den Fall an, dass der Täter den Straftatbestand erfüllt und damit dem im Straftatbestand umgesetzten rechtlichen Gebot oder Verbot zuwiderhandelt.¹⁰

Von diesem strukturellen Grundkonzept von Norm und Strafgesetz ausgehend, führt *Binding* speziell zur Strafrechtssetzung in Mehrebenensystemen aus, dass grundsätzlich auch Strafgesetze der Partikularsysteme Strafen für Verstöße gegen von der übergeordneten Ebene gesetzte und einheitlich in allen Partikularsystemen geltende Verhaltensnormen anordnen können.¹¹ Hier arbeite die Partikulargesetzgebung „im dankenswerten Bestreben“ die von der übergeordneten Ebene erlassene Rechtsordnung „nach

7 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 2. Aufl. 1890, S. 45.

8 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 2. Aufl. 1890, S. 45.

9 S. *Kindhäuser*, GA 2022, 564 (565 f.); für die von *Kindhäuser* stark kritisierte Gegenansicht von *Freund* und *Rostalski* s. *Freund/Rostalski*, GA 2020, 617 (618).

10 *Binding* (Fn. 1), S. 4, 6.

11 S. *Binding* (Fn. 1), S. 73 f.

Kräften zu sichern“.¹² Im Mehrebenensystem der EU liegt dieser Gedanke der sog. Assimilierungspflicht zugrunde, die aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV fließt. Verstöße gegen das Unionsrecht müssen danach in den einzelnen Mitgliedstaaten nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen das jeweilige nationale Recht.¹³

Grundsätzlich ist die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen für die Verhaltensnorm¹⁴ einerseits und das Strafgesetz andererseits auf verschiedene Normgeber aus *Binding* Perspektive jedoch die Ausnahme. *Binding* sah es vielmehr als „das Naturgemässe“ an, dass Norm und Strafgesetz ein und derselben Quelle entspringen. Regelmäßig werde das Strafgesetz also durch denselben Normgeber gesetzt, der auch die im jeweiligen Straftatbestand umgesetzte Norm erlassen hat.¹⁵

2. Strafrechtssetzung in der EU aus normentheoretischer Perspektive

Im Hinblick auf die Strafrechtssetzungskompetenz des Unionsgesetzgebers folgt aus der von *Binding* propagierten Annahme der grundsätzlichen Identität der Quellen von Norm und Strafgesetz, dass naturgemäß der Unionsgesetzgeber selbst die Strafgesetze erlassen können müsste, die zur Durchsetzung im Sinne der Gewährleistung der Befolgung¹⁶ der von ihm gesetzten Verhaltensnormen erforderlich sind. Zwar geschieht dies derzeit noch nicht. Die geltenden Kompetenzgrundlagen tragen der Idee der Quellenidentität von Norm und Strafgesetz aber dennoch tendenziell Rechnung, was im Folgenden gezeigt werden soll.

12 S. *Binding* (Fn. 1), S. 74.

13 EuGH, Urteil v. 21.9.1989, Rs. 68/88 – Kommission/Griechische Republik („Griechischer Mais“), Rn. 23-25.

14 Dem Beitrag liegt die Auffassung zugrunde, dass die demokratisch zur Gesetzgebung legitimierten Instanzen die Verhaltensnormen konstituieren. S. in diesem Sinn beispielsweise auch *Renzikowski*, GA 2022, 575 (insbes. 580 f.); vgl. *Herzberg*, JZ 2023, 438 (443 ff.); *Kindhäuser*, GA 2022, 563 (566, 570 f.); zur Gegenansicht, wonach der schulfähige Bürger selbst eine jeweils kontext- und adressatenspezifische Verhaltensnorm für sich bildet, s. *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543 (550 f.).

15 *Binding* (Fn. 1), S. 73.

16 Zum Streit um die Legitimität der Androhungsprävention durch Strafgesetze s. befürwortend *Herzberg*, ZIS 2021, 420 (420 f.), ablehnend *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543 (550 f.).

- a) Die akzessorische Strafrechtsharmonisierungskompetenz als „Minus“ gegenüber der „naturgemäßen“ direkten Strafrechtssetzungskompetenz der EU

Verhaltensnormen kann der europäische Gesetzgeber zunächst in Verordnungen formulieren, die gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Zudem kann er sie in Richtlinien fassen, die gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich ihres Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Insoweit stellt er nur im Fall vollharmonisierender Richtlinien, die keine abweichenden nationalen Vorschriften erlauben, vollständige europäische Verhaltensnormen auf. Beim Erlass mindestharmonisierender Richtlinien beschränkt sich der europäische Gesetzgeber dagegen auf die Schaffung einer europäischen Mindestverhaltensnorm, die erst durch die ggf. über die europäischen Mindestvorgaben hinausgehende überschießende Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht in eine vollständige, im Mindestmaß europäisch und im Übrigen national determinierte Verhaltensnorm transformiert wird.

Weil dem Strafrecht für die nationale Identität eine herausragende Bedeutung beigemessen wird,¹⁷ lässt sich eine der Kompetenz zur Setzung vollständiger europäischer Verhaltensnormen mittels Verordnungen oder vollharmonisierender Richtlinien „naturgemäß“ entsprechende *allgemeine* Kompetenz des europäischen Gesetzgebers zum Erlass von zu den originär europäischen Verhaltensnormen akzessorischen Strafgesetzen zumindest beim bisher erreichten Integrationsstand und voraussichtlich auch in absehbarer Zukunft politisch nicht realisieren.¹⁸ Gleichsam als „Minus“ gegenüber der direkten Kompetenz zum Erlass von Strafgesetzen, die der Durchsetzung der in europäischen Verordnungen und vollharmonisierenden Richtlinien konstituierten Verhaltensnormen dienen und deshalb zu ihnen akzessorisch sind,¹⁹ kann dem europäischen Gesetzgeber – normentheoretisch gedacht – aber zumindest die Kompetenz zugestanden werden,

17 S. dazu eingehend unten II.2., insbes. a).

18 S. aber zur – nach allerdings noch umstrittener Ansicht – grundsätzlich bestehenden *bereichsspezifischen* Strafrechtssetzungskompetenz der EU Satzger, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 10. Aufl. 2022, § 8 Rn. 18 ff.; Neumann, *Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU?*, 2015, S. 172 ff.

19 Die Akzessorietät zu explizit in eigenständigen Rechtsvorschriften konstituierten Verhaltensnormen prägt das Europäische Sanktionenrecht. Generell zwingend ist der akzessorische Charakter des Strafrechts zu außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen dagegen nicht, s. dazu Herzberg, GA 2016, 737 (746 ff.).

in Richtlinien Mindestvorgaben für diejenigen nationalen Strafgesetze zu machen, welche die Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der europäischen Verhaltensnormen erlassen. Im normentheoretischen Sinn wird damit gewährleistet, dass der Inhalt der Norm und der Inhalt des Strafgesetzes, das die Norm auf der Tatbestandsseite umsetzt, jedenfalls teilweise aus derselben – nämlich europäischen – Quelle stammen.

Diesen normentheoretischen Grundgedanken trug der EuGH bereits vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages in den Rechtssachen „Umweltstrafrecht“²⁰ im Jahr 2005 und „Meeresverschmutzung“²¹ im Jahr 2007 Rechnung. Zwar erkannte er darin an, dass grundsätzlich weder das Strafrecht noch das Strafprozessrecht in die Zuständigkeit der damaligen Gemeinschaft fielen. Wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen des in Rede stehenden, von den gemeinschaftsrechtlichen Normen geschützten Rechtsgutes aber unerlässlich sei, könne der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten zur Einführung solcher Sanktionen verpflichten, um die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Normen zu gewährleisten.²²

Mit dieser damals vom Primärrecht nicht gedeckten²³ Kompetenzerweiterung, die in der Literatur stark kritisiert worden ist,²⁴ nahm der EuGH im Wesentlichen²⁵ die heute in Art. 83 Abs. 2 AEUV verankerte Kompetenzregelung vorweg, die zum Zeitpunkt der Urteilsfassung bereits vorlag, aber noch nicht in Kraft getreten war.²⁶ Soweit sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich²⁷ für die

20 EuGH, Urteil v. 13.9.2005, Rs. C-176/03 – Kommission/Rat.

21 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05 – Kommission/Rat.

22 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 66 – Kommission/Rat.

23 S. z.B. *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 43 i.V.m. § 8 Rn. 21; *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 AEUV Rn. 27.

24 S. statt vieler *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 AEUV Rn. 27.

25 Anders als nach Art. 83 Abs. 2 AEUV fiel die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen nach EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 70 – Kommission/Rat („Meeresverschmutzung“), nicht in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft.

26 *Suhr* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 67 AEUV Rn. 29.

27 Um den ultima ratio-Grundsatz tatsächlich effektiv werden zu lassen, ist das Unerlässlichkeitskriterium entgegen der Ansicht der Kommission (s. EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 38 – Kommission/Rat [„Meeresverschmutzung“],) nicht im Sinne bloßer Erforderlichkeit zu verstehen, sondern restriktiv zu handhaben. Es sollte nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn die Angleichung der

wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet erweist, auf dem auf der Grundlage von Kompetenznormen in einem nicht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen betreffenden Politikbereich der EU bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, können nunmehr auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV – und damit auch auf vertraglicher Basis – durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen erlassen werden.

b) Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV als Annex zur Verhaltensnormharmonisierung

Bei den von Art. 83 Abs. 2 AEUV für die Begründung der strafrechtlichen Richtlinienkompetenz der EU vorausgesetzten vorangegangenen Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahmen kann es sich um unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltende Verordnungen oder vollharmonisierte Richtlinien handeln, in die der europäische Gesetzgeber vollständige originär europäische Verhaltensnormen integriert hat. Zudem werden aber auch die Konstellationen erfasst, in denen der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten zum Inhalt der von ihnen zu setzenden Verhaltensnormen nur mittels Richtlinien Mindestvorgaben macht. Der Inhalt der mitgliedstaatlichen Verhaltensnormen, die in Umsetzung dieser europäischen Richtlinienvorgaben erlassen werden, ist jedenfalls partiell durch den europäischen Gesetzgeber bestimmt. Unter normentheoretischen Gesichtspunkten ist es deshalb konsequent, dem Unionsgesetzgeber zusätzlich auch die Kompetenz einzuräumen, harmonisierende Vorgaben auch für den Inhalt derjenigen mitgliedstaatlichen Strafgesetze zu machen, die bestimmte Verstöße gegen diejenigen Verhaltensnormen des nationalen Rechts mit Strafe bedrohen, die in Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben zur Verhaltensnorm erlassen worden sind. Soweit nämlich der europäische Gesetzgeber den Inhalt der nationalen Verhaltensnormen determiniert hat, muss ihm nach den Grundsätzen *Bindings* grundsätzlich auch die Kompetenz zur Festlegung des Inhalts der diese Verhaltensnormen flankierenden und sie in ihren Tatbeständen umsetzenden Strafgesetze zukommen.

Die Strafrechtsharmonisierungskompetenz folgt somit in den von Art. 83 Abs. 2 AEUV erfassten Fällen „naturgemäß“ der Verhaltensnormharmoni-

Strafrechtsvorschriften tatsächlich das einzig aussichtsreiche Mittel zur effektiven Durchsetzung der außerstrafrechtlichen, bereits harmonisierten Rechtsvorschriften ist (vgl. *Suhr* in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 67 AEUV Rn. 24).

sierungskompetenz. Dementsprechend gehen der die Verhaltensnorm harmonisierende Rechtsakt sowie die durch ihn harmonisierten nationalen Verhaltensnormen dem Strafrechtsharmonisierungsrechtsakt und den in seiner Umsetzung erlassenen harmonisierten nationalen Strafgesetzen zeitlich voraus. Die strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahme stellt sich damit als Annex zur vorgelagerten außerstrafrechtlichen Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahme dar. Es geht um eine akzessorische Strafrechtsangleichung in bereits harmonisierten Politikbereichen, was normentheoretischen Grundsätzen unmittelbar entspricht.

Sind die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV erfüllt, kann die EU „Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen“ erlassen. Vorgegeben werden kann insoweit zum einen im Hinblick auf die Sanktionsseite, welche Strafen mindestens vorzusehen sind,²⁸ und zum anderen im Hinblick auf die Tatbestandsseite, unter welchen Voraussetzungen Zuwiderhandlungen gegen die durch die außerstrafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen angeglichenen Verhaltensnormen mindestens unter Strafe gestellt werden müssen.

Chronologisch stellt sich der Rechtssetzungsprozess damit derart dar, dass zunächst durch außerstrafrechtliche Verordnungen unmittelbar geltende europäische Verhaltensnormen aufgestellt oder durch außerstrafrechtliche Richtlinien inhaltliche Vorgaben für nationale konkrete Verhaltensnormen gemacht werden. Diese Vorgaben sind in den Fällen der Vollharmonisierung abschließend. Im Übrigen werden nur Mindestvorgaben formuliert. Dadurch schafft der europäische Gesetzgeber implizit eine außerstrafrechtliche europäische (Mindest-)Verhaltensnorm. Auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV wird anschließend eine zu dieser außerstrafrechtlichen europäischen (Mindest-)Verhaltensnorm akzessorische europäische Min-

28 Bisher bedient sich die EU insoweit des Konzepts der sog. Mindesthöchststrafen. Die im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (KOM (2012) 363 endg.) vorgesehenen echten Mindeststrafen waren politisch nicht durchsetzbar und sind deshalb in der letztlich angenommenen Fassung der sog. PIF-Richtlinie (Richtlinie 2017/1371/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU 2017 L 198/29) nicht enthalten. S. zum Ganzen Satzger (Fn.18), § 9 Rn. 51 f.; für ein die mitgliedstaatlichen Identitäten schonendes und darum politisch akzeptables Modell der Harmonisierung der Rechtsfolgeenseite s. die Ergebnisse des Forschungsprojektes der *European Criminal Policy Initiative (ECPI)* in: Satzger (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020.

deststrafnorm erlassen, wobei durch die Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen der in Umsetzung der europäischen strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahme zu erlassenden nationalen Strafgesetze aus den bereits existenten europäischen (Mindest-)Verhaltensnormen diejenigen herausgegriffen werden, deren Verletzung so schwer wiegt, dass sie Strafe nach der Wertung des europäischen Gesetzgebers erforderlich macht. Damit gehen auf europäischer Ebene die Verhaltensnormen bzw. die (Mindest-)Vorgaben zur Verhaltensnorm den Mindestvorgaben zum akzessorischen Strafgesetz voraus. Auf nationaler Ebene gehen entsprechend die durch unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnungen formulierten Verhaltensnormen bzw. die durch Richtlinien harmonisierten nationalen Verhaltensnormen den akzessorischen harmonisierten Strafgesetzen voraus.

c) Die originäre Strafrechtsharmonisierungskompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Soweit auf Art. 83 Abs. 2 AEUV als Grundlage für die Strafrechtsharmonisierung in der EU zurückgegriffen werden soll, sind die beschriebenen Zusammenhänge zwingend. Hier muss die Verhaltensnormsetzung stets der Strafnormsetzung vorgelagert sein. Anders verhält es sich dagegen mit auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten strafrechtsharmonisierenden Richtlinien. Diese sind nicht von einer vorangehenden außerstrafrechtlichen Harmonisierung abhängig. Vielmehr erlaubt es Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV grundsätzlich, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in den in UAbs. 2 enumerativ aufgezählten und ggf. künftig auch in weiteren, gemäß UAbs. 3 neu festzulegenden²⁹ Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension zu erlassen. Es handelt sich mithin nicht – wie bei Art. 83 Abs. 2 AEUV – um eine zu vorangegangenen außerstrafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen akzessorische, sondern vielmehr um eine originäre Kompetenz der EU zur Strafrechtsharmonisierung.

29 Die erste Erweiterung des Kataloges in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV auf im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik erlassene restriktive Maßnahmen der Union erfolgte in Reaktion auf den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine (Beschluss (EU) 2022/2332 des Rates vom 28.11.2022 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, ABl. 2022, L 308/18).

(1) Normentheoretische Rekonstruktion der Strafrechtsharmonisierung
nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Vor dem Hintergrund der These *Bindings*, dass Norm und Strafgesetz naturgemäß aus derselben Quelle fließen, scheint eine originäre, von einer vorangehenden Verhaltensnormharmonisierung unabhängige Strafrechtsharmonisierungskompetenz der EU zunächst nicht stimmig. In bislang nicht harmonisierten Politikbereichen wird der Inhalt der nationalen Verhaltensnormen nämlich von jedem Mitgliedstaat autonom bestimmt. Nach der These *Bindings* müsste in dieser Konstellation jedem Mitgliedstaat auch allein die Kompetenz zugestanden werden, Strafgesetze zur Gewährleistung der Durchsetzung der nationalen Verhaltensnormen zu erlassen und deren Inhalt alleine festzulegen. Eine Kompetenz des Unionsgesetzgebers, Vorgaben für den Inhalt der Strafgesetze zu machen, die der Durchsetzung allein von den Mitgliedstaaten inhaltlich determinierter Verhaltensnormen dienen, scheint dagegen aus normentheoretischer Perspektive unangebracht, weil in diesen Fällen Norm und Strafgesetz inhaltlich aus verschiedenen Quellen fließen würden.

Gänzlich zutreffen würden diese Erwägungen jedoch nur, wenn der EU die Kompetenz zur *Vollharmonisierung* der nationalen Strafgesetze zukäme und sie diese Kompetenz nur hinsichtlich der Rechtsfolgenrechtsseite ausüben, also zwingende Strafvorgaben machen würde. In dieser Konstellation würde tatsächlich die Verhaltensnorm nur aus nationaler und die akzessorische Strafnorm nur aus europäischer Quelle fließen, was in vielen Mitgliedstaaten zu Inkohärenzen zwischen den beiden Bestandteilen des Strafgesetzes führen müsste. Soweit der Unionsgesetzgeber eine etwaige Vollharmonisierungskompetenz auch hinsichtlich der Tatbestandsseite ausüben würde, würde er durch die Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen implizit auch die entsprechenden Verhaltensnormen mitformulieren³⁰ und zwingend harmonisieren. Verhaltensnorm und Strafgesetz würden dann zwar beide aus ein und derselben, nämlich europäischen Quelle fließen. Die Hoheit der Mitgliedstaaten sowohl über die Sanktions- als auch die Verhaltensnorm wäre aber aufgehoben, was nicht nur unter Souveränitätsgesichtspunkten, sondern mit Blick auf die implizite Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen auch kompetenzielle Probleme aufwerfen würde.

30 Zur Konstituierung von Verhaltensnormen durch Strafgesetze s. Herzberg, GA 2016, 737 (746 ff.).

Art. 83 Abs.1 und Abs.2 AEUV beschränken die Kompetenz der EU jedoch auf den Erlass von *Mindestvorschriften* zur Festlegung von Straftaten und Strafen, sodass der Unionsgesetzgeber sowohl zur Tatbestandsseite als auch zur Rechtsfolgendeite nur Mindestvorgaben machen kann. Macht der europäische Gesetzgeber von dieser Mindestharmonisierungskompetenz Gebrauch, setzt dies technisch für die Formulierung der Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite eine Auseinandersetzung mit der Fassung der Tatbestände aller einschlägigen mitgliedstaatlichen Strafgesetze und damit implizit mit den nationalen Verhaltensnormen voraus, deren Verletzung unter bestimmten Voraussetzungen den Tatbestand erfüllt. Anders als bei Art. 83 Abs.2 AEUV müssen diese nationalen Verhaltensnormen in den Fällen des Abs.1 zwar nicht zwingend bereits vorab harmonisiert worden sein, sondern können auch erst implizit durch die Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen in der strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahme zeitgleich mit den Strafgesetzen mindestharmonisiert werden. Aus dem Querschnitt der nationalen Verhaltensnormen ergibt sich aber jedenfalls eine europäische Mindestverhaltensnorm in Form ihres „kleinsten gemeinsamen Nenners“, der ein Verhalten unionsweit jedenfalls entsprechen muss. Insofern schwebt eine auf Art. 83 Abs.1 AEUV gestützte strafrechtliche Mindestharmonisierungsrichtlinie normentheoretisch betrachtet nicht im luftleeren Raum. Sie knüpft vielmehr an diese bereits existierende europäische Mindestverhaltensnorm an.

Aus normentheoretischer Perspektive entscheidend ist der Spielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben nach dem Konzept der Mindestharmonisierung verbleibt. Soweit die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite nämlich wirklich nur Ausdruck des im Querschnitt der Mitgliedstaaten geltenden „kleinsten gemeinsamen Nenners“ sind, also nicht weiter gehen als die in den nationalen Rechtsordnungen bereits existierenden, von den Mitgliedstaaten allein inhaltlich bestimmten Verhaltensnormen, können die jeweiligen nationalen Gesetzgeber den europäischen Mindestvorgaben exakt entsprechende nationale Verhaltensnormen und – unter Rückgriff auf die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben – auch weitergehende nationale Verhaltensnormen in ihrer bisherigen Form als Tatbestand formulieren. Soweit über die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite hinausgehende nationale Verhaltensnormen im Wege der überschießenden Umsetzung im nationalen Recht in Tatbestandsform gegossen werden, kann sich der jeweilige nationale Gesetzgeber darüber hinaus auch dazu entscheiden, nicht jede Verletzung der nationalen Ver-

haltensnorm unter Strafe zu stellen, sondern die Strafbarkeit des normverletzenden Verhaltens von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen, soweit er dadurch nicht die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite unterschreitet. Ebenso bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, schon bisher im Verhältnis zu den europäischen Mindestvorgaben strengere nationale Verhaltensnormen explizit zu verschärfen und auch Verstöße gegen diese verschärften nationalen Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen, oder beides in einem Schritt durch die Formulierung von im Verhältnis zu den europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite extensiveren Straftatbeständen zu tun. Die nationale Verhaltensnorm bleibt in allen diesen Fällen der überschießenden Umsetzung der Richtlinienvorgaben zur Tatbestandsseite letztlich national determiniert. Entsprechendes gilt für die nationale Sanktionsnorm, soweit der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Rechtsfolgenrechtsseite von der Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben Gebrauch macht.

Bei einer auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten begrenzten Mindestharmonisierung sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite und einer ggf. überschießenden Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber ist also der Inhalt sowohl der nationalen Verhaltens- als auch der nationalen Sanktionsnorm *vollständig* durch den nationalen Gesetzgeber selbst festgelegt. Anders verhält es sich dagegen, wenn die nationalen Verhaltens- und ggf. die akzessorischen Sanktionsnormen hinter den durch die europäischen Mindesttatbestandsvoraussetzungen implizit formulierten Mindestvorgaben zur Verhaltensnorm oder den europäischen Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenrechtsseite zurückbleiben. In diesem Fall hat sich die EU bei der Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen und Mindestsanktionsvorgaben nicht auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ aller mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beschränkt, sondern ist jedenfalls in Bezug auf einzelne Mitgliedstaaten darüber hinausgegangen. Damit die Strafgesetze auch in diesen Mitgliedstaaten das nun europäisch vorgegebene Mindestniveau erreichen, müssen die nationalen Straftatbestände und akzessorischen Sanktionsnormen den europäischen Mindesttatbestandsvoraussetzungen und Mindestsanktionsvorgaben angepasst werden. Die hinter den europäischen Vorgaben bislang zurückgebliebenen nationalen Strafgesetze müssen also explizit verschärft werden. Zugleich werden hierdurch aber implizit auch die bislang hinter der europäischen Mindestverhaltensnorm zurückgebliebenen nationalen außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen verschärft, was ggf.

eine entsprechende explizite Anpassung des nationalen Rechts im betreffenden außerstrafrechtlichen Bereich erforderlich machen kann. In dieser souveränitätssensiblen Konstellation determiniert damit letztlich der europäische Strafgesetzgeber die nationale Sanktionsnorm und insbesondere auch den Inhalt der bislang rein national bestimmten Verhaltensnormen neu.

Die normentheoretischen Prinzipien können hier insoweit als erfüllt angesehen werden, wie der europäische Gesetzgeber zum einen durch die Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite der nationalen Umsetzungsstrafgesetze den verschärften Teil der nationalen Verhaltensnorm und zum anderen durch Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenrechtsfolge auch die Sanktionsnorm im Mindestmaß der verschärften nationalen Verhaltensnorm entsprechend bestimmt. Im Hinblick auf die Verschärfung fließen dann Norm und Strafgesetz wiederum aus derselben, nämlich europäischen Quelle. Die Hoheit derjenigen Mitgliedstaaten, in denen die einschlägigen Verhaltensnormen und entsprechenden Sanktionsnormen bislang hinter den nun formulierten europäischen Mindestvorgaben zurückgeblieben sind, ist jedoch insoweit – wie bei einer Vollharmonisierung der Tatbestands- und Rechtsfolgenrechtsfolge – sowohl hinsichtlich der Tatbestands- und der Rechtsfolgenrechtsfolge des unmittelbar harmonisierten Strafgesetzes als auch hinsichtlich der mit dem Tatbestand implizit mitharmonisierten Verhaltensnorm aufgehoben.

(2) Exemplifizierung der Bedeutung des Mindestharmonisierungskonzepts anhand der Strafrechtsharmonisierung im Bereich der Geldwäsche

Die Freiheit, die das vorstehend abstrakt normentheoretisch formulierte Konzept der Mindestharmonisierung und die damit verbundene Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben dem nationalen Gesetzgeber belässt, kann anhand einer normentheoretischen Rekonstruktion der Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV exemplifiziert werden.

In Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV wird die Geldwäsche an sechster Stelle als einer Strafrechtsharmonisierung grundsätzlich zugänglicher Bereich besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension aufgeführt. Dementsprechend hat der europäische Gesetzgeber die Richtlinie

2018/1673/EU³¹ über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützt. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1, sicherzustellen, dass die vorsätzliche Begehung bestimmter, unter lit. a) bis lit. c) im Einzelnen aufgeführter Handlungen eine Straftat darstellt, wenn die Handlungen in Kenntnis der Tatsache vorgenommen werden, dass die Gegenstände, auf welche sie sich beziehen, aus einer kriminellen Tätigkeit stammen. Den Begriff der „kriminellen Tätigkeit“ definiert Art. 2 Nr. 1 S. 1 RL 2018/1673/EU in Abhängigkeit von der Strafdrohung im nationalen Recht.³² S. 2 listet nachfolgend 22 bestimmte Kategorien von Straftaten auf, die in jedem Fall als kriminelle Tätigkeiten gelten. Da RL 2018/1673/EU der von Art. 83 Abs. 1 AEUV erteilten Ermächtigung entsprechend gem. ihrem Art. 1 Abs. 1 nur *Mindestvorschriften* für die Definition von Straftatbeständen und Sanktionen im Bereich der Geldwäsche enthält, können die Mitgliedstaaten über die Richtlinienvorgaben hinausgehen. Es bleibt ihnen also insbesondere unbenommen, die in Art. 3 Abs. 1 RL 2018/1673/EU genannten Handlungen nicht nur in Bezug auf solche Gegenstände unter Strafe zu stellen, die aus einer kriminellen Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, sondern darüber hinaus noch weitere, nicht unter die Definition in Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU fallende Taten als taugliche Vortaten ausreichen zu lassen. Auch müssen sie die Strafbarkeit wegen Geldwäsche nicht zwingend auf die nur mindestens unter Strafe zu stellenden Fälle der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung begrenzen, sondern können darüber hinaus insbesondere auch eine fahrlässige oder gar leichtfertige Begehung genügen lassen.

Von diesen Möglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber umfassend Gebrauch gemacht. In Umsetzung der Richtlinienvorgaben entschied er sich bei der Neufassung des § 261 StGB zum einen für den sog. „All Crimes-Approach“, wonach grundsätzlich jede rechtswidrige Tat taugliche Vortat einer

31 Richtlinie 2018/1673/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. EU 2018 L 284/22.

32 Art. 2 Nr. 1 S. 1 RL 2018/1673/EU: „Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (1.) „kriminelle Tätigkeit“ jede Form der kriminellen Beteiligung an Straftaten, die gemäß dem nationalen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentzug im Höchstmaß von mehr als einem Jahr oder – in Mitgliedstaaten, deren Rechtssystem ein Mindeststrafmaß für Straftaten vorsieht – mit einer Freiheitsstrafe oder einer die Freiheit beschränkenden Maßnahme im Mindestmaß von mehr als sechs Monaten geahndet werden können“.

Geldwäschehandlung sein kann.³³ Zum anderen muss der:die Täter:in im Hinblick auf die Herkunft des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat nicht zwingend Vorsatz aufweisen. Vielmehr lässt es der deutsche Gesetzgeber in § 261 Abs. 6 StGB über die Mindestvorgaben der Richtlinie hinaus bereits genügen, dass er:sie nur leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt.³⁴

Im normentheoretischen Stil vergleichend formuliert lautet etwa die europäische Mindestverhaltensnorm, die Art. 3 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU zu entnehmen ist, lediglich „Du sollst nicht vorsätzlich Vermögensgegenstände erwerben, besitzen oder verwenden, von denen du bei ihrer Übernahme weißt, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, namentlich aus der Beteiligung an einer Straftat, die nach nationalem Recht mit einer Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentzug im Höchstmaß von mehr als einem Jahr (...) geahndet werden kann, oder aus der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, einer Erpressung (...) oder einer der Cyberkriminalität zuzuordnenden Straftat.“ Entsprechend lautet der europäische Mindeststraftatbestand „Wer vorsätzlich Vermögensgegenstände erwirbt, besitzt oder verwendet, von denen er bei ihrer Übernahme weiß, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, namentlich aus (...)“. Flankiert wird dieser europäische Mindeststraftatbestand durch eine europäische Mindestsanktionsnorm, die gem. Art. 5 Abs. 2 RL 2018/1673/EU folgenden Inhalt hat: „(...) wird mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren bestraft“.³⁵ Demgegenüber fällt sowohl die in Umsetzung der Mindestvorgaben des Art. 3 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Art. 2 Nr. 1 S. 2 RL 2018/1673/EU erlassene deutsche Verhaltensnorm gegenüber der europäischen Mindestverhaltensnorm als auch die in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 RL 2018/1673/EU formulierte deutsche Sanktionsnorm gegenüber der europäischen Mindestsanktionsnorm weitaus schärfer aus. Konkret lautet die entsprechende deutsche Verhaltensnorm, die sich aus der tatbestandlichen Formulierung des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Nr. 4, Abs. 6 S. 1 StGB ableiten lässt; „Du sollst Dir oder

33 S. § 261 Abs. 1 StGB: „Wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt (...)“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

34 Zur Kritik an der Neuregelung s. *Neumann*, ZJS 2022, 682; *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050).

35 Kritisch zum Konzept der Mindesthöchststrafen s. *European Criminal Policy Initiative (ECPI)*, Kategorienmodell zur Harmonisierung der strafrechtlichen Sanktionen in Europa, in: *Satzger (Hrsg.)*, Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020, S. 667 (671 ff.).

einer dritten Person nicht vorsätzlich Vermögensgegenstände verschaffen, sie verwahren oder für Dich oder eine dritte Person verwenden, von denen Du zum Zeitpunkt ihrer Erlangung wusstest (Abs. 1 Nr. 4) *oder bzgl. derer Du leichtfertig nicht erkannt hast* (Abs. 6), dass sie aus (irgend)einer rechtswidrigen Tat herrühren.“ Dem entspricht der nationale Straftatbestand „Wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, sich oder einem Dritten verschafft oder verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat“ (§ 261 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB) oder „leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen [solchen] Gegenstand nach Absatz 1 handelt (...)“ (§ 261 Abs. 6 StGB). Ergänzt wird dieser Straftatbestand im Falle des auch von der europäischen Richtlinie avisierten vorsätzlichen Handelns nach § 261 Abs. 1 StGB durch die Sanktionsnorm „(...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren“ – statt nur vier Jahren, welche die europäische Richtlinie als Höchststrafe mindestens fordert – „oder mit Geldstrafe bestraft“. Bei leichtfertiger Unkenntnis des Herrührens des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat lautet die Sanktionsnorm nach Abs. 6 dagegen nur „(...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

Die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben hat der deutsche Gesetzgeber somit sowohl auf Tatbestandsseite als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite umfassend genutzt. Damit hat er implizit eine Verhaltensnorm formuliert, die weitaus mehr Fälle erfasst und somit weitaus strenger ist als die europäische Mindestverhaltensnorm. Entsprechend hat er eine zu dieser weitreichenden nationalen Verhaltensnorm akzessorische Sanktionsnorm formuliert, die für die von der europäischen Richtlinie in den Blick genommenen vorsätzlichen Verstöße gegen die nationale – verhältnismäßig strengere – Verhaltensnorm eine im Höchstmaß deutlich schärfere Strafe vorsieht, als sie die europäische Mindestsanktionsnorm für Verstöße gegen die – verhältnismäßig großzügigere – europäische Mindestverhaltensnorm mindestens anordnet.

Hier zeigt sich plakativ, dass Vorgaben der EU, welche die nationalen Strafgesetze nur im Mindestmaß harmonisieren, dem nationalen Gesetzgeber die Hoheit zur Bestimmung des Inhalts von Verhaltensnorm und akzessorischem Strafgesetz insoweit belassen, wie der nationale Gesetzgeber von der Möglichkeit der überschießenden Umsetzung Gebrauch macht und mit seinen Umsetzungsakten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenrechtsseite über die jeweiligen europäischen Mindestvorgaben hinausgeht. Im Einklang mit normentheoretischen Grundsätzen stammen in diesen Fällen

die europäische Mindestverhaltensnorm und die akzessorische europäische Mindestsanktionsnorm einerseits, sowie die nationale Verhaltensnorm und die nationale Sanktionsnorm andererseits nicht nur formal, sondern letztlich auch inhaltlich jeweils aus derselben – nämlich einmal europäischen und einmal nationalen – Quelle. Nur soweit die nationalen Strafgesetze und ggf. die entsprechenden außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen bislang hinter den europäischen Mindestvorgaben zurückgeblieben sind und durch die Umsetzungsakte explizit bzw. implizit verschärft werden, sind sowohl die europäische Mindestverhaltens- und Mindestsanktionsnorm als auch die verschärften nationalen Verhaltens- und Sanktionsnormen europäisch determiniert.

II. Potentiale der normentheoretischen Lesart der Strafrechtsharmonisierungskompetenzen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl Art. 83 Abs. 2 AEUV als auch Art. 83 Abs. 1 AEUV normentheoretisch gelesen werden können. Für den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU kann diese normentheoretische Lesart der Harmonisierungskompetenzgrundlagen in verschiedener Weise fruchtbar gemacht werden. Insbesondere kommt ihr ein erhebliches analytisches Potential zu (II.1.). Darüber hinaus könnte die normentheoretische Lesart den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU auch politisch befördern (II.2.). Zudem birgt sie Potential für den internationalen Wissenschaftsdiskurs zur Strafrechtsharmonisierung, dem sie als gemeinsame Verständigungsgrundlage dienen und so die Konsensfindung im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung von Harmonisierungsmaßnahmen erleichtern kann (II.3.).

1. Exemplifizierung des analytischen Potentials

Das analytische Potential der normentheoretischen Lesart der Strafrechtsharmonisierungskompetenzen soll im Folgenden beispielhaft veranschaulicht werden. Aufgezeigt wird dazu, dass diese Lesart wichtige Kompetenzfragen (II.1.a) sowie die Grenzen des der europäischen Strafrechtsharmonisierung zugrunde liegenden Konzepts der Mindestharmonisierung (II.1.b) erhellen kann. Dabei soll nicht der Eindruck erweckt werden, die insoweit maßgeblichen Zusammenhänge könnten nur mittels

der Normentheorie aufgedeckt werden. Dies ist vielmehr auch durch eine nicht spezifisch normentheoriebasierte strukturelle Analyse der Kompetenzgrundlagen möglich. Die Normentheorie bietet aber ein strukturiertes Erklärungsmuster, das die Zusammenhänge anschaulicher werden lassen kann.

a) Kompetenzfragen

Die vergleichende normentheoretisch basierte Analyse von Art. 83 Abs. 1 AEUV einerseits und Art. 83 Abs. 2 AEUV andererseits kann sowohl über die kompetenziellen Grundlagen der Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahmen einerseits und der Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen andererseits als auch darüber Aufschluss geben, welche Anforderungen bei der Ausübung der Harmonisierungskompetenz speziell auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV zu erfüllen sind.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass sich die Strafrechtsharmonisierungskompetenznormen des Art. 83 Abs. 1 AEUV einerseits und des Art. 83 Abs. 2 AEUV andererseits entsprechend ihrer unterschiedlichen Zwecke strukturell unterscheiden.

Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV sollen *unmittelbar* die *Kriminalität* in bestimmten Bereichen bekämpfen.³⁶ Ob zuvor eine explizite Harmonisierung von Verhaltensnormen erfolgt ist, ist dafür nicht relevant. Soweit die entsprechenden Verhaltensnormen noch nicht harmonisiert worden sind, wird aber gleichsam als Beiwerk zur Strafrechtsharmonisierung durch die Formulierung der Mindeststraftatbestandsvoraussetzungen automatisch implizit auch die entsprechende europäische Mindestverhaltensnorm formuliert, welche die nationalen Verhaltensnormen harmonisiert. Weil der europäische Gesetzgeber die Kompetenz zur Harmonisierung der Straftatbestandsvoraussetzungen somit nicht ausüben kann, ohne zugleich auch eine implizite Angleichung der Verhaltensnormen zu bewirken, muss beim Erlass der strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahme nicht nur hinterfragt werden, ob die Voraussetzungen der Ausübung der Harmonisierungskompetenz der EU im

36 Zur Fähigkeit der Sanktionsnormen, nicht nur die Geltungskraft der Verhaltensnorm, sondern schon präventiv unmittelbar Rechtsgüter zu schützen, s. Herzberg, ZIS 2021, 420, 420 f.; die Gegenansicht vertreten Freund und Rostalski, s. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 29; Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019, S. 16 f., 19 f., 88.

Hinblick auf die Vorgaben zur *Strafbarkeit* des normwidrigen Verhaltens erfüllt, also insbesondere auch die in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und Abs. 4 EUV niedergelegten Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gewahrt sind. Vielmehr muss dieselbe Frage zugleich auch hinsichtlich der impliziten Vorgaben zur Verhaltensnorm gestellt werden.

Anders verhält es sich im Hinblick auf Art. 83 Abs. 2 AEUV, der das Strafrecht als Mittel der *Politikdurchsetzung* sieht. Die Vorschrift ermächtigt dementsprechend nur zur akzessorischen Strafrechtsharmonisierung in bereits harmonisierten Politikbereichen. Deshalb setzt Art. 83 Abs. 2 AEUV notwendig zuvor explizit harmonisierte Verhaltensnormen im entsprechenden Politikbereich voraus, von denen die Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen diejenigen herausgreifen, deren Verletzung mindestens mit Strafe geahndet werden soll. Die außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen sind also vorangehend auf der Grundlage einer außerstrafrechtlichen Harmonisierungskompetenz angeglichen worden, während sich die Kompetenz zur nachfolgenden Mindestharmonisierung der zu den bereits harmonisierten Verhaltensnormen akzessorischen und ihrer Durchsetzung dienenden Strafgesetze aus Art. 83 Abs. 2 AEUV ergibt.³⁷

b) Grenzen des Konzepts der Mindestharmonisierung

Besonders anschaulich lässt sich anhand der Normentheorie auch das spezifische kompetenzrechtliche Problem illustrieren, inwieweit vorgelagerte außerstrafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der strafrechtlichen Mindestharmonisierungsvorgaben begrenzen.

Wie gesehen bleibt es den Mitgliedstaaten nach dem Konzept der Mindestharmonisierung grundsätzlich unbenommen, die Voraussetzungen für die Strafbarkeit der Verletzung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen weiter zu fassen und damit mehr Übertretungen dieser Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen, als es die unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben zwingend fordern. Dies ist vorstehend am Beispiel der überschießenden

³⁷ So die h.M., s. nur Meyer in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, Art. 83 AEUV Rn. 58; Hochmayr in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 83 AEUV Rn. 31; Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 76; a.A. Hecker, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. 8 Rn. 24.

Umsetzung der Geldwäscherichtlinie in das deutsche Recht illustriert worden.³⁸ Die Befugnis zum Erlass schärferer Strafgesetze findet aber ihre Grenze in der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm selbst, deren Verletzung das Strafgesetz mit Strafe bewehrt. Relevant wird dies namentlich in den Fällen der Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm durch unmittelbar in allen Mitgliedstaaten geltende Verordnungen oder abschließende Vorgaben aufstellende Richtlinien, die es den Mitgliedstaaten nicht erlauben, abweichende nationale Regelungen zu erlassen.³⁹ Der Gehalt der Verhaltensnorm wird im Fall der Vollharmonisierung also nicht nur – dem Konzept der Mindestharmonisierung entsprechend – im Mindestmaß, sondern insgesamt abschließend vom Unionsgesetzgeber festgelegt. Würde nun ein Mitgliedstaat in Umsetzung einer das Strafrecht grundsätzlich im Mindestmaß harmonisierenden Richtlinie ein nationales Strafgesetz erlassen, das die Tatbestandsvoraussetzungen nicht nur extensiver fasst als die strafrechtliche Richtlinie es mindestens fordert, sondern sie sogar derart extensiv formuliert, dass von der abschließend mit Geltung für alle Mitgliedstaaten harmonisierten außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm gar nicht erfasstes Verhalten mit Strafe bedroht wird, würde diese außerstrafrechtliche Verhaltensnorm mittels des nationalen, in Umsetzung der strafrechtsharmonisierenden Richtlinie erlassenen Strafgesetzes indirekt mit Wirkung nur für den betreffenden Mitgliedstaat verschärft, ohne dass hierfür eine Kompetenz des Mitgliedstaates bestünde. Ein solches Vorgehen stünde im Widerspruch zu kompetenzrechtlichen Prinzipien und zur von der EU intendierten Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Norm.⁴⁰

Die Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen setzt den möglichen akzessorischen Strafgesetzen im Hinblick auf die Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen damit eine ungeschriebene Obergrenze, die besagt, welches Verhalten maximal mit Strafe bedroht werden darf. Hinzu tritt die Untergrenze, welche die strafrechtsharmonisierenden Richtlinien durch die Vorgabe der mindestens mit Strafe zu bedrohenden Verhaltensweisen festlegen. Damit ergibt sich ein Rahmen, in dem sich die Tatbestandsvoraussetzungen der nationalen Strafgesetze

38 S.o. I. 2. c) (2).

39 S. schon oben I. 2. a); zur Vollharmonisierung s. *Schröder* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV Rn. 46 f.

40 S. hierzu insgesamt *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 49; *Böse*, Der EuGH und die Strafrechtsdogmatik, Grund und Grenzen einer Harmonisierung des Allgemeinen Teils, in: *Bublitz et al.* (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur*, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 589 (602).

bewegen müssen.⁴¹ In Kombination mit der Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm wird die strafrechtliche Mindestharmonisierung somit aus normentheoretisch denknotwendigen Gründen zu einer Art Rahmenharmonisierung in dem Sinne, dass bei der Festlegung der Tatbestandsvoraussetzungen zwar die von der strafrechtlichen Harmonisierungsnorm gesetzte Untergrenze, nicht aber die von der außerstrafrechtlichen vollharmonisierten Verhaltensnorm gesetzte Obergrenze überschritten werden darf.

Dieses Zusammenspiel der Art der Harmonisierung der Verhaltensnorm einerseits und des Strafgesetzes andererseits lässt sich plakativ anhand des Marktmissbrauchsrechts illustrieren. Seit dessen Vollharmonisierung durch die Marktmissbrauchsverordnung (MAR)⁴² steht in Streit, ob der Tatbestand der Marktmanipulation nach § 119 Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Abs. 15 Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 MAR unter Anwendung von § 13 StGB auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann.⁴³ Im Einklang mit den oben dargestellten Grundsätzen besteht zunächst Einigkeit darüber, dass ein nach der MAR erlaubtes Verhalten nicht vom nationalen Recht unter Strafe gestellt werden darf. Auf diese Weise würde nämlich – normentheoretisch formuliert – die in der MAR statuierte entsprechende Verhaltensnorm, die unionsweit einheitlich gelten soll, mit Wirkung nur für den betreffenden Mitgliedstaat durch dessen nationales Strafrecht mittelbar verschärft, was im Widerspruch zum von der MAR verfolgten Ziel der Vollharmonisierung stünde und somit unionsrechtswidrig wäre.⁴⁴ Es stellt sich mithin die Frage, ob Marktmanipulation durch Unterlassen nach der MAR erlaubt oder verboten ist, denn nur in letzterem Fall ist auch eine Strafbarkeit der Marktmanipulation wegen Unterlassens nach § 119 Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Abs. 15 Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 MAR i.V.m. § 13 StGB denkbar.

41 Vgl. Böse (Fn. 40), S. 602.

42 Verordnung 596/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABL EU 2014 L 173/1.

43 S. auch den Hinweis auf dieses Beispiel bei Böse (Fn. 40), S. 602.

44 S. etwa Wegner/Ladwig, JuS-Extra 2020, 9; Böse, wistra 2018, 22 (23).

Da sowohl Art. 5 Abs. 2 der Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD),⁴⁵ die den Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 1 die Kriminalisierung jedenfalls der schwersten Fälle vorsätzlicher Marktmanipulation aufgibt, als auch Art. 12 Abs. 1 der MAR selbst für die Bestimmung des Begriffs der Marktmanipulation im Sinne des jeweiligen Rechtsaktes nur auf aktive Handlungen Bezug nehmen, treffen beide Rechtsakte über Marktmanipulation durch Unterlassen keine unmittelbaren Aussagen. Ein Teil der Literatur schlussfolgert daraus, dass Marktmanipulation durch Unterlassen nach Unionsrecht nicht verboten sei und deshalb auch von den Mitgliedstaaten nicht über den Umweg des Strafrechts als verbotenes Verhalten eingestuft werden dürfe.⁴⁶ Andere halten dagegen die Begründung einer Strafbarkeit wegen Marktmanipulation durch Unterlassen über § 13 StGB für zulässig, soweit das Unionsrecht an anderer Stelle entsprechende kapitalmarktrechtliche Offenlegungspflichten begründet, deren Nichterfüllung unionsrechtswidriges und gerade kein erlaubtes Verhalten darstellt.⁴⁷ Der Unterschied zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht erschöpfe sich dann darin, dass das in einem Unterlassen bestehende Verhalten vom nationalen Recht als Marktmanipulation und vom Unionsrecht als Verstoß gegen Offenlegungspflichten verboten werde.⁴⁸ Entscheidend sei aber nicht die Titulierung des verbotenen Verhaltens, sondern allein der Inhalt der Verhaltensnorm.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund entpuppt sich der Streit um die Möglichkeit der Verwirklichung des nationalen Marktmanipulationstatbestands durch Unterlassen als Problem der Ermittlung des Inhalts der vom Unionsrecht gesetzten Verhaltensnorm. Als unumstritten hat sich dagegen die dem Streit zugrunde liegende normentheoretisch fundierte Erkenntnis erwiesen, dass die von der MAR als außerstrafrechtlichem vollharmonisierendem Unionsrechtsakt abschließend bestimmten Verhaltensnormen die Obergrenze und die Definition des mindestens unter Strafe zu stellenden Verhaltens durch die CRIM-MAD die Untergrenze dafür festlegen, was das nationale Strafgesetz für strafbar erklären kann bzw. muss. Der normentheoretische Grundsatz, dass das Strafgesetz eine Norm voraussetzt, die mindestens das

45 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. EU 2014 L 173/179.

46 So etwa *Saliger*, WM 2017, 2329 (2333 f.); *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 49.

47 *Böse*, wistra 2018, 22 (23 f.).

48 *Wegner/Ladwig*, JuS-Extra 2020, 9 (10).

49 *Böse*, wistra 2018, 22 (24).

Verhalten verbietet, an dessen Vornahme das Strafgesetz die Strafe knüpft, wird damit als Diskussionsgrundlage anerkannt.

2. Strafrechtspolitisches Potential: Abbau nationaler Vorbehalte gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU

Die normentheoretische Analyse birgt nicht nur das vorstehend aufgezeigte Potential, dogmatische Zusammenhänge und gerade in Mehrebenensystemen auch Kompetenzfragen zu erhellen. Darüber hinaus kann die Normentheorie auch im strafrechtspolitischen Diskurs fruchtbar gemacht werden, um die Akzeptanz von Unionskompetenzen im Bereich des Strafrechts zu erhöhen und den Strafrechtsharmonisierungsprozess damit voranzutreiben.

a) Vorbehalte gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU

Weil Strafrecht und Strafgewalt als zentrale Elemente souveräner Staatlichkeit, nationaler Identität und Kultur empfunden werden, wird die Kompetenz der EU zur Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts teils vehement kritisiert und ihre Legitimation in Zweifel gezogen.⁵⁰ Diese Bedenken betreffen in besonderer Weise die strafrechtliche Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV, die eine Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen ermöglicht. Sie ist damit zum einen in ihrer Reichweite von den in Bezug genommenen Primärnormen abhängig und dementsprechend nach der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts potentiell uferlos.⁵¹ Zum anderen steht sie unter dem Verdacht, nur Mittel zur Durchsetzung der in anderen Bereichen verfolgten politischen Ziele und damit ein bloßes Instrument zur Effektivierung der internationalen Zusammenarbeit zu sein.⁵² Diese Vorbehalte äußerte das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich im Lissabon-Urteil, in dem es insbesondere Art. 83 Abs. 2 AEUV an der Grenze zur Verfassungswidrigkeit verortete.⁵³

50 S. hierzu eingehend *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 16 ff.

51 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

52 S. BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

53 S. BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

Aber auch die Ermächtigung der Union zum Erlass von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension nach Art. 83 Abs. 1 AEUV stufte das Bundesverfassungsgericht jedenfalls dann als besonders kritisch für die demokratische Selbstbestimmung einer Rechtsgemeinschaft ein, wenn diese durch die Mindestvorschriften gehindert werde, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe ihrer eigenen Wertvorstellungen zu entscheiden.⁵⁴

Grundlage dieser deutlichen Vorbehalte des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU ist die kultur- und gesellschaftspolitische Verankerung des Strafrechts⁵⁵ und seine prägende Wirkung für die nationale Identität.⁵⁶ In „welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle“ einsetze, sei eine „grundlegende Entscheidung“. Diese sei grundsätzlich vom nationalen demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffen, weil sich eine Rechtsgemeinschaft „durch das Strafrecht einen in ihren Werten verankerten Verhaltenskodex“ gebe, „dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet wird, dass sie Strafe erforderlich macht“.⁵⁷ Die vertraglichen Grundlagen für strafrechtliche Kompetenzen der EU seien angesichts dieser „besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen“ eng auszulegen und besonders zu rechtfertigen.⁵⁸

b) Normentheoretischer Dualismus und die Auswahlfunktion des Strafgesetzes

Die im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hervorgehobene große Bedeutung des Strafrechts für die demokratische Selbstbestimmung einer Rechtsgemeinschaft wird durch eine normentheoretische Rechtsstrukturanalyse in keiner Weise in Frage gestellt. Zu hinterfragen ist aus normentheoretischer Perspektive aber die *einseitige* Fokussierung des Bun-

54 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

55 S. Satzger (Fn. 18), § 9 Rn. 7.

56 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).

57 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

58 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

desverfassungsgerichts auf das Strafrecht als die nationale Identität spezifisch prägende, kultur- und gesellschaftsabhängige Materie mit daraus folgendem speziellem Souveränitätsbezug. Zum normentheoretischen Dualismus steht eine solch einseitige Wertung in einem Spannungsverhältnis, weil das Strafgesetz aus normentheoretischer Perspektive nie alleine steht, sondern vielmehr eine Verhaltensnorm voraussetzt,⁵⁹ die ihm begrifflich notwendig vorausgeht.⁶⁰ Im Kontext europäischer Normsetzung geht die Verhaltensnorm dem Strafgesetz aus kompetenzrechtlichen Gründen zudem auch notwendig zeitlich voraus.⁶¹ Zwar kann der nationale Gesetzgeber, der gleichermaßen über die Kompetenz zur Setzung der Verhaltensnorm als auch des Strafgesetzes verfügt, auch erst durch das Strafgesetz ein Verbot aufstellen und damit eine Verhaltensnorm statuieren.⁶² Der europäische Gesetzgeber verfügt dagegen nach derzeitiger Rechtslage jedenfalls über keine umfassende unmittelbare Strafgesetzgebungskompetenz⁶³ und kann mithin schon im Ausgangspunkt nicht erst durch ein Strafgesetz eine Verhaltensnorm schaffen. Vielmehr kann er selbst nur europäische Verhaltensnormen aufstellen, die im Fall der Vollharmonisierung in den Mitgliedstaaten vollumfänglich verbindlich sind und im Fall der Mindestharmonisierung einheitlich geltende Mindestverhaltensanforderungen festlegen, und sodann für die Ausgestaltung der zu diesen europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen bzw. zu den in ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Verhaltensnormen akzessorischen nationalen Strafgesetze Mindestvorgaben machen. Wie gesehen⁶⁴ erfolgt die Setzung der europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen in den Konstellationen des Art. 83 Abs. 2 AEUV explizit auf der Grundlage außerstrafrechtlicher Harmonisierungskompetenzen. In den Konstellationen des Art. 83 Abs. 1 AEUV können europäische Mindestverhaltensnormen dagegen normlogisch auch implizit durch die auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahmen aufgestellt werden, die angesichts der Begrenzung der Kompetenz auf die in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV aufgeführten etablierten Bereiche besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension aber ganz regelmäßig in

59 S. Binding (Fn. 1), S. 56.

60 S. Binding (Fn. 1), S. 4.

61 Binding (Fn. 1), S. 4, formuliert generell, dass die Norm dem Strafgesetz zeitlich vorgelagert ist.

62 S. Herzberg, GA 2016, 737 (746 ff.).

63 S.o. I. 2. a).

64 S.o. I. 2. b).

den Mitgliedstaaten bereits statuierte entsprechende Verhaltensnormen aufgreifen werden. Die Formulierung der Mindestvorgaben für die zu diesen europäischen Verhaltens- und Mindestverhaltensnormen und den sie umsetzenden nationalen Verhaltensnormen akzessorischen nationalen Strafgesetze erfolgt sodann auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AEUV. Danach kann der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten durch Richtlinien vorgeben, mindestens bestimmte Zuwiderhandlungen gegen die von ihm statuierten europäischen Verhaltens- und Mindestverhaltensnormen unter Strafe zu stellen. Aus kompetenzrechtlichen Gründen muss im EU-Normsetzungsgefüge deshalb erst die rechtswidrige bzw. mindestens rechtswidrige Handlung durch die europäische Verhaltens- oder Mindestverhaltensnorm geschaffen werden,⁶⁵ wobei die in Verordnungen enthaltenen Verhaltensnormen unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten und damit notwendig vollharmonisiert sind und die in Richtlinien enthaltenen europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen noch der Umsetzung in nationale Gesetze bedürfen, die im Fall der Vollharmonisierung der europäischen Verhaltensnorm vollständig entsprechen müssen und im Fall der Mindestharmonisierung über sie hinausgehende Anforderungen aufstellen und damit mehr Handlungen als rechtswidrig qualifizieren können, als es die europäische Mindestverhaltensnorm verlangt. Erst anschließend kann anknüpfend an die vollständig oder im Mindestmaß europäisch definierte rechtswidrige Handlung unter Berücksichtigung der diesbezüglichen europäischen Mindestvorgaben durch ein nationales Strafgesetz die verbrecherische im Sinne der *strafbaren* rechtswidrigen Handlung geschaffen werden.⁶⁶ Zusammenfassend formuliert kommt damit wegen des im EU-Normsetzungsgefüge strukturell notwendigen auch zeitlichen Vorrangs der europäischen Verhaltens- oder Mindestverhaltensnorm vor dem nationalen Strafgesetz dem letzteren eine im Mindestmaß vom europäischen Gesetzgeber und im Übrigen komplementär vom nationalen Gesetzgeber wahrgenommene Auswahlfunktion in dem Sinne zu, dass das Strafgesetz unter den Handlungen, welche die vollständig oder partiell europäisch determinierten Verhaltensnormen als rechtswidrig definieren, diejenigen auswählt, die Strafe erfordern, und nur diese sodann zur Straftat erklärt.⁶⁷

65 S. Binding (Fn. 1), S. 56.

66 Binding (Fn. 1), S. 55 f.

67 Soweit im nationalen Kontext ein Strafgesetz erst selbst die entsprechende Verhaltensnorm statuiert, erübrigt sich die Auswahlfunktion des Strafgesetzes denknotwendig.

Welche und wie viele der nach den vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensmaßgaben rechtswidrigen Handlungen durch die nationalen Gesetze für strafbar erklärt werden, ist dabei im Grundsatz variabel. Maximal kann ein nationales Strafgesetz in Umsetzung der Auswahlfunktion alle Verletzungen der vorgelagerten europäischen Verhaltensnorm und somit alle insoweit rechtswidrigen Handlungen als strafbar einstufen und damit in der Terminologie *Bindings* als verbrecherische⁶⁸ Handlungen qualifizieren. Eine Verhaltensnorm kann aber auch insgesamt als nicht derart gewichtig eingestuft werden, dass keine ihrer Verletzungen als strafwürdig betrachtet und mit einer Strafdrohung verknüpft wird. Wird nur ein Teil der die Verhaltensnorm verletzenden und damit rechtswidrigen Verhaltensweisen für so schwerwiegend gehalten, dass Strafe erforderlich ist, wird dementsprechend auch nur dieser Teil der nach den europäischen Vorgaben rechtswidrigen bzw. im Fall der Mindestharmonisierung jedenfalls rechtswidrigen Handlungen national für strafbar erklärt.

Exemplifizieren lässt sich diese normentheoretisch fundierte, im europäischen Kontext ausnahmslos⁶⁹ gegebene und komplementär durch den europäischen und den nationalen Gesetzgeber wahrgenommene Auswahlfunktion des Strafgesetzes wiederum anhand des Marktmissbrauchsrechts. Während Art. 12 MAR den Begriff der Marktmanipulation für die Zwecke der MAR und damit auch im Sinne des in Art. 15 MAR aufgestellten Verbotes der Marktmanipulation und ihres Versuchs definiert, verpflichtet Art. 5 Abs. 1 CRIM-MAD die Mitgliedstaaten akzessorisch dazu, zumindest schwere Fälle vorsätzlicher Marktmanipulation unter Strafe zu stellen. Dazu definiert Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD den Begriff der Marktmanipulation für die Zwecke der CRIM-MAD nicht durch einen bloßen Verweis auf die Begriffsbestimmung in Art. 12 MAR, sondern vielmehr eigenständig und enger; insbesondere fordert Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD eine tatsächliche Preisbeeinflussung, während Art. 12 Abs. 1 MAR eine diesbezügliche Wahrscheinlichkeit genügen lässt.⁷⁰ Konsequenz ist, dass nicht alle Fälle der nach der MAR verbotenen Marktmanipulation von den nationalen Strafgesetzen erfasst werden müssen, sondern nur die in Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD beschriebenen, die der Unionsgesetzgeber selbst als so schwerwiegend einstuft, dass sie jedenfalls Strafe erfordern. Soweit die MAR ein Verhalten

68 *Binding* (Fn. 1), S. 55 f.

69 Vgl. hierzu nochmals Fn. 81.

70 *Worms*, Verbot der Marktmanipulation, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 13.

für rechtswidrig erklärt, bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, über die Definition der Marktmanipulation für die Zwecke der CRIM-MAD in Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD hinaus weitere, von Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD nicht erfasste Verstöße gegen die durch die MAR etablierten Verhaltensnormen als strafwürdig einzustufen, sie dementsprechend in nationalen Gesetzen mit Strafe zu bewehren und damit die ihm verbleibende Kompetenz zur Auswahl der über die europäischen Mindestvorgaben⁷¹ hinaus nach seiner Auffassung strafwürdigen unter den im Sinne der MAR rechtswidrigen Handlungen auszuüben.

Das Beispiel verdeutlicht die im europäischen Kontext kompetenzrechtlich zwingende Beschränkung des nationalen Strafgesetzes auf die vom europäischen und nationalen Gesetzgeber komplementär umgesetzte Funktion, die strafwürdigen unter den – im Fall der vollharmonisierenden MAR allein und im Fall von Mindestharmonisierungsmaßnahmen im Mindestmaß – bereits durch den Unionsgesetzgeber festgelegten rechtswidrigen Verhaltensweisen auszuwählen. In diesem Sinne kommt dem Strafgesetz im europäischen Kontext eine gegenüber der Verhaltensnorm notwendig sekundäre Stellung zu.

c) Spiegelung und Kaschierung des normentheoretischen Dualismus im Lissabon-Urteil

Der normentheoretische Dualismus drückt sich im Normsetzungsgefüge der EU nach dem Vorstehenden in der Kombination einer vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensnorm mit einem ihr nachfolgenden und zu ihr akzessorischen sekundären nationalen Strafgesetz aus, das auf der Grundlage des Prinzips der Mindestharmonisierung diejenigen Zuwiderhandlungen gegen die Verhaltensnorm mit Strafe bedroht, die der europäische Gesetzgeber als mindestens und der nationale Gesetzgeber darüber hinaus als strafwürdig qualifiziert.

Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts findet dieser Dualismus durchaus einen Niederschlag. So folgt das Bundesverfassungsgericht im Ansatz normentheoretischen Grundsätzen, da es das Strafrecht generell als „unverzichtbares Element zur Sicherung der Unverbrüchlichkeit [der]

71 Zum nur mindest- und nicht vollharmonisierenden Charakter der CRIM-MAD s. *Wegner/Ladwig*, JuS-Extra 2020, 9 (9).

Rechtsordnung“ einstuft⁷² und seine Funktion anerkennt, außerstrafrechtliche Normen dem Einzelnen gegenüber durchzusetzen.⁷³ In diesen Formulierungen scheint die Anerkennung einer dem Strafrecht jedenfalls begrifflich vorgelagerten Verhaltensrechtsordnung durch, sodass vor diesem Hintergrund auch die Hervorhebung der Bedeutung der „Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen (...) gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle“ eingesetzt werde,⁷⁴ als Bezugnahme auf die Funktion des Strafgesetzes zur Auswahl der spezifisch strafwürdigen unter den vorgelagert bereits als rechtswidrig qualifizierten Handlungen verstanden werden kann. Diese Auswahl wird als für ein politisches Gemeinwesen „grundlegende Entscheidung“ qualifiziert, die grundsätzlich vom nationalen Gesetzgeber zu treffen sei.⁷⁵ Im durch den Vertrag von Lissabon etablierten europäischen Normsetzungsprozess sieht das Bundesverfassungsgericht diese Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers für die Auswahl der strafwürdigen unter den rechtswidrigen Handlungen insofern nachvollziehbar als bedroht an, als dass zwar formal das Strafgesetz, durch das diese Auswahl getroffen wird, rein national bleibt, sein Inhalt aber im Mindestmaß europäisch determiniert ist.

Den normentheoretischen Dualismus und die mit ihm einhergehende Auswahlfunktion des Strafgesetzes spiegelt das Lissabon-Urteil insoweit durchaus zutreffend. Jedoch wird dieser im Grundsatz dualistische, zwischen Strafrecht und außerstrafrechtlicher Verhaltensrechtsordnung bzw. zwischen Strafgesetz und außerstrafrechtlicher Verhaltensnorm differenzierende Ansatz auch stellenweise kaschiert, was eine einseitige Überbetonung der für eine nationale Rechtsgemeinschaft identitätsgebenden Funktion gerade des Strafrechts bedingt, der gegenüber die nicht minder identitätsstiftende Funktion der jedenfalls begrifflich und im europäischen Kontext auch zeitlich notwendig vorgelagerten Verhaltensnormen in den Hintergrund gedrängt wird.⁷⁶ Besonders missverständlich ist insoweit die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich eine Rechtsgemeinschaft

72 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

73 Vgl. spezifisch zur Durchsetzungsfunktion des Strafrechts hinsichtlich völkerrechtlicher Normen BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 f.): „So kann es geboten sein, bestimmte Handlungen auch zu dem Zweck unter Strafe zu stellen, wesentliche Normen des allgemeinen Völkerrechts gegenüber dem Einzelnen durchzusetzen“.

74 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

75 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

76 S. dazu sogleich II.2.d).

„durch das Strafrecht einen in ihren Werten verankerten *Verhaltenskodex*“ gebe [Hervorhebungen durch die Verfasserin], „dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet wird, dass sie Strafe erforderlich macht“.⁷⁷ Zwar kann – wie dargelegt – der nationale Strafgesetzgeber auch erst durch das Strafgesetz ein nicht zuvor schon außerstrafrechtlich statuiertes Verbot aufstellen und damit eine Verhaltensnorm schaffen.⁷⁸ Der *Gesamtverhaltenskodex*, der die in einer bestimmten Gesellschaft erlaubten und rechtswidrigen Handlungen definiert, wird jedoch auch im nationalen Bereich jedenfalls nicht umfassend durch das Strafrecht, sondern vielmehr weit überwiegend von außerstrafrechtlichen Normen festgelegt oder lässt sich jedenfalls bereits aus diesen ableiten.⁷⁹ Im europäischen Kontext, um den es im Lissabon-Urteil geht, kann dagegen – wie ebenfalls dargelegt⁸⁰ – nicht nur der Gesamtverhaltenskodex, sondern auch die einzelne Verhaltensnorm schon im Ausgangspunkt nicht durch das Strafrecht als solches begründet werden, weil dem europäischen Gesetzgeber eine direkte Strafrechtssetzungskompetenz noch weitgehend fehlt.⁸¹ Möglich ist es allein in den Konstellationen des Art. 83 Abs. 1 AEUV, europäische Mindestverhaltensnormen implizit durch die Formulierung europäischer Mindeststrafbarkeitsvoraussetzungen in den von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erfassten Kriminalitätsbereichen aufzustellen. Im Übrigen schaffen strafrechtliche Rechtsakte im europäischen Normsetzungsgefüge und in jedem Fall in den Konstellationen des besonders kritisch beäugten Art. 83 Abs. 2 AEUV nicht selbst die Verhaltensnorm und damit auch keinen Verhaltenskodex. Dem nationalen Strafgesetz als solchem liegt hier vielmehr eine vorab durch eine Verordnung statuierte europäische Verhaltensnorm bzw. eine in Umsetzung einer europäischen Richtlinie in ein nationales Gesetz gegossene, vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierte Verhaltensnorm zugrunde, an deren Verletzung das nationale Strafgesetz sodann akzessorisch Strafe knüpft, soweit die Verhaltensnorm vom europäischen Gesetzgeber und ggf. in darüber hinausgehendem Maß vom nationalen Gesetzgeber als so gewichtig und ihre Verletzung als so schwerwiegend gewertet wird, dass sie Strafe als *ultima ratio* erforderlich

77 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

78 S.o. II. 2. b); s. nochmals Herzberg, GA 2016, 737 (746 ff.).

79 Exemplarisch zur Begründbarkeit der das Töten grundsätzlich verbietenden Verhaltensnorm außerhalb des StGB Herzberg, GA 2016, 737 (747).

80 S.o. II. 2. b).

81 S. nochmals Satzger (Fn. 18), § 8 Rn. 18 ff.

macht. In diesem Sinne „gibt“ sich eine Rechtsgemeinschaft durch das Strafrecht keinen in ihren Werten verankerten Kern-Verhaltenskodex, sondern wählt vielmehr aus einem schon vorab im komplementären Zusammenwirken von nationalem und europäischen Gesetzgeber geschaffenen Gesamtverhaltenskodex diejenigen Verhaltensnormen aus, die als elementarer Kernbestand der Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens bei Strafe gesichert werden müssen. Der Kern-Verhaltenskodex wird durch das Strafrecht damit nicht geschaffen, sondern nur umgrenzt.

d) Dualistisch-normentheoretische Reflexion aus rechtspolitischer Perspektive

Rechtspolitisch kann diese normentheoretisch fundierte Erläuterung des strafrechtsrelevanten Normsetzungsprozesses im Unionskontext von großer Bedeutung sein. Kaschiert man nämlich nicht, wie es die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Urteil stellenweise tun, dass der Verhaltenskodex einer Rechtsgemeinschaft als solcher insbesondere im europäischen Kontext ganz überwiegend⁸² nicht durch strafrechtliche, sondern außerstrafrechtliche Rechtsakte festgelegt wird, rückt dies die Bedeutung des Strafrechts für die Prägung nationaler Identitäten ins rechte Licht. Eine normentheoretisch fundierte dualistische Lesart bringt nämlich klar zum Ausdruck, dass sich die Funktion des Strafgesetzes jedenfalls im Unionskontext darauf beschränkt, aus den bereits statuierten, zumindest im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensnormen diejenigen auszuwählen, deren Verletzung nicht nur normwidriges Verhalten, sondern strafwürdiges Unrecht darstellt. Auch macht sie deutlich, dass diese Auswahl nur insoweit vom europäischen Gesetzgeber getroffen wird, als es um die Festlegung der mindestens strafbaren unter den normwidrigen Verhaltensweisen geht, im Übrigen aber den Mitgliedstaaten obliegt.

Da die Verhaltensnormen als solche die Grundlage einer Gesellschaft bilden und ihre Identität in diesem Sinne grundlegend formen, muss auch ihnen eine substanziell identitätsstiftende Wirkung zugesprochen werden, die der ebenfalls identitätsstiftenden Wirkung der Strafgesetze, welche die

82 Die Ausnahme bilden die jedenfalls theoretisch möglichen Konstellationen des Art. 83 Abs.1 AEUV, in denen eine strafrechtliche europäische Mindestharmonisierungsmaßnahme implizit eine europäische Mindestverhaltensnorm begründet, die sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner schon vorab existenter nationaler Verhaltensnormen beschränkt, sondern jedenfalls für einige Mitgliedstaaten darüber hinausgeht – eine rechtspolitisch heikle Konstellation.

für das Zusammenleben in einer Rechtsgemeinschaft elementarsten Verhaltensnormen herausgreifen und so den Identitätskern dieser Gemeinschaft bestimmen und schützen, in ihrer Bedeutung in keiner Weise nachsteht. Weil nun im europäischen Normsetzungsgefüge die identitätsschaffenden Verhaltensnormen ganz regelmäßig außerstrafrechtlich statuiert werden und die Auswahl des Kernbestands dieser außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen, dessen Verletzung Strafe erfordert, allenfalls im Mindestmaß europäisch determiniert wird, ist zum einen die identitätsstiftende Funktion des Strafrechts der identitätsstiftenden Funktion der Verhaltensnormen nachgelagert und zum anderen die ebenfalls identitätsstiftende Auswahl des Kernbestands durchzusetzender Verhaltensnormen nur im Mindestmaß, aber nie vollständig dem europäischen Gesetzgeber überantwortet. Identitätsstiftende Rechtssetzung erfolgt damit im Hinblick auf die Verhaltensnormen ganz regelmäßig außerstrafrechtlich national, europäisch oder gemischt national-europäisch und im Hinblick auf die Auswahlfunktion des Strafgesetzes angesichts der in Art. 83 AEUV festgeschriebenen Beschränkung der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz auf den Erlass von Mindestvorschriften jedenfalls nie allein, sondern allenfalls im Mindestmaß durch die EU. Identitätssensibel ist also nicht nur die strafrechtliche Mindestharmonisierungskompetenz der EU, sondern schon die ihr vorgelagerte außerstrafrechtliche Harmonisierungskompetenz in gesellschaftliche Identitäten prägenden Kernbereichen, die ggf. auch in einer Vollharmonisierungskompetenz bestehen kann und deren Ergebnisse die Strafgesetze nur aufgreifen.

Zu betonen ist nochmals, dass hiermit keinesfalls die elementare Bedeutung der Strafgesetze für das kulturelle Selbstverständnis jeder demokratischen Gemeinschaft in Abrede gestellt werden soll. Strafrechtspflege und Strafgesetzgebung sind in besonderem Maß kulturell geprägt und von nationalen Identitäten abhängig. Denn die vom Strafgesetz zu beantwortende Frage, die Verletzung welcher Verhaltensnormen unter welchen Voraussetzungen als derart verwerflich anzusehen ist, dass sie Strafe verdient, beinhaltet „die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“,⁸³ das die jeweilige Gemeinschaft für ein geordnetes Zusammenleben als unerlässlich betrachtet. Die mit dieser Entscheidung verbundenen Fragen, welche Rolle der Strafe im sozialen Gesamtgefüge beigemessen wird und wie punitiv sie zu sein hat, um ihre Zwecke

83 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

optimal zu erreichen, sind ebenfalls von den jeweiligen gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Traditionen abhängig und geprägt. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist „die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung“ „in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet“⁸⁴ und die „Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt“ dementsprechend eine „grundlegende“.⁸⁵

Dem ist einschränkungslos zuzustimmen. Nur wird die Frage, welche Verhaltensweisen geboten und verboten sind, jedenfalls im europäischen Kontext bereits vorab und grundsätzlich strafrechtsunabhängig beantwortet, ist aber ebenso identitätssensibel und -prägend wie die vom Strafgesetz getroffene Auswahl der strafwürdigen unter den vorgelagert als verboten qualifizierten Verhaltensweisen.

Eindrücklich exemplifizieren lässt sich die identitätsprägende Bedeutung schon der Verhaltensnorm am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs. Von kulturellen Wertvorstellungen abhängig ist nämlich zunächst die grundlegende Entscheidung darüber, ob der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich erlaubt oder verboten ist. Nur wenn die jeweilige Gesellschaft das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs überhaupt aufstellt, stellt sich nachgelagert die Frage, ob die Verletzung dieses Verbotes nur rechtswidrig oder auch strafbar ist. Auch in der Beantwortung dieser nachgelagerten Frage kommen nationale Wertvorstellungen zum Ausdruck. Ihren grundsätzlichen Niederschlag haben sie aber bereits in der Verbotsnorm gefunden, von der das Strafrecht abhängig ist. Illustrativ sind hierfür die Entwicklungen in Irland, wo die Verfassung bis 2018 dem Lebensrecht des Ungeborenen den gleichen Stellenwert einräumte wie dem Leben der Mutter. Daraus folgte das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, das wiederum Grundlage für dessen grundsätzliche Strafbarkeit war. Die infolge eines Referendums 2018 vorgenommene Ergänzung der Verfassung dahingehend, dass der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch regeln könne,⁸⁶ und die damit einhergehende Erlaubnis des Schwangerschaftsab-

84 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).

85 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

86 Art. 40.3.3 Irische Verfassung: „Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy“.

bruchs in den in der Folge gesetzlich vorgesehenen Fällen⁸⁷ hatte notwendig die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in diesen Fällen zur Folge.⁸⁸ Die für die kulturelle Identität tatsächlich hochsensible Problematik des Schwangerschaftsabbruchs wurde damit im Grundsatz außerstrafrechtlich geklärt, während das Strafgesetz die außerstrafrechtlich getroffene Entscheidung durch die Änderung der Tatbestandsvoraussetzungen des Straftatbestandes des Schwangerschaftsabbruchs nur aufgegriffen und nachvollzogen hat.

Speziell und einseitig auf die *Strafrechtsharmonisierungskompetenz* der EU bezogene Ängste vor einer nationale Identitäten letztlich nivellierenden Kompetenzzusstattung der EU erweisen sich vor diesem Hintergrund als undifferenziert. Die Sorge um einen Verlust an nationaler Identität speziell durch die Ausweitung *strafrechtlicher* Harmonisierungskompetenzen der Union darf damit schwinden. Vielmehr halten die aus der normentheoretisch fundierten Reflexion des strafrechtsrelevanten Normsetzungsprozesses in der EU gewonnenen Einsichten zu einer besonders sorgfältigen Überprüfung der Legitimität der Übertragung und Anwendung von Harmonisierungskompetenzen auch in außerstrafrechtlichen Politikbereichen an. Das Strafrecht hat sich nämlich im europäischen Kontext als akzessorische Materie zu bereits als solchen kulturell geprägten und gesellschaftsspezifischen primären Verhaltensnormen erwiesen. Es trifft eine ebenfalls kulturell geprägte und gesellschaftsspezifische Auswahl der strafwürdigen unter den rechtswidrigen Verhaltensweisen und bestimmt damit die nationale Identität entscheidend mit. Alleine und primär bestimmt das Strafrecht nationale Identitäten jedoch nicht. Diese Erkenntnis rückt die souveränitätsensible Dimension des Strafrechts ins rechte Licht, kann den Abbau der Vorbehalte speziell gegenüber den strafrechtlichen Harmonisierungskompetenzen der EU damit befördern und in der Folge letztlich als Katalysator der Strafrechtsharmonisierung in rechtspolitischer Hinsicht wirken.

87 S. den *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* 2018.

88 S. zum Ganzen Satzger (Fn. 18), § 9 Rn. 7.

3. Potential für den internationalen Wissenschaftsdiskurs: Die Normentheorie als rechtsordnungsübergreifende Verständigungsgrundlage

Schließlich kann die Normentheorie auch deshalb die strafrechtliche Harmonisierung befördern, weil sie als analytisches Strukturprinzip rechtsordnungsübergreifend Gültigkeit beansprucht und den Mitgliedstaaten somit bei der inhaltlichen Gestaltung der Harmonisierungsvorgaben als gemeinsame Verständigungsgrundlage dienen kann. Die Erkenntnis dieses bedeutenden Potentials der Normentheorie ist keineswegs neu. Sie wird bereits intensiv genutzt⁸⁹ und wurde klar herausgearbeitet. Deshalb sei hier nur auf die treffenden Ausführungen *Renzikowskis* verwiesen, der herausgestellt hat, dass die normentheoretische Analyse nicht von den Zufälligkeiten des positiven nationalen Rechts abhängt. Deshalb ermögliche die Normentheorie die „Verständigung im internationalen Strafrechtsdiskurs jenseits nationaler Besonderheiten“ und könne als „Grundlage für eine universale Strafrechtsdogmatik“ fungieren.⁹⁰

Im Hinblick auf die hier in Rede stehende Strafrechtsharmonisierung in der EU könnte die Normentheorie in ihrer Funktion als „universale Strafrechtsdogmatik“ in besonderer Weise für die Harmonisierung des Allgemeinen Teils fruchtbar gemacht werden, der grundlegende, rechtsordnungsübergreifend relevante Konzepte beschreibt. Zwar finden sich Ansätze zur Entwicklung eines solchen harmonisierten Allgemeinen Teils bereits in den bisherigen strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen, die regelmäßig auch Vorgaben zu mit allgemeiner Geltung für die einzelnen harmonisierten Straftatbestände geregelten Fragen des Allgemeinen Teils enthalten.⁹¹ Insbesondere werden Regelungen zur Anstiftung, zur Beihilfe, zur Versuchsstrafbarkeit und zur Verantwortlichkeit juristischer Personen

89 Die Zusammenarbeit im Rahmen des international besetzten Arbeitskreises Normentheorie ist hierfür ein eindruckliches Beispiel.

90 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.

91 Für eine Bestandsaufnahme zur Regelung von Fragen des Allgemeinen Teils im heutigen Unionsrecht s. Stuckenberg, Allgemeiner Teil eines Europäischen Strafrechts, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 8 ff.

aufgestellt.⁹² Allerdings beschränken sich diese Vorgaben jedenfalls⁹³ im Hinblick auf Teilnahme und Versuch auf die bloße Anordnung, dass jeder Mitgliedstaat sicherzustellen habe, dass Anstiftung und Beihilfe zu bzw. der Versuch der harmonisierten Straftaten unter Strafe gestellt werden. Was unter Anstiftung, Beihilfe und Versuch im Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie zu verstehen ist, regeln die Harmonisierungsrechtsakte dagegen nicht, sodass jeder Mitgliedstaat die Begriffe der jeweiligen nationalen Rechtsordnung entsprechend ausfüllt und das jeweilige nationale Konzept der Teilnahme- und Versuchsstrafbarkeit anwendet. Von einer echten, über begriffliche Symbolik hinausgehenden Harmonisierung kann insoweit noch nicht die Rede sein.⁹⁴

Ändern könnte dies eine Mindestharmonisierung der Regelungen des Allgemeinen Teils in einer auf Art. 83 AEUV gestützten Rahmenrichtlinie, die auf die auf der Grundlage von Art. 83 AEUV erlassenen Richtlinien anwendbar wäre und damit bereichsspezifisch gelten würde.⁹⁵ Um Inkohärenzen mit den daneben für nicht harmonisierte Straftatbestände geltenden nationalen Allgemeinen Teilen zu vermeiden,⁹⁶ wäre diese Richtlinie jedoch mit größtem Bedacht zu formulieren. Hierzu dürfte gerade die Normentheorie einen Beitrag leisten können. Denn zum einen haben Forschungsarbeiten bereits deutlich gezeigt, dass eine rationale Konstruktion eines Allgemeinen Teils auf der Grundlage normentheoretischer Prinzipien in überzeugender Weise möglich ist.⁹⁷ Zum anderen spricht gerade die Neutralität der Normentheorie gegenüber den Spezifika einzelner Rechtsordnungen dafür, dass die auf ihrer Grundlage entwickelten Mindeststandards

92 S. die Schlussfolgerungen des Rates über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Verhandlungen des Rates im Bereich des Strafrechts, Ratsdok. 16542/09.

93 Zu vereinzelt konkreten Regelungen zu Fragen des Allgemeinen Teils in EU-Richtlinien s. *Satzger*, ZIS 2006, 771 (775).

94 *Satzger*, ZIS 2006, 771 (773 ff.); *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 50.

95 S. hierzu ausführlich *Satzger*, ZIS 2016, 771 (773 ff.); *ders.* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 42; *ders.* (Fn. 18), § 9 Rn. 50; s. *ECPI* (Fn. 26), S. 667 (700 f.); *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 36, 36a.

96 S. nur *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 42; *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 36.

97 S. *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019; für eine normentheoretische Konstruktion insbes. von Fragen der Beteiligung und der Zurechnungslehre s. die Beiträge in Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, Normentheoretische Betrachtungen, 2021.

rechtsordnungsübergreifend kompatibel und damit auch rechtsordnungsübergreifend akzeptabel wären. Die Normentheorie dürfte insoweit – in den Worten *Renzikowskis* – ein Potential als „Metadogmatik“⁹⁸ entfalten und als gemeinsame Sprache der Rechtssysteme fungieren, was die Annäherung des Strafrechts der Mitgliedstaaten sowohl dogmatisch als auch wiederum politisch entscheidend befördern würde.

III. Fazit: Potentiale der Normentheorie für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass die vertraglichen Grundlagen für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts und der strafrechtsharmonisierende Rechtsetzungsprozess in der EU ausgehend von der konzeptionellen Unterscheidung zwischen Strafgesetzen und Verhaltensnormen aus normentheoretischer Perspektive reflektiert werden können (I.). Darüber hinaus hat er verdeutlicht, welche Potentiale eine solche normentheoretische Reflexion für die Strafrechtsharmonisierung birgt (II.). Als rationales rechtstheoretisches Erklärungsmuster kann die Normentheorie zum einen dogmatische und strukturelle Zusammenhänge und insbesondere damit verbundene Kompetenzfragen auch im komplexen Mehrebenensystem der EU mit seinen kompetenziellen Verflechtungen erhellen (II.1.). Indem sie verdeutlicht, dass die nationale Identität prägende Wertentscheidungen nicht primär und jedenfalls nicht allein durch das Strafrecht, sondern bereits durch die dem nationalen Strafgesetz begrifflich und jedenfalls im europäischen Normsetzungsgefüge auch zeitlich vorausgehenden Verhaltensnormen getroffen werden, kann sie darüber hinaus die spezifisch auf die *strafrechtlichen* Harmonisierungskompetenzen der EU bezogenen Vorbehalte abbauen (II.2.). Insbesondere kann die Normentheorie als rechtsordnungsübergreifend gültiges Strukturmodell aber auch Grundlage der Verständigung im internationalen Wissenschaftsdiskurs sein und als „Metadogmatik“⁹⁹ die gemeinsame Entwicklung rechtsordnungsübergreifend kompatibler Regelungen begünstigen (II.3.). Auch wenn die Normentheorie in einem völlig anderen Kontext entwickelt worden ist, kann sie deshalb auch im modernen Mehrebenensystem der EU als Katalysator dogmatischer und politischer Konsensbildung wirken und in dieser Funktion

98 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.

99 S. nochmals *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.

den Strafrechtsharmonisierungsprozess und damit die Europäisierung des Strafrechts als solche maßgeblich befördern.

Normentheoretische Rekonstruktion des Adressatenproblems im Völkerstrafrecht

Markus Wagner

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, gegen welche Verhaltensnormen die völkerrechtlichen Kernverbrechen verstoßen bzw. woraus diese sich ableiten. Insoweit stellt sich das Problem, dass die völkerstrafrechtlichen Sanktionsnormen Eingriffe in die Rechte von Individualpersonen zulassen, während sonstige völkerrechtliche Regelungen – wie beispielsweise diejenigen des humanitären Völkerrechts – sich an Völkerrechtssubjekte, also insbesondere an Staaten, richten. Insoweit werden grundlegende Fragen (etwa nach dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht) für die Legitimität und Auslegung des Völkerstrafrechts relevant. Hierüber verschafft der Beitrag einen knappen Überblick.

I. Einführung

Die Entstehung des Völkerstrafrechts war auch ein wichtiger Schritt im Rahmen der Entwicklung des Völkerrechts. Das Völkerstrafrecht im engen Sinne gehört insoweit zum Völkerrecht, als es gerade aus völkerrechtlichen Rechtsquellen erwächst,¹ also insbesondere völkerrechtlichen Verträgen und Völkergewohnheitsrecht. Vom klassischen Völkerrecht unterscheidet es sich jedoch hinsichtlich seiner Adressat:innen: Während Völkerrecht normalerweise nur Staaten und andere Völkerrechtssubjekte berechtigt und verpflichtet,² richtet das Völkerstrafrecht sich an Individuen; es geht um die Strafbarkeit von konkreten natürlichen Personen, die sich nicht erst

1 Zum Folgenden *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 8 f.; *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, S. 21, 34 m.w.N.; vgl. aktuell bspw. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 97.

2 Exemplarisch v. *Arnault*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 58 ff.

aus einer nationalen Transformation internationaler Vorgaben, sondern unmittelbar aus dem Völkerstrafrecht selbst ergibt.

II. Grundsätzliches Problem

Legt man insoweit aber den Maßstab einer dualistischen Normentheorie an, wird die Betrachtung komplizierter. Denn benötigt wird nicht nur eine völkerrechtliche Sanktionsnorm, sondern auch eine Verhaltensnorm, deren Verletzung gerade durch die Sanktionsnorm flankiert wird.

Bekanntermaßen zerfallen die dualistischen Normentheorien in verschiedene Lager, die sich insbesondere auch hinsichtlich der Beantwortung der Frage unterscheiden, aus welchen Vorschriften eine Verhaltensnorm abzuleiten ist.³ Dabei handelt es sich keineswegs um ein ausschließlich akademisches, sondern durchaus auch um ein praktisch relevantes Problem; diese Frage war beispielsweise Gegenstand kontroverser Diskussion innerhalb des US Court of Appeals im Verfahren *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* und weitere Beklagte⁴ auf Grundlage des Alien Tort Statute.⁵

1. Ableitung im Umkehrschluss aus der Sanktionsnorm

Wenige Probleme hat diejenige Strömung,⁶ die Verhaltensnormen ausschließlich im Umkehrschluss aus Sanktionsnormen herleitet. Da die Sanktionsnormen jedenfalls Individuen adressieren, muss dies konsequenterweise auch für die Verhaltensnorm gelten.

3 Vgl. den Überblick bei *Wagner*, „Die“ Verhaltensnorm der strafrechtlichen Geschäftsherrenverantwortlichkeit, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, Normentheoretische Betrachtungen, 2021, S. 93 (98 ff.); *ders.*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB – Zugleich Vorarbeiten zu einer grundlegenden Rekonstruktion der Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2024, S. 151 ff.; jeweils m.w.N.

4 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010).

5 Vgl. dazu bspw. *Köster*, HuV-I 2011, 173.

6 Bspw. *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 10; *ders.*, Die normentheoretische Analyse des Betrugs, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 201; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 29; *Popp*, Gläubigerschädigung, 2014, S. 179; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 28.

Abgesehen von den grundsätzlichen Einwänden gegen dieses Verhaltensnormmodell,⁷ führt es im völkerstrafrechtlichen Kontext zu sekundären Problemen. Denn konsequenterweise existieren an Individuen gerichtete Verhaltensnormen dann auch tatsächlich nur insoweit, als das betreffende Verhalten nach Völkerstrafrecht unter Strafe gestellt ist. Allerdings ist auch und gerade das Völkerstrafrecht sehr begrenzt; zum einen mit Blick auf das ultima-ratio-Prinzip und zum anderen deshalb, weil es sich dabei um einen politischen Minimalkonsens handelt. Verhaltensnormen bilden aber nicht nur die Grundlage von Strafbarkeit, sondern auch von anderen Rechtsinstituten, beispielsweise von zivilem Haftungsrecht. Dessen Möglichkeiten werden aber ohne erkennbaren Grund stark beschnitten, wenn man es auf den engen Kreis der strafbaren Verhaltensweisen beschränkt.

2. Ableitung aus dem maßgeblichen außerstrafrechtlichen Primärrecht

Ungleich schwieriger gestaltet die Ermittlung der Verhaltensnorm sich für die Vertreter:innen derjenigen Auffassung,⁸ die eine Verhaltensnorm zuerst jenseits der Sanktionsnorm sucht. Auf den ersten Blick sind solche Verhaltensnormen freilich gerade im Bereich des Völkerstrafrechts vorhanden: So flankiert beispielsweise der Deliktstatbestand der Kriegsverbrechen die Vorgaben des Genfer und des Haager Rechts. Das Problem ist aber: Diese Primärnormen gehören zum klassischen Völkerrecht und adressieren daher regelmäßig gerade keine Individuen, sondern nur die jeweiligen Vertragsparteien.⁹ Daher ist die Existenz einer an das Individuum gerichteten Verhaltensnorm jedenfalls begründungsbedürftig. Die Suche nach einer derartigen Verhaltensnorm kann bei verschiedenen Rechtsquellen ansetzen:

7 Vgl. *Wagner* (Fn. 3 – in: Kollektivierung), S. 98 ff. m.w.N.

8 Bspw. *Schneider*, Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, 2011, S. 40 f. mit dortiger Fn. 33; *Wagner* (Fn. 3 – in: Kollektivierung), S. 96 ff.; *ders.*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016.

9 Vgl. zum Folgenden bspw. Deutsches Komitee zum Humanitären Völkerrecht (Hrsg.), National Implementation of International Humanitarian Law, Document on the Implementation of IHL in the German Legal System, 2020, S. 11.

a) Völkerrechtliche Verträge

Betrachtet man zunächst völkerrechtliche Verträge (wie z.B. die Genfer Konventionen), stellen sich mehrere voneinander zu trennende Fragen bei der Suche nach einer Verhaltensnorm. Die erste betrifft die allgemeine Geltung der jeweiligen völkerrechtlichen Regelung im jeweiligen Staat. Insoweit können monistische und dualistische Systeme unterschieden werden.¹⁰

Staaten mit einem (im Ausgangspunkt) monistischen Rechtsverständnis gehen von einer Einheit zwischen Völkerrecht und nationalem Recht aus. Danach wird der Inhalt des Völkerrechts insoweit in das nationale Recht inkorporiert, als es für den betreffenden Staat gilt; also z.B. mit Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages. Dualistische Systeme gehen hingegen von einer Trennung von Völkerrecht und nationalem Recht aus, weshalb über die Ratifikation etc. eine inhaltliche Transformation des Vertragsinhalts in das nationale Recht erforderlich ist.

Das bedeutet aber auch in monistisch konzipierten Systemen *nicht*, dass eine an den Staat gerichtete Verhaltensnorm durch die Implementation in das nationale Recht zugleich in eine Individuen adressierende Verhaltensnorm transformiert würde. Vielmehr wird regelmäßig danach unterschieden, ob es sich um eine „self-executing norm“ handelt.¹¹ Nur wenn die völkerrechtliche Norm so gefasst ist, dass sie in der Lage ist, Individuen zu adressieren, entfaltet sie unmittelbare Geltung für die Bürger:innen des betreffenden Staates bei Inkrafttreten für den jeweiligen Staat. Anderenfalls ist ein entsprechender umformulierender Transformationsakt nötig.

Nur wenige Vorschriften des humanitären Völkerrechts sind in diesem Sinne „self-executing“; ein Beispiel für eine solche Ausnahme ist Art. 75 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen.¹² Dagegen enthält beispielsweise die Völkermordkonvention keine derartigen Gebote oder Verbote an Individuen, sondern lediglich die an die Vertragsstaaten gerichtete Pflicht, die als Völkermord anerkannten Handlungen unter Strafe zu stellen etc. Auch der Bundesgerichtshof¹³ und das Bundesverfassungsgericht¹⁴ gehen davon aus, dass die Ge- und Verbote des (vertraglichen) humanitären Völkerrechts grundsätzlich nur Staaten adressieren und sich hieraus unmittelbar keine Schadensersatzansprüche oder dergleichen ableiten lassen.

10 Exemplarisch v. *Arnauld* (Fn. 2), Rn. 505 ff. m.w.N.

11 v. *Arnauld* (Fn. 2), Rn. 511.

12 Deutsches Komitee zum Humanitären Völkerrecht (Fn. 9), S. 11.

13 BGHZ 169, 348; 212, 173.

14 BVerfGK 7, 303; BVerfG EuGRZ 2013, 563.

Daher scheidet in den meisten Fällen eine unmittelbare Anknüpfung an den Vertragsinhalt aus.

b) Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts

Auf Basis der Auffassung, die eine Verhaltensnorm aus außerstrafrechtlichem Recht ableiten will, wird eine Herleitung aus Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts ebenfalls zumeist ausscheiden. Denn auch insoweit ließe sich eine Individuen adressierende Verhaltensnorm nur im Umkehrschluss aus der Strafbarkeit ableiten; jenseits dieses Bereichs dürfte es gerade an einem Konsens bzw. einer praktischen Übung fehlen,¹⁵ wie gerade die uneinheitliche und zurückhaltende Handhabung in Bezug auf die privatrechtliche Haftung privatrechtlicher Akteure für Menschenrechtsverletzungen zeigt.

c) Nationales Recht

Oftmals wird eine einschlägige Verhaltensnorm jedenfalls im nationalen Recht zu finden sein. So ist beispielsweise eine direkte Transformation der völkerrechtlichen Vorgaben denkbar; dies hängt – wie zuvor beschrieben – maßgeblich vom jeweiligen Verständnis des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und nationalem Recht ab. Im deutschen Recht ist ein möglicher Anknüpfungspunkt für eine derartige Transformation Art. 25 GG. Er lautet: „¹Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. ²Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen insbesondere die Grundsätze des humanitären Völkerrechts und die menschenrechtlichen Minimalstandards. Interessant ist insoweit insbesondere Satz 2, der von unmittelbaren Pflichten für die Bewohner:innen der Bundesrepublik spricht. Insoweit ist in der verfassungsrechtlichen Diskussion umstritten,¹⁶ ob die Individualadressierung bereits in der völkerrechtlichen Norm vorausgesetzt wird, also eine self-executing norm erforderlich ist, oder ob Art. 25 S. 2 GG

15 Zu den Anforderungen an Völkergewohnheitsrecht vgl. etwa *v. Arnould* (Fn. 2), Rn. 252 ff. m.w.N.

16 Zum Streitstand vgl. *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 105. EL August 2024, Art. 25 Rn. 98 ff. (Stand: 94. EL Januar 2021) m.w.N.

gerade einen Adressatenwechsel von einer staatsgerichteten Regel hin zu einer individualgerichteten Verhaltensnorm ermöglicht.

Am klarsten liegen die Dinge, wenn im nationalen Recht eine direkte, individualgerichtete Übersetzung der völkerrechtlichen Vorgaben erfolgt. Im deutschen Recht erfüllt diese Funktion für den Bereich des humanitären Völkerrechts beispielsweise die zentrale Dienstvorschrift der Bundeswehr A-2141/1.

Schließlich ist es auch denkbar, eine individualgerichtete Verhaltensnorm im Umkehrschluss aus einer nationalen Sanktionsnorm abzuleiten. So lässt sich beispielsweise aus den einzelnen Tatbestandsvarianten des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs folgern, dass der Gesetzgeber implizit voraussetzt, dass die betreffenden Verhaltensweisen auch verboten (bzw. – im Falle von Unterlassungsdelikten – geboten) sind. Das ist freilich nur möglich, wenn – wie im deutschen Recht – entsprechende Straftatbestände existieren, was noch nicht einmal in allen Vertragsstaaten des Rom-Statuts der Fall ist.

III. Fazit

Normentheoretisch sollte dieser kleine Überblick verdeutlichen, dass die Art und Weise der Konstitution von Verhaltensnormen keineswegs ein akademisches Glasperlenspiel ist, sondern gerade im Völkerstrafrecht von erheblicher Bedeutung ist: Die normentheoretische Analyse verlangt dem Rechtsanwender ab, zu begründen, auf welche Verhaltensnorm er seine Entscheidung stützt, was ihn in der Folge dazu zwingt, seine völkerrechtlichen Prämissen offenzulegen. *Völkerstrafrechtlich* sollte darauf hingewiesen werden, dass der materiell-rechtliche Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts auch rechtstheoretisch betrachtet keine Selbstverständlichkeit ist und einer konsistenten Begründung bedarf.

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AC | Appeal Cases |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a. F. | alte Fassung |
| Alt. | Alternative |
| ARSP | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie |
| Art. | Artikel; article |
| Aufl. | Auflage |
| BaFin | Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht |
| BeckOK | Beck'sche Online-Kommentare |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BKR | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht |
| BörsG | Börsengesetz |
| BoP | burden of proof |
| BR-Drs. | Bundesrat-Drucksache |
| Bspr. | Besprechung |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drs. | Bundestag-Drucksache |
| BuA | Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGK | Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| bzgl. | bezüglich |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------------|--|
| bzw. | beziehungsweise |
| C.C.D. Mass. | United States District Court for the District of Massachusetts |
| chStGB | chinesisches Strafgesetzbuch |
| CIA | Central Intelligence Agency |
| Cir. | Circuit |
| CLRNN | Criminal Law Reform Now Network |
| Co. | Company |
| CRIM-MAD | Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse |
| DeFi | Dezentrales Finanzwesen |
| ders. | derselbe |
| DEX | Decentralized Exchange |
| d. h. | das heißt |
| DLT | Distributed Ledger Technologie |
| dStGB | deutsches Strafgesetzbuch |
| dUrhG | deutsches Urheberrechtsgesetz |
| ECHR | European Convention on Human Rights |
| ECtHR | European Court of Human Rights |
| ECPI | European Criminal Policy Initiative |
| ed. | editor |
| eds. | editors |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| e. g. | exempli gratia |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EJIL | European Journal of International Law |
| EL | Ergänzungslieferung |
| ER | The English Reports |
| et al. | et altera |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuGrZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |

| | |
|--------------|--|
| f. | folgende |
| F. Cas. | Federal Case |
| ff. | folgende |
| FinmadiG | Finanzmarktdigitalisierungsgesetz |
| Fn. | Fußnote(n) |
| GA | Goltdammers ´s Archiv für Strafrecht |
| gem. | gemäß |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GLJ | German Law Journal |
| GwG | Geldwäschegesetz |
| Harv. | Harvard University |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HRRS | Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht |
| HuV-I | Humanitäres Völkerrecht – Informationsschrift |
| IAGMR | Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| ICC | International Criminal Court |
| ICTR | Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda |
| ICTY | Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien |
| id. | idem |
| i. e. | id est |
| IGH | Internationaler Gerichtshof |
| IHL | International Humanitarian Law |
| IKRK | Internationales Komitee vom Roten Kreuz |
| ILC | International Law Commission |
| IMT | Internationaler Militärgerichtshof |
| insb. | insbesondere |
| i. S. d. | im Sinne des |
| IStGH | Internationaler Strafgerichtshof |
| IStGH-Statut | Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| IVR | Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie |
| JR | Juristische Rundschau |
| JSPS | Japan Society for the Promotion of Science |
| JSt | Journal für Strafrecht |
| jUrhG | japanisches Urheberrechtsgesetz |
| JuS | Juristische Schulung |
| JURA | Juristische Ausbildung |
| JZ | JuristenZeitung |
| KAGB | Kapitalanlagegesetzbuch |
| Kap. | Kapitel |
| KI | Künstliche Intelligenz |
| km | Kilometer |
| KMAG | Kryptomärkteaufsichtsgesetz |
| KriPoZ | Kriminalpolitische Zeitschrift |
| krit. | kritisch(e) |
| KWG | Kreditwesengesetz |
| lit. | littera |
| L. Rev. | Law review |
| MAH | Münchener Anwaltshandbuch |
| MAR | Market Abuse Regulation |
| m. E. | meines Erachtens |
| MiCAR | Markets in Crypto-Assets Regulation |
| M SchrKrim | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| n. | note |
| Nº | Numer |
| NFT | Non-Fungible Token |
| NJLP | Netherlands Journal of Philosophy |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr./Nº | Nummer |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |

| | |
|-------------|---|
| NZWiSt | Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht |
| OHG | Oberster Gerichtshof der Bundesrepublik Österreich |
| p. | page |
| para. | paragraph |
| PIF | Protection of the EU's financial interests |
| PoI | presumption of innocence |
| port. StGB | portugiesisches Strafgesetzbuch |
| pp. | pages |
| Pr. | press |
| PTC | Pre-Trial Chamber |
| QC | Queen's Counsel |
| Ratsdok. | Ratsdokumente |
| RD <i>i</i> | Recht Digital |
| Res. | Resolution der UN-Generalversammlung |
| Rg | Rechtsgeschichte |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| RphZ | Rechtsphilosophie: Zeitschrift für Grundlagen des Rechts |
| Rs. | Rechtssache(n) |
| S. | Seite(n); siehe; see |
| SAG | Sanierungs- und Abwicklungsgesetz |
| Sec. | Sección /section |
| SED | Set of Epistemic Defeaters |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz |
| s. o. | siehe oben |
| SOA | Sexual Offences Act 2003 |
| sog. | sogenannte/r/n |
| SoP | standard of proof |
| Srl. | Società a responsabilità limitata |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StPO | Strafprozessordnung |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| transl. | translated |
| u. a. | und andere; unter anderem |
| UAbs. | Unterabsatz |
| UCLA | University of California, Los Angeles |
| UK | United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland |
| UKHL | United Kingdom House of Lords cases |
| UN | United Nations |
| UN-Charta | Charta der Vereinten Nationen |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| US/U.S. | United States |
| USA | United States of America |
| U.S.C. | United States Code |
| usw. | und so weiter |
| u. U. | unter Umständen |
| v. | von; vom; versus |
| VAG | Versicherungsaufsichtsgesetz |
| verb. | verbundene |
| VermAnlG | Vermögensanlagengesetz |
| vgl. | vergleiche |
| vol. | volume |
| VStGB | Völkerstrafgesetzbuch |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht: |
| WpHG | Wertpapierhandelsgesetz |
| WpHR | Wertpapierhandelsrecht |
| WpIG | Wertpapierinstitutsgesetz |
| ZAG | Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZfIStW | Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft |
| ZfStR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht |
| ZIS | Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik |
| ZJS | Zeitschrift für das Juristische Studium |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

| | |
|-------|---|
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |
| zust. | zustimmend |
| ZWF | Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht |

Verzeichnis der Autor:innen und Herausgeberinnen

Stefanie Bock: 2009 Promotion an der Universität Hamburg; 2016 Habilitation an der Georg-August-Universität Göttingen; seit 2016 Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg; seit 2018 Geschäftsführende Direktorin des Internationalen Forschungs- und Dokumentationszentrums Kriegsverbrecherprozesse. Forschungsschwerpunkte: Internationalisierung der Strafrechtspflege, Völkerstrafrecht und seine weltweite Durchsetzung im Mehrebenensystem, Europäisches Strafrecht, Rechtsvergleichung, Geschlechtergerechtigkeit.

Inês Fernandes Godinho: 2006 LLM an der Universität Coimbra; 2013 Promotion an der Universität Coimbra; seit 2013 Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht; seit 2018 Koordinatorin des Studiengangs Rechtswissenschaft; seit 2020 Associate Professor an der Lusófona Universität; seit 2020 Vizepräsident des Forschungszentrums CEAD Francisco Suárez; seit 2021 Mitglied des portugiesischen Ethikrats. Forschungsschwerpunkte: Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, KI und Verantwortlichkeit, Beweisaufnahme und Geschlechtergerechtigkeit.

Kyriakos N. Kotsoglou: 2014 Promotion an der Johann Wolfgang von Goethe Universität Frankfurt; seit 2023 Associate Professor for Criminal Law and Criminal Evidence an der Northumbria University in Newcastle upon Tyne (Vereinigtes Königreich); Stellvertretender Direktor – Centre for Evidence and Criminal Justice Studies; Ständiges Mitglied des Data Ethics Committee, Violence Reduction Unit, Thames Valley Police. Forschungsschwerpunkte: Beweisrecht und Beweisanalyse, Recht und Technologie, Analytische Rechtstheorie.

Juan Pablo Montiel: 2008 Europäische Promotion an der Universität Pompeu Fabra (Spanien); 2010-2011 Professur für Strafrecht an der Universität de los Andes (Kolumbien); 2012-2013 Postdoc-Stipendiat der Alexander-von-Humboldt-Stiftung an der Universität Erlangen-Nürnberg; 2014-2015 Professur für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Verfassungsrecht an der Universität San Andrés (Argentinien); seit 2011 Direktor von CRIMINT. Forschungsschwerpunkte: Straftatlehre, Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Medizinstrafrecht.

Yuki Nakamichi: 2012 Promotion an der Waseda Universität (Tokio); 2010–2012 Assistant Professor; 2012–2017 Associate Professor; seit 2017 Ordentlicher Professor an der Waseda Universität (Tokio); 2015–2017 Gastwissenschaftler an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, zugleich Stipendiat der Alexander von Humboldt Stiftung; 2018 Gastprofessor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Forschungsschwerpunkte: Strafrechtsvergleichung, Strafgesetzgebung, Strafverfassungsrecht, Normentheorie.

Laura Sophia Neumann: 2014 Promotion und 2022 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2023 zunächst Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss europäischer, internationaler und vergleichender Bezüge sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Bremen; seit August 2023 Professorin für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Mannheim; Forschungsschwerpunkte: Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Strafrechtsvergleichung, Strafrechtssystemforschung, europäische und internationale Strafrechtsterminologie.

Konstantina Papathanasiou: 2013 Promotion an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; 2021 Habilitation an der Universität Regensburg; seit 2021 Professorin für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein; seit 2016 Gastprofessorin für Deutsches Strafrecht an der Faculté Libre de Droit in Paris; seit 2021 gewähltes Vorstandsmitglied der Griechischen Gesellschaft für Strafrecht. Forschungsschwerpunkte: Grundlagen des Strafrechts, Wirtschaftsstrafrecht, Criminal Compliance, Cybercrimes und neue Technologien, EU/EWR-Strafrecht, Internationale Sanktionen.

Zhiwei Tang: 2017 LL.M. an der Universität Augsburg; 2021 Promotion zum Doctor of Laws an der Universität Peking; seit 2018 Doktorand an der Ludwig-Maximilians-Universität München; seit 2023 Postdoc-Researcher an der KoGuan School of Law der Jiaotong-Universität Shanghai. Forschungsschwerpunkte: Strafrechtsdogmatik, Strafrechtsvergleichung, Wirtschaftsstrafrecht und Normentheorie.

Markus Wagner: 2015 Promotion an der Justus-Liebig-Universität Gießen; WS 2021/2022 Lehrstuhlvertretung an der Universität Leipzig; 2022 Habilitation an der Justus-Liebig-Universität Gießen; SS 2022 Lehrstuhlvertretung an der Philipps-Universität Marburg; seit Oktober 2022 Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Forschungsschwerpunkte: Nationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Völkerstrafrecht, Normentheorie.

Liane Wörner: 2009 Promotion an der Justus-Liebig-Universität Gießen; 2017 Habilitation an der Justus-Liebig-Universität Gießen; seit 2018 Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz; seit 2022 Direktorin des Zentrums für Human | Data | Society an der Universität Konstanz; 2023/24 wissenschaftliche Koordinatorin der Arbeitsgruppe Schwangerschaftsabbruch der Kommission der Bundesregierung für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin. Forschungsschwerpunkte: Strafrechtsdogmatik, Besondere Ermittlungsmaßnahmen, Beweisverbote, Strafrecht und Digitalisierung, Digitalisierung der Hauptverhandlung, Organisierte Kriminalität, Terrorismus, Medizinstrafrecht, Europäisches u. Internationales Strafrecht, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie (methodisch: Verankerungsmechanismen im Recht, Strafverfassungsrecht).