

Einen der Schwerpunkte des anlässlich ihres 80. Geburtstags veranstalteten Symposiums bildete die Auseinandersetzung mit den Positionen Ingeborg Puppe zur Vorsatz- und Irrtumslehre (siehe die Beiträge von Jakobs, Sofos und Stuckenberg in dieser Ausgabe¹). Der folgende Beitrag knüpft daran an, indem er den Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts in den Blick nimmt, den Puppe in ihrer Kommentierung des § 16 StGB behandelt.² Sie schließt sich dort der herrschenden Auffassung an, wonach der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts den Vorsatz des Täters nicht ausschließt.³ In der Auseinandersetzung mit dieser Position werden zunächst die Irrtumskonstellationen im Strafanwendungsrecht dargelegt (I.) und sodann erörtert, ob die Anwendung deutschen Strafrechts eine dem Tatbestand vorgelagerte Vorfrage darstellt oder das Unrecht der Tat (mit-)konstituiert (II.). Folgt man der letztgenannten Position, ist das daraus resultierende Vorsatzerfordernis weiteren Einwänden Puppe ausgesetzt, welche die Anforderungen betreffen, die an einen entsprechenden Vorsatz zu stellen sind (III., IV.).

I. Einordnung als Irrtum über die strafrechtliche Bewertung der Tat?

Handelt ein Täter in dem Glauben, dass deutsches Strafrecht auf sein Verhalten nicht anwendbar ist, kann er die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Bewertung der Tat als nach deutschem Recht strafbar nicht nachvollziehen. Nach Auffassung von Puppe setzt vorsätzliches Verhalten dies aber auch nicht voraus, denn der Irrtum über die Anwendbarkeit einer deutschen Strafvorschrift sei nicht als Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB), sondern als Verbotsirrtum (§ 17 StGB) einzu-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Jakobs, ZfIStw 11/2022, 576; Sofos, ZfIStw 11/2022, 581; Stuckenberg, ZfIStw 11/2022, 588.

² Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 139a.

³ Zur h.M.: Ambos, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 3; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 3–9 Rn. 85; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor §§ 3–7 Rn. 30; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, Vor §§ 3–7 Rn. 3; zur Gegenauffassung: Basak, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 2; Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), Vor § 3 Rn. 51 f.; Werle/Jeßberger, in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 472, 474.

ordnen.⁴ Dies gelte ebenso, wenn der Täter irrtümlich davon ausgeht, dass auf sein Verhalten nicht deutsches Strafrecht, sondern das Recht eines ausländischen Staates anwendbar ist, das sein Verhalten nicht mit Strafe bedroht.⁵

Im Ergebnis werden damit zwei unterschiedliche Irrtümer gleichgestellt, nämlich einerseits die fehlerhafte Annahme, dass deutsches Strafrecht nicht anwendbar ist, während die tatsächlichen Umstände, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen, dem Täter bekannt sind, und andererseits die irrtümliche Annahme tatsächlicher Umstände, bei deren Vorliegen deutsches Strafrecht nicht anwendbar wäre. In Bezug auf den ersten Irrtum ist Puppe darin zuzustimmen, dass ein Verbotsirrtum vorliegt,⁶ da der Täter die Bewertung seines Verhaltens als nach deutschem Recht strafbar nicht nachzuvollziehen braucht, um vorsätzlich zu handeln. Bei dem zweiten Irrtum bezieht sich die Fehlvorstellung des Täters indes nicht unmittelbar auf die rechtliche Bewertung, sondern auf deren tatsächliche Grundlagen (z.B. den Ort der Tat) und der Täter gelangt auf dieser Grundlage zu der nach Maßgabe seiner Vorstellung zutreffenden, aber angesichts der tatsächlichen Umstände rechtsirrigem Einschätzung, dass das deutsche Strafrecht auf sein Verhalten nicht anwendbar ist und sein Verhalten daher nach deutschem Recht nicht strafbar ist. Der Unterschied zu der ersten Irrtumskonstellation liegt also darin, dass die rechtliche Bewertung des Täters in Bezug auf den nach seiner Vorstellung gegebenen Sachverhalt zutreffend ist, er also auf der Grundlage des vorgestellten Sachverhalts in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht handelt; ein solcher Irrtum schließt indes bei unrechtsrelevanten Tatsachen den Vorsatz aus.⁷

Der Unterschied zwischen diesen beiden Irrtumskonstellationen sei an einem Beispiel aus der Rechtsprechung verdeutlicht:⁸ Ein in der Schweiz lebendes Ehepaar leistet einem in Deutschland wegen Betrugs und Bankrotts verfolgten Beschuldigten bei dessen Flucht in die USA Unterstützung und wird daraufhin in Deutschland wegen Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) angeklagt; im Strafverfahren berufen sie sich darauf, dass sie auf die Auskunft eines Rechtsanwalts vertraut hätten, wonach die in der Schweiz geleistete Unterstützung des Beschuldigten nicht strafbar sei. Da der Erfolg der Strafvereitelung in Deutschland eingetreten ist, findet deutsches Strafrecht ungeachtet des im Ausland gelegenen Handlungsortes Anwendung (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB). Da die tatsächlichen Umstände, einschließlich des in Deutschland eingeleiteten Strafverfahrens, den Eheleuten bewusst waren, betrifft der Irrtum allein die strafrechtliche Bewertung des tatsächlichen Verhaltens und ist daher als Verbotsirrtum

⁴ Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 139b.

⁵ Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 139b.

⁶ So auch die h.M., vgl. Ambos (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 3; Werle/Jeßberger (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 475.

⁷ Vgl. zum Erlaubnistatbestandsirrtum Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 137.

⁸ BGHSt 45, 97.

(§ 17 StGB) einzuordnen.⁹ Wandelt man den Fall indes dahingehend ab, dass die Eheleute den Täter vor Strafverfolgung in einem ausländischen Staat schützen wollen, so wäre nach ihrer Vorstellung weder das von § 258 StGB geschützte Rechtsgut (deutsche Strafrechtspflege) betroffen noch ein inländischer Erfolgsort gegeben und es läge ein vorsatzabschließender Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) vor. Dabei ist einzuräumen, dass in dem Beispiel nach einhelliger Auffassung ein Tatbestandsirrtum vorliegt, da sich der Irrtum (auch) auf Merkmale des Unrechtstatbestands (Vereitelung einer nach deutschem Recht zu verhängenden Strafe) bezieht. Dass ein Irrtum, der sich allein auf die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung deutschen Strafrechts bezieht, ebenso nach § 16 StGB zu behandeln ist, ist damit also noch nicht gesagt. Die Antwort auf diese Frage hängt entscheidend von dem Verhältnis des Strafanwendungsrechts zum Unrechtstatbestand ab, dem nunmehr nachgegangen werden soll.

II. Geltung des deutschen Strafrechts als Vorfrage

Mit *Hoyer*¹⁰ ist nach Auffassung von *Puppe* zwischen dem (vorsatzrelevanten) Inhalt der Norm und deren in den §§ 3 ff. StGB niedergelegten Gültigkeitsvoraussetzungen zu unterscheiden. Letztere regeln und begrenzen als Metanormen den Anwendungsbereich der Verbotsnormen des deutschen Strafrechts und verhindern damit deren weltweite Geltung.¹¹ Den Metanormen seien außer dem Strafanwendungsrecht auch die Normen der Gesetzgebung zuzuordnen; dementsprechend müsse sich der Vorsatz des Täters nicht darauf erstrecken, dass ein Strafgesetz ordnungsgemäß vom Parlament beschlossen und im Bundesgesetzblatt verkündet worden sei.¹² Der Vorsatz des Täters müsse sich nur auf die Tatsachen beziehen, die den Unrechtsgehalt der Verbotsnorm beschreiben, aber nicht auf die Umstände, von denen die §§ 3 ff. StGB als Metanormen die Gültigkeit dieses Verbots für die betreffende Tat abhängig machen.¹³

Gegen diese Deutung der §§ 3 ff. StGB als Metanormen hat bereits *Neumann* vorgebracht, dass der in den §§ 3 ff. StGB verwendete Begriff „Geltung“ insofern missverständlich ist, als es nicht darum geht, die normative Verbindlichkeit („Gültigkeit“) von Strafgesetzen aus der Beachtung höher-rangiger Normen (Art. 76 ff. GG) abzuleiten. Für die normative Verbindlichkeit (Geltung) der strafbewehrten Verbots-

normen des StGB ist es ausreichend, dass diese im Einklang mit der Verfassung vom Gesetzgeber verabschiedet und verkündet worden sind; einer Anwendung der §§ 3 ff. StGB bedarf es dazu nicht.¹⁴ Der Vergleich mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Gesetzgebung ist daher schief, denn das Strafanwendungsrecht steht in der Normenhierarchie nicht über den übrigen Vorschriften des StGB. Dies schließt zwar einen logischen Vorrang (Anwendung deutschen Strafrechts als Vorfrage) nicht aus, begründet aber keine Sonderstellung der §§ 3 ff. StGB gegenüber anderen Vorschriften des Allgemeinen Teils.¹⁵ Letzteres gilt insbesondere im Vergleich zu Vorschriften, die den persönlichen Anwendungsbereich eines Strafgesetzes erweitern (z.B. § 14 StGB).¹⁶

Einer Sonderstellung der §§ 3 ff. StGB widerspricht auch der Umstand, dass sich Einschränkungen des räumlichen bzw. persönlichen Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts auch in den Vorschriften des Besonderen Teils finden (z.B. §§ 86, 86a StGB oder § 100 StGB).¹⁷ Dass die darin genannten Anknüpfungspunkte Bestandteil des Unrechtstatbestands und damit vom Vorsatz umfasst sein sollen,¹⁸ im Rahmen des allgemeinen Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB) hingegen dem Tatbestand nicht zugehörige Vorfragen betreffen, erscheint in der Sache wenig überzeugend. Diesen Widerspruch hat auch der Gesetzgeber bei der jüngsten Änderung des § 5 StGB gesehen, wonach die §§ 86, 86a, 130 StGB auf Auslandstaten Anwendung finden, wenn die betreffenden Propagandamittel, Kennzeichen oder Inhalte im Inland wahrnehmbar verbreitet oder der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 5 Nr. 3 lit. a, b sowie Nr. 5a StGB n.F.). In der Gesetzesbegründung wird daher dafür plädiert, auch diese Voraussetzungen als für den Vorsatz relevante Tatbestandsmerkmale zu behandeln.¹⁹ In Bezug auf die übrigen Bestimmungen des Strafanwendungsrechts hält die Begründung allerdings an der herrschenden Auffassung fest, wonach es sich bei den dort genannten Merkmalen um objektive Bedingungen der Strafbarkeit handele.²⁰

Die vorherrschende Auffassung beruht auf der Erwägung, dass das Unrecht einer Straftat (Mord, Diebstahl) nicht von dem Tatort, der Staatsangehörigkeit des Täters etc. abhängen, sondern diese Umstände vielmehr „unrechtsneutral“ seien.²¹

⁹ In dem geschilderten Fall hat der BGH einen Verbotsirrtum verneint, weil sich die Auskunft des Rechtsanwalts allein auf die Strafbarkeit nach schweizerischem Recht bezogen habe und den Angeklagten aufgrund der Auswirkungen ihrer Handlungen auf das Strafverfahren in Deutschland bewusst gewesen sei, dass sie sich nach deutschem Recht strafbar machten (BGHSt 45, 97 [100]); krit. insoweit *Neumann*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz-Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 589 (606).

¹⁰ *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 3 Rn. 4.

¹¹ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

¹² *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

¹³ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

¹⁴ *Neumann* (Fn. 9), 2001, S. 598 f.; zustimmend *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 116 f.

¹⁵ *Neumann* (Fn. 9), S. 598, zur Ausnahmeregelung in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB.

¹⁶ *Böse*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 61 (66).

¹⁷ *Böse* (Fn. 16), S. 69; *Jeßberger* (Fn. 14), S. 122 f.

¹⁸ Vgl. zu § 86a StGB BGH NStZ 2015, 81 (82); KG NJW 1999, 3500.

¹⁹ BT-Drs. 19/19859, S. 33 f.

²⁰ BT-Drs. 19/19859, S. 33.

²¹ Treffend *Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, 1995, S. 98: „Der Diebstahl bleibt Diebstahl, der

Diese These verliert jedoch an Überzeugungskraft, wenn man Verhaltensweisen in den Blick nimmt, deren Strafwürdigkeit im In- und Ausland unterschiedlich beurteilt wird und die dementsprechend auch eine unterschiedliche Regelung im in- und ausländischen Strafrecht erfahren haben.²² Exemplarisch sei nur die aktive Sterbehilfe genannt, die in Deutschland mit Strafe bedroht (§ 216 StGB), in anderen Ländern (z.B. den Niederlanden²³) aber unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist. Dies führt beispielsweise dazu, dass die in den Niederlanden geleistete Beihilfe zur dort vorgenommenen aktiven Sterbehilfe nach Maßgabe des dort geltenden Rechts straflos ist; wird die aktive Sterbehilfe als Haupttat hingegen in Deutschland ausgeführt, so ist auch eine in den Niederlanden vollzogene Beihilfehandlung nach deutschem Recht strafbar (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB). Ging der Täter bei der Hilfeleistung davon aus, dass die Haupttat in den Niederlanden begangen wird, so hat er keinen Anlass, mit Blick auf das deutsche Strafrecht von seiner Beihilfehandlung Abstand zu nehmen, da er auf der Grundlage des vorgestellten Sachverhalts nicht gegen das deutsche Strafrecht verstößt. Es erscheint daher nicht angängig, dieses Verhalten nach deutschem Strafrecht als vorsätzliches Tötungsunrecht zu bewerten.

Im Ausgangspunkt erkennt auch *Puppe* an, dass das Strafwendungsrecht nicht unrechtsneutral ist und die Bewertung eines Verhaltens als strafbar von einer bestimmten (nämlich der deutschen) Rechtsordnung vorgenommen wird.²⁴ Die Bewertung als Unrecht steht also in unlösbarem Zusammenhang mit der Rechtsordnung, deren Gesetzgeber diese Bewertung vorgenommen hat (Relativität des Unrechts).²⁵ Dies gilt ebenso für die im Strafgesetz normierte Verhaltens- bzw. Bestimmungsnorm, die den Täter zu einem rechtskonformen Verhalten anhält: Verkennt der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen das strafbewehrte Verbot Anwendung findet, so kann der Täter gar nicht vorsätzlich gegen die betreffende Verhaltensnorm verstoßen, weil er kein auf diese – nach seiner Vorstellung nicht anwendbaren – Norm bezogenes Vermeidemotiv bilden kann.²⁶

III. Unklare Vorsatzanforderungen

Mit der Einordnung der §§ 3 ff. StGB als unrechtskonstituierende Tatbestandsmerkmale bleibt allerdings die Frage, wie mit den zahlreichen Tatbeständen des Kernstrafrechts umzugehen ist, über deren Strafwürdigkeit unter den Staaten weitgehende Einigkeit besteht. So ließe sich das angeführte Beispiel dahingehend variieren, dass in den Niederlanden Beihilfe

zu einem in Deutschland verübten Totschlag geleistet wird, der Gehilfe aber davon ausging, dass die Haupttat ebenfalls in den Niederlanden verübt würde. Nach den obigen Ausführungen stünde einer Strafbarkeit des Gehilfen nach deutschem Recht entgegen, dass dieser in Bezug auf den inländischen Begehungsort der Haupttat (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB) nicht vorsätzlich handelte.

Dieses Ergebnis lässt sich allerdings vermeiden, indem man ergänzend die Grundlage für die stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) heranzieht, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen deutsches Strafrecht auch auf Auslandstaten Anwendung findet. Auf der Grundlage der Vorstellung des Täters ist daher zu ermitteln, ob sein Verhalten am (vorgestellten) Tatort mit Strafe bedroht ist. Ist dies der Fall, findet deutsches Strafrecht sowohl nach dem tatsächlichen (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB) als auch nach dem vorgestellten (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) Sachverhalt Anwendung, d.h. der Irrtum des Täters schließt die Annahme vorsätzlichen Tötungsunrechts nicht aus.²⁷ Mit diesem Ausweg über die stellvertretende Strafrechtspflege lassen sich weitreichende – und in der Sache unangemessene – Konsequenzen vermeiden, er wirft aber die Frage auf, welche Umstände vom Vorsatz des Täters umfasst sein müssen oder – in den Worten *Puppe*²⁸ – wie das Tatbestandsmerkmal zu formulieren ist, über das der Täter nicht irren darf.

Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Unbeachtlichkeit eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen nicht allein aus § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, sondern auch aus anderen Vorschriften ergeben kann. Da jede dieser Vorschriften als Rechtsfolge die Geltung deutschen Strafrechts vorsieht, ist es grundsätzlich auch für den Vorsatz ausreichend, wenn nach der Vorstellung des Täters die tatsächlichen Voraussetzungen einer dieser Vorschriften erfüllt sind. Wird die Tat auf einem deutschen Schiff begangen und ist damit deutsches Strafrecht nach dem Flaggenprinzip (§ 4 StGB) anwendbar, schließt die irrtümliche Annahme des Täters, sich auf einem französischen Schiff zu befinden, seinen Vorsatz nicht aus, wenn er zugleich fälschlicherweise davon ausgeht, dass sich dieses Schiff in einem deutschen Hafen befindet, sodass die Tat nach seiner Vorstellung im Inland begangen wird und damit deutschem Strafrecht unterliegt (§ 3 StGB). Dies gilt entsprechend für Irrtümer über die Voraussetzungen, unter denen deutsches Strafrecht auf Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug anwendbar ist (§ 5 StGB). So kann die irrtümliche Annahme, dass verbotene Inhalte der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 5 Nr. 5a StGB, s.o. II.), den fehlenden Vorsatz in Bezug auf den inländischen Tatort (§§ 3, 9 StGB) kompensieren, da nach der Vorstellung des Täters über die erstgenannte Regelung deutsches Strafrecht Anwendung findet. Demgegenüber wird bei Taten, die dem Weltrechtsprinzip unterliegen (§ 6 StGB), von vornherein auf einen Anknüpfungspunkt für die Anwendung deutschen Strafrechts (Tatort, Staatsangehörigkeit etc.) verzichtet, so dass auch einem entsprechenden Irrtum keine vorsatzaus-

Mord bleibt Mord, auch wenn das Delikt im Ausland begangen wird.“

²² Böse (Fn. 16), S. 69 ff.

²³ Art. 293 Abs. 2 und Art. 294 Abs. 2 des niederländischen StGB (wetboek van strafrecht) i.V.m. Art. 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding); dazu *Mackor*, ZStW 128 (2016), 24.

²⁴ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a, 139b.

²⁵ *Neumann* (Fn. 9), S. 605.

²⁶ Vgl. allgemein *Kindhäuser* GA 1994, 197 (203 f.).

²⁷ Siehe bereits *Böse* (Fn. 16), S. 73 f.

²⁸ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a in Fn. 121.

schließende Wirkung zukommt. Bei den von § 6 StGB erfassten Taten ist ein solcher Irrtum daher von vornherein bedeutungslos.

Bei der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) ist die Identifikation der für den Vorsatz relevanten Merkmale schwieriger. Für den Vorsatz ohne Bedeutung sind zunächst die Voraussetzungen, die erst nach Begehung der Tat eintreten, da diese nicht das Unrecht der Tat (mit-)konstituieren, sondern nur die deutsche Strafgerichtsbarkeit, d.h. die Zuständigkeit der deutschen Strafjustiz begründen; dies gilt für den Aufenthalt des Täters im Inland („im Inland betroffen“) und die Nichtauslieferung an das Ausland.²⁹ Weitere Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind komplementär zu den herkömmlichen Anknüpfungspunkten: Die Tat muss im Ausland (d.h. nicht im Inland³⁰) von einem Ausländer (d.h. nicht von einem Deutschen³¹) begangen werden. Für den Vorsatz haben sie daher keine Bedeutung, da es nicht möglich (und damit auch nicht vorstellbar) ist, dass die Tat weder im Inland noch im Ausland begangen wird bzw. der Täter weder Deutscher (vgl. insoweit § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) noch Ausländer ist, so dass die Voraussetzungen für die Anwendung des deutschen Strafrechts unter diesem Gesichtspunkt in jedem denkbaren Fall gegeben sind.

Als unrechtskonstituierendes Merkmal bleibt damit die Voraussetzung, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht sein muss. Dieses Erfordernis enthält die Grundvoraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege, denn die deutsche Strafgewalt wird von derjenigen des Tatortstaates abgeleitet. Diese stellvertretende Strafverfolgung ist daher nur legitim, wenn die Tat bei ihrer Begehung nach dem Recht des „vertretenen“ Staates strafbar ist.³² Das ausländische, am Tatort geltende Recht wird nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB in das innerstaatliche Recht transformiert, indem die Strafe nach Maßgabe des deutschen Rechts verhängt wird.³³ Über die Anwendung des deutschen Strafrechts (anstelle des ausländischen Tatortrechts) wird sichergestellt, dass die verhängte Strafe nach Art und Höhe nicht über eine nach deutschem Recht angemessene Sanktion hinausgeht.³⁴ Ihre materielle Legitimation bezieht die Strafe aber aus dem einschlägigen Strafgesetz des Tatortstaates.

²⁹ Böse (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 51; ähnlich Jeßberger (Fn. 14), S. 131 f. (objektive Bedingung der Strafbarkeit); vgl. ferner zur Nichtauslieferung als Prozessvoraussetzung: BGHSt 45, 64 (73).

³⁰ Zur negativen (keine Inlandstat) bzw. komplementären Definition der Auslandstat, der auch Taten in hoheitsfreien Räumen (z.B. die hohe See) unterfallen: Böse (Fn. 3), § 5 Rn. 2.

³¹ Zur negativen (kein Deutscher) bzw. komplementären Definition des Ausländers, die auch Staatenlose umfasst: Böse (Fn. 3), § 5 Rn. 4.

³² Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 11, 13.

³³ Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 13 m.w.N.

³⁴ Vgl. umgekehrt zur Begrenzung der deutschen Strafrahmen durch das Tatortrecht (poena mitior): Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 26; Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 21; Hoyer (Fn. 10), § 7 Rn. 6.

Für den Vorsatz hat dies zur Konsequenz, dass für die Voraussetzungen der Strafbarkeit am Tatort (einschließlich der subjektiven Anforderungen an den Vorsatz) ausschließlich das am Tatort geltende ausländische Recht maßgeblich ist. Auch der räumliche und persönliche Anwendungsbereich des ausländischen Strafrechts und die Bedeutung darauf bezogener Irrtümer bestimmen sich nach dem Recht des Tatortstaates.³⁵ Für das deutsche Strafanwendungsrecht ist damit allein der Tatort selbst vorsatzrelevant, über den das für die Tat maßgebliche ausländische Recht bestimmt wird. Handelt der Täter in dem oben genannten Beispiel in dem Glauben, der Tatort liege (ausschließlich) in den Niederlanden, so ist auf der Grundlage dieses (hypothetischen) Tatorts zu prüfen, ob die Tat nach niederländischem Recht strafbar wäre; ist dies nicht der Fall, schließt der Irrtum über den Tatort den Vorsatz aus, da die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht vorliegen. Wäre die begangene Tat hingegen auch in den Niederlanden strafbar, so wäre deutsches Strafrecht nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch auf eine entsprechende Auslandstat anwendbar, so dass der Irrtum über den Tatort den Vorsatz unberührt lässt.

IV. Vorsatzausschluss bei fehlender Vorstellung?

Den vorstehend behandelten Fällen ist gemeinsam, dass der Täter eine genaue Vorstellung von den Tatsachen hat, die eine Anwendung des deutschen Strafrechts begründen (oder ausschließen). Damit ist ein letzter Einwand *Puppes* angesprochen, mit dem sie auf die Konstellation hinweist, in der sich der Täter über die Tatsachen, die die deutsche Strafgewalt begründen, keinerlei Gedanken macht. Da auch die schlichte Unkenntnis von unrechtskonstituierenden Umständen den Vorsatz entfallen lässt, handelte ein Täter, der seine Tat auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Kreuzfahrtschiff begeht (vgl. § 4 StGB), ohne Vorsatz, wenn er sich keinerlei Vorstellung über den Flaggenstaat macht.³⁶

Derartige Fälle dürften sich – wie von *Puppe* selbst angedeutet – zumeist über das sachgedankliche bzw. tatbegleitende Mitbewusstsein lösen lassen.³⁷ Dies gilt insbesondere für den inländischen Handlungsort oder die deutsche Staatsangehörigkeit des Täters; diese Umstände mögen der aktuellen Aufmerksamkeit des Täters entzogen sein, sind aber Bestandteil seines jederzeit aktualisierbaren Mitbewusstseins.³⁸ Dieser Weg scheidet indes aus, wenn der tatsächliche Anknüpfungspunkt – wie im Fall des Kreuzfahrtschiffs – vom Täter nicht als selbstverständlich vorausgesetzt wird bzw. werden kann, denn nach Presseberichten fahren Kreuzfahrtschiffe

³⁵ Geht der Täter also irrtümlich davon aus, dass sein Verhalten nach dem Recht des Tatortstaates straflos ist, sind die Folgen eines solchen Irrtums (vgl. § 17 StGB) allein nach dem dort geltenden Recht zu bestimmen.

³⁶ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

³⁷ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 159 f.

³⁸ Vgl. die anderen von *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 159 f., genannten Beispiele zum Status des Täters (Amtsträger), Opfers (Kind unter 12 Jahren) und zum Handlungsort (Sperrgebiete für Prostitution).

deutscher Reeder in der Regel unter ausländischer Flagge.³⁹ In diesem Fall ist zunächst die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, das auf der Grundlage der Vorstellung des Täters anwendbare Recht über andere Anknüpfungspunkte zu ermitteln. Liegt das Kreuzfahrtschiff beispielsweise in einem deutschen oder ausländischen Hafen, so ergibt sich das anwendbare Recht aus dem Territorialitätsprinzip (vgl. § 3 StGB), und insoweit dürfte regelmäßig eine konkrete Vorstellung des Täters vom Tatort im Sinne eines tatbegleitenden Mitbewusstseins vorliegen.

Eine Anknüpfung an das Territorialitätsprinzip scheidet demgegenüber aus, wenn sich das Schiff zum Zeitpunkt der Tat (§ 8 StGB) auf hoher See befindet und dem Täter dieser Umstand auch bewusst ist. Selbst wenn der Täter in derartigen Konstellationen keine Kenntnis von dem Flaggenstaat haben sollte, dessen Strafgewalt das Schiff unterliegt, so wird er zumindest in der diffusen Vorstellung handeln, dass das Schiff irgendeine Flagge führt bzw. aufgrund seiner Nationalität dem Recht irgendeines Staates unterliegt. Führt er die Tat in diesem Bewusstsein aus, so spricht daraus seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Umstand, welche Flagge das Schiff führt, auf dem er die Tat begeht. Die Vorstellung des Täters erstreckt sich damit auch auf die Möglichkeit, dass das Schiff unter deutscher Flagge fährt, so dass dieser in Bezug auf den Umstand, über den die deutsche Strafgewalt nach § 4 StGB begründet wird, mit bedingtem Vorsatz handelt. Zwar kann die Gleichgültigkeit gegenüber dem Normbefehl die nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Kenntnis der zum Tatbestand gehörenden Umstände nicht ersetzen.⁴⁰ Im Beispielfall findet jedoch eine solche Ersetzung nicht statt, denn über das tatbegleitende Mitbewusstsein lässt sich begründen, dass der Täter zumindest in der Vorstellung handelt, dass das Schiff, auf dem sich der Tatort befindet, die Flagge eines Staates führt, was die Möglichkeit einschließt, mit der Tat ausführung gegen dessen Recht zu verstoßen. Die Gleichgültigkeit des Täters bezieht sich allein auf die Frage, unter welcher Flagge das Schiff fährt und gegen welche Rechtsordnung gegebenenfalls verstoßen wird.⁴¹

V. Fazit

Die §§ 3 ff. StGB sind keine unrechtsneutralen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit oder Metanormen, sondern konstituieren das tatbestandliche Unrecht mit, indem sie die Reichweite der tatbestandlichen Verbotsnorm festlegen. Bei Vorsatztaten muss sich der Vorsatz des Täters daher auch auf die Umstände erstrecken, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen. Die Konsequenzen dieser Auffassung sind jedoch begrenzt, da es für den Vorsatz ausreicht,

dass nach der Vorstellung des Täters Umstände vorliegen, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unter irgendeinem Gesichtspunkt begründen. Der Irrtum über den Tatort lässt den Vorsatz insbesondere unberührt, wenn die Tat an dem nach der Vorstellung des Täters (hypothetisch) zugrunde zu legenden Tatort mit Strafe bedroht und deutsches Strafrecht damit ebenfalls anwendbar wäre (§ 7 Abs. 2 Alt. 1 StGB). Dabei ist einzuräumen, dass die Anwendung des § 16 StGB Folgeprobleme nach sich zieht, die sich jedoch mit dem Rüstzeug der Vorsatzdogmatik bewältigen lassen. Ob diese Lösungen vor der Kritik von Frau *Puppe* bestehen können (oder nicht vielmehr neuen Einwänden ausgesetzt sind), bleibt abzuwarten; der Verfasser dieser Zeilen hofft, mit ihr über diese und andere Fragen noch lange diskutieren zu können, und verbindet dies mit den besten Wünschen zum 80. Geburtstag. Ad multos annos!

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Um zu entscheiden, welchen Platz der Irrtum des Täters über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts oder sein Irrtum über deren tatsächliche Voraussetzungen in der Vorsatzlehre beanspruchen kann, müssen wir diese Irrtümer in das Begriffsnetz der Vorsatzlehre einordnen. Nach § 16 StGB handelt der Täter nicht vorsätzlich, wenn er einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Ein Umstand ist eine Tatsache. Zu unterscheiden sind natürliche Tatsachen, die von Natur aus bestehen und institutionelle Tatsachen, die durch menschliche Institutionen konstituiert werden. Zu den Letzteren gehören auch Rechte, Rechtsverhältnisse und andere Rechtsfolgen.¹ Wenn zu einem Tatbestand also Rechte und Rechtsverhältnisse als Merkmale gehören, muss der Täter diese schlicht kennen, um vorsätzlich zu handeln.² Auch die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf eine bestimmte Tat ist eine institutionelle Tatsache. Diese Tatsache gehört aber nicht zu einem Straftatbestand. Wenn ein Irrtum darüber den Vorsatz ausschließen soll, müssen wir § 16 StGB analog anwenden. Die Zulässigkeit dieser Analogie hängt davon ab, ob der Grund dafür, dass der Täter eine institutionelle Tatsache, die zum gesetzlichen Tatbestand gehört, kennen muss, auch für einen Irrtum über die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zutrifft. Dass der Vorsatz des Täters sich auf das im Tatbestand bezeichnete Recht oder Rechtsverhältnis beziehen muss, liegt an deren unrechtskonstituierender Bedeutung. Der Täter, der eine Sache zerstört, von der er glaubt, dass sie in seinem Eigentum steht, hat nicht den Vorsatz, eine fremde Sache zu zerstören.

Nach *Böse* hängt nun der Unrechtsgehalt einer Tatbestandsverwirklichung auch davon ab, ob das deutsche Strafrecht nach § 3 ff. StGB auf sie anwendbar ist. Zur Begründung dafür führt er die Tatbestände der §§ 86 und 86a StGB an, bei denen die Begehung im Inland Tatbestandsmerkmal ist. Aber dies lässt sich nicht auf alle anderen Tatbestände verallgemeinern. Es hängt mit dem besonderen Rechtsgut

³⁹ Zeit Online v. 17.8.2016, abrufbar unter <https://www.zeit.de/wirtschaft/2016-08/kreuzfahrten-reedereien-steuern-sparen-ausflagung> (21.10.2022).

⁴⁰ *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 158.

⁴¹ Auf die Frage, ob auch der Täter vorsätzlich handelt, der sich der Kenntnis der Tatumstände aus Gleichgültigkeit von vornherein verschließt (Tatsachenblindheit), kommt es daher nicht an; diese Frage bejahend *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 583 (593 ff.); dagegen *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 2.

¹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31 m.w.N.

² *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 46 ff.; *dies.*, GA 1990, 145 (157).

dieser Tatbestände, dem Schutz der Anerkennung zusammen, das nur im Inland verletzt werden kann. Grundsätzlich hängt das Unrecht einer Tat nicht davon ab, dass sie auf deutschem Staatsgebiet begangen worden ist. Der Ausdruck, „das deutsche Strafrecht gilt für Taten ...“ in § 3 ff. StGB ist missverständlich, weil er den Eindruck erweckt, dass Taten, auf die sich die deutsche Strafgewalt nicht erstreckt, in Deutschland kein Unrecht sind. Dabei geht es doch nur um die Frage, ob der deutsche Staat die legitime Macht besitzt, sein Strafrecht in Bezug auf diese Tat durchzusetzen. Der Irrtum des Täters, dass dies nicht der Fall sei, konstituiert also nicht das Unrecht der Tat, ist also für den Vorsatz irrelevant.

Im Ergebnis ist *Böse* in diesem Punkt auch mit mir einig. Er behandelt den Irrtum wie einen Wertungsirrtum. Für ein wertendes Tatbestandsmerkmal gilt, dass der Täter, um vorsätzlich zu handeln, die tatsächlichen Voraussetzungen kennen muss, die im Einzelfall die tatbestandsmäßige Wertung begründen.³ Diese Aufspaltung stammt ursprünglich von *Roxin*, der sie nur für die von ihm sog. gesamtatbewertenden Merkmale oder rechtswidrigkeitsumschließende Merkmale wie unbefugt oder verwerflich angewandt hat, um zu verhindern, dass bei diesen Merkmalen der Irrtum über die Rechtswidrigkeit den Vorsatz ausschließt.⁴ Ich selbst habe den Gedanken auf alle bewertenden Tatbestandsmerkmale ausgedehnt und auf eine andere Grundlage gestellt: Das ist die Erkenntnis, dass eine bewertende Aussage die Tatsachen impliziert, die bewertet werden, sodass die Wertaussage einen anderen Sinn hat, wenn sie sich auf andere Tatsachen bezieht. Deshalb gehören die jeweils bewerteten Tatsachen i.S.v. § 16 StGB zum Tatbestand.⁵ Dass der Täter auch dann vorsätzlich handelt, wenn er diese Tatsachen nicht im Sinne des Tatbestandsmerkmals bewertet, hat seinen Grund darin, dass das Recht von den Bürgern grundsätzlich erwartet, die elementaren Wertungen des Strafrechts nachzuvollziehen.⁶

Diese Aufspaltung soll nach *Böse* auch für das Erfordernis gelten, dass die Tat der deutschen Strafgewalt unterliegt, er bezeichnet dies auch mehrfach als eine Wertung, nicht als institutionelle Tatsache. Aber welchen Inhalt soll diese Wertaussage haben? Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 3 ff. StGB sind vielfältig, kompliziert, durch die verschiedensten Zweckerwägungen motiviert und mitunter das Ergebnis politischen Zufalls. Ich kann ihnen keine Wertaussage abgewinnen. Es sind reine Festsetzungen des Gesetzgebers. Ein Bürger, der die Tatsachen kennt, um derentwillen gerade seine Tat der deutschen Strafgewalt unterliegt, wird schwerlich fähig sein, aus dieser Tatsachenkenntnis diesen Schluss zu ziehen, außer in dem einfachen Fall, dass er Deutscher ist und die Tat auf deutschem Boden begeht.

Abgesehen davon, wird sich wohl kaum ein Täter über diese Frage Gedanken machen, es sei denn, er wäre ein international agierender Wirtschaftskrimineller oder Steuerhinter-

zieher, der darauf Wert legt, der Strafgewalt bestimmter Staaten möglichst nicht ausgesetzt zu sein. *Böse* will diesem Wissensmangel mit der Denkfigur des sachgedanklichen Mitbewusstseins abhelfen. Ich habe vor einer leichthändigen Anwendung dieser Denkfigur gewarnt.⁷ Sie weist nur darauf hin, dass ein Täter die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals, die ihm klar und anschaulich vor Augen steht, nicht notwendig in Worte fassen muss, um das auf sie bezogene vorsatzbegründende Bewusstsein zu haben. Von sachgedanklichem Mitbewusstsein kann also nur bei Verhältnissen, insbesondere Dauerverhältnissen des Täters selbst die Rede sein, die inhaltlich eng mit der Tatbestandsverwirklichung zusammenhängen. Der Exhibitionist, der Frauen mit seiner Männlichkeit beeindrucken oder erschrecken will, wird nicht mit der Verteidigung gehört, dass ihm der Vorsatz gefehlt habe, weil er dabei gar nicht daran gedacht habe, dass er ein Mann ist. Der Beamte, der eine ihm verliehene Amtsbefugnis dazu nutzt, sich Schmiergelder zu verschaffen, kann den Vorsatz der Vorteilsannahme nicht mit der Begründung bestreiten, er sei sich dabei nicht dessen bewusst gewesen, dass er Amtsträger ist.⁸ Aber ich muss die Behauptung *Böses* bestreiten, dass Täter in der Regel ein – wenn auch noch so schwach ausgeprägtes – aktuelles Bewusstsein darüber haben, dass sie ihre Straftat auf deutschem Boden oder auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Schiff begehen; von den komplexen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach §§ 5 ff. StGB ganz zu schweigen. Das ist auch und gerade dann zu bestreiten, wenn es dem Täter gleichgültig ist.

³ *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 58 mit zahlr. Nachw. in Fn. 53.

⁴ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 105.

⁵ *Puppe*, GA 1990, 145 (173 ff.).

⁶ *Puppe*, GA 1990, 145 (176 f.).

⁷ *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 160 f.

⁸ *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 159.