

Martin Böse

Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung



Nomos



Martin Böse

Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung



Nomos

Die Open-Access-Veröffentlichung dieses Titels wurde durch die Dachinitiative „Hochschule.digital Niedersachsen“ des Landes Niedersachsen ermöglicht.

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 2023

© Martin Böse

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 (Print): 978-3-7560-0762-2

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1523-2

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748915232>



Onlineversion
Nomos eLibrary



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

Vorwort

Mit dem Begriff der Rechtshilfe in Strafsachen wird in Deutschland die Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens bezeichnet (vgl. § 59 Abs. 2 IRG). Nach diesem engen Verständnis wären die Übertragung und die Übernahme der Strafverfolgung keine Rechtshilfe, da ein ausländisches Verfahren entweder initiiert (Übertragung) oder eigenständig fortgeführt (Übernahme), aber nicht gefördert wird. Die Verfolgungsübernahme liegt damit gewissermaßen im toten Winkel des deutschen Rechtshilferechts, so dass es nicht verwunderlich ist, dass eine entsprechende Vorschrift im IRG bislang fehlt, sondern dort allenfalls fragmentarische Regelungen zu finden sind (vgl. zum spontanen Informationsaustausch § 92b Abs. 1 Nr. 2 lit. a IRG). Einen Teilaspekt der Verfolgungsübernahme regelt das materielle Strafrecht, das mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Voraussetzungen für die Anwendung deutschen Strafrechts festlegt, wenn ein Strafverfahren stellvertretend für einen ausländischen Staat geführt wird.

Dieses Buch ist ein Plädoyer dafür, die Übertragung und die Übernahme der Strafverfolgung als eigenständige Kooperationsform gesetzlich zu regeln. Mit der für diese Legislaturperiode geplanten Reform des IRG öffnet sich dafür ein Zeitfenster und damit eine Gelegenheit, sich von dem herkömmlichen (engen) Rechtshilfebegriff zu lösen und das IRG um einen Abschnitt über die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung zu erweitern. Zugleich zeichnet sich mit dem von der Kommission kürzlich vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung zur Übertragung von Strafverfahren ab, dass es in naher Zukunft ein unionsrechtliches Kooperationsinstrument geben wird, von dem zu erwarten ist, dass es auch auf die Zusammenarbeit mit Drittstaaten ausstrahlen wird. Ein rechtsvergleichender Blick auf die Schweiz und die Niederlande zeigt beispielhaft, wie eine deutsche Regelung aussehen könnte.

Bei der Arbeit an diesem Buch haben mich meine wissenschaftliche Hilfskraft Lara Geldsetzer und meine studentischen Hilfskräfte Carmina Esser, Oliver Heins und Matthias Kuhn tatkräftig unterstützt; ihnen sei daher an dieser Stelle herzlich gedankt. Zu danken habe ich ferner dem Nomos Verlag, namentlich Herrn Prof. Dr. Johannes Rux, der eine schnelle und reibungslose Veröffentlichung ermöglicht hat.

Bonn, im April 2023

Martin Böse

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
I. Einführung	15
II. Völkerrechtliche Verträge	19
1. Übertragung der Strafverfolgung (transfer of proceedings)	19
a) Europäisches Übereinkommen zur Ahndung von Zu widerhandlungen im Straßenverkehr	19
b) Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung	20
c) UN-Modell-Übereinkommen zur Übertragung der Strafverfolgung	24
d) Regelungen in deliktsspezifischen Übereinkommen	25
2. Verfolgungsübernahme bei verweigerter Auslieferung (aut dedere aut iudicare)	27
a) Gründe für die Nichtauslieferung	28
b) Auslieferungersuchen als Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung?	30
c) Verfolgungspflicht des Übernahmestaates	31
3. Anzeigen zur Strafverfolgung („laying of information in connection with proceedings“)	32
4. Informationsübermittlung ohne Ersuchen („spontaneous information“)	37
III. Unionsrecht	39
1. Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren	39
2. Konkurrierende Strafgerichtsbarkeit als Ablehnungsgrund (Europäischer Haftbefehl)	42
3. Spontane Informationsübermittlung	45
4. Übertragung der Strafverfolgung (Rahmenbeschlussentwurf)	46

5. Übertragung der Strafverfolgung (Verordnungsvorschlag)	50
IV. Die Verfolgungsübernahme im deutschen Recht	55
1. Rechtshilferecht	55
a) Regelung in Verwaltungsvorschriften (RiVAST)	55
b) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	56
c) Spontane Informationsübermittlung (§ 61a IRG)	58
d) Verfolgungsübernahme als sonstige Rechtshilfe?	60
e) Internationale Übereinkommen (Art. 21 EuRhÜbk)	61
2. Beendigung des inländischen Strafverfahrens nach Übertragung der Strafverfolgung	65
a) Einstellung bei Auslandstaten (§ 153c StPO)	66
b) Einstellung bei Auslieferung (§ 154b StPO)	66
c) Teileinstellung bei mehreren Taten (§ 154 StPO)	67
d) Abwesenheit als vorübergehendes Verfahrenshindernis (§ 154f StPO)	70
e) Zwischenergebnis	70
3. Inländisches Strafverfahren nach Übernahme der Strafverfolgung	71
a) Ausübung originärer (deutscher) Strafgewalt	71
b) Stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 StGB und bilaterale Regelungen)	72
aa) Einordnung als stellvertretende Strafrechtspflege	73
bb) Umsetzung des Grundsatzes der stellvertretenden Strafrechtspflege	76
(1) Verfolgung von Taten im „Niemandland“ (§ 7 Abs. 2 Alt. 2 StGB)	77
(2) Strafbarkeit nach deutschem Recht und sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts	78
(3) Tatortstrafbarkeit und Verfolgungshindernisse	82
(4) Anwendung des mildernden Tatortrechts (lex mitior)	84
(5) Gründe der Nichtauslieferung und Verzicht auf ein Verfolgungsersuchen	85
cc) Legitimation „stellvertretender“ Strafrechtspflege über inländische Verfolgungsinteressen?	88

4. Verfassungsrechtliche Grenzen	90
a) Nullum crimen, nulla poena sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG)	90
aa) Stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB)	92
bb) Ausführungsgesetze zur bilateralen Verfolgungsübernahme	94
b) Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S 2 GG)	95
c) Gerichtlicher Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)	98
V. Die Verfolgungsübernahme in ausländischen Rechtsordnungen	103
1. Schweiz	103
a) Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)	105
b) Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)	107
c) Stellvertretende Strafrechtspflege (Art. 7 StGB)	112
2. Niederlande	115
a) Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)	116
b) Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)	118
c) Stellvertretende Strafrechtspflege ohne Verfolgungsübernahme	122
3. Zwischenfazit	124
VI. Die Verfolgungsübernahme im System der Rechtshilfe	127
1. Stellvertretende Strafrechtspflege als Rechtshilfe	127
2. Verfolgungsübernahme als primäre Rechtshilfe	129
3. Parallelen zur Vollstreckungshilfe	131
a) Eingehende Ersuchen (§§ 49, 57, 58 IRG)	131
b) Ausgehende Ersuchen (§ 71 IRG)	132
VII. Rechtspolitische Folgerungen	139
1. Notwendigkeit einer gesetzlichen (Neu-)Regelung	139
2. Ziel und Anwendungsbereich	140
3. Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)	143
4. Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)	150

5. Strafanwendungsrecht	157
a) Stellvertretende Strafrechtspflege	157
b) Strafgewalt über sonstige Auslandstaten	164
6. Gesetzesvorschlag	166
Literaturverzeichnis	171

Abkürzungsverzeichnis

2. ZP-EuRhÜbk	Zweites Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum EuRhÜbk (BGBl. 2014 II S. 1039)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
BBl	Bundesblatt
BGBI	Bundesgesetzblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
CH-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 13.11.1969 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1975 II S. 1171)
CZ-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 2.2.2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik zum EuRh-Übk vom 20.4.1959 (BGBl. 2001 II S. 735).
Datenschutz-RL	Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, ABl. EU L 119/89
EuAlÜbk	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (BGBl. 1964 II S. 1371)
EuCompKrimÜbk	Übereinkommen des Europarats gegen Computerkriminalität vom 23.11.2001 (BGBl. 2008 II S. 1242)
EuRhÜbk	Europäisches Rechtshilfeübereinkommen vom 20.4.1959 (BGBl. 1964 II S. 1386)
EU-RhÜbk	Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000 (ABl. EU C 197/1, BGBl. 2006 II S. 1379)
EuStVÜbk	Europäisches Übereinkommen über die Ahndung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr vom 30.11.1964, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 52
EuTerrPrävÜbk	Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16.5.2005 (BGBl. 2011 II S. 301)

EuVerfolgÜbk	Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung vom 15.5.1972, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 73
F-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 24.10.1974 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik zum EuRh-Übk vom 20.4.1959 (BGBl. 1978 II S. 329).
FS	Festschrift
I-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 24.10.1979 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik zum EuRh-Übk vom 20.4.1959 (BGBl. 1982 II S. 111).
IL-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 20.7.1977 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1980 II S. 1334).
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Deutschland)
IRSG	Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Schweiz)
JugRhÜbk	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 1.10.1971 (BGBl. 1974 II S. 1165)
NL-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 30.8.1979 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1981 II S. 1158)
Ö-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 31.1.1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1975 II S. 1157).
PL-ErgV-EuRhÜbk	Vertrag vom 17.7.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 2004 II S. 531).
RbEuHb	Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl vom 13.6.2002 (ABl. L 190 vom 18.7.2002 S. 1)
RbKompKonfl	Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren vom 30.11.2009 (ABl. L 328/42)
RbÜbVerfolg-E	Entwurf eines Rahmenbeschlusses des Rates über die Übertragung von Strafverfahren, Ratsdokument 11119/09 vom 29.6.2009
RiVAST	Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten

Rn.	Randnummer
S.	Siehe / Seite
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen vom 14.6.1990 (BGBl. 1993 II S. 1013)
schwStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
Sr	wetboek van strafrecht (niederländisches Strafgesetzbuch)
Sv	wetboek van strafvordering (niederländische Strafprozessordnung)
ÜbStrVO-E	Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Übertragung von Verfahren in Strafsachen vorgelegt endgültig vom 5.4.2023 (KOM (2023) 18)
UN-KorrÜbk	Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003 (BGBl. 2014 II S. 763)
UN-OrgKrimÜbk	Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000 (BGBl. 2005 II S. 954)
UN-SuchtstÜbk	Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988 (BGBl. 1993 II S. 1136)
UN-TerrBombÜbk	UN-Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge vom 15.12.1997 (BGBl. 2002 II S. 2507)
UN-TerrFinÜbk	UN-Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9.12.1999 (BGBl. 2003 II S. 1924)
UN-VerfolgÜbk	UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Resolution der UN-Generalversammlung vom 14.12.1990, A/RES/45/118

Im Übrigen wird hinsichtlich der im Text verwendeten Abkürzungen verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 10. Aufl., Berlin 2021.

I. Einführung

Im Vergleich zu anderen Instrumenten der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen führt die Übertragung und Übernahme von Strafverfahren in Deutschland ein Schattendasein. Anders als ausländische Rechtsordnungen wie beispielsweise die der Schweiz oder der Niederlande¹ ist diese Kooperationsform im IRG allenfalls fragmentarisch geregelt, und auch die Vorschrift über die stellvertretende Strafrechtspflege für einen ausländischen Staat (§ 7 StGB) wird nicht durch rechtshilferechtliche Bestimmungen ergänzt.

Dieser Befund steht in einem bemerkenswerten Kontrast zur praktischen Bedeutung der Verfolgungsübernahme in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. Nach einer kürzlich veröffentlichten empirischen Studie zur praktischen Anwendung dieses Kooperationsinstruments in neun Mitgliedstaaten der Europäischen Union findet eine Übertragung der Strafverfolgung vor allem in drei Konstellationen statt:² Bei der Verfolgung schwerer grenzüberschreitender Kriminalität (z.B. Sprengung von Geldautomaten, Menschen- und Drogenhandel) können Strafverfahren auf diese Weise in dem Mitgliedstaat konzentriert werden; dabei können sowohl die Verfügbarkeit von Beweismitteln als auch der Aufenthaltsort der Verdächtigen berücksichtigt werden.³ Die zweite Konstellation betrifft andere Straftaten mit einem grenzüberschreitenden Bezug; so kann es bei einer Beziehungstat während eines Urlaubs sinnvoll sein, dass das Strafverfahren im Heimatstaat von Täter und Opfer durchgeführt wird. Eine Übertragung der Strafverfolgung kann schließlich drittens bei Bagatelldelikten in Grenzregionen (z.B. Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr) angebracht sein.

Die praktische Relevanz spiegelt sich auch in einem jüngst erschienenen Bericht von Eurojust wider, wonach Eurojust von 2019 bis 2021 in insgesamt 505 Fällen an einer Übertragung der Strafverfolgung beteiligt war.⁴ Die Zahl der unmittelbar zwischen den Mitgliedstaaten gestellten

1 S. dazu unten Kapitel 5.

2 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 20 ff.

3 S. auch *de Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (455); tendenziell ablehnend zur Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB: BGH NStZ 2010, 30 (31); s. dazu *K.M. Heine*, S. 38 ff.

4 Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 3.

und bewilligten Ersuchen dürfte deutlich höher liegen.⁵ Der Eurojust-Bericht unterscheidet dabei die Übernahme der Strafverfolgung durch einen Mitgliedstaat nach parallel geführten Ermittlungen, die Übertragung der Strafverfolgung als Alternative zum Europäischen Haftbefehl (Ausstellung unverhältnismäßig, Vollstreckung abgelehnt) und zur Vermeidung eines Abwesenheitsverfahrens.⁶ Wie insbesondere die erste Fallgruppe zeigt, kann die Übertragung der Strafverfolgung zugleich zur Beilegung positiver Jurisdiktionskonflikte genutzt werden.⁷

Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfolgungsübernahme in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem daraus resultierenden Problem für die Anwendungspraxis erscheint ein unionsrechtliches Kooperationsinstrument zur Übertragung der Strafverfolgung geboten.⁸ Die Kommission hat kürzlich einen entsprechenden Verordnungsvorschlag vorgelegt (s. dazu unten III.5.).⁹ Ein verfahrensrechtlicher Rahmen für die Übertragung der Strafverfolgung ist allerdings nicht nur für die Zusammenarbeit innerhalb der Union, sondern auch im Verhältnis zu Drittstaaten bedeutsam. Die Initiative der Kommission könnte daher für den deutschen Gesetzgeber Anlass sein, eine (allgemeine) gesetzliche Regelung zur Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung in Erwägung zu ziehen. Diese Untersuchung soll dazu beitragen, auf der Grundlage der bestehenden Vorschriften und der Analyse ihrer Defizite auszuleuchten, wie eine gesetzliche (Neu-)Regelung der Übertragung und der Übernahme der Strafverfolgung aussehen könnte.

Der Gegenstand der Untersuchung wird mit dem Begriff der Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung umrissen. Dieser bezeichnet den Vorgang, dass ein Staat die Strafverfolgung auf einen anderen Staat überträgt, der das betreffende Strafverfahren von dem erstgenannten Staat übernimmt und fortführt. Gegenstand der Übertragung ist die Strafverfol-

5 Statistische Angaben sind leider nur in wenigen Mitgliedstaaten verfügbar, *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 19. Im Jahr 2021 wurden in der Schweiz 232 ausgehende Verfolgungersuchen und 154 eingehende Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung registriert, s. den Tätigkeitsbericht des Bundesamts für Justiz (BJ), Mai 2022, S. 26. Österreich verzeichnete im Jahr 2018 sogar mehr als 1900 ausgehende und etwas weniger als 500 eingehende Ersuchen, s. *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 20.

6 Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 11 ff.

7 *de Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (457).

8 Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 5 ff., 32; *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 51 f.

9 KOM (2023) 185 endg. Vom 5.4.2023.

gung, d.h. nicht die Vollstreckung einer bereits verhängten Strafe. Im Unterschied zur international geläufigen Terminologie („transfer of criminal proceedings“) wird deshalb nicht der Begriff Übertragung von „Strafverfahren“ verwendet, der – zumindest in der innerstaatlichen Terminologie – auch das Vollstreckungsverfahren umfasst¹⁰, sondern den Begriff „Strafverfolgung“, der eine präzise Abgrenzung zur Übernahme der Strafvollstreckung (vgl. §§ 48 ff. IRG) ermöglicht.

Die förmliche Übertragung der Strafverfolgung setzt ein entsprechendes Ersuchen und dessen Bewilligung durch den ersuchten Staat voraus. Das Ersuchen wird dabei in der Regel vom übertragenden Staat gestellt. Es erscheint zwar nicht ausgeschlossen, dass ein Staat im eigenen Interesse bereit ist, ein Strafverfahren zu übernehmen, und ein entsprechendes Ersuchen initiiert.¹¹ Für die Terminologie orientiert sich der folgende Beitrag indes am Regelfall, wonach der übertragende zugleich der ersuchende, der übernehmende zugleich der ersuchte Staat ist. Neben der förmlichen Übertragung der Strafverfolgung besteht die Möglichkeit, dass ein Staat ohne ausdrückliches Ersuchen bzw. auf eine entsprechende Anzeige hin die Strafverfolgung übernimmt (s.u. II.2., 3.). In diesem Fall werden die beteiligten Staaten daher als übertragender Staat und übernehmender Staat bezeichnet.

Wenngleich die Verfolgungsübernahme im IRG bislang nicht geregelt ist, finden sich bereits im geltenden Recht durchaus Vorschriften, die als Grundlage für eine Übertragung oder Übernahme der Strafverfolgung in Betracht kommen. Einschlägige Regelungen finden sich insbesondere in völkerrechtlichen Verträgen aufbauen (Kapitel II). In die Analyse werden dabei auch Verträge einbezogen, die bislang nicht von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert worden sind, soweit sich aus diesen Ansätze für eine gesetzliche Regelung ergeben könnten. Derartige Ansätze finden sich auch in unionsrechtlichen Kooperationsinstrumenten, auf die danach eingegangen werden soll (Kapitel III).

Die völker- und unionsrechtlichen Kooperationsmechanismen schärfen den Blick für die Defizite des deutschen Rechts, das im folgenden Teil in den Blick genommen und darauf untersucht wird, ob und inwieweit die Verfolgung von Straftaten nach dem geltenden Recht übertragen bzw.

10 S. nur *Kindhäuser/Schumann*, Straßprozessrecht, § 3 Rn.1.

11 *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 IRG Rn. 18; s. zur Vollstreckungshilfe: Art. 2 Abs. 3 Überstellungsübereinkommen vom 21.3.1983 (BGBl. 1991 II S. 1007).

übernommen werden kann (Kapitel IV). Dieser Teil behandelt neben verfahrensrechtlichen Aspekten auch die stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) und (potentielle) verfassungsrechtliche Grenzen der Verfolgungsübernahme. Dem deutschen Recht wird anschließend die Ausgestaltung der Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung in der Schweiz und in den Niederlanden gegenübergestellt, um daraus Ansätze zu einer gesetzlichen Regelung in Deutschland zu entwickeln (Kapitel V). Diesem Zweck dient auch der folgende Teil zur systematischen Einordnung der Verfolgungsübernahme in das deutsche Rechtshilferecht, in dem Parallelen zur Vollstreckungshilfe aufgezeigt werden (Kapitel VI). Auf der Grundlage werden schließlich rechtspolitische Folgerungen gezogen und ein Vorschlag für eine gesetzliche Regelung entwickelt (Kapitel VII).

II. Völkerrechtliche Verträge

Regelungen zur Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung finden sich in einer Reihe von völkerrechtlichen Verträgen. Diese regeln die förmliche Übertragung der Strafverfolgung auf der Grundlage eines entsprechenden Ersuchens (1.), die Übernahme der Strafverfolgung nach Ablehnung einer Auslieferung (2.) und der Übermittlung von Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung (3.).

1. Übertragung der Strafverfolgung (*transfer of proceedings*)

Die Übertragung der Strafverfolgung ist in mehreren Verträgen als gegenüber Auslieferung und (sonstiger) Rechtshilfe eigenständiges Kooperationsinstrument ausgestaltet worden. Besondere Bedeutung haben dabei die Abkommen, die einen allgemeinen völkervertraglichen Rahmen für die Übertragung der Strafverfolgung festlegen [a) -c)]. Einschlägige Bestimmungen finden sich daneben aber auch in internationalen Übereinkommen, die auf die Verfolgung bestimmter Straftaten gerichtet sind [d)].

a) Europäisches Übereinkommen zur Ahndung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr

Bereits im Jahr 1964 entstand im Rahmen des Europarats das Übereinkommen über die Ahndung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr (EuStVÜbk)¹², das bei Straßenverkehrsdelikten dem Tatortstaat die Möglichkeit eröffnete, den Heimat- bzw. Aufenthaltsstaat des Täters um Übernahme der Strafverfolgung zu ersuchen (Art. 1 Abs. 1 EuStVÜbk). Die zuständigen Behörden des Aufenthaltsstaats entscheiden nach dessen Recht, ob dem Ersuchen stattzugeben ist (Art. 4 EuStVÜbk); die Übernahme der Verfolgung und die Einleitung eines inländischen Strafverfahrens liegt al-

12 Europäisches Übereinkommen über die Ahndung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr vom 30.11.1964, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 52.

lerdings im Ermessen des Aufenthaltsstaates.¹³ Übernimmt der Aufenthaltsstaat die Verfolgung, so wird das Strafverfahren nach dem dort geltenden Recht durchgeführt; allerdings sind die am Tatort geltenden Verkehrsregeln zugrunde zu legen (Art. 2 Abs. 2 EuStVÜbk). Nach Stellung des Ersuchens darf der Tatortstaat das Strafverfahren nicht fortsetzen; er kann die Strafverfolgung aber wiederaufnehmen, wenn das Ersuchen abgelehnt oder zurückgezogen worden ist (Art. 5 EuStVÜbk). Die Stellung des Ersuchens unterbricht die Verjährung im Tatortstaat; die Verjährungsfrist beginnt mit der Rücknahme oder Ablehnung des Ersuchens, spätestens aber sechs Monate nach Stellung des Ersuchens neu zu laufen (Art. 6 EuStVÜbk). Wie sich aus dem Titel des Übereinkommens ergibt, ist der Anwendungsbereich des Vertrags allerdings auf Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr (z.B. Unfallflucht, Trunkenheitsfahrt, Geschwindigkeitsverstöße) beschränkt.¹⁴ Die praktische Bedeutung des Übereinkommens blieb gering, da es nur von fünf Staaten ratifiziert wurde.¹⁵

b) Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung

Mit dem Europäischen Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung (EuVerföÜbk)¹⁶ wurde wenige Jahre später ein allgemeiner Kooperationsmechanismus für sämtliche Straftaten geschaffen. Mit der einvernehmlichen Übertragung der Strafverfolgung auf der Grundlage eines entsprechenden Ersuchens sollen positive Jurisdiktionskonflikte im Interesse einer geordneten (d.h. fairen und effektiven) Strafrechtspflege gelöst und

13 Erläuternder Bericht (explanatory report), S. 6 (und S. 5 zu Art. 1 Abs. 3 EuStVÜbk); s. auch *Lagodny*, Gutachten, S. 76.

14 Näher Art. 24 lit. a i.V.m. Anhang I EuStVÜbk.

15 Dänemark, Frankreich, Rumänien, Schweden und Zypern, s. die Angaben unter <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyname=052> (16.5.2023). Von Deutschland ist das Übereinkommen nicht ratifiziert worden, da die darin ebenfalls geregelte Vollstreckung ausländischer Urteile (Art. 8 ff. EuStVÜbk) ein zum damaligen Zeitpunkt im deutschen Recht noch nicht vorgesehenes Exequatur-Verfahren (vgl. §§ 48 ff. IRG) voraussetzt, s. die Vorbemerkungen zum Übereinkommen, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.).

16 Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung vom 15.5.1972, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 73.

beigelegt werden.¹⁷ Das Übereinkommen enthält daher einen ausführlichen Katalog von Gründen, auf die ein Ersuchen gestützt werden kann (Art. 8 EuVerfolgÜbk); diese Gründen lassen sich in drei Gruppen einteilen:¹⁸ Ein Übernahmeersuchen kann an den Heimat- bzw. Wohnsitzstaat der verfolgten Person gerichtet werden (s. bereits Art. 1 Abs. 1 EuStVÜbk), um diesem die Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte zu erleichtern und seine Resozialisierungschancen zu verbessern (Art. 8 Abs. 1 lit. a, b, f EuVerfolgÜbk). Eine Übertragung kann aus prozessökonomischen Gründen erfolgen, weil die beschuldigte Person im Übernahmestaat bereits wegen einer anderen Tat verfolgt wird, dort eine Strafe verbüßt oder sich die wichtigsten Beweismittel in diesem Staat befinden (Art. 8 Abs. 1 lit. c, d, e EuVerfolgÜbk). Schließlich kann eine Übertragung geboten sein, weil die Abwesenheit der verfolgten Person einer Strafverfolgung bzw. anschließenden Strafvollstreckung im übertragenden Staat entgegensteht (Art. 8 Abs. 1 lit. g, h EuVerfolgÜbk).

Für ein solches Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung sieht das Übereinkommen obligatorische und fakultative Ablehnungsgründe vor. Das Ersuchen ist abzulehnen, wenn das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit (Art. 7 EuVerfolgÜbk) nicht gegeben, eine Verfolgung durch den Grundsatz „ne bis in idem“ ausgeschlossen, oder die Tat im Übertragungsstaat bereits verjährt ist (Art. 10 EuVerfolgÜbk). Der Katalog der fakultativen Ablehnungsgründe ist erheblich länger und übernimmt eine Reihe traditioneller Rechtshilfeshindernisse, u.a. für politische, militärische oder fiskalische Taten, Gefahr politischer Verfolgung, Verjährung im Übernahmestaat, Vorliegen einer Auslandstat, Verstöße gegen den internationalen oder nationalen ordre public (Art. 11 lit. d-k EuVerfolgÜbk). Die Übernahme der Strafverfolgung kann aber auch und vor allem abgelehnt werden, wenn die für das Ersuchen angegebenen Gründe (Art. 8 EuVerfolgÜbk) nicht vorliegen oder der ersuchte Staat nicht Heimat- bzw. Aufenthaltsstaat der beschuldigten Person ist (Art. 11 lit. a-c EuVerfolgÜbk), dieser Staat mithin nicht besser geeignet zur Durchführung des Strafverfahrens ist und eine Verfolgungsübernahme somit nicht im Interesse der Strafrechtspflege liegt.

17 S. zum Ziel des EuVerfolgÜbk den erläuternden Bericht (explanatory report), Rn. 1 ff., 15 ff., Rn. 31 („a transfer of proceedings is designed to serve the interests of a proper administration of justice“).

18 *Lagodny*, Gutachten, S. 79; *Pappas*, S. 129 f.; s. auch *von Bubnoff*, S. 94 f.; *Knittel*, Jura 1989, 581 (585).

Gibt der Übernahmestaat dem Ersuchen statt, führt er das Strafverfahren auf der Grundlage seines innerstaatlichen Rechts durch (Art. 9 Abs. 1 EuVerfolgÜbk; s. auch Art. 25 S. 1 EuVerfolgÜbk zum materiellen Strafrecht). Die Übernahme lässt die Ausübung eines danach bestehenden Verfolgungsermessens (Opportunitätsprinzip) unberührt.¹⁹ Die Anwendung des inländischen Rechts wird allerdings dadurch modifiziert, dass ein im übertragenden Staat gestellter Strafantrag oder ein dort vorgenommener verjährungsunterbrechender Verfahrensakt die gleichen Rechtswirkungen entfaltet wie ein Antrag bzw. Verfahrensakt, der im übernehmenden Staat gestellt oder vorgenommen worden wäre (Art. 24 Abs. 1, Art. 26 Abs. 2 EuVerfolgÜbk). Ist ein Strafantrag nur nach dem Recht des ersuchten Staates erforderlich, so kann dieser die Strafverfolgung auch ohne Strafantrag durchführen, wenn die antragsberechtigte Person nicht innerhalb eines Monats widerspricht (Art. 24 Abs. 2 EuVerfolgÜbk). Der übertragende Staat darf den Täter nach der Stellung des Ersuchens nicht weiter verfolgen, erlangt seine Verfolgungsbefugnis aber wieder, wenn er das Ersuchen zurückzieht, die Übernahme abgelehnt wird oder der Übernahmestaat das Verfahren eingestellt hat (Art. 21 EuVerfolgÜbk). Um der Dauer des (erfolglosen) Übertragungsverfahrens Rechnung zu tragen, verlängert sich die Frist für die Verfolgungsverjährung in diesem Fall um sechs Monate (Art. 22 EuVerfolgÜbk).

Um das mit dem Übereinkommen verfolgte Ziel zu erreichen, dass das Strafverfahren in dem für die Verfolgung am besten geeigneten Staat durchgeführt wird, sieht das Übereinkommen vor, dass die Strafverfolgung auch auf einen Staat übertragen werden kann, der nicht bereits auf der Grundlage seines eigenen Strafrechts zur Verfolgung der Tat berechtigt ist (originäre Strafgewalt), sondern nur auf Ersuchen eines anderen Vertragsstaats, dessen Strafrecht auf die Tat anwendbar ist, die Verfolgung dieser Tat übernimmt (Art. 2 Abs. 1 EuVerfolgÜbk). Die Strafgewalt des übernehmenden Staates wird in diesem Fall von derjenigen des übertragenden Staates abgeleitet (derivative Strafgewalt) und kann daher nur auf dessen Ersuchen ausgeübt werden (Art. 2 Abs. 2 EuStÜbk). Da die Strafverfolgung über die Strafgewalt des übertragenden Staates begründet wird, muss der Übernahmestaat die Verfolgung einstellen, wenn der Strafanspruch nach dem Recht des Übertragungsstaates erloschen ist (Art. 4 EuVerfolgÜbk). Aus dem gleichen Grund wird das nach dem Recht des Übernahmestaates

19 S. den erläuternden Bericht (explanatory report), S. 19 (zu Art. 9).

maßgebliche materielle Strafrecht durch die poena-mitior-Regel dahingehend modifiziert, dass keine strengere Strafe verhängt werden darf als im Recht des Übertragungsstaates vorgesehen ist (Art. 25 S. 2 EuVerfolgÜbk). Das rechtshilferechtliche Verständnis der beiderseitigen Strafbarkeit führt zudem dazu, dass das materielle Strafrecht auch auf Tatbestandsseite anzupassen ist: Da das Strafrecht des Übernahmestaates nicht aus sich heraus Anwendung findet, ist die Tat nach dessen Recht nicht strafbar; dementsprechend verlangt das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nur, dass die Tat bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts (Begehung der Tat im Inland, durch oder gegen einen inländischen Amtsträger etc.) nach dem Recht des Übernahmestaates strafbar wäre (Art. 7 EuVerfolgÜbk). Der auf diese Weise inhaltlich angepasste Straftatbestand ist dann auch Grundlage der im Übernahmestaat verhängten Strafe.²⁰ Um der Dauer des Übertragungsverfahrens Rechnung zu tragen, wird die Verjährungsfrist bei der Ausübung abgeleiteter Straf Gewalt um sechs Monate verlängert (Art. 23 EuVerfolgÜbk).

Das Übereinkommen enthält darüber hinaus eingehende Regelungen (Form und Inhalt von Ersuchen, Geschäftswege, ergänzende Auskünfte, Unterrichtungspflichten, Übersetzung von Unterlagen, Kosten) zum zwischenstaatlichen Übertragungsverfahren (Art. 13 ff. EuVerfolgÜbk). Eine Anhörung der verfolgten Person ist nur im Übernahmestaat vorgesehen und auf die Übertragung von Strafverfahren beschränkt, die auf abgeleiteter Straf Gewalt beruhen (Art. 17 EuVerfolgÜbk; s.o. zu Art. 2 EuVerfolgÜbk).

Dem EuVerfolgÜbk wurde größerer Erfolg zuteil als dem EuStVÜbk, es wurde insgesamt von 25 Staaten ratifiziert.²¹ Unter den Vertragsstaaten finden sich allerdings nur 13 Mitgliedstaaten der Union. Die geringe Akzeptanz dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass die Ausübung abgeleiteter Straf Gewalt auf ein entsprechendes Ersuchen im Hinblick auf den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ als bedenklich angesehen wurde. Diese Bedenken werden im erläuternden Bericht zum EuVerfolgÜbk mit dem Argument zurückgewiesen, dass das Übereinkommen die Straf Gewalt einer jeden Vertragspartei für Taten begründet, auf die

20 Kritisch insoweit *Oehler*, Rn. 688.

21 Albanien, Armenien, Bosnien-Herzegovina, Bulgarien, Dänemark, Estland, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Moldawien, Montenegro, Niederlande, Nordmazedonien, Norwegen, Österreich, Rumänien, Russland, Schweden, Serbien, Slowakei, Spanien, Tschechien, Türkei, Ukraine, Zypern. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=073> (16.5.2023).

das Strafrecht einer anderen Vertragspartei anwendbar ist, die Ausübung dieser (abgeleiteten) Strafgewalt aber von einem Ersuchen der originär zur Strafverfolgung berufenen Vertragspartei abhängig macht (Art. 2 EuVerfolgÜbk). Diese Regelung verstöße nicht gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“, weil die Strafgewalt bereits mit dem Übereinkommen und nicht nachträglich durch das Verfolgungersuchen begründet werde.²² Es wird also zwischen der Begründung von Strafgewalt (durch Ratifikation des EuVerfolgÜbk) und deren Ausübung (auf Ersuchen) unterschieden.²³ In Deutschland wurde an dieser Konstruktion indes kritisiert, dass die Gründe für eine Übertragung der Strafverfolgung, insbesondere bei der Ausübung abgeleiteter Strafgewalt, nur noch entfernt mit Tat und Täter in Verbindung stehen. Welcher Staat schließlich die Verfolgung übernimmt, sei für den Täter damit nicht mehr vorhersehbar und könne sich zudem aufgrund nachträglich eintretender Umstände durch ein entsprechendes Ersuchen wieder ändern; dies verstöße gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG).²⁴ Die unterbliebene Unterzeichnung und Ratifikation durch die Bundesrepublik Deutschland wird dementsprechend auf die verfassungsrechtlichen Implikationen zurückgeführt, die mit einer solchen Konstruktion der Begründung und Ausübung abgeleiteter Strafgewalt verbunden sind.²⁵ Auf diese Bedenken wird bei der Analyse des deutschen Rechts zurückzukommen sein.

c) UN-Modell-Übereinkommen zur Übertragung der Strafverfolgung

Ungeachtet dieser Einwände prägte das EuVerfolgÜbk weite Teile des UN-Modell-Übereinkommens zur Übertragung der Strafverfolgung (UN-VerfolgÜbk) aus dem Jahr 1990.²⁶ Dieses Modell-Übereinkommen erstreckt die Übertragung der Strafverfolgung im Interesse einer geordneten Strafrechtspflege auch auf die Ausübung derivativer Strafgewalt (Art. 1 Abs. 2 UN-VerfolgÜbk). Die Voraussetzungen eines Ersuchens und die Ablehnungsgründe

22 Erläuternder Bericht zum EuVerfolgÜbk, S. 12 (Abschnitt 31.2.); ebenso *Lagodny*, Gutachten, S. 119; *Pappas*, S. 136 f.

23 *Ludwiczak*, S. 131; *dies.*, NJECL 2010, 343 (349).

24 *Oehler*, Rn. 688; zustimmend von *Bubnoff*, S. 91 f.; s. dagegen *Pappas*, S. 138 f.

25 *Trautmann*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, II D 7 Rn. 5 (S. 1304); s. auch *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (992).

26 UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Resolution der UN-Generalversammlung vom 14.12.1990, A/RES/45/118.

werden allerdings weniger detailliert geregelt. Die Übernahme wird an das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit geknüpft (Art. 6 UN-VerfolgÜbk) und kann abgelehnt werden, wenn es sich bei der verfolgten Tat um ein politisches, militärisches, oder fiskalisches Delikt handelt oder der Übernahmestaat nicht der Heimat- oder Aufenthaltsstaat der verfolgten Person ist (Art. 7 UN-VerfolgÜbk). Mit der Übernahme der Verfolgung ist eine Strafverfolgung im Übertragungsstaat ausgeschlossen (Art. 10 UN-VerfolgÜbk). Die Strafverfolgung richtet sich nach dem Recht des Übernahmestaates, allerdings sind der Tatbestand und die Rechtsfolge erforderlichenfalls anzupassen (Art. 11 Abs. 1 UN-VerfolgÜbk; s. oben zur beiderseitigen Strafbarkeit und zur poena-mitior-Regel); darüber hinaus sind Strafanträge und Verfahrenshandlungen im übertragenden Staat so zu behandeln, als seien sie im Übernahmestaat vorgenommen worden (Art. 11 Abs. 2 UN-VerfolgÜbk; s. oben zu Art. 24, 26 EuVerfolgÜbk).

Ein wesentlicher Vorzug des UN-Modell-Übereinkommens liegt in der Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten und Opfern:²⁷ Der verfolgten Person wird das Recht eingeräumt, in beiden Staaten auf eine Übertragung der Strafverfolgung hinzuwirken (Art. 8 Abs. 1 UN-VerfolgÜbk), und die Anhörung im Übernahmestaat ist nicht auf die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt beschränkt (Art. 8 Abs. 2 UN-VerfolgÜbk). Darüber hinaus müssen Übertragungs- und Übernahmestaat gewährleisten, dass die Rechte des Opfers, insbesondere Entschädigungs- und Wiedergutmachungsansprüche, durch die Übertragung der Strafverfolgung nicht beeinträchtigt werden (Art. 9 UN-VerfolgÜbk).

d) Regelungen in deliktsspezifischen Übereinkommen

Die Übertragung der Strafverfolgung wird schließlich in mehreren internationalen Übereinkommen als eigenständiges Rechtshilfeinstrument anerkannt. So hält Art. 8 des UN-Suchtstoff-Übereinkommens (UN-SuchtstÜbk)²⁸ die Vertragsstaaten zur Prüfung der Möglichkeit an, die Strafverfolgung wegen einer vom Übereinkommen erfassten Straftat einem anderen Vertragsstaat zu übertragen, wenn dies dem Interesse einer geordneten Rechtspflege dienlich erscheint. Ähnliche Regelungen enthalten Art. 21

²⁷ Pappas, S. 128.

²⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988 (BGBl. 1993 II S. 1136).

des UN-Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (UN-OrgKrimÜbk)²⁹ und Art. 47 des UN-Übereinkommens gegen Korruption (UN-KorrÜbk)³⁰, wonach eine Übertragung der Strafverfolgung insbesondere zur Konzentration der Strafverfolgung in Betracht kommt, wenn mehrere Gerichtsbarkeiten betroffen sind. Die Bedingungen, unter denen eine Übertragung der Strafverfolgung in diesen Fällen stattfindet, werden nicht näher geregelt. Gleichwohl werden zur Konkretisierung der Interessen an einer geordneten Rechtspflege die Kriterien nach Art. 8 EuVerfolgÜbk herangezogen.³¹ Wie der Wortlaut der genannten Vorschriften erkennen lässt („shall give consideration“ / „shall consider“), begründen diese keine vertragliche Verpflichtungen zur Übertragung (oder Übernahme) der Strafverfolgung, sondern nur zur Prüfung, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und die dafür erforderlichen Grundlagen im nationalen Recht, ggf. auch durch Abschluss bilateraler oder multilateraler Verträge schaffen.³² Die vertraglichen Regelungen knüpfen damit zwar konzeptionell und begrifflich („transfer of proceedings“) an das EuVerfolgÜbk und das UN-VerfolgÜbk an, überlassen aber die nähere Ausgestaltung dieses Instruments den Vertragsstaaten. Der deutsche Gesetzgeber sah insoweit keinen Umsetzungsbedarf, da eine Übertragung der Strafverfolgung durch die Erstattung und Entgegennahme von Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 21 EuRhÜbk, s.u. 3.) nach deutschem Recht möglich sei.³³

29 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000 (BGBl. 2005 II S. 954).

30 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003 (BGBl. 2014 II S. 763).

31 United Nations Commentary on the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1998, Rn. 8.4.; *McClean*, S. 248 f.

32 United Nations Commentary on the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1998, Rn. 8.3., 8.6. f.; *McClean*, S. 251.

33 Denkschrift zum UN-Suchtstoff-Übereinkommen, BT-Drucks. 12/3346, S. 46; s. auch Denkschrift zum UN-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, BT-Drucks. 15/5150, S. 83; Denkschrift zum UN-Übereinkommen gegen Korruption, BT-Drucks. 18/2138, S. 90.

2. Verfolgungsübernahme bei verweigerter Auslieferung (*aut dedere aut iudicare*)

Zu Beginn des Beitrags wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine Übernahme der Strafverfolgung geboten sein kann, wenn eine Auslieferung ausscheidet und anderenfalls eine Strafflosigkeit des Täters droht. Aus diesem Grund ist in einer Reihe von völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen, dass die Ablehnung eines Auslieferungsersuchens eine Verpflichtung des ersuchten Staates auslöst, die Strafverfolgung anstelle des ersuchenden Staates zu übernehmen. Die Pflicht, entweder auszuliefern oder abzuurteilen (*aut dedere aut iudicare*), führt damit indirekt zu einer Übertragung der Strafverfolgung, da der übertragende (ersuchende) Staat primär an der Auslieferung der verfolgten Person interessiert ist und erst die Ablehnung des Auslieferungsersuchens zu einer Übertragung der Strafverfolgung auf den übernehmenden (ersuchten) Staat führt.³⁴

Einschlägige vertragliche Pflichten finden sich in Auslieferungsverträgen (z.B. Art. 6 Abs. 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen, EuAlÜbk³⁵), aber auch in zahlreichen Übereinkommen, die auf die grenzüberschreitende Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsbereiche oder Straftaten abzielen. Zum Teil setzen diese Verträge den Grundsatz „*aut dedere aut iudicare*“ um, indem sie die Verfolgungspflicht an ein Ersuchen um Auslieferung (bzw. dessen Ablehnung) knüpfen (z.B. Art. 36 Abs. 9 UN-SuchtstÜbk, Art. 16 Abs. 10 UN-OrgKrimÜbk). Andere Verträge begründen eine Pflicht zur Strafverfolgung bei Nichtauslieferung unabhängig davon, ob ein anderer Staat zuvor um Auslieferung ersucht hat (z.B. Art. 7 des UN-Übereinkommens zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen³⁶, Art. 8 Abs. 1 UN-TerrBombÜbk³⁷, Art. 10 Abs. 1 UN-TerrFinÜbk³⁸).³⁹ Im letztgenannten Fall setzt die Übernahme der Strafverfolgung keine Mitwirkung des Übertragungsstaates voraus und bleibt daher

34 Von Bubnoff, S. 94 (Strafverfolgungsersuchen als „ultima ratio“).

35 Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (BGBl. 1964 II S. 1371).

36 UN-Übereinkommen (Haager Übereinkommen) zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen vom 16.12.1970 (BGBl. 1972 II S. 1505).

37 UN-Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge vom 15.12.1997 (BGBl. 2002 II S. 2507).

38 UN-Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9.12.1999 (BGBl. 2003 II S. 1924).

39 Zu diesem „Haager Modell“ und weiteren Bestimmungen in anderen internationalen Übereinkommen Maierhöfer, S. 338 ff.; s. auch Pappas, S. 150.

im Folgenden außer Betracht.⁴⁰ Der folgende Überblick differenziert nicht nach Verträgen, sondern nach einzelnen Aspekten des Grundsatzes „aut dedere aut iudicare“, nämlich dem Grund für die Nichtauslieferung [a)], dem Erfordernis eines Verfolgungsversuchens [b)] und dem Inhalt der Verfolgungspflicht [c)].

a) Gründe für die Nichtauslieferung

Die Ablehnung eines Auslieferungsversuchens kann unterschiedliche Gründe haben, von denen nicht jeder geeignet ist, nach dem Grundsatz *aut dedere aut iudicare* eine Verfolgungspflicht auszulösen. Auslieferungsverträge enthalten eine solche Pflicht nur, soweit der ersuchte Staat die Auslieferung eigener Staatsangehöriger ablehnt (Art. 6 Abs. 2 EuAIÜbk).⁴¹ Entsprechende Regelungen finden sich auch in deliktsspezifischen Übereinkommen (Art. 16 Abs. 10 UN-OrgKrimÜbk, Art. 44 Abs. 11 UN-KorrÜbk, Art. 24 Abs. 6 des Europäischen Übereinkommens gegen Computerkriminalität, EuCompKrimÜbk).

Einen weitergehenden Anwendungsbereich haben demgegenüber die völkerrechtlichen Verträge zur Bekämpfung des Terrorismus, die eine Verfolgungspflicht nicht an einen bestimmten Ablehnungsgrund knüpfen, sondern insoweit nur voraussetzen, dass der ersuchte Staat die verfolgte Person nicht ausliefert (Art. 7 des Europäischen Terrorismusübereinkommens – EuTerrÜbk; Art. 18 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens zur Terrorismusprävention – EuTerrPrävÜbk). Wie sich aus der Verweisung auf die Bestimmungen zur Gerichtsbarkeit ergibt, besteht die Verfolgungspflicht allerdings nur, soweit die betreffende Tat nach Maßgabe des jeweiligen Vertrages der Strafgerichtsbarkeit des ersuchten Staates unterliegt. Die Strafgewalt des ersuchten Staates umfasst dabei einerseits seine originäre Strafgewalt, die entweder obligatorisch (z.B. aufgrund des Territorialitäts-, Flaggen- und aktiven Personalitätsprinzips) oder fakultativ (z.B. aufgrund

40 Dementsprechend beruht die Strafverfolgung im Ergreifungsstaat nicht auf dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege, sondern auf dem Weltrechtsprinzip (vgl. § 6 Nr. 9 StGB), s. dazu Böse, in: Nieto Martin/Garcia Morena S. 431 (434 f.); Maierhöfer, S. 346 f.; s. auch Pappas, S. 154.

41 S. auch Art. 7 Abs. 3 des bilateralen Auslieferungsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 20.6.1978 (BGBl. 1980 II S. 647); Art. 4 lit. a des UN-Modell-Übereinkommens zur Auslieferung vom 14.12.1990, A/RES/45/116.

des Schutzprinzips) vorgesehen ist (Art. 14 Abs. 1, 2 EuTerrPrävÜbk), und die von dem um Auslieferung ersuchenden Vertragsstaat abgeleitete Strafgewalt (Art. 14 Abs. 3 EuTerrÜbk). Der ersuchende Staat muss seine Strafgewalt allerdings auf eine Grundlage stützen, die auch nach dem Recht des ersuchten Staates originäre Strafgewalt begründet (Art. 6 Abs. 1 EuTerrÜbk, Art. 14 Abs. 3 EuTerrPräv).⁴² Eine ähnliche Umsetzung des Grundsatzes „*aut dedere aut iudicare*“ ist in Art. 6 Abs. 9 (i.V.m. Art. 4 Abs. 2) UN-SuchtstÜbk vorgesehen.

Der weite Anwendungsbereich dieser Regelungen soll gewährleisten, dass die Täter im Ergreifungsstaat verfolgt werden und ihrer Bestrafung nicht entgehen (vgl. die Präambel des EurTerrÜbk).⁴³ Ein vergleichbares Interesse besteht indes auch bei schweren Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität. Es erscheint daher zweifelhaft, ob sich eine Beschränkung des Grundsatzes „*aut dedere aut iudicare*“ auf die Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger sachlich begründen lässt.⁴⁴ Dabei erscheint es im Ausgangspunkt nachvollziehbar, auch die Übernahme der Strafverfolgung – zumindest bei der Ausübung abgeleiteter Strafgewalt – ähnlichen Hindernissen zu unterwerfen wie den Auslieferungsverkehr. Für das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit liegt dies auf der Hand, weil auch eine Übernahme der Strafverfolgung ausgeschlossen ist, wenn die Tat nach dem Recht des Übernahmestaates nicht strafbar ist. Die Ablehnung der Auslieferung kann aber auch auf anderen traditionellen Rechtshilfehindernissen wie beispielsweise den Ausnahmen für politische, militärische und fiskalische Straftaten beruhen, die gleichermaßen für die Übertragung der Strafverfolgung gelten (s.o. 1.b) zu Art. 11 EuVerfolgÜbk). Dass diese Ausnahmen im Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr wegen terroristischer Straftaten weitgehend abgeschafft sind (Art. 20 EuTerrPrävÜbk; s. auch Art. 13, 14 UN-TerrFinÜbk), vermag den weiten Anwendungsbereich der insoweit bestehenden Verfolgungspflichten teilweise zu erklären.⁴⁵ Insgesamt bleiben gleichwohl eine Reihe von Auslieferungshindernissen, die eine Übernahme der Verfolgung durch den ersuchten Staat keineswegs ausschließen. So kann eine Übernahme der Strafverfolgung

42 Erläuternder Bericht zum EuTerrÜbk, Rn. 60; erläuternder Bericht zum EuTerrPrävÜbk, Rn. 189 f.; Pappas, S. 143.

43 Vgl. Pappas, S. 142; s. auch United Nations Commentary on the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1998, Rn. 6.40.

44 Vgl. zum Vorschlag, den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 EuAlÜbk zu erweitern, den erläuternden Bericht, S. 7 (zu Art. 6).

45 Maierhöfer, S. 184 f.

u.a. in Betracht kommen, wenn der verfolgten Person im ersuchenden Staat die Verurteilung zur Todesstrafe oder lebenslangen Freiheitsstrafe, ein rechtsstaatswidriges Strafverfahren oder unmenschliche Haftbedingungen drohen.⁴⁶

b) Auslieferungsersuchen als Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung?

Nach dem Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ wird die Übernahme der Strafverfolgung über ein Auslieferungsersuchen ausgelöst. Dessen ungeachtet setzen eine Reihe von vertraglichen Bestimmungen voraus, dass der ersuchende Staat nach der Ablehnung der Auslieferung die Strafverfolgung „begehrt“ (Art. 6 Abs. 2 EuAIÜbk); zum Teil wird sogar ausdrücklich ein entsprechendes Ersuchen („request“) des übertragenden Staates gefordert (Art. 16 Abs. 10 UN-OrgKrimÜbk, Art. 44 Abs. 11 UN-KorrÜbk, Art. 24 Abs. 6 EuCompKrimÜbk). Demgegenüber wird in anderen Verträgen auf ein Verfolgungsersuchen verzichtet (Art. 7 EuTerrÜbk, Art. 18 EuTerrPrävÜbk).⁴⁷ Zum Teil wird die Verfolgungspflicht auch unter den Vorbehalt gestellt, dass mit dem ersuchenden Staat nichts anderes vereinbart wird, oder diesem die Möglichkeit eingeräumt, ein gegenteiliges Ersuchen zu stellen (Art. 6 Abs. 9 lit. a, b UN-SuchtstÜbk).

Aus der Perspektive des Rechtshilferechts ist es folgerichtig, die Übernahme der Strafverfolgung von einem entsprechenden Ersuchen abhängig zu machen, da es legitime Gründe für den ersuchenden Staat geben kann, sich die Verfolgung selbst vorzubehalten (vgl. auch Art. 6 Abs. 9 lit. b UN-SuchtstÜbk), und dem Auslieferungsersuchen damit nicht implizit ein Ersuchen um Verfolgungsübernahme entnommen werden kann (vgl. auch unten III.2. zum Europäischen Haftbefehl). Dass einige vertragliche Regelungen auf ein solches Ersuchen verzichten, kann teilweise damit erklärt werden, dass die Regelungen auch die Verfolgung auf der Grundlage eigener (originärer) Strafgewalt umfassen, für die es – auch aus rechtshilferechtlicher Sicht – keines Ersuchens bedarf; die Pflicht zur Verfolgung beruht damit (auch) auf der allgemeinen vertraglichen Pflicht zur Verfolgung der vom jeweiligen Vertrag erfassten Taten. Soweit sich die Verfolgungspflicht auch auf die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt erstreckt, wird das

46 S. auch Maierhöfer, S. 185.

47 Pappas, S. 143.

Ersuchensprinzip durch das Ziel überlagert, eine Strafflosigkeit der Täter zu verhindern. So wird in den internationalen Verträgen zur Terrorismusbekämpfung überwiegend bereits auf das Erfordernis eines Auslieferungsersuchens verzichtet (s.o. 2.). In der Ratifikation des Übereinkommens liegt damit zugleich die antizipierte, an die Ablehnung der Auslieferung geknüpfte (bedingte) Zustimmung des ersuchenden Vertragsstaates zu der Übernahme der Strafverfolgung durch den ersuchten Staat.⁴⁸

c) Verfolgungspflicht des Übernahmestaates

Mit der Ablehnung des Auslieferungsersuchens besteht eine Pflicht des ersuchten Staates, den Fall seinen zuständigen Behörden zum Zweck der Strafverfolgung zu unterbreiten (Art. 6 Abs. 2 EuAIÜbk, Art. 6 Abs. 9 UN-SuchstÜbk, Art. 7 EuTerrÜbk). In mehreren Übereinkommen wird diese Pflicht dahingehend präzisiert, dass die zuständigen Behörden ihre Entscheidung auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts und in derselben Weise wie bei anderen Straftaten schwerer Art treffen (Art. 16 Abs. 10 UN-OrgKrimÜbk, Art. 44 Abs. 11 UN-KorrÜbk). Die Strafverfolgungsbehörden sind indes nicht verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten.⁴⁹ Die Anwendung des innerstaatlichen Rechts schließt damit auch die Ausübung eines danach zustehenden Verfolgungsermessens (Opportunitätsprinzip) ein⁵⁰, das allerdings durch die völkervertraglich gebotene Gleichstellung mit Inlandsfällen reduziert sein kann (vgl. § 153c StPO).⁵¹ Die Übernahme der Strafverfolgung durch den ersuchten Staat lässt die Verfolgungsbefugnis des ersuchenden Staates nach h.M. unberührt (s. dazu näher unten 3.).⁵²

48 Pappas, S. 144.

49 Denkschrift der Bundesregierung zum EuAIÜbk, BT-Drucks. IV/382, S. 21 (zu Art. 6 Abs. 2 EuAIÜbk).

50 Pappas, S. 123.

51 Näher Maierhöfer, S. 381 ff.

52 OLG Stuttgart BeckRS 2004, 8954 (Rn. 16); a.A. OLG Karlsruhe GA 1988, 378 f.; von Bubnoff, S. 98 f.; Riegel/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Art. 6 EuAIÜbk Rn. 6.

3. Anzeigen zur Strafverfolgung („*laying of information in connection with proceedings*“)

Eine Übernahme der Strafverfolgung kann auch dadurch veranlasst werden, dass der übertragende Staat einem anderen Staat eine Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung übermittelt (Art. 21 Abs. 1 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens, EuRhÜbk⁵³).⁵⁴ Die Bezeichnung der beteiligten Vertragsparteien als „ersuchender“ und „ersuchter“ Staat deutet darauf hin, dass die Anzeige als Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung zu verstehen ist.⁵⁵ Der ersuchte Staat ist nicht zur Übernahme verpflichtet, hat aber die Anzeige der zuständigen Justizbehörde zur Prüfung vorzulegen, ob die Einleitung eines Strafverfahrens geboten ist.⁵⁶ Dies wird allerdings nur in Betracht kommen, wenn die Tat nach dem Recht des Übernahmestaates strafbar ist und dessen Gerichtsbarkeit unterliegt.⁵⁷ Die aufgrund der Anzeige getroffenen Maßnahmen und erlassenen Entscheidungen sind dem übertragenden Staat zu übermitteln (Art. 21 Abs. 2 EuRhÜbk).

Diese recht knappe Regelung ist durch mehrere bilaterale Zusatzverträge zum EuRhÜbk-mit Frankreich (F-ErgV-EuRhÜbk)⁵⁸, Israel (IL-ErgV-EuRhÜbk)⁵⁹, Italien (I-ErgV-EuRhÜbk)⁶⁰, den Niederlanden (NL-ErgV-EuRhÜbk)⁶¹, Österreich (Ö-ErgV-EuRhÜbk)⁶², Polen (PL-ErgV-EuRh-

53 Europäisches Rechtshilfeübereinkommen vom 20.4.1959 (BGBl. 1964 II S. 1386).

54 Eine ähnliche Regelung enthalten Art. 22 des Rechtshilfevertrages mit den USA vom 14.10.2003 (BGBl. 2007 II S. 1620) und Art. 47 des Auslieferungs- und Rechtshilfevertrages mit Portugal vom 15.6.1964 (BGBl. 1967 II S. 2346).

55 S. auch die Denkschrift der Bundesregierung zum EuRhÜbk, BT-Drucks. IV/382, S. 47.

56 Denkschrift der Bundesregierung zum EuRhÜbk, BT-Drucks. IV/382, S. 47.

57 Gut, in: Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.1 Vorbemerkungen zum EuRhÜbk Rn. 20.

58 Vertrag vom 24.10.1974 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1978 II S. 329).

59 Vertrag vom 20.7.1977 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1980 II S. 1334).

60 Vertrag vom 24.10.1979 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1982 II S. 111).

61 Vertrag vom 30.8.1979 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1981 II S. 1158).

62 Vertrag vom 31.1.1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1975 II S. 1157).

Übk)⁶³, der Schweiz (CH-ErgV-EuRhÜbk)⁶⁴ und Tschechien (CZ-ErgV-EuRhÜbk)⁶⁵ ergänzt worden. Eine eigenständige Regelung wurde im bilateralen Rechtshilfevertrag mit Jugoslawien getroffen (JugRhÜbk)⁶⁶, der im Verhältnis zu Bosnien-Herzegowina⁶⁷, Kroatien⁶⁸, Serbien⁶⁹ und Slowenien⁷⁰ weiterhin Anwendung findet.⁷¹

Danach darf der ersuchte Staat die Übernahme der Strafverfolgung nicht mit der Begründung ablehnen, dass die Tat außerhalb seines eigenen Hoheitsgebiets begangen worden ist, wenn die Tat von einem seiner Staatsangehörigen begangen wurde (Art. XI Abs. 1 F-ErgV-EuRhÜbk; s. auch Art. XII Abs. 1 Ch-ErgV-EuRhÜbk zum Domizilprinzip) oder aus anderen Gründen seiner Strafgerichtsbarkeit unterliegt (Art. XIV Abs. 1 Ö-ErgV-EuRhÜbk, Art. 18 Abs. 2 JugRhÜbk). Die Möglichkeit, Strafverfahren wegen einer Auslandstat aus Opportunitätserwägungen einzustellen (§ 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO), wird dadurch eingeschränkt.⁷² Die Anknüpfung an das aktive Personalitätsprinzip bzw. eine bestehende Strafergerichtsbarkeit legt zugleich nahe, dass die Vertragsparteien davon ausgehen, dass der übernehmende Staat über originäre Strafgewalt verfügt; die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt ist hingegen nicht ausdrücklich vorgesehen [vgl. oben 1.b) die entsprechenden Bedenken auf deutscher Seite zum EuVerfolgÜbk].

Die bilateralen Verträge finden zum Teil auch Anwendung, wenn die Auslieferung eigener Staatsangehöriger abgelehnt wird (Art. XII Abs. 9 CH-ErgV-EuRhÜbk; s.o. 2. zu Art. 6 Abs. 2 EuAlÜbk). In einigen Ergänzungs-

63 Vertrag vom 17.7.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 2004 II S. 531).

64 Vertrag vom 13.11.1969 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 1975 II S. 1171).

65 Vertrag vom 2.2.2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik zum EuRhÜbk vom 20.4.1959 (BGBl. 2001 II S. 735).

66 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 1.10.1971 (BGBl. 1974 II S. 1165).

67 BGBl. 1992 II S. 1196.

68 BGBl. 1992 II S. 1146.

69 BGBl. 1997 II S. 961; 2010 II S. 363.

70 BGBl. 1993 II S. 1261.

71 Eingehend zu diesen bilateralen Verträgen: von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (85 ff.).

72 S. die Denkschrift zum F-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 8/211, S. 13; zum IL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 8/3138, S. 13; zum NL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 9/374, S. 15; zum Ö-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 7/2836, S. 13; zum CH-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 7/2281, S. 14; zum JugRhÜbk, BT-Drucks. 7/371, S. 17.

verträgen wird der Anwendungsbereich auch auf Übertretungen (Ordnungswidrigkeiten) erstreckt und zugleich klargestellt, dass bei Straßenverkehrsdelikten nach einer Übernahme der Strafverfolgung weiterhin die Verkehrsregeln am Tatort zugrunde zu legen sind (Art. XII Abs. 2 CH-ErgV-EuRhÜbk, Art. 19 JugRhÜbk, Art. 13 Abs. 2, 3 PL-ErgV-EuRhÜbk., Art. 14 Abs. 2, 3 CZ-ErgV-EuRhÜbk; s. auch Art. XIV Abs. 1, 2 Ö-ErgV-EuRhÜbk).

Erfordert die Verfolgung nach dem Recht des Übernahmestaates einen Strafantrag, so ist ein bereits im Übertragungsstaat gestellter Antrag ebenfalls ausreichend (Art. XI Abs. 2 F-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 1 I-ErgV-EuRhÜbk, Art. XI Abs. 1 NL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XIV Abs. 3 Ö-ErgV-EuRhÜbk, Art. 13 Abs. 4 PL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 3 CH-ErgV-EuRhÜbk, Art. 14 Abs. 4 CZ-ErgV-EuRhÜbk, Art. 18 Abs. 3 JugRhÜbk). Sofern nur im ersuchten Staat (d.h. nicht im ersuchenden Staat) ein Strafantrag erforderlich ist, läuft die dafür maßgebliche Frist erst ab dem Eingang des Ersuchens (Art. XI Abs. 2 F-ErgV-EuRhÜbk, Art. XIV Abs. 1 IL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 1 I-ErgV-EuRhÜbk, Art. XI Abs. 1 NL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 3 Ch-ErgV-EuRhÜbk, Art. 18 Abs. 3 JugRhÜbk); zum Teil wird auch eine selbstständige zweimonatige Antragsfrist festgelegt (Art. XIV Abs. 3 Ö-ErgV-EuRhÜbk, Art. 13 Abs. 4 PL-ErgV-EuRhÜbk, Art. 14 Abs. 4 CZ-ErgV-EuRhÜbk). Die ersuchende Behörde ist in diesem Fall über das Antragserfordernis zu unterrichten, damit sie der verletzten Person Gelegenheit geben kann, den erforderlichen Strafantrag zu stellen.⁷³ Untersuchungsmaßnahmen im Übertragungsstaat haben im Übernahmestaat die gleiche Wirkung (z.B. für die Unterbrechung der Verjährung) wie inländische Ermittlungsmaßnahmen (Art. XI Abs. 5 NL-ErgV-EuRhÜbk, Art. 13 Abs. 8 PL-ErgV-EuRhÜbk, Art. 14 Abs. 8 CZ-ErgV-EuRhÜbk).

Wird im Übernahmestaat ein Strafverfahren eingeleitet, so sind nach den älteren Verträgen im Übertragungsstaat weitere Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsmaßnahmen unter der Voraussetzung ausgeschlossen, dass eine rechtskräftige Sachentscheidung ergangen und die Vollstreckung der verhängten Sanktion abgeschlossen ist (Art. XII Abs. 4 I-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 6 Ch-ErgV-EuRhÜbk, Art. 21 JugRhÜbk). Die jüngeren Verträge sehen demgegenüber vor, dass bereits die Einleitung eines Strafverfahrens im Übernahmestaat die weitere Strafverfolgung und Straf-

73 S. die Denkschrift zum F-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 8/211, S. 13; zum IL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 8/3138, S. 13; zum I-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 9/733, S. 14; zum NL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 9/374, S. 15; zum CH-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 7/2281, S. 14.

vollstreckung im Übertragungsstaat ausschließt; die Verfolgung kann dort allerdings fortgesetzt werden, wenn der Übernahmestaat mitteilt, dass eine Sachentscheidung gegen die verfolgte Person nicht ergehen konnte⁷⁴ oder der Übertragungsstaat das Ersuchen zurückgezogen hat (Art. XIV Abs. 4 IL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XI Abs. 4 NL-ErgV-EuRhÜbk; Art. 13 Abs. 7 PL-ErgV-EuRhÜbk, Art. 14 Abs. 7 CZ-ErgV-EuRhÜbk; s. auch Art. XII Abs. 7 Ch-ErgV-EuRhÜbk).⁷⁵ Mit diesen Bestimmungen soll die beschuldigte Person einerseits vor paralleler Strafverfolgung geschützt werden, zugleich aber auch die begrenzten Ressourcen der Justiz geschont werden.⁷⁶ Nach Auffassung des OLG Karlsruhe spiegelt sich in den letztgenannten Bestimmungen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des internationalen Rechtshilferechts wider, wonach sich der übertragende Staat mit dem Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung seiner Verfolgungsbefugnis begibt: Der Verfolgung im übernehmenden Staat komme nunmehr Vorrang zu, während im übertragenden Staat ein zwingendes Verfahrenshindernis entstehe, in dem sich das Prinzip „ne bis in idem“ konkretisiere.⁷⁷ Demgegenüber lehnt die h.M. ein solches Verfahrenshindernis ab, sofern es sich nicht aus den genannten vertraglichen Bestimmungen ergibt.⁷⁸ So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich aus wenigen bilateralen Verträgen kein allgemeiner Rechtsgrundsatz ableiten lässt, zumal nach den älteren bilateralen Verträgen erst mit dem Abschluss des Strafverfahrens im übernehmenden Staat ein Verfahrenshindernis im übertragenden Staat begründet wird.⁷⁹

74 Als Beispiele werden der Eintritt der Verjährung oder eine Einstellung nach § 154 StPO genannt, s. die Denkschrift zum PL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 15/2254, S. 21, und zum CZ-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 14/5011, S. 26.

75 von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (86 f.).

76 S. die Denkschrift zum IL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 8/3138, S. 13; zum I-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 9/733, S. 14; zum NL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 9/374, S. 15; s. auch die Denkschrift zum CH-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 7/2281, S. 15.

77 OLG Karlsruhe GA 1988, 378 f.; NStZ-RR 1997, 285; ebenso von Bubnoff, S. 96 f.; Knittel, Jura 1989, 581 (585); Schierholt, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 21 EuRhÜbk Rn. 2; s. auch Riegel/Trautmann, ebenda, Art. 6 EuAlÜbk Rn. 6.

78 BGH GA 1977, 111 (112), NStZ 1999, 579 (580); OLG Stuttgart BeckRS 2004, 8954 (Rn. 16); Ambos/Poschadel, GA 2011, 95 (101); Hackner, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, 25. Kapitel Rn. 93; Johnson, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 59 Rn. 37; von Ungern-Sternberg, ZStW 92 (1984), 84. Die von Schierholt, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 21 EuRhÜbk Rn. 2, angeführte Entscheidung (BGH NStZ-RR 1996, 290, 291 f.) bezieht sich auf den Spezialitätsgrundsatz (§ 83h IRG) und enthält keine Aussage zu einem durch die Übertragung der Strafverfolgung eingetretenen Verfahrenshindernis.

79 Ambos/Poschadel, GA 2011, 95 (98 f.).

Damit geht der Schutz der verfolgten Person nicht über den Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ) hinaus.⁸⁰ Dieses Verständnis spiegelt sich auch in Nr. 146 Abs. 4 RiVSt wider, wonach ein deutsches Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung die weitere Verfolgung in Deutschland nur ausschließt, wenn und soweit dies in einer völkerrechtlichen Übereinkunft bestimmt ist.⁸¹

Die bilateralen Verträge lassen damit einerseits deutliche Parallelen zur Übertragung der Strafverfolgung nach dem EuVerfolgÜbk erkennen. Dies gilt für die Regelungen zum Strafantrag und zur Verjährung, zeigt sich aber auch in dem nach einigen Verträgen bestehenden Verfahrenshindernis im übertragenden Staat. Insgesamt stellen derartige Regelungen indes die Ausnahme dar, weshalb ein Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung von der h.M. wie eine (innerstaatliche) Strafanzeige behandelt wird, welche die Strafgewalt des ersuchenden Staates unberührt lässt.⁸² Das Ersuchen um Verfolgung wird als Anzeige bzw. Anregung zur Verfolgung verstanden, die von den Behörden des ersuchten Staates darauf zu prüfen ist, ob sich daraus ein hinreichender Anlass zur Einleitung eines Strafverfahrens ergibt (Anfangsverdacht, vgl. § 152 Abs. 2 StPO).⁸³ Damit entfällt die Notwendigkeit, Kriterien für eine Übernahme der Strafverfolgung (bzw. deren Ablehnung) festzulegen, da sich die Voraussetzungen für die Einleitung eines Strafverfahrens bereits aus der jeweiligen Verfahrensordnung ergeben. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der nach wie vor bedeutsamste Unterschied zum EuVerfolgÜbk, dass eine Übernahme und Ausübung derivativer Strafgewalt in den bilateralen Verträgen (und Art. 21 EuRhÜbk) nicht vorgesehen ist.⁸⁴

80 Vgl. insoweit auch BGH NStZ 1999, 579 (580).

81 *Ambos/Poschadel*, GA 2011, 95 (100 f.).

82 BGH GA 1977, 111 (112); NStZ 1999, 579 (580); *Ambos/Poschadel*, GA 2011, 95 (101); *Hackner/Schierholt*, Rn. 13; *Johnson*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 59 Rn. 37; *Pappas*, S. 124; *Trautmann/Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Vor § 59 Rn. 17; *von Ungern-Sternberg*, ZStW 94 (1982), 84.

83 *Johnson*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 59 Rn. 37; *Trautmann/Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Vor § 59 Rn. 17.

84 *Pappas*, S. 125.

4. Informationsübermittlung ohne Ersuchen („spontaneous information“)

Als weitere Grundlage für eine Übertragung der Strafverfolgung kommen die völkervertraglichen Regelungen zur Informationsübermittlung ohne Ersuchen in Betracht, wie sie u.a. im Zweiten Zusatzprotokoll zum EuRh-Übk (2. ZP-EuRhÜbk)⁸⁵ enthalten ist. Danach können die zuständigen Behörden einer Vertragspartei den zuständigen Behörden einer anderen Vertragspartei ohne vorheriges Ersuchen Informationen übermitteln, die sie im Rahmen ihrer eigenen Ermittlungen gesammelt haben und von denen sie annehmen, dass sie der anderen Vertragspartei helfen könnten, Ermittlungen oder Verfahren einzuleiten (Art. 11 Abs. 1 2. ZP-EuRhÜbk). Wie sich aus dem Wortlaut ersehen lässt („können“), begründet die Regelung keine Übermittlungspflicht und löst auch auf Seiten des Empfängerstaates keine Verfolgungspflicht aus.⁸⁶ Zudem bleibt die Verfolgungsbefugnis des übermittelnden Staates unberührt („Unbeschadet ihrer eigenen Ermittlungen und Verfahren ...“).

Ungeachtet dessen kann auch die spontane (d.h. ohne Ersuchen erfolgende) Informationsübermittlung als Mittel eingesetzt werden, um den Empfangsstaat zur Übernahme (bzw. Einleitung) eines Strafverfahrens zu veranlassen.⁸⁷ Im Unterschied zu Art. 21 EuRhÜbk geht der Übernahme der Strafverfolgung allerdings kein Ersuchen voraus, sondern der Empfängerstaat prüft und entscheidet allein anhand der übermittelten Information über die Einleitung eines Verfahrens, und der Empfängerstaat ist auch nicht verpflichtet, den übermittelnden Staat über die Einleitung und den Ausgang eines Verfahrens zu informieren (vgl. dagegen Art. 21 Abs. 2 EuRh-Übk; s. auch unten III.3.).

85 Zweites Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum EuRhÜbk (BGBl. 2014 II S. 1039).

86 Erläuternder Bericht, Rn. 94; Denkschrift der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/1773, S. 37.

87 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 24 (zur entsprechenden Vorschrift in Art. 7 EU-RhÜbk).

III. Unionsrecht

Im Unionsrecht fehlt bislang ein Rechtsakt zur Übertragung der Strafverfolgung. Über einen Vorschlag für einen entsprechenden Rahmenbeschluss konnte im Rat keine Einigung erzielt werden, und das Vorhaben wurde nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zunächst nicht wieder aufgegriffen (s. aber unten 5.). Ansätze zu einer Regelung der Verfolgungsübernahme finden sich allerdings in dem Rahmenbeschluss zur Beilegung von Jurisdiktionskonflikten (1.), daneben aber auch im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl (2.) und der spontanen Informationsübermittlung (3.).

1. Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren

Der Rahmenbeschluss über die Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren (RbKompKonfl)⁸⁸ geht auf eine Initiative von fünf Mitgliedstaaten zurück und wurde unmittelbar vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages angenommen.

Das Ziel des Rahmenbeschlusses besteht darin, parallele Verfahren gegen dieselbe Person wegen derselben Tat und einen möglicherweise daraus resultierenden Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ) zu vermeiden und mit einer einvernehmlichen Festlegung des für die Strafverfolgung zuständigen Staates eine effizientere und ordnungsgemäße Rechtspflege zu fördern (Art. 1 RbKompKonfl). Um dieses Ziel zu erreichen, wird ein Kooperationsmechanismus eingerichtet, der aus zwei Phasen (Informationsaustausch und Konsultationen) besteht.

In der ersten Phase wird ermittelt, ob parallele Verfahren in mehreren Mitgliedstaaten geführt werden. Hat eine zuständige Behörde eines Mitgliedstaats hinreichenden Grund zu der Annahme, dass in einem anderen Mitgliedstaat wegen derselben Tat ein Strafverfahren geführt wird, so ist sie verpflichtet, mit der zuständigen Behörde dieses Mitgliedstaates Kontakt aufzunehmen und die erforderlichen Informationen zum eigenen Verfah-

88 Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren vom 30.11.2009 (ABl. EU L 328/42).

ren zu übermitteln (Art. 5, 8 RbKompKonfl). Die kontaktierte Behörde hat innerhalb der von der anfragenden Behörde gesetzten Frist bzw. unverzüglich zu antworten und gegebenenfalls sachdienliche Informationen zu dem parallel geführten Strafverfahren zu übermitteln (Art. 6, 9 RbKompKonfl).

Wird festgestellt, dass parallele Strafverfahren geführt werden, so treten die zuständigen Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten in der zweiten Phase in Konsultationen ein, um zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen, die insbesondere in einer Verfahrenskonzentration in einem Mitgliedstaat durch Übertragung der Strafverfolgung bestehen kann (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund (4) RbKompKonfl). Wird ein solches Einvernehmen erzielt, so unterrichtet der übernehmende Mitgliedstaat den übertragenden Mitgliedstaat über den Ausgang des Verfahrens (Art. 13 RbKompKonfl). Gelingt keine Einigung, so kann eine der zuständigen Behörden Eurojust befassen (Art. 12 Abs. 2 RbKompKonfl).

Die Kriterien zur Bestimmung des für die Verfolgung zuständigen Mitgliedstaates werden nicht festgelegt, sondern nur klargestellt⁸⁹, dass die zuständigen Behörden die gesamte Sach- und Rechtslage sowie alle Faktoren prüfen, die sie als sachdienlich erachten (Art. 11 RbKompKonfl). Zu diesen Faktoren können auch die Kriterien gehören, die Eurojust entwickelt hat, um den Mitgliedstaat zu bestimmen, der die Strafverfolgung durchführen sollte⁹⁰, also u.a. den Ort, an dem die Tat hauptsächlich begangen worden oder der größte Schaden eingetreten ist, die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder Aufenthaltsort der beschuldigten Person, die Möglichkeiten zu ihrer Übergabe oder Auslieferung, sowie maßgebliche Interessen der beschuldigten Person und von Opfern, die Zulässigkeit von Beweismitteln und mögliche Verfahrensverzögerungen (Erwägungsgrund (9) RbKompKonfl). Im Unterschied zu den Eurojust-Leitlinien⁹¹ und dem ursprünglichen Rahmenbeschlussskizzenentwurf⁹² hat der Uniongesetzgeber davon abgesehen, dem Territorialitätsprinzip Vorrang gegenüber anderen Kriterien einzuräumen, indem von einer grundsätzlichen Zuständigkeit

89 Vgl. die Kritik von Sinn, ZIS 2013, 1 (4), wonach es sich dabei in einem Rechtsstaat um eine Selbstverständlichkeit handelt.

90 Eurojust, Richtlinien für die Entscheidung „Welcher Mitgliedstaat soll die Strafverfolgung durchführen?“, überarbeitete Version (2016), S. 3 f.

91 Ebenda, S. 3: „Vorläufig sollte angenommen werden, dass eine Strafverfolgung, wenn möglich, in dem Hoheitsgebiet durchgeführt werden sollte, in dem die Straftat vorwiegend ausgeführt wurde oder in dem der größte Schaden eingetreten ist.“

92 Rats-Dok. 5208/09 vom 20.1.2009 (Art. 15 Abs. 1); s. auch den erläuternden Bericht zum Vorschlag, Anhang 2, S. 18.

des Tatortstaates ausgegangen wird. Dass er keinerlei materielle Vorgaben zur Beilegung von Kompetenzkonflikten enthält, wird als Hauptdefizit des Rahmenbeschlusses angesehen.⁹³

Nicht geregelt sind außerdem Folgen einer einvernehmlichen Lösung für das Strafverfahren in dem Mitgliedstaat, der die Strafverfolgung abgibt. Der Unionsgesetzgeber ist implizit davon ausgegangen, dass dieses Strafverfahren eingestellt wird und einer nach nationalem Recht bestehenden Verfolgungspflicht (vgl. § 152 Abs. 2 StPO) mit der Übernahme der Strafverfolgung durch einen anderen Mitgliedstaat Genüge getan wird (Erwägungsgrund (12) RbKompKonfl). Dies setzt indes voraus, dass das nationale Recht des betreffenden Mitgliedstaats für die Einstellung des Verfahrens (vgl. §§ 153c, 154b StPO) oder für die Übertragung der Strafverfolgung eine Rechtsgrundlage vorsieht.⁹⁴ Die Ineffizienz des vorgesehenen Verfahrens dürfte aber vor allem darauf beruhen, dass der Informationsaustausch über parallele Verfahren nur unzureichend funktioniert, solange ein europäisches Verfahrensregister nicht existiert.⁹⁵

Ein weiteres Defizit besteht schließlich darin, dass die Rechte von beschuldigten Personen nicht unionsrechtlich geregelt werden, sondern insofern nur auf das nationale Recht verwiesen wird (Erwägungsgrund (17) RbKompKonfl). Die Vorschläge des Parlaments, den Rechtsakt um ein Recht auf Anhörung, gerichtlichen Rechtsschutz sowie Übersetzung, Dolmetschleistungen und Prozesskostenhilfe zu ergänzen⁹⁶, sind vom Rat nicht aufgegriffen worden.

93 *Asp/Bitzilekis/Bogdan/Elholm/Foffani/Frände/Fuchs/Helenius/Kaiafa-Gbandi/Leblois-Happe/Nieto-Martín/Satzger/Suominen/Symeonidou-Kastanidou/Zerbes/Zimmermann*, ZIS 2013, 430 (440 f.); *Gaeta*, in: Ruggeri, S. 311 (325 f.); *Lelieur*, in: *Mélanges en l'honneur Professor Alain Fournier*, 2014, S. 257 (265, 271); *Luchtman*, *Utrecht Law Review* Band 7 (2011) Heft 1, S. 74 (80); *Sinn*, ZIS 2013, S. 1 (4).

94 *A. Schneider*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 23; s. auch zu den diesbezüglichen Unterschieden in den Mitgliedstaaten: *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 27.

95 *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 26, 30.

96 Legislative Entschließung vom 8.10.2009, ABl. EU 2010 C 230E/15, 20 (Art. 11a – Änderung 14).

2. Konkurrierende Strafgerichtsbarkeit als Ablehnungsgrund (Europäischer Haftbefehl)

Mit dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb) wurde das Auslieferungshindernis für eigene Staatsangehörige innerhalb der Union grundsätzlich abgeschafft. Um dem Resozialisierungsanspruch verurteilter Personen Rechnung zu tragen, kann der Heimatstaat der verurteilten Person die Übergabe zur Strafvollstreckung jedoch weiterhin ablehnen und stattdessen selbst die Vollstreckung der verhängten Strafe übernehmen (Art. 4 Nr. 6 RbEuHb; vgl. insoweit § 80 Abs. 3 IRG). Die umstrittene Frage, ob die Übernahme der Strafvollstreckung ein diesbezügliches Ersuchen des Ausstellungsstaates voraussetzt⁹⁷, hat sich mit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur gegenseitigen Anerkennung von Urteilen, in denen freiheitsentziehenden Sanktionen verhängt werden⁹⁸, erledigt (vgl. §§ 84 ff. IRG), da nunmehr auch der Vollstreckungsstaat ein entsprechendes Ersuchen stellen kann.⁹⁹ Aus ähnlichen, auf eine Resozialisierung der verfolgten Person abzielenden Erwägungen kann die Übergabe zur Strafverfolgung davon abhängig gemacht werden, dass der Ausstellungsstaat zusichert, die übergebene Person im Fall einer Verurteilung zur Verbüßung der Strafe an deren Heimatstaat zurückzuüberstellen (Art. 5 Nr. 3 RbEuHb; vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG). Im Übrigen ist das Auslieferungshindernis für eigene Staatsangehörige entfallen, so dass auch kein Bedürfnis für eine Verfolgungspflicht besteht, mit der eine infolge der Nichtauslieferung drohende Straflosigkeit des Täters verhindert wird (*aut dedere aut iudicare*, s.o. II.2.).

Allerdings sind die Mitgliedstaaten nicht gehindert, zugunsten ihrer eigenen Staatsangehörigen von anderen Ablehnungsgründen Gebrauch zu machen; dies gilt insbesondere für Taten, die ihrer eigenen Strafgerichtsbarkeit unterliegen (Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb; vgl. insoweit § 80 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 IRG).¹⁰⁰ Darüber hinaus kann die Übergabe der verfolgten

97 S. dazu *Böse/Wahl*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl, S. 212 (242).

98 Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates vom 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl. EU L 327/27.

99 S. die Begründung zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses, BT-Drucks. 18/4347, S. 108; *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 84a Rn. 5.

100 BVerfGE 113, 273 (301 f. 303 f.); zur Vereinbarkeit des § 80 IRG mit dem RbEuHb: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 80 Rn. 15 f.

Person abgelehnt werden, wenn diese im Vollstreckungsstaat wegen derselben Tat strafrechtlich verfolgt wird (Art. 4 Nr. 2 RbEuHb; vgl. insoweit § 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG). Insoweit ist es ausreichend, dass das Ermittlungsverfahren erst aufgrund der mit dem Europäischen Haftbefehl übermittelten Informationen eingeleitet wird.¹⁰¹ Da die Anwendbarkeit des eigenen Strafrechts regelmäßig (auch) über die Staatsangehörigkeit des Täters begründet wird (aktives Personalitätsprinzip, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB), kann dieser Ablehnungsgrund auch zum Schutz eigener Staatsangehöriger eingesetzt werden.¹⁰² Der Ablehnungsgrund birgt damit ein Missbrauchspotential¹⁰³, zumal die Kriterien für einen Vorrang der inländischen Strafgerichtsbarkeit nicht geregelt sind.¹⁰⁴ Dessen ungeachtet bleibt das Interesse an einer Strafverfolgung jedenfalls grundsätzlich dadurch gewahrt, dass der Vollstreckungsstaat die Verfolgung der Tat übernimmt, indem er ein Strafverfahren durchführt.¹⁰⁵

Wird hingegen die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls aus anderen Gründen (z.B. aufgrund der Haftbedingungen im Ausstellungsstaat) abgelehnt, so droht weiterhin Strafflosigkeit. In Bezug auf den vertraglichen Auslieferungsverkehr hat sich bereits gezeigt, dass über das Auslieferungsverbot für eigene Staatsangehörige hinaus ein Bedürfnis dafür besteht, über den Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ eine Verfolgung der Tat im ersuchten Staat zu gewährleisten.¹⁰⁶ Wenngleich die Auslieferungshindernisse mit der Einführung des Europäischen Haftbefehls deutlich reduziert wurden, sind auch innerhalb der Union weiterhin Fallkonstellationen denkbar, in denen eine Verfolgungsübernahme durch den Vollstreckungsstaat geboten

101 OLG Karlsruhe NJW 2007, 617 (618); Böse, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 83b Rn. 2; F. Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 83b Rn. 20.

102 BVerfGE 113, 273 (306 f.); kritisch insoweit das Sondervotum der Richterin Lübbe-Wolff, BVerfGE 113, 327 (332 f.).

103 F. Meyer, in: Ambos/König/Rackow, 2. Hauptteil Rn. 970; F. Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 83b Rn. 22.

104 S. dazu Böse, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 83b Rn. 6 f.; F. Meyer, in: Ambos/König/Rackow, 2. Hauptteil Rn. 972 f.; F. Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 83b Rn. 23.

105 Zur Unionsrechtswidrigkeit eines Strafverfahrens, um den eigenen Staatsangehörigen vor legitimer Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat zu schützen („sham proceedings“): F. Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 83b Rn. 21.

106 S. den Bericht des Ratsvorsitzes (Rumänien) zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen, Ratsdokument 9728/19 vom 27.5.2019, S. 18; de Jong, ERA-Forum 2020, 449 (457).

ist, um eine Straflosigkeit der verfolgten Person zu vermeiden. Dies gilt insbesondere für die Verfolgung von geringfügigen Straftaten, bei denen die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unverhältnismäßig wäre.¹⁰⁷ Das Unionsrecht enthält jedoch für derartige Konstellationen bislang keine Verpflichtung des Vollstreckungsstaates, die Verfolgung anstelle des Ausstellungsstaates zu übernehmen.

Ähnliche Probleme stellen sich im Auslieferungsverkehr zu Drittstaaten, nachdem der EuGH über das Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) den Schutz eigener Staatsangehöriger vor Auslieferung auch auf Unionsbürger erstreckt und dem ersuchten Staat zu diesem Zweck eine Pflicht auferlegt hat, dem Heimatstaat der verfolgten Person Gelegenheit zu geben, die Verfolgung zu übernehmen und zu diesem Zweck einen Europäischen Haftbefehl gegen seinen Staatsangehörigen auszustellen.¹⁰⁸ Erlässt der Heimatstaat innerhalb der vom ersuchten Mitgliedstaat gesetzten Frist keinen Europäischen Haftbefehl gegen die verfolgte Person, so verstößt deren Auslieferung an den ersuchenden Drittstaat nicht gegen Art. 18, 21 AEUV.¹⁰⁹ Diese Vorschriften verpflichten den ersuchten Mitgliedstaat nicht, die Auslieferung abzulehnen und die Strafverfolgung selbst zu übernehmen, selbst wenn dies nach innerstaatlichem Recht zulässig wäre (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).¹¹⁰ Der Strafgerichtsbarkeit des Heimatstaates wird zwar nach der Rechtsprechung des EuGH ein relativer Vorrang eingeräumt, die strafrechtliche Verfolgung aber dadurch gewährleistet, dass entweder der Heimatstaat die Verfolgung übernimmt oder eine Auslieferung an den Drittstaat erfolgen kann. Der EuGH hat allerdings betont, dass die Auslieferung nicht gegen die Grundrechte der verfolgten

107 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 7; zur Bindung der Ausstellungsbehörde an das Verhältnismäßigkeitsprinzip: Bekanntmachung der Kommission, Handbuch mit Hinweisen zur Ausstellung und Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl. EU 2017 C 335/1 (14, 18 zur Übertragung der Strafverfolgung); EuGH, Urt. v. 10.11.2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 47; Urt. v. 27.5.2019, OG und PI, C-508/18 und C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 71.

108 EuGH, Urt. v. 6.9.2016, Petruhhin, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 32 ff.; Urt. v. 17.12.2020, BY, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 39 ff.; s. auch zur Auslieferung zur Strafvollstreckung: EuGH, Urt. v. 13.11.2018, Raugevicius, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898, Rn. 39 ff.; Urt. v. 22.12.2022, S.M., C-237/21, ECLI:EU:C:2022:1017, Rn. 33 ff.

109 EuGH, Urt. v. 6.9.2016, Petruhhin, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 60; Urt. v. 17.12.2020, BY, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 45.

110 EuGH, Urt. v. 17.12.2020, BY, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 64 ff.

Person (vgl. insbesondere Art. 19 Abs. 2 GRC) verstoßen darf¹¹¹, und damit auf Fallkonstellationen hingewiesen, in denen ohne Verfolgungsübernahme die Straflosigkeit des Täters droht. Dieses Problem beruht jedoch auf den Verfolgungslücken im vertraglichen Auslieferungsverkehr, die aus dem begrenzten Anwendungsbereich des Grundsatzes „aut dedere aut iudicare“ resultieren (s.o. II.2.).

3. Spontane Informationsübermittlung

Schließlich sieht auch das EU-Rechtshilfe-Übereinkommen (EU-RhÜbk)¹¹² die Möglichkeit zur spontanen Informationsübermittlung vor (s. bereits oben II.3.). Danach können die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften auch ohne diesbezügliches Ersuchen Informationen über Straftaten austauschen, deren Ahndung in die Zuständigkeit der empfangenden Behörde fällt (Art. 7 Abs. 1 EU-RhÜbk). Zur Umsetzung dieser Vorschrift hat der deutsche Gesetzgeber eine entsprechende Übermittlungsbefugnis eingeführt (§§ 61a, 92c IRG). Danach können insbesondere Informationen übermittelt werden, die den Verdacht einer Straftat begründen, soweit eine innerstaatliche Übermittlung ohne Ersuchen zulässig wäre die Übermittlung geeignet ist, in dem empfangenden Mitgliedstaat die Einleitung eines Strafverfahrens auszulösen, und die empfangende Behörde für die Einleitung dieses Verfahrens zuständig ist (§ 92c Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 lit. a, Nr. 3 IRG). Die spontane Informationsübermittlung kann damit auch zur Abgabe der Strafverfolgung an einen anderen Mitgliedstaat dienen.¹¹³ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers lassen die §§ 61a, 92c IRG allerdings die Möglichkeit unberührt, einen anderen Mitgliedstaat um Übernahme der Strafverfolgung zu ersuchen.¹¹⁴

Das Verhältnis der spontanen Informationsübermittlung zur Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 21 EuRhÜbk) ist aus der gesetzlichen Regelung nicht erkennbar.¹¹⁵ Soweit der Unterschied darin gesehen wird,

111 EuGH, Urt. v. 6.9.2016, Petruhhin, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, Rn. 60; Urt. v. 17.12.2020, BY, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032, Rn. 45; Urt. v. 22.12.2022, S.M., C-237/21, ECLI:EU:C:2022:1017, Rn. 55.

112 Übereinkommen vom 29.5.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. EU C 197/1, BGBl. 2006 II S. 1379).

113 Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 92c Rn. 10.

114 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/5487, S. 6.

115 Johnson, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 59 Rn. 38.

dass die spontane Informationsübermittlung nicht zwingend dem Ziel der transnationalen Verfahrenssteuerung dient¹¹⁶, bleibt unbeantwortet, ob und inwieweit sich die spontane Informationsübermittlung, wenn sie zu diesem Ziel eingesetzt wird, von der Anzeige zum Zweck der Strafverfolgung unterscheidet.¹¹⁷ Die fehlende Unterrichtungspflicht des Empfangsstaates (vgl. Art. 21 Abs. 2 EuRhÜbk) deutet darauf hin, dass der übermittelnde Staat mit der spontanen Übermittlung keine eigenen Strafverfolgungsinteressen verfolgt und daher auch nicht über die Einleitung und Abschluss eines Strafverfahrens informiert werden muss.

4. Übertragung der Strafverfolgung (Rahmenbeschlussentwurf)

Wenngleich das Unionsrecht nach alledem zwar kein Kooperationsinstrument zur Übertragung der Strafverfolgung vorsieht, hatten 16 Mitgliedstaaten im Jahr 2009 eine Initiative für einen entsprechenden Rahmenbeschluss vorgelegt (RbÜbVerfolg-E).¹¹⁸ Im Rahmen der Verhandlungen im Rat wurde allerdings von einigen Mitgliedstaaten darauf beharrt, dass ein Mitgliedstaat nur auf der Grundlage des Territorialitätsprinzips, des aktiven oder passiven Personalitätsprinzips ein Strafverfahren übernehmen könne (Option A), während andere nach dem Vorbild von Art. 2 EuVerfolgÜbk auch die Übernahme auf der Grundlage abgeleiteter (subsidiärer) Strafgewalt ermöglichen wollte (Option B).¹¹⁹ Diese Kontroverse konnte bis zum Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages nicht beigelegt werden, so dass der Entwurf der Diskontinuität anheimfiel und nicht weiter verfolgt wurde.

Option B enthielt allerdings im Unterschied zu Art. 2 EuVerfolgÜbk keine generelle Anknüpfung an die originäre Strafgewalt der anderen Mitgliedstaaten, sondern begrenzte die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt auf Konstellationen, in denen der übertragende Mitgliedstaat seine Strafgerichtsbarkeit über die im Inland eingetretenen Folgen bzw. den dort

116 Hackner/Schierholt, Rn. 12 (Fußn. 19); Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 61a Rn. 14.

117 Unklar Güntge, in: Ambos/König/Rackow, 4. Hauptteil Rn. 64, da die dort genannten Kriterien (kein Ersuchen, keine Rechtshilfe) gleichermaßen für die Spontanübermittlung und die Anzeige gelten.

118 Ratsdokument III19/09 vom 30.6.2009.

119 Ratsdokument I6437/09 vom 24.9.2009, S. 4 ff. Die im folgenden Text zitierten Vorschriften beziehen sich auf diese Fassung; zur Diskussion im Rat näher Ludwiczak, NJECL 2010, 343 (352).

eingetretenen Schaden (Auswirkungsgrundsatz), die Staatsangehörigkeit bzw. den gewöhnlichen Aufenthalt des Täters oder Opfers (aktives oder passives Personalitäts- bzw. Domicilprinzip) oder verfahrensökonomische Interessen (ein bereits im Inland anhängiges Verfahren gegen die verdächtige bzw. beschuldigte Person oder ein damit zusammenhängendes Verfahren) begründet hat (Art. 5 Abs. 1. RbÜbVerfolg-E). Bis auf wenige Konstellationen (inländischer Begehungsort, Weltrechtspflege) ist dies jedoch im Ergebnis gleichbedeutend mit einer generellen Anknüpfung an das Strafanwendungsrecht des übertragenden Staates.¹²⁰ Um einen Verstoß gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ zu vermeiden, folgt der Entwurf dem Modell des EuVerfolgÜbk, wonach bereits mit dem Rechtsakt eine „schlafende“ Kompetenz der Mitgliedstaaten begründet wird, die mit dem Ersuchen des übertragenden Staates aktiviert wird.¹²¹

Allgemeine und übergreifende Voraussetzung für eine Übertragung der Strafverfolgung ist, dass eine effiziente und geordnete Rechtspflege dadurch verbessert wird.¹²² Dieses allgemeine Kriterium wird durch die nachfolgenden Fallgruppen spezifiziert, die vor allem auf die Effizienz des Strafverfahrens (Verfügbarkeit von Beweismitteln, Kombination mit einem Verfahren zur Strafvollstreckung, Verfahrenskonzentration) bezogen sind (Art. 7 Abs. 1 RbÜbVerfolg-E) und in weiten Teilen den in Art. 8 EuVerfolgÜbk genannten Fallgruppen entsprechen.¹²³ Demgegenüber wurde der im ursprünglichen Entwurf vorgesehene Grund der Verbesserung der Resozialisierungsaussichten im Verlauf der Verhandlungen gestrichen.¹²⁴ Anders als der RbKompKonfl [s.o.a]) sah der Entwurf ausdrücklich eine Befugnis zur Aussetzung oder Einstellung des Strafverfahrens vor, um eine Übertragung zu ermöglichen (Art. 6 RbÜbVerfolg-E).¹²⁵

Nach dem Entwurf lehnt der ersuchte („empfangende“) Mitgliedstaat die Übernahme der Strafverfolgung ab, wenn die Tat nach dessen Recht keine strafbare Handlung darstellt oder die Verfolgung gegen den Grundsatz „ne

120 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (351).

121 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument III19/09 ADD 1, S. 7, und dazu *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (353); zum Gegenmodell in anderen Verträgen, wonach erst mit dem Ersuchen Strafgewalt begründet bzw. übertragen wird: *Ludwiczak*, ebenda, 357.

122 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument III19/09 ADD 1, S. 8.

123 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument III19/09 ADD 1, S. 8 ff.

124 Ratsdokument 12385/09 vom 1.9.2009, S. 9.

125 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument III19/09 ADD 1, S. 7, und dazu *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (354).

bis in idem“ verstieße, die verfolgte Person nach dem Recht des ersuchten Mitgliedstaates strafunmündig ist, die Verfolgung durch Vorschriften über Immunitäten oder Vorrechte, wegen Verjährung, aufgrund einer Amnestie oder aus anderen Gründen ausgeschlossen ist (Art. 11 Abs. 1, 2 RbÜbVerfolg-E). Neben diesen zwingenden Ablehnungsgründen sieht der Entwurf einen fakultativen Ablehnungsgrund für den Fall vor, dass der empfangende Mitgliedstaat nicht der Auffassung ist, dass die Übertragung eine effiziente und geordnete Rechtspflege verbessern würde (Art. 12 RbÜbVerfolg-E); ursprünglich war dieser Ablehnungsgrund nur für die Übernahme der Verfolgung aufgrund abgeleiteter Strafgewalt vorgesehen.¹²⁶ Bis zur Entscheidung der empfangenden Behörde (Art. 13 RbÜbVerfolg-E) kann das Übernahmeersuchen zurückgezogen werden (Art. 10b RbÜbVerfolg-E). Die Bewilligung begründet keine Pflicht des ersuchten Mitgliedstaates zur Strafverfolgung, sondern dieser hat nur zu prüfen, ob ein Strafverfahren einzuleiten ist [s.o. II.2.c) zum Grundsatz „aut dedere aut iudicare“].¹²⁷

Da die Übertragung des Strafverfahrens die verfahrensrechtliche Stellung der verfolgten Person und der Opfer berührt, sieht der Entwurf außerdem vor, dass diese vor der Stellung eines Ersuchens zu unterrichten sind, sofern keine triftigen Gründe entgegenstehen (verfolgte Person) bzw. dies möglich ist (Opfer), und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist (Art. 8, 9 RbÜbVerfolg-E).¹²⁸

Anders als nach Art. 21 EuVerfolgÜbk verliert der übertragende Staat seine Verfolgungsbefugnis nicht bereits mit der Stellung des Ersuchens, sondern erst mit dessen Bewilligung durch die empfangende Behörde (Art. 16 Abs. 1 RbÜbVerfolg-E). Das eingestellte bzw. ausgesetzte Verfahren kann jedoch wieder aufgenommen werden, wenn die empfangende Behörde das Strafverfahren eingestellt hat (Art. 16 Abs. 3 RbÜbVerfolg-E). Eine bemerkenswerte Abweichung vom EuVerfolgÜbk liegt darin, dass das Recht des Opfers unberührt bleiben soll, im übertragenden Mitgliedstaat ein Strafverfahren gegen den Täter anzustrengen (Art. 16 Abs. 4 RbÜbVerfolg-E); dies wird damit begründet, dass das Privatklageverfahren nicht vom Anwendungsbereich des Kooperationsinstruments erfasst wird.¹²⁹

Hinsichtlich der Wirkungen der Übertragung im ersuchten Staat (Art. 17 RbÜbVerfolg-E) folgt der Entwurf dem Grundsatz der Gleichstellung von

126 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument 11119/09 ADD 1, S. 13.

127 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (356).

128 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument 11119/09 ADD 1, S. 10 f.

129 S. den erläuternden Bericht, Ratsdokument 11119/09 ADD 1, S. 15.

Strafanträgen und Untersuchungshandlungen im übertragenden Staat mit solchen im empfangenden bzw. übernehmenden Staat (Art. 17 Abs. 2, 4 RbÜbVerfolg-E; vgl. insoweit Art. 24 Abs. 1, Art. 26 Abs. 2 EuVerfolgÜbk).¹³⁰ Ist nur nach dem Recht des empfangenden Mitgliedstaates ein Strafantrag erforderlich, ist anstelle eines Widerspruchsrechts des Opfers (Art. 24 Abs. 2 EuVerfolgÜbk) vorgesehen, dass der Antrag nach Unterrichtung des Opfers innerhalb der dafür nach dem Recht des übernehmenden Mitgliedstaats maßgeblichen Frist zu stellen ist (Art. 17 Abs. 5 RbÜbVerfolg-E; s.o. II.3. zu den entsprechenden Regelungen in den bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk). Außerdem soll die Verjährungsfrist bei der Übernahme der Strafverfolgung aufgrund abgeleiteter Strafgewalt nicht verlängert werden (vgl. Art. 23 EuVerfolgÜbk), da innerhalb der Union grundsätzlich von einer zügigen Entscheidung des empfangenden Staates ausgegangen und damit kein Bedürfnis für eine Fristverlängerung gesehen wurde.¹³¹

In Anlehnung an Art. 25 S. 2 EuVerfolgÜbk enthält der Entwurf schließlich für die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt eine Lex-mitior-Regel, wonach die im übernehmenden Mitgliedstaat verhängte Sanktion nicht strenger sein darf als jene, die im Recht des übertragenden Mitgliedstaats vorgesehen ist (Art. 17 Abs. 6 S. 2 RbÜbVerfolg-E). Diese Regelung wird dahingehend verstanden, dass die nach dem Recht des übernehmenden Staates verhängte Strafe nicht über das nach dem Recht des übertragenden Mitgliedstaates vorgesehene Höchstmaß hinausgehen darf.¹³²

Der im Entwurf skizzierte Mechanismus zur Übertragung der Strafverfolgung geht kaum über das EuVerfolgÜbk hinaus und bleibt in Bezug auf die Konstellationen, in denen eine Übertragung in Betracht kommt, sogar dahinter zurück.¹³³ Er hebt sich aber insofern positiv vom RbKompKonfl ab, als er anstelle eines eher informellen Konsultationsprozesses ein rechts-

130 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (357 f.).

131 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (359).

132 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (360).

133 *De Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (454); *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (352 f.), sehen einen Paradigmenwechsel darin, dass der Entwurf Vorgaben zur Ausgestaltung des Strafanwendungsrechts enthält. Letztlich setzt aber auch die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt voraus, dass „das Recht eines anderen Mitgliedstaats anwendbar ist“ (Art. 5 Abs. 1 RbÜbVerfolg-E), d.h. der übertragende Mitgliedstaat muss seine Strafgewalt nach den anschließend genannten Anknüpfungsprinzipien (Auswirkungsgrundsatz, aktives- und passives Personalitätsprinzip etc.) begründet haben und wird insoweit nicht in seinem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum beschränkt. Hinsichtlich der Vorgaben für den übernehmenden Mitgliedstaat geht der Entwurf nicht über die generelle Verweisung in Art. 2 EuVerfolgÜbk hinaus.

hilferechtlich geprägtes Verfahren mit Beteiligungsrechten der verfolgten Person und des Opfers vorsieht.

5. Übertragung der Strafverfolgung (Verordnungsvorschlag)

Wie in ihrem Arbeitsprogramm angekündigt¹³⁴, hat die Kommission im April 2023 einen Vorschlag für eine Verordnung zur Übertragung von Verfahren in Strafsachen vorgelegt (ÜbStrVO-E).¹³⁵ Im Unterschied zu dem Rahmenbeschlussskizzenentwurf zielt dieser Vorschlag also darauf ab, mit einer Verordnung eine unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Grundlage für die Übertragung der Strafverfolgung innerhalb der Union zu schaffen. Der Vorschlag orientiert sich dabei im Ausgangspunkt an Option B des RbÜbVerfolg-E; dabei werden die dort bereits erfassten Anknüpfungspunkte zum Teil übernommen (Auswirkungen bzw. Schäden der Tat im ersuchten Mitgliedstaat, Art. 3 Abs. 1 lit. c ÜbStrVO-E), zum Teil auch miteinander kombiniert (Anhängigkeit eines Strafverfahrens wegen derselben oder einer anderen Tat, aktives oder passives Personalitäts- bzw. Domizilprinzip, Art. 3 Abs. 1 lit. d, e ÜbStrVO-E). Darüber hinaus wird eine subsidiäre Strafgewalt nach dem Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ (vgl. o. 2. und II.2.) begründet, wenn die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abgelehnt wird, weil die Verfolgung im Ausstellungstaat auf extraterritorialer Strafgewalt beruht (Art. 4 Nr. 7 lit. b RbEuHb) oder gegen den europäischen Ordre Public verstößt (vgl. Art. 1 Abs. 3 RbEuHb); in beiden Konstellationen kommt eine Übernahme der Strafverfolgung durch den Vollstreckungsstaat nur in Betracht, wenn die verfolgte Person sich dort aufhält und entweder die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates besitzt oder dort ihren Wohnsitz hat (Art. 3 Abs. 1 lit. a, b ÜbStrVO-E). Mit den letztgenannten Regelungen soll verhindert werden, dass die verfolgte Person der Strafverfolgung entgeht.¹³⁶ Wie im Rahmenbeschlussskizzenentwurf (Art. 6 RbÜbVerfolg-E) ist für den ersuchenden Mitgliedstaat eine Befugnis zur Aussetzung oder Einstellung des Strafverfahrens vorgesehen, um eine Übertragung zu ermöglichen (Art. 4 ÜbStrVO-E).

Auch hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Übertragung der Strafverfolgung schließt der Verordnungsvorschlag an den Rahmenbeschluss-

134 S. das Arbeitsprogramm der Kommission für 2022, COM(2021) 645 vom 19.10.2021, S. 13 sowie den Anhang, S. 3 (Nr. 30).

135 KOM (2023) 185 endg. Vom 5.4.2023.

136 Vgl. KOM (2023) 185 endg., S. 2.

entwurf an: Ein Ersuchen um Übernahme der Verfolgung setzt zunächst voraus, dass eine effiziente und geordnete Rechtspflege dadurch verbessert wird (Art. 5 Abs. 1 ÜbStrVO-E). Diese allgemeine Voraussetzung wird durch die nachfolgenden, überwiegend bereits im Rahmenbeschlussentwurf enthaltenen Kriterien spezifiziert, die von der ersuchenden Behörde zu berücksichtigen sind (Art. 5 Abs. 2 ÜbStrVO-E). Neu aufgenommen wurde die Konstellation, dass die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls wegen eines laufenden oder bereits abgeschlossenen Strafverfahrens abgelehnt wurde, sofern die Übernahme der Strafverfolgung nicht gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ verstößt (Art. 5 Abs. 2 lit. b ÜbStrVO-E), und die Ablehnung bei einem drohenden Ordre-Public-Verstoß (Art. 5 Abs. 2 lit. c ÜbStrVO-E). Des Weiteren soll eine Übernahme der Verfolgung in Betracht gezogen werden, wenn die Vollstreckung der Strafe im ersuchten Staat die Resozialisierungsaussichten der verfolgten Person verbessern würde (Art. 5 Abs. 2 lit. i ÜbStrVO-E; vgl. insoweit oben 4.).

Wie der Rahmenbeschlussentwurf unterscheidet der Verordnungsvorschlag zwischen obligatorischen und fakultativen Ablehnungsgründen: Hinsichtlich der ersten Gruppe wird die Liste des früheren Entwurfs weitgehend übernommen (beiderseitige Strafbarkeit, Ne bis in idem, Strafunmündigkeit, Verjährung bzw. Verfolgbarkeit, Amnestie) und um einen weiteren Grund (fehlende Strafgerichtsbarkeit) ergänzt (Art. 13 Abs. 1 lit. f ÜbStrVO-E). Der letztgenannte Ablehnungsgrund ist folgerichtig, hätte aber bei einer umfassenden abgeleiteten Strafgerichtsbarkeit nicht aufgenommen werden müssen (s.o. 4. Zum Rahmenbeschlussentwurf). Im Unterschied zum Rahmenbeschlussentwurf werden die fakultativen Ablehnungsgründe ausführlicher geregelt, indem nicht nur auf die allgemeine Voraussetzung (geordnete und effiziente Strafrechtspflege, Art. 13 Abs. 2 lit. b ÜbStrVO-E), sondern auch auf nach dem Recht des ersuchten Mitgliedstaates bestehende Immunitäten und Vorrechte (Art. 13 Abs. 2 lit. a ÜbStrVO-E; s. bereits den zwingenden Ablehnungsgrund nach Art. 11 Abs. 2 lit. c RbÜbVerfolg-E), auf den Vorrang des Territorialitätsprinzips (Art. 13 Abs. 2 lit. c ÜbStrVO-E) und fehlende Angaben im Ersuchen (Art. 13 Abs. 2 lit. d ÜbStrVO-E) Bezug genommen wird. Nach der Begründung des Vorschlags sind die Ablehnungsgründe abschließend¹³⁷, d.h. die ersuchte Behörde ist zur Übernahme der Strafverfolgung verpflichtet, wenn keiner der genannten Gründe vorliegt. Die Übernahmepflicht wird

137 KOM (2023) 185 endg., S. 13; s. auch Erwägungsgrund (40).

allerdings durch den weiten Ablehnungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 lit. b ÜbStrVO-E erheblich abgeschwächt. Zudem begründet die Übernahme der Strafverfolgung keine Verfolgungspflicht; die zuständigen Behörden des ersuchten Mitgliedstaates entscheiden vielmehr nach dessen innerstaatlichen Recht über das weitere Vorgehen (Art. 12 Abs. 1 ÜbStrVO-E); insbesondere ein Verfolgungsermessen der zuständigen Behörden bleibt unberührt (s. auch oben 4.).¹³⁸

Zu den Rechten der verfolgten Person und der Opfer finden sich im Verordnungsvorschlag genauere Regelungen als im Rahmenbeschlusssentwurf: Die verfolgte Person ist vor der Stellung eines Ersuchens zu informieren und ihr ist dabei Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 6 Abs. 2 ÜbStrVO-E). Zudem kann sie selbst die Stellung eines Ersuchens beantragen (Art. 5 Abs. 3 ÜbStrVO-E). Die Pflicht zur Unterrichtung und Anhörung besteht nicht, wenn diese den Erfolg der Ermittlungen gefährden würde oder der Aufenthaltsort der verfolgten Person nicht ermittelt werden kann (Art. 6 Abs. 2 ÜbStrVO-E). Eine solche Unterrichts- und Anhörungspflicht ist auch in Bezug auf das Opfer vorgesehen, soweit dieses im ersuchenden Staat ansässig ist (Art. 7 Abs. 2 ÜbStrVO-E; s. auch zum Antragsrecht Art. 5 Abs. 3 ÜbStrVO-E).

Übernimmt die ersuchte Behörde die Strafverfolgung, so sind die verfolgte Person und das Opfer unter den oben genannten Voraussetzungen auch darüber zu unterrichten (Art. 6 Abs. 4, Art. 7 Abs. 4 ÜbStrVO-E). Gegen die Bewilligungsentscheidung der ersuchten Behörde ist der verfolgten Person und dem Opfer nach dem Recht des ersuchten Staates gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren (Art. 8 Abs. 1, 2 ÜbStrVO-E). Wird das Ersuchen erst nach Anklageerhebung gestellt, so hat das Rechtsmittel aufschiebende Wirkung (Art. 8 Abs. 4 ÜbStrVO-E). Aus der Regelung ergibt sich zugleich, dass ein Verfolgungsersuchen in jedem Stadium des Erkenntnisverfahrens gestellt werden kann.¹³⁹

Hinsichtlich der Wirkungen der Verfolgungsübernahme folgt der Vorschlag wiederum dem Rahmenbeschlusssentwurf: Mit der Bewilligung des Ersuchens verliert der ersuchende Mitgliedstaat seine Verfolgungsbefugnis und hat das wegen der Tat geführte Strafverfahren auszusetzen oder einzustellen (Art. 19 Abs. 1 ÜbStrVO-E). Die Aufrechterhaltung bereits erlassener und zur Verfolgung notwendiger Maßnahmen und die Durchführung von Anordnungen des übernehmenden Mitgliedstaates (Europäischer Haftbe-

138 KOM (2023) 185 endg., S. 13; s. auch Erwägungsgrund (47).

139 KOM (2023) 185 endg., S. 11.

fehl) bleiben davon unberührt (Art. 19 Abs. 2 ÜbStrVO-E). Das Verfahren kann wieder aufgenommen werden, wenn die empfangende Behörde das Strafverfahren eingestellt hat (Art. 19 Abs. 3 ÜbStrVO-E). Übernommen wird auch die Wahrung von Rechten des Opfers, im übertragenden Mitgliedstaat ein Strafverfahren gegen den Täter anzustrengen (Art. 19 Abs. 4 ÜbStrVO-E; s.o. 4.). Dies erscheint insofern zweifelhaft, als die Rechte des Opfers über den Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung (Art. 8 ÜbStrVO-E) bereits hinreichend geschützt werden.

Auch die Wirkungen der Übertragung im ersuchten Staat folgen weitgehend der Konzeption des Rahmenbeschlusssentwurfes: Dies gilt zunächst für die Gleichstellung von Strafanträgen und Untersuchungshandlungen im ersuchenden Mitgliedstaat mit solchen im ersuchten Mitgliedstaat (Art. 20 Abs. 2, 5 ÜbStrVO-E). Eine Regelung für die Konstellation, dass nur nach dem Recht des empfangenden Mitgliedstaates ein Strafantrag erforderlich ist (vgl. Art. 17 Abs. 5 RbÜbVerfolg-E), fehlt hingegen ebenso wie eine Verlängerung der Verjährungsfrist (s.o. 4.). Neu aufgenommen wurde eine Regelung zur Verwertung von im ersuchenden Staat erhobenem Beweismaterial; in Anlehnung an die entsprechende Regelung in der Verordnung zur Europäischen Staatsanwaltschaft¹⁴⁰ ist vorgesehen, dass ein Beweismittel nicht allein deshalb als unzulässig behandelt werden darf, weil es in einem anderen Mitgliedstaat erhoben worden ist (Art. 20 Abs. 3 ÜbStrVO-E).¹⁴¹ Ebenfalls hinzugefügt wurde eine Regelung zur Anrechnung freiheitsentziehender Maßnahmen (Untersuchungshaft) auf eine im ersuchten Staat verhängte Freiheitsstrafe (Art. 20 Abs. 4 ÜbStrVO-E).

Im Vergleich zum Rahmenbeschlusssentwurf deutlich abgeschwächt wurde die Lex-mitior-Regel. Nach dem Verordnungsvorschlag kann die nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates vorgesehene Höchststrafe berücksichtigen, wenn die Tat dort begangen wurde (Art. 20 Abs. 5 ÜbStrVO-E). Soweit der ersuchte Staat originäre Strafgewalt ausübt, ist dies nicht zu beanstanden; im Übrigen widerspricht die Verhängung einer höheren Strafe hingegen dem Grundsatz „Nulla poena sine lege“ [vgl. oben 4.; s. näher unten IV.4.a)]. In der Begründung wird daher zu Recht darauf hingewiesen, dass die Höchststrafe nach dem Recht des ersuchenden Mit-

140 Art. 37 Abs. 1 Verordnung (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. EU L 283/1.

141 KOM (2023) 185 endg., S. 7.

gliedstaates immer zu berücksichtigen ist, wenn der ersuchte Mitgliedstaat seine Strafgerichtsbarkeit ausschließlich auf diese Verordnung stützt.¹⁴²

Der Verordnungsvorschlag geht damit inhaltlich nicht wesentlich über den Rahmenbeschlussskizzenentwurf hinaus. Allerdings werden die Rechte der verfolgten Person und der Opfer gestärkt; für die praktische Anwendung dürfte daneben vor allem die geplante Errichtung eines dezentralen Informationssystems sein, das den Austausch der für die Fallverteilung relevanten Daten erleichtern soll (Art. 23 ff. ÜbStrVO-E).

142 Erwägungsgrund (48).

IV. Die Verfolgungsübernahme im deutschen Recht

Zur Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung finden sich im deutschen Recht nur vereinzelte Regelungen; insoweit sind Regelungen zur Rechtshilfe bzw. internationalen Zusammenarbeit (1.) und zum innerstaatlichen Strafverfahren nach Abgabe (2.) bzw. Übernahme (3.) der Strafverfolgung zu unterscheiden.

1. Rechtshilferecht

a) Regelung in Verwaltungsvorschriften (RiVAST)

Die Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung wird im Entwurf zum IRG zwar mehrfach erwähnt¹⁴³, hat dort aber keine eigenständige gesetzliche Regelung erfahren. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 21 EuRhÜbk) nicht als Ersuchen um Rechtshilfe angesehen wird, da mit der Anzeige kein ausländisches Strafverfahren gefördert (vgl. § 59 Abs. 2 IRG), sondern ein solches Verfahren initiiert wird.¹⁴⁴

Eine ausdrückliche Regelung zu eingehenden und ausgehenden Verfolgungersuchen enthalten allerdings die von der Bundesregierung und den Landesregierungen erlassenen Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST), die als Verwaltungsvorschriften für die Justizbehörden verbindlich sind, soweit gesetzliche Vorschriften und völkerrechtliche Übereinkünfte dem nicht entgegenstehen (vgl. Nr. 1 Abs. 2 RiVAST).¹⁴⁵ In Bezug auf eingehende Ersuchen wird die Pflicht zur Unterrichtung über Einleitung und Ausgang des übernommenen Straf- oder Bußgeldverfahrens konkretisiert und um eine Verpflichtung

143 BT-Drucks. 9/1338, S. 26, 29.

144 S. die Denkschrift der Bundesregierung zum EuRhÜbk, BT-Drucks. IV/382, S. 47; *Ambos/Gronke*, in: *Ambos/König/Rackow*, 1. Hauptteil Rn. 7; *Hackner/Schierholt*, Rn. 12; *Johnson*, in: *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas*, § 59 Rn. 37; *Nogrady*, in: *Müller-Guggenberger*, 8. Kapitel Rn. 8.119; *Schierholt*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Art. 21 EuRhÜbk Rn. 1; *Trautmann/Zimmermann*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Vor § 59 Rn. 17.

145 *Vogel/Burchard*, in: *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas*, Vor § 1 Rn. 161.

ergänzt, der ersuchenden Behörde die von dieser übermittelten Unterlagen und Gegenstände nach Verfahrensabschluss zurückzugeben (Nr. 144 Abs. 1, 3 RiVAST).

Die Stellung eines Ersuchens um Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit an einen ausländischen Staat ist zu prüfen, wenn eine im Inland verfolgte Person sich im Ausland aufhält und ein Ersuchen um Auslieferung oder Vollstreckungshilfe nicht in Betracht kommt; dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (Nr. 145 RiVAST). Mit dem Ersuchen soll also verhindert werden, dass die verfolgte Person der Strafverfolgung entgeht (vgl. bereits oben II.2.). Dem Ersuchen sind eine Sachverhaltsdarstellung (Angaben zur Person, über das Ergebnis der bisherigen Ermittlungen, angeordnete Maßnahmen, Dauer der Untersuchungshaft), erforderlichenfalls mit Übersetzung, sowie eine Mehrfertigung der Akten oder wesentlicher Aktenteile beizufügen (Nr. 146 Abs. 2, 3 RiVAST). Die weitere Verfolgung in Deutschland wird durch das Ersuchen nur ausgeschlossen, soweit dies in einer völkerrechtlichen Übereinkunft vorgesehen ist (Nr. 146 Abs. 4 RiVAST; s. dazu oben II.3.).

b) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Die mit einer Übertragung oder Übernahme der Strafverfolgung einhergehende Übermittlung personenbezogener Daten greift in das Recht der betroffenen Person auf informationelle Selbstbestimmung ein (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage.¹⁴⁶ Verwaltungsvorschriften (vgl. Nr. 146 RiVAST) sind insoweit nicht ausreichend.¹⁴⁷ Einer gesetzlichen Grundlage bedarf daher einerseits die Übermittlung personenbezogener Daten mit einem Verfolgungsersuchen (Nr. 146 Abs. 2, 3 RiVAST), andererseits aber auch die Unterrichtung über die Einleitung und den Ausgang des Strafverfahrens bei eingehenden Ersuchen (Nr. 144 Abs. 1 RiVAST).

Darüber hinaus könnte für das Verfolgungsersuchen auch deshalb eine gesetzliche Grundlage erforderlich sein, weil es darauf abzielt, den ersuchten Staat zur Übernahme bzw. Einleitung eines Strafverfahrens zu veranlassen. Die Übertragung eines Strafverfahrens auf einen ausländischen Staat

¹⁴⁶ BVerfGE 65, 1 (43 f.); 130, 151 (183 f.); NJW 2014, 1581 (1582).

¹⁴⁷ S. zur Ersetzung der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) durch die §§ 12 ff. EGGVG: BT-Drucks. 13/4709, S. 16.

kann erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeiten der verfolgten Person (und ggf. auch der Opfer) haben, ihre Verfahrensrechte wirksam wahrzunehmen. Bei der Bestimmung des für die Strafverfolgung zuständigen Staates sind daher deren Interessen und der Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Strafverfahren zu berücksichtigen.¹⁴⁸ So wird das Interesse deutscher Staatsangehöriger an einer Durchführung des Strafverfahrens in ihrem Heimatstaat im Auslieferungsverfahren grundrechtlich geschützt (Art. 16 Abs. 2 GG) und bei der Entscheidung über die Auslieferung angemessen zu berücksichtigen (§ 80 Abs. 2 S. 3 IRG).¹⁴⁹

Die vorherrschende Konzeption der Verfolgungsübernahme entzieht sich indes derartigen Erwägungen, indem sie ein eingehendes Verfolgungsersuchen als Informationsübermittlung deutet und damit grundsätzlich nicht anders behandelt als eine Strafanzeige (s.o. II.3.). Die Entscheidung über die Durchführung eines Strafverfahrens findet damit ihre Grundlage (allein) im inländischen Verfahrensrecht (§§ 152 ff. StPO). Einer weitergehenden gesetzlichen Ermächtigung bedarf es nicht, zumal die geltenden Regelungen es ermöglichen, einer Strafverfolgung im Ausland Rechnung zu tragen (vgl. u.a. § 153c StPO, s. dazu näher 2.).

Unter dieser Prämisse erschöpft sich grundsätzlich auch ein ausgehendes Verfolgungsersuchen in der Übermittlung einer Information bzw. Anzeige. Dies gilt jedoch nicht, sofern ein ausländischer Staat um Verfolgung einer Tat ersucht wird, die nicht seiner originären Strafgewalt unterliegt, und die Verfolgung deshalb von einem Ersuchen des zur Strafverfolgung berufenen Staates (Deutschland) abhängig macht [vgl. z.B. Art. 85 des schweizerischen IRSG, s. dazu unten V.1.b)]. In diesem Fall wird die Strafverfolgungsbefugnis des ausländischen Staates erst durch das Ersuchen begründet (vgl. Art. 2 Abs. 2 EuVerfolgÜbk); für eingehende Verfolgungsersuchen ist ein solches Erfordernis nur in einzelnen Ausführungsbestimmungen zu bilateralen Verträgen vorgesehen [s. dazu unten 3.b)bb)(2) und (5)].¹⁵⁰ Soweit ein ausgehendes Verfolgungsersuchen eine für die ausländische Strafgewalt konstitutive Funktion hat, geht seine Rechtswirkung über die bloße Übermittlung einer Information hinaus und greift damit selbstständig in die Rechtsposition der verfolgten Person ein, indem sie dem ersuchten Staat

148 *Lagodny*, Gutachten, S. 107 f.; *Walther*, in: FS Eser, S. 925 (945 f.).

149 S. insoweit BVerfGE 113, 273 (302); zu den grundrechtlich geschützten Interessen der verfolgten Person und der Opfer: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 80 Rn. 38 f., 42.

150 Vgl. Art. 6 des Umsetzungsgesetzes zum CH-ErgV-EuRhÜbk vom 20.8.1975, BGBl. II S. 1169.

nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich die Möglichkeit zur Strafverfolgung eröffnet.

Zugleich berührt die Möglichkeit, dass das Strafverfahren nicht im Inland, sondern in einem ausländischen Staat durchgeführt wird, auch die Stellung der Opfer im Strafverfahren, denn die Übertragung der Strafverfolgung kann es ihnen (z.B. aufgrund der räumlichen Distanz und fehlender Sprachkenntnisse) erheblich erschweren, unter Umständen sogar unmöglich machen, sich am Verfahren zu beteiligen und ihre Verfahrensrechte wahrzunehmen. Auch wenn das deutsche Recht grundsätzlich kein allgemeines Recht auf Strafverfolgung kennt, berührt eine Übertragung der Strafverfolgung Rechte des Opfers zumindest insoweit, als das BVerfG bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung die Freiheit einen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektive Strafverfolgung anerkannt hat.¹⁵¹

c) Spontane Informationsübermittlung (§ 61a IRG)

Da eine gesetzliche Regelung der Verfolgungsübernahme im IRG fehlt, kommt als gesetzliche Befugnisnorm zunächst die allgemeine Vorschrift zur Informationsübermittlung ohne Ersuchen (§ 61a IRG) in Betracht. Bei der Einführung dieser Vorschrift wurde allerdings davon ausgegangen, dass § 61a IRG Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung nicht erfasst, da diese nicht auf Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens gerichtet seien.¹⁵² Für diese Auslegung spricht auf den ersten Blick der Wortlaut, der eine Übermittlung nur zulässt, soweit diese erforderlich ist, um ein Rechtshilfeersuchen des Empfängerstaates vorzubereiten (§ 61a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a IRG); anders als in § 92c Abs. 1 Nr. 2 lit. a IRG wird also der Fall, dass im Empfängerstaat auf der Grundlage der übermittelten Informationen ein Strafverfahren eingeleitet wird, nicht ausdrücklich einbezogen.¹⁵³ Eine entsprechende Regelung war im ursprünglichen Gesetzesentwurf noch vor-

151 BVerfG BeckRS 2014, 59593; NJW 2015, 150; NSTZ-RR 2020, 51; s. dort jeweils auch zu weiteren Fallgruppen (Straftaten von Amtsträgern und gegen Personen, die sich in einem Obhutsverhältnis zur öffentlichen Hand befinden), die allerdings bei der Verfolgungsübernahme nur geringe praktische Bedeutung haben dürften.

152 S. die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/4232, S. 13, und die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/5487, S. 6; ebenso Güntge, in: Ambos/König/Rackow, 4. Hauptteil Rn. 64.

153 Vgl. Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 61a Rn. 14.

gesehen¹⁵⁴, wurde aber durch eine neue Formulierung ersetzt, um den Umfang der zu übermittelnden Daten auf die Informationen zu begrenzen, die zur Vorbereitung eines ausländischen Ersuchens erforderlich ist.¹⁵⁵ Im Hinblick auf die zu übermittelnden Daten macht es jedoch keinen Unterschied, ob das ausländische Strafverfahren zum Zeitpunkt der Übermittlung bereits eingeleitet ist oder die Einleitung des Verfahrens erst durch die Übermittlung angestoßen wird; § 61a IRG umfasst daher auch Spontanauskünfte bzw. Strafanzeigen, die der Einleitung eines Strafverfahrens im Empfängerstaat dienen sollen.¹⁵⁶

Selbst wenn man dieser Auslegung des § 61a IRG folgt, unterwirft diese Vorschrift ausgehende Verfolgungsersuchen erheblichen Beschränkungen: Da die Übermittlung nach § 61a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a IRG nur zulässig ist, soweit die Vorbereitung eines Rechtshilfeersuchens dies erfordert (s.o.), ist es nach der Konzeption des Gesetzgebers ausgeschlossen, dem Empfängerstaat eine Kopie der gesamten Ermittlungsakte zu übersenden.¹⁵⁷ Dient die Übermittlung dem Ziel, dass das Strafverfahren im Empfängerstaat (fort-)geführt wird, wäre dies aber sachgerecht¹⁵⁸, wie sich letztlich auch in Nr. 146 Abs. 2, 3 RiVAST zeigt (s.o.).

Eine weitere Beschränkung ergibt sich daraus, dass sich das im Ausland geführte Strafverfahren auf eine Straftat beziehen muss, für die nach deutschem Recht ein Höchstmaß von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe angedroht ist (§ 61a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a IRG). Sofern im Empfängerstaat ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist, reicht es aus, wenn Gegenstand der Verfolgung eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist (§ 61a Abs. 1 S. 2 IRG). Damit scheidet ein Rückgriff auf § 61a IRG bei Bagatellstraftaten aus, deren Verfolgung im Ausland an die Stelle der Auslieferung oder Vollstreckungshilfe treten soll (vgl. oben Nr. 145 RiVAST).

Schließlich enthält § 61a IRG keine Grundlage für die Unterrichtung des um Strafverfolgung ersuchenden Staates (Nr. 144 Abs. 1 RiVAST), denn im Fall der Übernahme der Strafverfolgung durch die deutsche Justiz wird

154 S. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/4232, S. 5.

155 S. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/5487, S. 5.

156 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61a Rn. 4; Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 61a Rn. 15.

157 BT-Drucks. 15/5487, S. 5; ebenso Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61a Rn. 4; Güntge, in: Ambos/König/Rackow, 4. Hauptteil Rn. 65; Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 61a Rn. 15.

158 Vgl. auch Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 61a Rn. 15.

der ersuchende, das Strafverfahren abgebende Staat kein weiteres Rechtshilfeersuchen stellen. Die Informationsübermittlung dient daher nicht der Vorbereitung eines solchen Ersuchens, so dass die Voraussetzungen des § 61a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a IRG nicht erfüllt sind.

Aufgrund dieser Beschränkungen verwundert es nicht, dass ausgehende Verfolgungsersuchen nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht unter § 61a IRG fallen sollten. Für die Zusammenarbeit mit anderen EU-Mitgliedstaaten entfallen diese Beschränkungen zwar weitgehend (§ 92c IRG, s.o. III.3.), allerdings fehlt auch insoweit eine Befugnis zur Unterrichtung über die Einleitung und den Ausgang des Strafverfahrens. Die Aussage, dass die Stellung derartiger Ersuchen unberührt bleibe und bereits nach geltender Rechtslage möglich sei¹⁵⁹, ist damit nach alledem nur belastbar, wenn für die mit derartigen Ersuchen verbundenen Grundrechtseingriffe eine gesetzliche Grundlage besteht.

d) Verfolgungsübernahme als sonstige Rechtshilfe?

Als Rechtsgrundlage für die grenzüberschreitende Datenübermittlung könnte die allgemeine Vorschrift über die sonstige Rechtshilfe (§ 59 IRG) herangezogen werden, soweit im innerstaatlichen Rechtshilfeverkehr eine spontane Informationsübermittlung zulässig ist (vgl. § 479 StPO).¹⁶⁰

Bei ausgehenden Verfolgungsersuchen scheidet § 59 Abs. 1 IRG indes schon deshalb als Rechtsgrundlage aus, weil dieser ein eingehendes Ersuchen voraussetzt („Auf Ersuchen einer zuständigen Stelle eines ausländischen Staates ...“). Aber auch eingehende Verfolgungsersuchen fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 59 IRG, da der Begriff der Rechtshilfe nur die „Unterstützung“ eines ausländischen Verfahrens in einer strafrechtlichen Angelegenheit erfasst (§ 59 Abs. 2 IRG). Nach Auffassung des Gesetzgebers und der h.M. handelt es sich bei der Verfolgungsübernahme gerade nicht um „Rechtshilfe“ i.S.d. IRG, da ein entsprechendes Ersuchen ein ausländisches Verfahren nicht fördern, sondern initiieren soll [s. oben a)]. Die mit der Übertragung oder Übernahme der Strafverfolgung verbundene

159 BT-Drucks. 15/4232, S. 13; BT-Drucks. 15/5487, S. 6.

160 Diese Vorschrift erfasst nach h.M. nur die Übermittlung personenbezogener Daten zur Verfolgung einer anderen prozessualen Tat, s. insoweit *Puschke/Wefßlau*, in: SK-StPO, § 477 Rn. 4 m.w.N. In Bezug auf dieselbe prozessuale Tat wäre die Datenübermittlung im Rahmen einer Übernahme bzw. Abgabe des Verfahrens zulässig, vgl. § 142a GVG sowie § 143 Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 3 GVG i.V.m. §§ 7 ff. StPO.

Übermittlung personenbezogener Daten lässt sich daher nicht auf § 59 IRG stützen.

Auch den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften des (§§ 77c ff. IRG) lässt sich keine entsprechende Rechtsgrundlage entnehmen. § 77d IRG regelt zwar die Übermittlung personenbezogener Daten im internationalen Rechtshilfeverkehr. Der Wortlaut der Regelung („soweit dies gesetzlich vorgesehen ist“) lässt aber eindeutig erkennen, dass diese keine eigenständige Übermittlungsbefugnis begründet, sondern eine solche vielmehr voraussetzt.¹⁶¹

e) Internationale Übereinkommen (Art. 21 EuRhÜbk)

Als gesetzliche Ermächtigung kommen schließlich völkervertragliche Regelungen in Betracht¹⁶², die mit dem Zustimmungsgesetz Bestandteil des Bundesrechts geworden sind (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG). So wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Verfolgungsübernahme aus deutscher Sicht auf Art. 21 EuRhÜbk gestützt wird (s.o. II.3.).

Auf den ersten Blick bestehen allerdings Zweifel, ob ein Verfolgungsersuchen unmittelbar auf diese Bestimmung gestützt werden kann, denn die Regelung erschöpft sich in einer Regelung des Geschäftsweges.¹⁶³ Nach Art. 21 Abs. 1 EuRhÜbk sind Anzeigen einer Vertragspartei zum Zwecke der Strafverfolgung durch die Gerichte einer anderen Vertragspartei Gegenstand des Schriftverkehrs zwischen den Justizministerien. Demgegenüber enthalten die bilateralen Ergänzungsverträge detaillierte Angaben zu den Informationen, die mit einem Verfolgungsersuchen zu übermitteln sind (vgl. Nr. 146 Abs. 2, 3 RiVAsT)¹⁶⁴, so dass eine gesetzliche Übermittlungsbefugnis jedenfalls insoweit besteht. Allerdings setzt eine Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung implizit die Übermittlung der dafür erforderlichen Informationen voraus. Art. 21 EuRhÜbk wurde gerade mit dem Ziel

161 S. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/4671, S. 98; *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 77d Rn. 2; *Rackow*, in: Ambos/König/Rackow, 1. Hauptteil Rn. 149.

162 Vgl. BT-Drucks. 15/5487, S. 6.

163 S. insoweit die Denkschrift der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/381, S. 46 f.

164 Art. XI Abs. 3 F-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 2 I-ErgV-EuRhÜbk, Art. XI Abs. 2 NL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XIV Abs. 4 Ö-ErgV-EuRhÜbk, Art. 13 Abs. 5 PL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 4 CH-ErgV-EuRhÜbk, Art. 14 Abs. 5 CZ-ErgV-EuRhÜbk, Art. 20 Abs. 1 JugRhÜbk.

aufgenommen, den Vertragsparteien die Stellung entsprechender Ersuchen zu ermöglichen.¹⁶⁵ Dass Art. 21 EuRhÜbk keine Vorgaben zu Umfang und Grenzen der Datenübermittlung enthält, lässt sich möglicherweise durch die entsprechenden Vorgaben in den allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen (§§ 77c ff. IRG) kompensieren.

Diese Regelungen gelten für Datenübermittlungen „im Rechtshilfeverkehr“ (§ 77c IRG). Einer Anwendung der §§ 77c ff. IRG könnte daher wiederum ein Verständnis der Rechtshilfe entgegenstehen, das nur die Unterstützung eines ausländischen (bzw. bei ausgehenden Ersuchen eines inländischen) Strafverfahrens umfasst (vgl. § 59 Abs. 2 IRG)¹⁶⁶, aber nicht die Übernahme bzw. Übertragung der Strafverfolgung [s.o. d)]. Bei der Auslegung des Begriffs „Rechtshilfe“ ist allerdings zu berücksichtigen, dass die §§ 77c ff. IRG zur Umsetzung der Richtlinie zum Datenschutz im Rahmen der Verhütung und Verfolgung von Straftaten (Datenschutz-RL)¹⁶⁷ eingeführt worden sind. Der Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Datenschutz-RL) und schließt insoweit auch die Datenübermittlung an Drittstaaten ein (Art. 35 ff. Datenschutz-RL). Die Übermittlung zum Zwecke der Übertragung der Strafverfolgung ist demnach vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst, so dass nach dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung¹⁶⁸ auch dem § 77c IRG (und § 1 Abs. 1 IRG) ein weites Verständnis des Begriffs „Rechtshilfeverkehr“ zugrunde zu legen ist. Dafür spricht auch der Schutzzweck dieser Regelungen, denn für das Recht der betroffenen Person auf Datenschutz kommt es allein darauf an, ob personenbezogene Daten zur Strafverfolgung übermittelt werden, und nicht darauf, ob mit der Übermittlung ein bereits eingeleitetes Strafverfahren gefördert oder ein solches Verfahren erst

165 Erläuternder Bericht, S. II (zu Art. 21 EuRhÜbk).

166 Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 77c Rn. 3; vgl. auch BT-Drucks. 19/4671, S. 97.

167 Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, ABL. EU L 119/89.

168 S. zu diesem Gebot und seinen Grenzen: EuGH, Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, 3969 (Rn. 12 f.); Urt. v. 28.6.2012, Rs. C-7/11 (Caronna), BeckRS 2012, 81321 (Rn. 51 f.); BGHSt 37, 330 (336); 50, 347 (355); NStZ 2004, 285; Hecker, S. 366 ff.; Satzger, § 9 Rn. 106 ff.

initiiert werden soll.¹⁶⁹ Der Wortlaut des § 77c IRG steht dieser Auslegung nicht entgegen, da insbesondere die Nr. 144 ff. RiVAsT zeigt, dass sich der Rechtshilfebegriff auch in einem weiten, die Verfolgungsübernahme umfassenden Sinne verstehen lässt (vgl. die Überschrift des ersten Teils).¹⁷⁰

Bei diesem weiten Verständnis ergeben sich für ausgehende Verfolgungsersuchen an Drittstaaten folgende datenschutzrechtliche Anforderungen: Die Übermittlung der Daten muss zum Zweck der Strafverfolgung erforderlich sein (§ 77d Abs. 1 Nr. 1 IRG) und es muss entweder über einen Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission (§ 77d Abs. 1 Nr. 4) oder geeignete Garantien des ersuchten Staates (§ 77f Abs. 1 IRG; s. aber die Ausnahmen nach Abs. 2) ein angemessenes Datenschutzniveau besteht. Eine Datenübermittlung ist hingegen ausgeschlossen, wenn ein angemessener und die elementaren Menschenrechte wahrender Umgang mit personenbezogenen Daten nicht gewährleistet ist oder sonst schutzwürdige Interessen der betroffenen Person entgegenstehen (§ 77d Abs. 2 IRG). Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben stellt Art. 21 EuRhÜbk (i.V.m. §§ 77c ff. IRG) eine ausreichende Grundlage für die Übermittlung personenbezogener Daten im Rahmen eines ausgehenden Verfolgungsersuchens dar.

Art. 21 EuRhÜbk enthält hingegen keine Ermächtigung, einen ausländischen Staat um Strafverfolgung auf der Grundlage abgeleiteter Straf Gewalt zu ersuchen, bei der die Befugnis zur Strafverfolgung erst durch ein deutsches Ersuchen begründet wird [s.o. b)]. Eine solche Auslegung würde darüber hinweggehen, dass die Bundesrepublik Deutschland das EuVerfölgÜbk aufgrund von Bedenken gegen eine Verfolgungsübernahme auf dieser Grundlage abgelehnt hat [s.o. II.1.b)] und sich Art. 21 EuRhÜbk nach deutschem Verständnis auf eine „Anzeige“ im Sinne einer Informationsübermittlung beschränkt (s.o. II.3.). Auch die bilateralen Ergänzungsverträge zum EuRhÜbk setzen im Grundsatz eine originäre Straf Gewalt des übernehmenden Staates voraus, die insbesondere über das aktive Personalitätsprinzip begründet wird (s.o. II.3.); soweit die Übernahme Verfolgung an das Domizilprinzip (inländischer Wohnsitz) anknüpft (Art. XII Abs. 1 Ch-ErgV-EuRhÜbk), lässt sich den Verträgen indes möglicherweise auch

169 Vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/4671, S. 97, zur Irrelevanz der Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Ersuchen im Rahmen der §§ 77c ff. IRG.

170 Für einen weiten Rechtshilfebegriff: *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 18; ebenso Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Einleitung Rn. 28.

ein weitergehendes Verständnis entnehmen.¹⁷¹ In diesem Fall wäre eine gesetzliche Ermächtigung allerdings in Gestalt der besonderen völkervertraglichen Regelung gegeben.

Die Unterrichtung des ersuchenden Staates nach einem eingehenden Verfolgungsersuchen ist in Art. 21 EuRhÜbk eindeutiger geregelt. Danach teilt der ersuchte Staat dem ersuchenden Staat die aufgrund der Anzeige getroffenen Maßnahmen mit und übermittelt ihm gegebenenfalls eine Abschrift der ergangenen Entscheidung (Art. 21 Abs. 2 EuRhÜbk). Die Übermittlung der entsprechenden Daten ist damit hinreichend normenklar geregelt (vgl. etwa § 482 Abs. 2 StPO), erforderlichenfalls (z.B. zur Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzstandards) sind die §§ 77c ff. IRG ergänzend anzuwenden.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass ein- und ausgehende Verfolgungsersuchen auf Art. 21 EuRhÜbk gestützt werden können. Soweit bilaterale Rechtshilfeverträge (z.B. mit den USA) vergleichbare Regelungen enthalten¹⁷², kommen auch diese als gesetzliche Grundlage für ein Verfolgungsersuchen in Betracht. Nicht ausreichend sind hingegen Vertragsbestimmungen in deliktsspezifischen Übereinkommen, nach denen die Vertragsparteien die Möglichkeit einer Übertragung der Strafverfolgung in Betracht ziehen (Art. 8 UN-SuchtstoffÜbk, Art. 21 UN-OrgKrimÜbk, Art. 47 UN-KorrÜbk), da die Einführung und Umsetzung eines solchen Instruments den Vertragsstaaten überlassen bleibt [s.o. II.1.d)]. Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber insoweit auf die bereits bestehende Regelung in Art. 21 EuRhÜbk verwiesen.¹⁷³ Mit Art. 21 EuRhÜbk steht damit im Ergebnis eine Rechtsgrundlage für ein- und ausgehende Verfolgungsersuchen zur Verfügung, diese ist allerdings auf die Vertragsstaaten zu diesem Übereinkommen begrenzt. Deren Zahl ist zwar beträchtlich und umfasst neben den Mitgliedern des Europarats auch einige außereuropäische Staaten (Chile, Israel und Korea).¹⁷⁴ Es bleibt aber zu konstatieren, dass ohne eine völkervertragliche Grundlage die Übertragung oder Übernahme der Straf-

171 Vgl. zur Zuordnung der deutschen Umsetzung zur stellvertretenden Strafrechtspflege unten IV.3.

172 Vgl. Art. 22 des Rechtshilfevertrages mit den USA vom 14.10.2003 (BGBl. 2007 II S. 1620).

173 Denkschrift zum UN-Suchtstoff-Übereinkommen, BT-Drucks. 12/3346, S. 46; s. auch Denkschrift zum UN-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, BT-Drucks. 15/5150, S. 83; Denkschrift zum UN-Übereinkommen gegen Korruption, BT-Drucks. 18/2138, S. 90.

174 S. den Überblick über die insgesamt 50 Vertragsstaaten: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=030> (16.5.2023).

verfolgung nach dem geltenden Recht unzulässig ist, weil eine gesetzliche Befugnis für die damit einhergehende Übermittlung personenbezogener Daten fehlt bzw. nur in sehr eingeschränktem Umfang zur Verfügung steht (§ 61a IRG).

2. Beendigung des inländischen Strafverfahrens nach Übertragung der Strafverfolgung

Soweit eine Übertragung der Strafverfolgung nach deutschem Recht zulässig ist, stellt sich die Frage, wie in Bezug auf das inländische Strafverfahren nach Stellung eines Verfolgungsersuchens weiter zu verfahren ist. Übernimmt der ersuchte Staat die Strafverfolgung, so wäre es nach dem Sinn und Zweck der Verfolgungsübernahme naheliegend, dass der ersuchende Staat die Verfolgung nicht weiter fortsetzt. Dementsprechend wird im Rahmen des RbKompKonfl das Legalitätsprinzip dahingehend verstanden, dass der Verfolgungspflicht der übertragenden Behörde auch dann entsprochen wird, wenn die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats die Strafverfolgung übernimmt (s.o. III.1.). Diese Einschränkung der Verfolgungspflicht bedarf jedoch einer Umsetzung in das innerstaatliche Verfahrensrecht. Die nach deutschem Recht bestehende Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Straftaten (§ 152 Abs. 2 StPO) muss also durch eine Vorschrift ergänzt werden, die eine Einstellung des deutschen Strafverfahrens ermöglicht, um der Übertragung der Strafverfolgung auf einen anderen Staat Rechnung zu tragen.¹⁷⁵

Dieses Problem stellt sich nicht, soweit nach den bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk die Stellung des Verfolgungsersuchens im ersuchenden Staat ein Verfahrenshindernis begründet wird, denn in diesem Fall ist das deutsche Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen.¹⁷⁶ Gleiches gilt wenn, die verfahrensabschließende Entscheidung im ersuchten Staat nach Art. 54 SDÜ zu einem grenzüberschreitenden Strafklageverbrauch in Deutschland führt.¹⁷⁷ Im Übrigen kann das Verfahren zwar aus Opportunitätsabwägungen eingestellt werden; die Möglichkeiten sind insoweit allerdings begrenzt.

175 A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 23.

176 Nogradý, in: Müller-Guggenberger, 8. Kapitel Rn. 8.121.; s. auch Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, 25. Kapitel Rn. 93 f.

177 Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, 25. Kapitel Rn. 95.

a) Einstellung bei Auslandstaten (§ 153c StPO)

Eine Verfahrenseinstellung kommt zunächst bei Auslandstaten (einschließlich der inländischen Teilnahme an einer Auslandstat), bei Inlandstaten auf einem ausländischen Schiff oder Luftfahrzeug oder bei Beteiligung an einer ausländischen kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a, 129b StGB) in Betracht (§ 153c Abs. 1 StGB).¹⁷⁸ Bei einer Tat, die (auch) im Inland begangen wurde (vgl. § 9 StGB), ist eine Verfahrenseinstellung hingegen in der Regel ausgeschlossen.¹⁷⁹ Auch die Verfahrenseinstellung bei Distanzstaten (§ 153c Abs. 3 StPO) setzt voraus, dass die Tathandlung im Ausland vorgenommen wurde; darüber hinaus müssen der Verfolgung in Deutschland überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Die Vorschrift eröffnet daher in der Regel keine Möglichkeit, die Verfolgung einer Inlandstat einzustellen, wenn diese Tat in einem ausländischen Strafverfahren zusammen mit anderen ähnlichen Taten verfolgt werden soll und/oder der Täter ins Ausland geflohen ist.¹⁸⁰ Eine Einstellung des deutschen Strafverfahrens ist erst dann zulässig, wenn das ausländische Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist und, im Fall einer Verurteilung, die im Inland zu erwartende Strafe gegenüber der im Ausland bereits vollstreckten Strafe nicht ins Gewicht fiele (§ 153c Abs. 2 StPO).

b) Einstellung bei Auslieferung (§ 154b StPO)

Nach § 154b Abs. 1 StPO kann ein inländisches Strafverfahren des Weiteren eingestellt werden, wenn der Beschuldigte wegen derselben Tat an eine ausländischen Staat ausgeliefert wird. Mit der Einstellung wird dann die Entscheidung, der Strafgewalt des ausländischen Staats im Rahmen der Auslieferung Vorrang gegenüber der deutschen Strafgewalt einzuräumen (vgl. Art. 8 EuAÜbK, § 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG) nachvollzogen, indem das deutsche Strafverfahren nicht weiter fortgeführt wird. Die h.M. begründet dies damit, dass ein deutsches Strafverfolgungsinteresse nicht mehr gegeben ist,

178 S. auch § 153f StPO. Auf diese Vorschrift wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da der Gesetzgeber die Möglichkeiten zur Verfahrenseinstellung bei Straftaten nach dem VStGB weiter eingeschränkt hat, s. *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 153c Rn. 22.

179 S. zu § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO: *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 153c Rn. 11.

180 S. auch A. *Schneider*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 23.

wenn die beschuldigte Person sich nicht mehr im Inland aufhält.¹⁸¹ Zum Teil wird auch auf andere Aspekte (Entlastung der deutschen Justiz, verminderte Gefahr einer erneuten Tatbegehung im Inland, Resozialisierung) verwiesen.¹⁸² Die erste Begründung ist indes zu unspezifisch, da sie nicht zu erklären vermag, warum es für eine Einstellung nicht ausreicht, wenn die verfolgte Person freiwillig das Bundesgebiet verlässt.¹⁸³ In den weiteren Aspekten spiegeln sich die Kriterien wider, nach denen der Jurisdiktionskonflikt zwischen dem um Auslieferung ersuchenden (ausländischen) Staat und dem ersuchten Staat (Deutschland) im Auslieferungsverfahren aufzulösen ist.¹⁸⁴ Der Wegfall des deutschen Interesses an der Verfolgung der Tat entfällt also deshalb, weil diese vom ersuchenden Staat übernommen wird und damit dem inländischen Verfolgungsinteresse hinreichend Rechnung getragen wird. Sollte die verfahrensabschließende Entscheidung dieser Erwartung nicht entsprechen (vgl. § 153c Abs. 2 StPO)¹⁸⁵, so kann das deutsche Strafverfahren wieder aufgenommen werden, soweit kein Verfahrenshindernis (z.B. Verjährung, Art. 54 SDÜ; s. auch oben II.3.) besteht.¹⁸⁶ § 154b Abs. 1 StPO ermöglicht damit eine Einstellung nach Übertragung der Strafverfolgung, soweit diese im Wege der Auslieferung erfolgt; befindet sich die verfolgte Person hingegen bereits im übernehmenden Staat, kann das deutsche Strafverfahren nicht nach dieser Vorschrift eingestellt werden.

c) Teileinstellung bei mehreren Taten (§ 154 StPO)

Schließlich wird im Zusammenhang mit der Übertragung der Strafverfolgung auf einen anderen Staat auf die Möglichkeit zur Einstellung eines

181 *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 154b Rn. 1; *Tefßmer*, in: MüKo-StPO, § 154b Rn. 1; *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 154b Rn. 1.

182 *Kulhanek*, in: v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl, KMR-StPO, § 154b Rn. 1; s. auch zu § 456a StPO: OLG Hamm BeckRS 2013, 7686.

183 H.M., s. nur *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 154b Rn. 2; *Tefßmer*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, § 154b Rn. 2; *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, Bd. II, § 154b Rn. 3.

184 S. zu § 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 83b Rn. 6 f.; *F. Meyer*, in: Ambos/König/Rackow, 2. Hauptteil Rn. 972 f.; *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 83b Rn. 23.

185 Zur Orientierung an den Voraussetzungen des § 153c Abs. 2 StPO: *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 154b Rn. 16; *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 154b Rn. 15.

186 *Kulhanek*, in: KMR-StPO, § 154b Rn. 7.

deutschen Strafverfahrens nach § 154 StPO verwiesen.¹⁸⁷ Danach kann von der Verfolgung einer Tat abgesehen werden, wenn das öffentliche Strafverfolgungsinteresse durch die Sanktion, die wegen einer anderen Tat verhängt worden oder zu erwarten ist, gewahrt wird (§ 154 Abs. 1 Nr. 1, 2 StPO). Die Einstellung erfolgt also mit Blick auf Verfolgung einer anderen Tat, so dass § 154 StPO gerade nicht die Konstellation erfasst, in das Strafverfahren wegen derselben Tat von einem anderen Staat übernommen und fortgeführt wird.¹⁸⁸ Eine Anwendung des § 154 StPO kommt allenfalls in Betracht, wenn die Strafverfolgung von mehreren Straftaten in einem anderen Staat konzentriert werden soll und das Strafverfahren wegen einer dieser Taten nicht übertragen, sondern im Hinblick auf die anderen bereits verfolgten Taten eingestellt werden soll.

Darüber hinaus ist fraglich, ob § 154 StPO auch zur Einstellung des Verfahrens ermächtigt, soweit die andere Tat nicht durch die deutsche Justiz, sondern in einem ausländischen Staat verfolgt wird. Da sich dem Wortlaut keine Beschränkung auf die inländische Strafverfolgung entnehmen lässt, wird zum Teil auch die die Strafverfolgung im Ausland als ausreichend angesehen.¹⁸⁹ Die Gegenauffassung lehnt dies ab, da die Verfolgung bzw. Strafvollstreckung im Ausland in besonderen Vorschriften geregelt sei (§§ 153c Abs. 2, 154b StPO); dies zeige insbesondere die Sonderregelung zur Verfahrenseinstellung, wenn die beschuldigte Person wegen einer anderen Tat ausgeliefert wird (§ 154b Abs. 2 StPO).¹⁹⁰ Andererseits erscheint zweifelhaft, ob es sich bei den genannten Regelungen um abschließende Sondervorschriften handelt; so ist nicht ersichtlich, warum die Möglichkeit zur Berücksichtigung im Ausland vollstreckter Strafen, die wegen derselben Tat verhängt worden sind (§ 153c Abs. 2 StPO), die Einstellung im Hinblick auf wegen anderer Taten verhängter und vollstreckter Strafen ausschließen soll.¹⁹¹ Dies erkennt auch die Gegenauffassung in Bezug auf Ver-

187 Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, 25. Kapitel Rn. 93; Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, III D 1 Rn. 10.

188 A. Schneider, in: Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 23.

189 LG Aachen NStZ 1993, 505; LG Bonn NJW 1973, 1566 (1567); Beseler, NJW 1970, 370 f.; Dauster, NStZ 1986, 145 (146 ff.); Diemer, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 154 Rn. 2; Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, 25. Kapitel Rn. 19; Peters, NStZ 2012, 76 (78 f.).

190 Mavany, in: Löwe-Rosenberg, § 154 Rn. 12; Meyer-Gossner/Schmitt, § 154 Rn. 1a; Weßlau/Deiters, in: SK-StPO, § 154 Rn. 10.

191 LG Aachen NStZ 1993, 505; Dauster, NStZ 1986, 145 (146); Peters, NStZ 2012, 76 (77).

urteilungen an, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat ergangen seien und aufgrund eines entsprechenden Rahmenbeschlusses¹⁹² mit inländischen Urteilen gleichzustellen seien.¹⁹³ Diese rahmenbeschlusskonforme Auslegung des § 154 StPO entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der sich auch darin niedergeschlagen hat, dass die in § 56g Abs. 2 S. 1 StGB vorgesehene Beschränkung auf inländische Verurteilungen aufgehoben wurde.¹⁹⁴ Die unionsrechtliche Pflicht zur Anerkennung bezieht sich indes nur auf verfahrensabschließende Entscheidungen (Urteile), nicht auf laufende Strafverfahren in einem anderen Mitgliedstaat; eine Anwendung des § 154 StPO auf diese Konstellation wäre daher unionsrechtlich nicht geboten; dies gilt erst recht für die Verfolgung anderer Taten in einem Drittstaat. Gleichwohl erscheint eine konsistente Auslegung des § 154 StPO vorzuzugswürdig, die nicht danach unterscheidet, ob das Strafverfahren wegen einer anderen Tat in einem EU-Mitgliedstaat oder einem Drittstaat stattfindet und dieses noch läuft oder bereits abgeschlossen ist.¹⁹⁵ Dafür spricht nicht zuletzt, dass nach der Neufassung des § 56g Abs. 2 S. 1 StGB auch Verurteilungen in Drittstaaten dem Urteil eines deutschen Gerichts gleichstehen.¹⁹⁶

Damit eröffnet § 154 Abs. 1 StPO die Einstellung eines inländischen Strafverfahrens, wenn im Ausland bereits eine andere Tat verfolgt wird. Da sich das ausländische und das deutsche Strafverfahren auf unterschiedliche Taten beziehen, ist die Vorschrift auf die Übertragung der Strafverfolgung nicht anwendbar, bietet aber eine Handhabe, um bei einer Konzentration der Strafverfolgung mehrerer Taten in einem ausländischen Staat in Deutschland von der Verfolgung einer einzelnen Tat abzusehen.

192 Art. 3 Rahmenbeschluss 2008/675/JI vom 24.7.2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (ABl. EU L 220/32).

193 *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 154 Rn. 12; Meyer-Gossner/*Schmitt*, § 154 Rn. Ia; *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 154 Rn. 10; s. auch LG Bonn StraFo 2016, 72.

194 S. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13673, S. 5 f. (auch zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des deutschen Rechts).

195 *Peters*, NSTZ 2012, 76 (78 f.).

196 S. insoweit die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13673, S. 6.

d) Abwesenheit als vorübergehendes Verfahrenshindernis (§ 154f StPO)

Nach § 154f StPO kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig einstellen, wenn der Fortführung des Verfahrens die Abwesenheit der beschuldigten Person entgegensteht. Die Vorschrift ermöglicht damit eine Verfahrenseinstellung in der praktisch bedeutsamen Konstellation, in der die Strafverfolgung von dem Staat übernommen werden soll, in dem sich die beschuldigte Person bereits befindet. Die Einstellung setzt allerdings voraus, dass die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt so weit wie möglich aufgeklärt und die Beweise so weit wie nötig gesichert hat (§ 154f StPO). Zwar wird ein deutsches Verfolgungsersuchen kaum gestellt werden, ohne dass zuvor eigene Ermittlungen durchgeführt werden, deren Ergebnis dem ersuchten Staat übermittelt werden kann (vgl. Nr. 146 Abs. 3 RiVSt). Die Staatsanwaltschaft bleibt jedoch auch bei einer Übertragung der Strafverfolgung verpflichtet, sämtliche Ermittlungen vorzunehmen, denen die Abwesenheit der beschuldigten Person nicht entgegensteht, damit das Verfahren nach Wegfall des Verfahrenshindernisses unverzüglich fortgeführt werden kann.¹⁹⁷ Diese weitreichende Verpflichtung erscheint im Fall der Übertragung der Strafverfolgung überzogen, da das inländische Strafverfahren in der Regel nicht wieder aufgenommen, sondern die Tat stattdessen durch den ausländischen Staat verfolgt werden soll.

e) Zwischenergebnis

Das deutsche Strafverfahrensrecht sieht nur in engen Grenzen die Möglichkeit vor, ein inländisches Strafverfahren im Hinblick auf die Übertragung der Strafverfolgung auf einen ausländischen Staat einzustellen. Soll eine ganz oder zum Teil im Inland begangene Tat im Ausland verfolgt werden und befindet sich die verfolgte Person bereits in dem übernehmenden Staat, so ist eine endgültige Einstellung des deutschen Ermittlungsverfahrens in der Regel ausgeschlossen; die Abwesenheit der verfolgten Person erlaubt nur eine vorläufige Verfahrenseinstellung, die zudem voraussetzt, dass die Staatsanwaltschaft sämtliche ihr möglichen Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergriffen hat. Die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft zur Verfahrenseinstellung lassen damit eine Übertragung der Strafverfolgung in weiten Teilen zu, allerdings könnte der ratio dieses Ko-

197 Diemer, in: KK-StPO, § 154 f Rn. 3; Mavany, in: Löwe-Rosenberg, § 154f Rn. 7.

operationsinstruments durch eine spezifische Einstellungsbefugnis (oder ein Verfahrenshindernis i.V.m. § 170 Abs. 2 StPO) besser Rechnung getragen werden.

3. Inländisches Strafverfahren nach Übernahme der Strafverfolgung

Übernimmt die deutsche Justiz auf Anzeige (bzw. Ersuchen) eines ausländischen Staates die Strafverfolgung, so geschieht dies in der Regel durch Ausübung originärer (deutscher) Strafgewalt [a)]. Derivative (d.h. von einem ausländischen Staat abgeleitete) Strafgewalt wird nur ausnahmsweise in Form der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) ausgeübt [b)]. Letzteres wirft ähnliche verfassungsrechtliche Probleme auf wie die entsprechenden Regelungen im EuVerfolgÜbk [c); s.o. II.1.b)].

a) Ausübung originärer (deutscher) Strafgewalt

Nach vorherrschender Auffassung entspricht die Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 21 EuRhÜbk) einer bei den zuständigen deutschen Behörden erstatteten Strafanzeige, die darauf zu prüfen ist, ob sich daraus ein Anfangsverdacht ergibt (§ 152 Abs. 2 StPO, s.o. II.3.). Eine Übernahme der Strafverfolgung kommt daher nur in Betracht, wenn die Tat dem deutschen Strafrecht (§§ 3 ff. StGB) und damit auch der deutschen Strafgerichtsbarkeit unterliegt.¹⁹⁸ Ist dies der Fall und wird ein deutsches Ermittlungsverfahren eingeleitet, so richtet sich dieses nach dem innerstaatlichen Straf- und Strafverfahrensrecht.

Aus diesem Grund ist auch für die Verjährung allein das deutsche Recht maßgeblich. Danach wird die Verjährung nur durch Untersuchungshandlungen inländischer Amtsträger unterbrochen (vgl. § 78c Abs. 1 Nr. 12 StGB)¹⁹⁹, so dass auch das ausländische Ersuchen um Verfolgungsübernahme oder zuvor im ersuchenden Staat vorgenommene Maßnahmen grundsätzlich nicht geeignet sind, die Verjährung in Deutschland zu unter-

198 Von Bubnoff, S. 89 f.; Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, 25 Kapitel Rn. 92.

199 BGHSt 1, 325 (326); BayObLG NStZ 1993, 441 (442); Bosch, in: Schönke/Schröder, § 78c Rn. 3; Fischer, § 78c Rn. 7; Mitsch, in: MüKo-StGB, § 78c Rn. 7; Wolter, in: SK-StGB, § 78c Rn. 3.

brechen.²⁰⁰ Etwas Anderes gilt allerdings dann, soweit eine verjährungsunterbrechende Wirkung in bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk ausdrücklich vorgesehen ist (s.o. II.3.).²⁰¹

Ähnliches gilt, sofern die Verfolgung der Tat nach deutschem Recht einen Strafantrag voraussetzt: Ein Antrag, der bei einer ausländischen Strafverfolgungsbehörde gestellt worden ist, erfüllt diese Voraussetzung nicht.²⁰² Dies gilt auch für inländische Strafverfahren, die auf Anzeige bzw. Ersuchen eines ausländischen Staates eingeleitet wird, allerdings sind auch insoweit abweichende Regelungen in bilateralen Verträgen zu beachten. Danach kann auch der bereits im ersuchenden Staat gestellte Strafantrag ausreichen oder es kann vorgesehen sein, dass mit dem Eingang des Ersuchens eine neue Frist für die Stellung eines Strafantrags zu laufen beginnt (s.o. II.3.).

Die Regelungen in den bilateralen Verträgen lösen sich von der in Deutschland überkommenen Konzeption eines Verfolgungsersuchens als Anzeige, die allein über den ihr innewohnenden Informationsgehalt ein inländisches Strafverfahren auslöst. Nach dieser Konzeption ist es folgerichtig, dass auch für die Verfolgbarkeit allein Verfahrenshandlungen von bzw. vor deutschen Amtsträgern maßgeblich sind. Die abweichenden bilateralen Regelungen beruhen – ebenso wie die entsprechenden Bestimmungen in Art. 24, 26 EuVerfolgÜbk – auf der Erwägung, dass die Strafverfolgung auch im Interesse des ersuchenden Staates erfolgt und die zu diesem Zweck im ersuchenden Staat vorgenommenen Verfahrenshandlungen daher als grundsätzlich gleichwertig anzusehen sind.²⁰³

b) Stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 StGB und bilaterale Regelungen)

Beruht die Übernahme der Strafverfolgung nicht auf der originären deutschen Straf Gewalt, sondern wird die Verfolgungsbefugnis von der Strafge-

200 Peters, in: Schaumburg/Peters, Kapitel 6, Rn. 6.44.

201 S. die Denkschrift zum PL-ErgV-EuRhÜbk, BT-Drucks. 15/2254, S. 22, und zum CZ-ErgV-EuRhÜbk. BT-Drucks. 14/5011, S. 27.

202 BayObLG NJW 1972, 1631 (1632); Bosch, in: Schönke/Schröder, § 77 Rn. 34/35; Wolter, in: SK-StGB, § 77 Rn. 19.

203 Vgl. zur Verjährungsunterbrechung im Auslieferungsrecht (Art. 10 EuAlÜbk): BGHSt 33, 26 (30 ff.); OLG München NSTZ-RR 2013, 179; vg. ferner allgemein zur Substitution von Verfahrenshandlungen: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Einleitung Rn. 181.

walt eines ausländischen Staates abgeleitet, so übernimmt die deutsche Justiz die Strafverfolgung stellvertretend für diesen Staat. Dieser Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege ist zugleich Grundlage für die Anwendung deutschen Strafrechts. Aus diesem Grund ist die stellvertretende Strafrechtspflege im materiellen Strafrecht geregelt (§ 7 Abs. 2 StGB). Diese Regelung wird durch einzelne Ausführungsgesetze zu den bilateralen Verträgen ergänzt, die auf entsprechendes Ersuchen eine Übernahme der Verfolgung von Straßenverkehrsdelikten ermöglichen.²⁰⁴ Dabei stellt sich einerseits die Frage, ob und inwieweit sich diese Regelungen dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege zuordnen lassen [aa)], andererseits ob und inwieweit diese Regelungen den Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege konsequent umsetzen [bb)].

aa) Einordnung als stellvertretende Strafrechtspflege

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist deutsches Strafrecht auch auf Auslandstaten anwendbar, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist und wenn der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl seine Auslieferung nach der Art der Tat zulässig wäre, nicht ausgeliefert wird. Die deutsche Strafgewalt wird insoweit auf das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege gestützt.²⁰⁵ Um zu verhindern, dass der Täter seiner gerechten Bestrafung entgeht, weil er nicht ausgeliefert wird, übernimmt die deutsche Justiz die Verfolgung der Tat anstelle des ausländischen Staates.²⁰⁶ Die Strafverfolgung beruht insoweit auf der abgeleiteten Strafgewalt des zur Strafverfolgung berufenen Staates, der seine originäre Strafgewalt nicht ausüben kann, weil die verfolgte Person nicht an ihn ausgeliefert wird [aut dedere – aut iudicare, s.o. II.2.; s. auch unten b)ee)].²⁰⁷ Die Zuordnung

204 Art. 6 des Umsetzungsgesetzes zum JugRhÜbk vom 23.8.1974, BGBl. 1974 II S. 1165; Art. 6 des Umsetzungsgesetzes zum CH-ErgV-EuRhÜbk vom 20.8.1975, BGBl. II S. 1169; Art. 6 des Umsetzungsgesetzes zum IL-ErgV-EuRhÜbk vom 29.9.1980, BGBl. II S. 1334.

205 BVerfG NJW 2001, 1848 (1852); BGH NStZ 1985, 545; NStZ-RR 2000, 208 (209); 2007, 48 (50); NStZ 2019, 460; *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 1; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 1; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 7 Rn. 3; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 5.

206 BGH NStZ 1985, 545; 2019, 460.

207 *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 1 und Vorbemerkung zu § 3 Rn. 57, 59; *Böse*, § 7 Rn. 11 und Vor §§ 3 ff. Rn. 28 f.; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 5 und Vor §§ 3 ff. Rn. 267 f.

des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB entspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers.²⁰⁸ Für die Ausführungsbestimmungen zu den bilateralen Verträgen ergibt sich eine solche Zuordnung daraus, dass sie ein Verfolgungsersuchen des Tatortstaates voraussetzen.²⁰⁹

Andererseits soll § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB nach dem Willen des Gesetzgebers eine Strafverfolgung ermöglichen, wenn der dazu berufene ausländische Staat die Tat nicht verfolgen kann oder will.²¹⁰ In dem letztgenannten Fall kann die Erstreckung deutscher Strafgewalt auf Auslandstaten nicht mit einem ausländischen, sondern nur mit einem deutschen Strafverfolgungsinteresse begründet werden. Ein solches inländisches Verfolgungsinteresse wird mit der Erwägung begründet, dass mit der Ahndung der Tat verhindert werden soll, dass der Rechtsfrieden im Inland durch die Strafflosigkeit einer schweren im Ausland begangenen Straftat gestört wird und Deutschland damit zum „Asyl für Verbrecher“ wird.²¹¹ Nach verbreiteter Auffassung beruht die Ausübung deutscher Strafgewalt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB damit auch auf einem eigenen (deutschen) Interesse an der Strafverfolgung.²¹² § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB lässt nach seinem Wortlaut nicht nur den Verfolgungswillen des Tatortstaates unberücksichtigt, sondern stellt sich auch in anderer Hinsicht als defizitäre Umsetzung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege dar, so dass einer Zuordnung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu diesem Prinzip mit Ablehnung begegnet wird.²¹³ Die einzelnen Aspekte sollen sogleich näher beleuchtet werden [bb]).

Umgekehrt finden sich aber auch Stimmen, welche die stellvertretende Strafrechtspflege nicht auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB beschränken, sondern auch in anderen Bestimmungen verwirklicht sehen: Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB findet deutsches Strafrecht darüber hinaus auch auf eine Tat Anwendung, die am Tatort mit Strafe bedroht ist, wenn der Täter nach der Tat Deutscher geworden ist. Diese „Neubürgerklausel“ war bereits in § 4

208 S. die Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 113.

209 Vgl. jeweils Art. 6 Nr. 2 bzw. Art. 6 Abs. 1 Nr. 2 der Gesetze zum JugRhÜbk, zum CH-ErgV-EuRhÜbk und zum IL-Ergv_EuRhÜbk.

210 S. die Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 113, und den entsprechenden Hinweis bei *Scholten*, S. 122.

211 *Scholten*, S. 115, 119, 123; vgl. auch zur entsprechenden Begründung von Gesetzesentwürfen in der Weimarer Zeit (1925/1927) und zur Geltungsbereichsverordnung (1936/1940): *Pappas*, S. 49, 51, 56.

212 BayObLG NJW 1998, 392 (395); *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 32; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 115.

213 *Pappas*, S. 67; *Pawlik*, in: FS F.C. Schroeder, S. 357 (378 f.).

Abs. 3 RStGB von 1871 enthalten, um dem Auslieferungsverbot für deutsche Staatsangehörige (§ 9 RStGB) Rechnung zu tragen.²¹⁴ In der Weimarer Republik wurde in dem Radbruch-Entwurf vorgeschlagen, die Vorschrift um andere Konstellationen zu ergänzen, in denen der Täter nicht ausgeliefert wird.²¹⁵ Eine dem heutigen § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB entsprechende Regelung wurde aber erst mit der Geltungsbereichsverordnung von 1940²¹⁶ eingeführt (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 RStGB).²¹⁷ Die Entstehung der Neubürgerklausel legt es daher nahe, diese ebenfalls als Ausprägung der stellvertretenden Strafrechtspflege zu verstehen.²¹⁸ Die deutsche Strafgewalt lässt sich insoweit nicht über das aktive Personalitätsprinzip begründen, da der Täter zur Zeit der Tat noch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und diese damit als Grundlage für die Anwendung deutschen Strafrechts ausscheidet [s. auch unten 4.a) zum Rückwirkungsverbot].²¹⁹

Demgegenüber soll § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 nach vorherrschender Auffassung auf dem aktiven Personalitätsprinzip beruhen.²²⁰ Aus den Gesetzesmaterialien ist jedoch ersichtlich, dass diese Regelung eingeführt wurde, um Verfolgungslücken zu schließen, die mit der Rückkehr vom aktiven Personalitätsgrundsatz als Leitprinzip des Strafanwendungsrechts zum Territorialitätsprinzip entstanden war.²²¹ § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB soll also sicherzustellen, dass die Ahndung einer Auslandstat nicht an dem Auslieferungsverbot für deutsche Staatsangehörige scheitert.²²² Die Begründung originärer

214 Vgl. die Beratungen der Bundesratskommission in Schubert/Vormbaum, Bd. I, S. 169, 171 f. (Antrag), 66 (Beschlussfassung).

215 § 6 Nr. 2 StGB-E, zitiert nach Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952.

216 Verordnung vom 4.5.1940, RGBl I S. 754.

217 Eingehend zur historischen Entwicklung: Pappas, S. 45 ff.

218 Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 1; Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 12; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 13; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 2; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 8, 86; a.A. (aktives Personalitätsprinzip) Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 1.

219 Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144 f.); A. Schmitz, S. 213 f.; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 8.

220 BGH NSTZ-RR 2000, 208 (209); Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 1; Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 1; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 1; Fischer, § 7 Rn. 1; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144); Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 2; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 8.

221 BT-Drucks. V/4095, S. 7, und die Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 113 (i.V.m. S. 105).

222 Dies erkennt auch die h.M. an, s. OLG Celle NJW 2001, 2734 (2735); Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 1; Oehler, Rn. 814.

deutscher Strafgewalt über das aktive Personalitätsprinzip liefte dem erklärten Ziel des Reformgesetzgebers zuwider, anstelle des aktiven Personalitätsprinzips das Territorialitätsprinzip zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt zu erheben.²²³ Gegen eine solche Deutung spricht schließlich auch, dass der Gesetzgeber dem im Hinblick auf seine völkerrechtliche Legitimation schwächeren passiven Personalitätsprinzip (§ 7 Abs. 1 StGB) kaum den Vorrang vor dem aktiven Personalitätsprinzip eingeräumt haben dürfte (§ 7 Abs. 2: „Für andere Taten, die im Ausland begangen wurden ...“).²²⁴ Dies spricht für eine Auslegung, die § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB insgesamt dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege zuordnet.²²⁵ Die herrschende Auffassung erkennt dies insoweit an, als § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB auf die stellvertretende Strafrechtspflege und das aktive Personalitätsprinzip zurückgeführt wird.²²⁶

Die Frage, ob und inwieweit sich § 7 Abs. 2 StGB dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege (im Sinne einer Ausübung abgeleiteter Strafgewalt) zuordnen lässt, hat Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift. Zugleich schärft sie aber auch den Blick für Elemente des § 7 Abs. 2 StGB, die sich mit dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege nur schwer in Einklang bringen lassen und daher möglicherweise einer Reform bedürfen.

bb) Umsetzung des Grundsatzes der stellvertretenden Strafrechtspflege

Die gesetzliche Regelung der stellvertretenden Strafrechtspflege in § 7 Abs. 2 StGB stellt sich in mehrfacher Hinsicht nicht als konsequente Umsetzung dieses Grundsatzes dar. Einzelne Regelungselemente bzw. Defizite wecken vielmehr Zweifel daran, ob § 7 Abs. 2 StGB ganz oder zum Teil dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege zugeordnet werden kann [s.o.aa)]. Diese Zweifel können zum Teil im Wege der Auslegung behoben werden, lassen aber die geltende Regelung insgesamt als reformbedürftig erscheinen.

223 Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 105.

224 Vgl. *Henrich*, S. 68 f.

225 *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 12; *Zehetgruber*, ZIS 2020, 364 (367 ff.).

226 BGHSt 42, 275 (279); *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 7 Rn. 1; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 7 Rn. 3; *A. Schmitz*, S. 211.

(1) Verfolgung von Taten im „Niemandland“ (§ 7 Abs. 2 Alt. 2 StGB)

Die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege setzt zunächst voraus, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt (§ 7 Abs. 2 StGB). Mit der Tatortstrafbarkeit wird eine Grundvoraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege normiert, denn die deutsche Strafgewalt wird von derjenigen des Tatortstaates abgeleitet. Eine stellvertretende Strafrechtspflege ist daher ausgeschlossen, wenn die Tat im konkreten Fall nach dem Recht des Tatortstaates gerechtfertigt, entschuldigt oder aus anderen materiell-rechtlichen Gründen straflos ist [zu Verfolgungshindernissen s.u. (3)].²²⁷

Soweit der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt (§ 7 Abs. 2 Alt. 2 StGB), fehlt es hingegen an einem zur Strafverfolgung berufenen Staat, der bei der Strafverfolgung vertreten werden kann.²²⁸ Zwar begegnet die Ausdehnung der deutschen Strafgewalt auf das „Niemandland“ im Hinblick auf das völkerrechtliche Interventionsverbot keinen Bedenken.²²⁹ Die Notwendigkeit, die Verhängung von Strafe als Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich zu legitimieren, bleibt davon jedoch unberührt.²³⁰ Die Erstreckung deutscher Strafgewalt auf Auslandstaten müsste in diesem Fall mit einem deutschen Strafverfolgungsinteresse begründet werden [s.o. aa)].

Folgt man einem Verständnis, wonach die Strafverfolgung nach § 7 Abs. 2 StGB nicht auf die deutsche, sondern abgeleitete (ausländische) Strafgewalt gestützt wird, so wäre es folgerichtig, den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 StGB im Wege einer teleologischen Reduktion auf Konstellationen „echter“ stellvertretender Strafrechtspflege zu beschränken, indem das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit sinngemäß auf § 7 Abs. 2 Alt. 2 StGB angewandt wird; an die Stelle des Tatortstaates tritt der Staat (bzw. ein Staat), dessen Strafrecht aufgrund anderer legitimer Anknüpfungspunkte (aktives Personalitätsprinzip, Schutzprinzip) auf die Tat anwendbar ist.²³¹ Diese

227 Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 10 f.; Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 4.

228 A. Schmitz, S. 210.

229 Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 24; Werle/Jeffberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 9, 51.

230 S. dazu allgemein Böse, in: NK-StGB, Vor § 3 ff. Rn. 40 ff.

231 Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 16; K.M. Heine, S. 119 f.; s. auch Pappas, S. 194 f.; R. Schmitz, in: Grünwald-FS, 1999, S. 619 (635).

Einschränkung spiegelt sich indes im Wortlaut nicht wider und ist daher bislang nicht allgemein anerkannt.²³²

(2) Strafbarkeit nach deutschem Recht und sinngemäße Umstellung des Sachverhalts

§ 7 Abs. 2 StGB erklärt zum Zwecke der stellvertretenden Strafrechtspflege deutsches Strafrecht für anwendbar und erstreckt damit die deutsche Strafgewalt auf Auslandstaten. Eine Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht kann allerdings dadurch ausgeschlossen sein, dass der Schutzbereich des einschlägigen Tatbestands auf inländische Rechtsgutsangriffe beschränkt ist. Eine solche Beschränkung kommt insbesondere bei Strafvorschriften in Betracht, die auf verwaltungsrechtliche Verbotsnormen verweisen, deren räumlicher Geltungsbereich auf das Inland beschränkt ist.²³³

So stellt sich bei im Ausland begangenen Straßenverkehrsdelikten nicht nur die Frage, ob diese nach den §§ 3 ff. StGB dem deutschen Strafrecht unterliegen, sondern auch, ob der Schutzbereich der §§ 315b ff. StGB und § 21 StVG auch die Sicherheit des Straßenverkehrs im Ausland umfasst. Nach h.M. ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen, da die Sicherheit des Straßenverkehrs nicht als Rechtsgut eines einzelnen Staates, sondern als grenzüberschreitendes kollektives Rechtsgut anzusehen ist.²³⁴ Eine Übernahme der Strafverfolgung ist daher auch bei Straßenverkehrsdelikten möglich.²³⁵

Eine Verfolgungsübernahme stellt sich demgegenüber schwieriger dar, wenn es sich bei der zu verfolgenden Zuwiderhandlung im Straßenverkehr nach deutschem Recht lediglich um eine Ordnungswidrigkeit handelt. Soweit in bilateralen Verträgen auch insoweit eine Verfolgungsübernahme vorgesehen ist (s.o. II.3.), ist zunächst eine gesetzliche Grundlage für die Ahndung von Auslandstaten erforderlich, da der räumliche Geltungsbe-
reich des Ordnungswidrigkeitenrechts auf Taten beschränkt ist, die entwe-

232 S. dagegen *Basak*, in: *Matt/Renzikowski*, § 7 Rn. 2; *Hoyer*, in: *SK-StGB*, § 7 Rn. 7; *Werle/Jeßberger*, in: *LK-StGB*, § 7 Rn. 14, 16, 51.

233 S. dazu *Böse*, in: *NK-StGB*, Vor §§ 3 ff. Rn. 66.

234 BGHSt 8, 349 (355); 21, 277 (280 f.); OLG Karlsruhe NJW 1985, 2904 (2905); OLG Saarbrücken NZV 1989, 474 (475); *König*, in: *Hentschel/König/Dauer*, Einleitung Rn. 30; s. aber zur Beschränkung auf von einer inländischen Behörde angeordnete Fahrverbote (§§ 44 StGB, 25 StVG): *Böse*, in: *NK-StGB*, Vor §§ 3 ff. Rn. 66; generell ablehnend zu § 21 StVG: *Oehler*, Rn. 787.

235 Vgl. auch BGHSt 21, 277.

der im Inland oder auf einem deutschen Schiff oder Luftfahrzeug begangen werden (§ 5 OWiG).²³⁶ Darüber hinaus ist der deutsche Bußgeldtatbestand als Blankettgesetz ausgestaltet, das auf Zuwiderhandlungen gegen eine der nach den Bestimmungen des StVG erlassenen Rechtsverordnung verweist; um eine Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen ausländische Verkehrsvorschriften, zu erfassen, die einer Verkehrsordnungswidrigkeit nach deutschem Recht entsprechen, muss daher der Anwendungsbereich des § 24 StVG auf diese ausgedehnt werden.²³⁷ Die entsprechende Vorschrift im Umsetzungsgesetz zum JugRhÜbk²³⁸ lautet:

„§ 24 des Straßenverkehrsgesetzes ist auf in Jugoslawien begangene Zuwiderhandlungen gegen Straßenverkehrsvorschriften, die dort mit Strafe bedroht und die nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeiten zu beurteilen sind (Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a des Vertrages), entsprechend anzuwenden, wenn der Betroffene

1. zur Zeit der Begehung der Tat Deutscher war oder es danach geworden ist, oder im Geltungsbereich dieses Gesetzes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und

2. die zuständige jugoslawische Behörde um die Verfolgung ersucht.“

Anstelle einer Erweiterung des § 24 StVG kommt auch die Einführung eines eigenständigen Bußgeldtatbestands in Betracht. Diesen Weg hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des IL-ErgV-EuRhÜbk beschritten.²³⁹ Die Vorschrift lautet:

„Ordnungswidrig handelt, wer in Israel vorsätzlich oder fahrlässig eine Zuwiderhandlung im Straßenverkehr begeht, die dort mit Strafe, Geldbuße oder einer sonstigen Sanktion bedroht ist und die unter Berücksichtigung der am Begehungsort geltenden Verkehrsregeln nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit zu beurteilen wäre, wenn sie im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen worden wäre. Die Verfolgung ist jedoch nur zulässig, wenn

236 S. BT-Drucks. 7/371, S. 5 (zum JugRhÜbk); BT-Drucks. 7/2281, S. 5 (zum CH-ErgV-EuRhÜbk); BT-Drucks. 8/3381, S. 4 (zum IL-ErgV-EuRhÜbk); s. auch von Bubnoff, S. 93.

237 S. BT-Drucks. 8/3138, S. 5 (zum CH-ErgV-EuRhÜbk); BT-Drucks. 8/3381, S. 5 (zum IL-ErgV-EuRhÜbk); s. auch von Bubnoff, S. 93.

238 Art. 6 des Gesetzes vom 23.8.1974, BGBl. 1974 II S. 1165. Eine gleichlautende Vorschrift enthält Art. 6 Abs. 1 des Umsetzungsgesetzes zum CH-ErgV-EuRhÜbk vom 20.8.1975, BGBl. II S. 1169.

239 Art. 6 Abs. 1 Gesetz zum IL-ErgV-EuRhÜbk vom 29.9.1980, BGBl. II S. 1334.

1. der Betroffene

- a) zur Zeit der Begehung der Zuwiderhandlung Deutscher war oder es danach geworden ist oder
- b) im Geltungsbereich dieses Gesetzes seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat und

2. die zuständige Behörde des Begehungsortes um die Verfolgung ersucht hat.“

Im Verhältnis zu anderen Staaten, mit denen bilaterale Vereinbarungen zur Übernahme der Verfolgung von Straßenverkehrsdelikten bestehen, fehlen vergleichbare Regelungen. Im Verhältnis zu Österreich hat der BGH gleichwohl die Ahndung eines in Österreich begangenen Verkehrsverstoßes für zulässig gehalten, da das allgemeine Gefährdungs- und Schädigungsverbot nach § 1 StVO auch im ausländischen Straßenverkehr gelte.²⁴⁰ Dieser Rechtsprechung ist zu Recht entgegengehalten worden, dass es die territoriale Souveränität des ausländischen Staates verletzt, wenn der deutsche Gesetzgeber oder deutsche Gerichte den Geltungsbereich von Vorschriften der StVO auf den ausländischen Straßenverkehr erstrecken.²⁴¹ Es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Regelung, die den Anwendungsbereich des deutschen Verkehrsordnungswidrigkeitenrechts erweitert, zugleich aber eine Kollision in- und ausländischer Verkehrsregeln vermeidet, indem sie eine Sanktionierung von Verstößen gegen das ausländische Recht ermöglicht, diese aber davon abhängig macht, dass die Zuwiderhandlung auch nach deutschem Recht geahndet werden könnte, wenn sie im Inland begangen worden wäre (sinngemäße Umstellung des Sachverhalts).²⁴² Mit den nach der Entscheidung des BGH verabschiedeten gesetzlichen Regelungen hat der Gesetzgeber dieses Verständnis bestätigt.

Die Strafbarkeit nach deutschem Recht hat damit im Rahmen der Verfolungsübernahme eine Doppelfunktion: Da die Strafbarkeit von der Strafgewalt des vertretenen ausländischen Staates abgeleitet wird, formuliert das deutsche Strafrecht einerseits eine Grenze für die Verfolungsübernahme: Eine Tat, die nach deutschem Recht nicht strafbar ist, darf auch im Interes-

240 BGHSt 21, 277 (281).

241 Oehler, JZ 1968, 191; s. allgemein zur Begrenzung deutscher Blankettstrafgesetze über den räumlichen Geltungsbereich der in Bezug genommenen Ausfüllungsnorm: Böse, in: NK-StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 66 m.w.N.

242 Oehler, JZ 1968, 191 (193).

se des Tatortstaates nicht in Deutschland verfolgt werden.²⁴³ Andererseits wird das ausländische Strafrecht über § 7 Abs. 2 StGB (bzw. die oben genannten Ausführungsgesetze) in das innerstaatliche Recht transformiert und damit die Grundlage dafür geschaffen, dass eine Sanktion nach Maßgabe der deutschen Strafvorschriften verhängt werden kann.²⁴⁴

Hinsichtlich der erstgenannten Funktion entspricht die Strafbarkeit nach deutschem Recht dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht (§ 3 Abs. 1 IRG).²⁴⁵ Das Gebot der sinnngemäßen Umstellung des Sachverhalts ist dort allgemein anerkannt und verlangt, dass für die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit (§ 3 Abs. 1 IRG) die Elemente des Sachverhalts, die Bezüge zum ersuchenden (ausländischen) Staat aufweisen (Tatort, Staatsangehörigkeit des Täters oder Opfers etc.) sinngemäß auf den ersuchten Staat (Deutschland) umzustellen sind.²⁴⁶ Die Formulierung des Ausführungsgesetzes zum IL-ErgV-EuRhÜbk zeigt, dass der Grundgedanke auf die Verfolgungsübernahme übertragen werden kann [s. auch unten V.I.b) zur Schweiz] und sich dort ebenfalls auf das deutsche Recht bezieht („nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit zu beurteilen wäre“). Die sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts bezieht sich nicht nur auf den Tatort, sondern auch auf andere Umstände. So sind nach Art. 7 EuVerfolg-Übk Taten durch oder gegen einen Amtsträger des ersuchenden Staates so zu behandeln, als seien sie durch oder gegen einen Amtsträger des ersuchten Staates begangen worden [s.o. II.I.b)].²⁴⁷

Eine solche Erweiterung ist im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege bislang nicht vorgesehen, sondern § 7 Abs. 2 StGB beschränkt sich darauf, die Anwendung des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten auszuweiten. Infolgedessen läuft die Regelung bei Tatbeständen leer, die sich auf den Schutz inländischer Rechtsgüter beschränken. So erstreckt sich der

243 S. dagegen *de lege ferenda* für eine stellvertretende Strafrechtspflege auf der Grundlage des ausländischen Tatortrechts: Borchmann, S. 277 ff., 365 f., 375 (§ 8); Deiters, ZIS 2006, 474 (477 ff.).

244 Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 13; Conrad, S. 288 f.; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Abschnitt 5 Rn. 12; Mankowski, in: FS Merkel, S. 609 (612 f.).

245 Böse, in: Luchtman, S. 73 (78 f.); s. auch bereits Oehler, JZ 1968, 191 (193); a.A. Mankowski, in: FS Merkel, S. 609 (612), der nur eine hypothetische Strafbarkeit nach ausländischem Recht fordert und das deutsche Strafgesetz als Primärnorm ansieht. Letzteres ist jedoch zum Tatzeitpunkt nicht anwendbar, s. dazu näher unten IV.4.a).

246 Schierholt, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 3 Rn. 7; Vogel/Burchard, in: Grütznier/Pötz/Kreß/Gazeas, § 3 Rn. 33.

247 Kritisch insoweit Oehler, Rn. 688.

Schutzbereich der §§ 153 ff. StGB nicht auf die ausländische Rechtspflege (vgl. § 162 Abs. 1 StGB).²⁴⁸ Dementsprechend fällt beispielsweise der Meineid vor einem US-amerikanischen Bundesgericht nicht unter § 154 StGB und kann daher in Deutschland auch nicht im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege verfolgt werden. In derartigen Konstellationen besteht indes kein Grund, den Täter vor einer Übernahme der Verfolgung durch die deutsche Justiz zu schützen.²⁴⁹

(3) Tatortstrafbarkeit und Verfolgungshindernisse

§ 7 Abs. 2 Alt. 1 StGB setzt voraus, dass die Tat am Tatort „mit Strafe bedroht“ ist. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass allein die materiell-rechtliche Strafbarkeit der Tat erforderlich ist, während nach dem Recht des Tatortstaates bestehende Verfolgungshindernisse unbeachtlich sind.²⁵⁰ Eine stellvertretende Strafrechtspflege ist jedoch von vornherein ausgeschlossen, wenn eine Strafverfolgung im „vertretenen“ Staat aufgrund eines Verfahrenshindernisses ausgeschlossen ist; nach der überwiegenden Auffassung sind bei der Anwendung des § 7 Abs. 2 StGB daher auch Verfolgungshindernisse zu beachten, soweit diese Norm auf dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege beruht ([s.o. a]).²⁵¹ Dies gilt insbesondere, wenn die Tat im Tatortstaat bereits abgeurteilt worden ist.²⁵²

Gegen eine solche Auslegung spricht auf den ersten Blick die Entstehungsgeschichte des § 7 StGB, denn Vorschläge, das Erledigungsprinzip im

248 S. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 162 StGB, BT-Drucks. 16/3439, S. 7; *Ambos*, in: MüKo-StGB, Vorbemerkung zu § 3 Rn. 84; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 153 Rn. 2, § 162 Rn. 2; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 Rn. 50; *Müller*, in: MüKo-StGB, Vorbemerkung zu § 153 Rn. 22; *Vormbaum*, in: NK-StGB, Vor §§ 153 ff. Rn. 34 ff.

249 Vgl. insoweit zur Auslieferung: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 81 Rn. 12.

250 In diesem Sinne BGH NJW 1992, 2775 f. (zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB); NStZ-RR 2000, 208 (209); 2011, 245 (246), jeweils zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB).

251 *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 15; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 7 Rn. 5; iE ebenso *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 12; s. auch zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB: BGH StraFo 2012, 64 (66); OLG Düsseldorf MDR 1992, 1161 (1162); *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 13; s. ferner zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 StGB: *Basak*, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 5; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 7; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 46.

252 *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 15; *Oehler*, Rn. 825; *Zehetgruber*, ZIS 2020, 364 (371 f.).

Zusammenhang mit der stellvertretenden Strafrechtspflege einzuführen²⁵³, wurden im StGB-Entwurf von 1962 nicht aufgegriffen.²⁵⁴ Stattdessen sollten diese und andere verfahrensrechtliche Fragen in der StPO geregelt werden.²⁵⁵ Dass die Einführung einer prozessualen Regelung im weiteren Verlauf versäumt wurde, lässt indes nicht die Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen eine Normierung des Erledigungsprinzips entschieden hat²⁵⁶, zumal in den Beratungen über den Inhalt der Regelung – im Gegensatz zu deren Standort – Einigkeit bestand.²⁵⁷ Dass der Gesetzgeber einer Aburteilung durch die ausländische Justiz keine erledigende Wirkung zuerkennt (vgl. § 51 Abs. 3 StGB, § 153c StPO), steht einer solchen Auslegung nicht entgegen.²⁵⁸ Diese Regelung zielt vielmehr darauf ab, der deutschen Justiz die Möglichkeit zur Strafverfolgung zu erhalten, wenn ein deutsches Verfolgungsinteresse bzw. originäre Strafgewalt besteht; mit dieser Ratio wäre es aber ohne Weiteres vereinbar, die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege durch das Erledigungsprinzip zu begrenzen.²⁵⁹

Darüber hinaus lässt der Wortlaut des § 7 Abs. 2 StGB auch eine weite Auslegung zu, nach der eine Tat auch dann nicht „mit Strafe bedroht“ ist, wenn ihrer Verfolgung ein Verfahrenshindernis entgegensteht.²⁶⁰ Wie das Beispiel der Verjährung zeigt, ist die Abgrenzung zwischen einem materiell-rechtlichen Strafbarkeitsausschluss und einem prozessualen Verfahrenshindernis mitunter schwierig, im Recht des Tatortstaates unter Umständen kaum möglich oder gar nicht vorgesehen.²⁶¹ Aus diesem Grund wird im Schrifttum für den gesamten § 7 StGB eine Auslegung favorisiert, wonach im Rahmen des § 7 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 Alt. 1 auch Verfolgungshindernisse zu berücksichtigen sind.²⁶²

253 S. den Vorschlag von *Jescheck*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 4. Band, 38. bis 52. Sitzung, 1958, S. 411 (§ d Abs. 2).

254 S. dazu näher *Pappas*, S. 64 f.; s. auch S. 46, 55 zum Erledigungsprinzip (§ 5 RStGB) und dessen Aufhebung durch die Geltungsbereichsverordnung 1940.

255 S. die Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 113.

256 In diesem Sinne aber wohl *Pappas*, S. 65.

257 S. den Vorschlag von *Schafheutle* (BMJ), in: Beratungen des Sonderausschusses „Strafrecht“ in der 4. Wahlperiode, S. 585 f. (§ 154d StPO-E).

258 So aber *Pawlik*, in: FS F.C. Schroeder, S. 357 (364); *Scholten*, S. 106 f., 114, 122.

259 *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 11; *Zehetgruber*, ZIS 2020, 364 (371 f.).

260 *Satzger*, § 5 Rn. 106.

261 *Satzger*, § 5 Rn. 103.

262 *Esser*, § 16 Rn. 57; *Satzger*, § 5 Rn. 105 f.; *Wörner/Wörner*, in: Sinn, S. 203 (236 f.).

(4) Anwendung des mildernden Tatortrechts (lex mitior)

Sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 StGB erfüllt, so wird die Tat auf der Grundlage des deutschen Strafrechts verfolgt („gilt das deutsche Strafrecht“). Allerdings findet die Strafe bei der stellvertretenden Strafrechtspflege ihren materiellen Grund in der originären Strafgewalt des vertretenen Staates, dessen Recht damit nicht nur für die Voraussetzungen [s.o. (2)], sondern auch für die Höhe der Strafe maßgeblich ist. Aus diesem Grund war in der ursprünglichen Fassung der Neubürgerklausel von 1871 (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 RStGB)²⁶³ vorgesehen, dass auf die im Ausland begangene Tat das Recht des Tatortes anzuwenden ist, wenn dieses milder ist. Nachdem diese Lex-mitior-Regel mit der Geltungsbereichsverordnung von 1940 weggefallen war²⁶⁴, wurde bei der Reform des Strafanwendungsrechts von der Wiedereinführung einer entsprechenden Regelung²⁶⁵ abgesehen, weil der Vergleich mit Sanktionen ausländischer Rechtsordnungen in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei.²⁶⁶ Derartige Probleme treten indes auch bei der Feststellung der Strafbarkeit am Tatort²⁶⁷ und der Anrechnung im Ausland vollstreckter Strafe (§ 51 Abs. 3, 4 StGB)²⁶⁸ auf. Darüber hinaus ist auch bei der Vollstreckung im Ausland verhängter Sanktionen das ausländische Recht bei der Umwandlung bzw. Anpassung der Sanktion zu berücksichtigen (vgl. § 54 IRG).²⁶⁹ Eine Berücksichtigung des mildernden Tatortrechts stellt daher auch die Verfolgungsübernahme nicht vor unüberwindbare Hindernisse.²⁷⁰ Für die stellvertretende Strafrechts-

263 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.5.1871 (RGBL. S. 127).

264 Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6.5.1940, RGBL. S. 754 (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 RStGB).

265 Vgl. § 7 Abs. 3 des Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1966, S. 8, und die Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in der 5. Wahlperiode, S. 2360 f.

266 2. Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. V/4095, S. 7; Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in der 5. Wahlperiode, S. 2562 f.

267 Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 26.

268 Meyer, in: Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in der 5. Wahlperiode, S. 2361.

269 A. Schneider, in: Böse/Meyer/Schneider, Vol. II, S. 215 (257).

270 S. bereits die Resolutionen des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses in Lissabon, abgedruckt in ZStW 74 (1962), 189 (196 f.); s. auch den entsprechenden Vorschlag von Böse/Meyer/Schneider, Vol. II, S. 433 (435 f.).

pflege ist die Geltung der Poena-mitior-Regel daher inzwischen allgemein anerkannt.²⁷¹

Dies gilt für die Ausführungsgesetze zu den bilateralen Verträgen entsprechend, in denen eine solche Regelung ebenfalls fehlt. Für eine Berücksichtigung des Tatortrechts offen ist insbesondere das Gesetz zum IL-ErgV-EuRhÜbk, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt, deren Höhe aber nicht näher konkretisiert (Art. 6 Abs. 2) und damit auf den allgemeinen Bußgeldrahmen verweist (§ 17 Abs. 1 OWiG).

(5) Gründe der Nichtauslieferung und Verzicht auf ein Verfolgungsersuchen

Die stellvertretende Strafrechtspflege setzt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB voraus, dass der Täter im Inland betroffen, aber nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen nicht innerhalb angemessener Frist gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist.

Die Ablehnung der Auslieferung kann auf einem zwingenden Auslieferungshindernis beruhen (Unzulässigkeit der Auslieferung, §§ 5, 8 ff., 73 IRG; s. auch zum Europäischen Haftbefehl: §§ 80 ff. IRG), aber auch darauf, dass die Bewilligungsbehörde von einem fakultativen Auslieferungsgrund (Art. 7, 8 EuALÜbk; vgl. auch zum Europäischen Haftbefehl § 83b IRG) bzw. ihrem allgemeinen Bewilligungsermessen (vgl. §§ 12, 74 IRG) Gebrauch macht.²⁷² § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt insoweit eine ablehnende Entscheidung der zuständigen Bewilligungsbehörde voraus.²⁷³ Eine bereits bewilligte Auslieferung kann nicht ausführbar sein, wenn eine schwere Erkrankung der verfolgten Person deren Ausreise nicht erlaubt.²⁷⁴

271 BGHSt 39, 317 (321), 42, 275 (279); OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 48 (jeweils zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB); *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 3 Rn. 26; *Basak*, in: *Matt/Renzikowski*, § 7 Rn. 14 f.; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 7 Rn. 6; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 7 Rn. 10, 11; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 25; s. auch BGH NSTZ 2017, 146 (148); OLG Hamm NSTZ-RR 2018, 292 (293), jeweils zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB.

272 *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 20; s. auch *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 116.

273 *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 29; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 7 Rn. 14.

274 *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 29; *Fischer*, § 7 Rn. 11; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 117.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt allerdings zugleich voraus, dass eine Auslieferung nach der Art der Tat zulässig sein muss. Entgegen einer verbreiteten Auffassung wird damit nicht verlangt, dass die Auslieferung insgesamt zulässig ist.²⁷⁵ Wie der Zusammenhang mit den völkervertraglichen Regelungen zum Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ und in Art. 11 EuVerfollgÜbk zeigt [s.o. II.1.b) und 2.a)], sind Umstände, welche nur die Auslieferung, aber nicht die Übernahme der Strafverfolgung ausschließen (z.B. drohende Todesstrafe, unmenschliche Haftbedingungen, vgl. §§ 8 ff., 73 IRG), nicht zu berücksichtigen.²⁷⁶ Auslieferungshindernisse, die sich auf die „Art der Tat“ beziehen, können darin begründet sein, dass die Tat aufgrund der geringen Strafandrohung nicht auslieferungsfähig ist (§ 3 Abs. 2 IRG; vgl. aber § 81 Nr. 1 IRG) oder als politisches (§ 6 Abs. 1 IRG.) oder militärisches (§ 7 IRG) Delikt einem Auslieferungsverbot unterliegt.²⁷⁷ Eine solche Auslegung entspricht nicht nur dem Wortlaut („nach der Art der Tat“), sondern auch den Gesetzesmaterialien.²⁷⁸ Einer Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB bedarf es daher insoweit nicht.²⁷⁹ Sofern die Verfolgungsübernahme auch in Fällen in Betracht gezogen werden soll, in denen eine Auslieferung unverhältnismäßig wäre (s.o. III.2. zum Europäischen Haftbefehl), könnte erwogen werden, eine Verfolgungsübernahme auch bei Bagatelldelikten (vgl. § 3 Abs. 2 IRG) zuzulassen. Dieser Weg wird in den bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk bereits beschritten, indem insbesondere auch Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr einbezogen werden.

Anders als § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird bei der der Verfolgung deutscher Staatsbürger nicht ausdrücklich gefordert, dass der Täter nicht ausgeliefert wird (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Eine solche Regelung war bei der Verabschiedung der Regelung auch nicht erforderlich, weil eine Auslieferung

275 In diesem Sinne aber *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 28; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 12; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 96 ff., 101 f.

276 OLG Hamm BeckRS 2019, 38891 (Rn. 32 ff.); *Böse*, in: NK-StGB, § 7 Rn. 19; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 7 Rn. 12.

277 BGHSt 45, 64 (72); OLG Hamm BeckRS 2019, 38891 (Rn. 15, 24, 36); *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 25.

278 S. die Begründung zu § 6 Abs. 2 Nr. 2 E 1962, S. 113, die allein auf die Auslieferungshindernisse für politische und militärische Straftaten (§§ 2 und 3 DAG) Bezug nimmt; vgl. auch *Schafheutle* (BMJ), in: Beratungen des Sonderausschusses „Strafrecht“ in der 4. Wahlperiode, S. 585, wonach andere Auslieferungshindernisse, welche nicht die Tat betreffen (fehlende Verbürgung der Gegenseitigkeit, Verjährung), ohne Belang seien.

279 Vgl. dagegen *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 28; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 103.

deutscher Staatsangehöriger nach Art. 16 Abs. 2 GG unzulässig ist und das Auslieferungsrecht daher grundsätzlich nur eine Auslieferung von Ausländern vorsieht (§ 2 IRG). Seit der Einführung des Europäischen Haftbefehls können allerdings deutsche Staatsbürger an einen anderen EU-Mitgliedstaat ausgeliefert werden (§ 80 IRG), so dass es sinnvoll wäre, die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege auch insoweit davon abhängig zu machen, dass der Täter nicht an den primär zur Strafverfolgung berufenen Staat ausgeliefert wird. Dies gilt entsprechend für das Erfordernis, dass die Auslieferung nach der Art der Tat zulässig sein muss: Führt man den gesamten § 7 Abs. 2 StGB auf den Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege zurück, so besteht kein Grund, die (stellvertretende) Strafverfolgung eines Deutschen (insbesondere Neubürgern, § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB) in größerem Umfang (also auch wegen nicht auslieferungsfähigen, politischen oder militärischen Taten) zu ermöglichen als die Verfolgung von Ausländern. Auf der Grundlage des geltenden Rechts wäre insoweit eine teleologische Reduktion des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Betracht zu ziehen.

Schließlich kann eine Nichtauslieferung auch darauf beruhen, dass der zur Strafverfolgung berufene Staat kein Auslieferungsersuchen stellt (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Die Entscheidung, kein Auslieferungsersuchen zu stellen, kann darauf beruhen, dass der ausländische Staat die Ablehnung eines solchen Ersuchens aus den oben genannten Gründen (z.B. fehlende Gegenseitigkeit, drohende Todesstrafe) antizipiert.²⁸⁰ Von der Stellung eines Ersuchens kann aber auch abgesehen werden, weil der zur Strafverfolgung berufene Staat nicht an einer Verfolgung des Täters interessiert ist.²⁸¹ Da der Wortlaut insoweit nicht unterscheidet, geht die h.M. davon aus, dass es auf die Gründe für die unterbliebene Stellung eines Ersuchens nicht ankommt; die deutsche Justiz soll vielmehr Auslandstaten anstelle des zur Strafverfolgung berufenen Staates übernehmen, wenn dieser die Tat nicht verfolgen kann oder will.²⁸² Diese Auslegung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers.²⁸³

Diese Interpretation kann dazu führen, dass die Strafverfolgung dem Tatortstaat gegen dessen Willen „aufgedrängt“ wird.²⁸⁴ Dass ein solches

280 *Fischer*, § 7 Rn. 11.

281 BGH GA 1976, 242 (243); BayObLG NJW 1998, 392 (395); *Fischer*, § 7 Rn. 11; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 109, 115.

282 BGH NSTz 2019, 460; s. auch die Nachweise in der vorherigen Fußnote.

283 S. die Begründung zu § 6 E 1962, BR-Drs. 200/62, S. 113, und den entsprechenden Hinweis bei *Scholten*, S. 122.

284 Vgl. die Formulierung bei *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, § 7 Rn. 115.

Verständnis mit dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege unvereinbar ist, liegt auf der Hand.²⁸⁵ Eine Anwendung des § 7 Abs. 2 StGB wird daher im Schrifttum überwiegend für unzulässig gehalten, wenn sich ein fehlender Verfolgungswille in einer gefestigten Strafverfolgungspraxis des Tatortstaates manifestiert hat und die Tat am Tatort damit „faktisch“ nicht mit Strafe bedroht ist.²⁸⁶ Nach dem Grundgedanken der stellvertretenden Strafrechtspflege wäre es darüber hinaus folgerichtig, die Übernahme der Strafverfolgung von einem darauf gerichteten Ersuchen des Tatortstaates abhängig zu machen, wie es in der ursprünglichen Fassung der Neubürgerklausel vorgesehen war (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 RStGB) und in einzelnen Ausführungsgesetzen zu bilateralen Verträgen gefordert wird [s.o. cc) sowie zur Vollstreckungshilfe III.2.]²⁸⁷, oder zumindest zu verlangen, dass sich der Verfolgungswille in einem Auslieferungsersuchen niedergeschlagen hat.²⁸⁸ Angesichts des klaren Wortlauts lässt sich ein solches Erfordernis auf der Grundlage des geltenden Rechts jedoch nicht begründen.²⁸⁹ Dem Gedanken der stellvertretenden Strafrechtspflege kann jedoch durch eine Auslegung Rechnung getragen werden, wonach die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat am Tatort eine widerlegbare Vermutung begründen, dass der Tatortstaat mit der Verfolgung einverstanden ist; widerspricht dieser der Strafverfolgung, so ist eine stellvertretende Strafrechtspflege für diesen Staat unzulässig.²⁹⁰

cc) Legitimation „stellvertretender“ Strafrechtspflege über inländische Verfolgungsinteressen?

Der Überblick über die in § 7 Abs. 2 StGB geregelten bzw. „hineingelesenen“ Voraussetzungen hat gezeigt, dass die gesetzliche Regelung dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege nicht gerecht wird und diesen Defi-

285 R. Schmitz, in: FS Grünwald, S. 619 (636).

286 Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 14; Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 6; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 7; K.M. Heine, S. 127; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 23; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 50; a.A. Fischer, § 7 Rn. 7; Hoyer, in: SK-StGB, § 7 Rn. 6; ebenso zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB: OLG Düsseldorf NSTz 1985, 268; BeckRS 2013, 197344 (Rn. 5).

287 S. den entsprechenden Vorschlag von Pappas, S. 229 f.

288 Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 31; Hecker, 2. Kapitel Rn. 52; Lagodny, ZStW 101 (1989), 987 (993); Pappas, S. 102 f.; R. Schmitz, in: FS Grünwald, S. 619 (636); Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, § 7 Rn. 20.

289 Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 115.

290 Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 15, 20.

ziten durch eine Auslegung nicht vollständig abgeholfen werden kann. Dies gilt insbesondere für die Einbeziehung von „strafgewaltsfreien“ Tatorten [s.o. bb)(1)] und den Verzicht auf einen ausdrücklichen Verfolgungswillen [s.o. bb)(5)].

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Auslegung des § 7 Abs. 2 StGB naheliegend, welche die Anwendung deutschen Strafrechts (auch) über inländische Strafverfolgungsinteressen (Sicherung des Rechtsfriedens, Normstabilisierung) begründet [s.o. aa)].²⁹¹ Diese Erwägungen greifen indes zu kurz, denn sie überdehnen den Strafzweck der positiven Generalprävention iS einer Stabilisierung der verletzten Verhaltensnorm.²⁹² Diese generalpräventiven Erwägungen gehen jedoch ins Leere, soweit die „verletzte“ Norm zur Zeit der Tat für den Täter keine Geltung beanspruchen konnte, da die deutsche Strafgewalt (Strafgerichtsbarkeit) erst durch die nachfolgende Einreise (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) bzw. den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB) begründet wird.²⁹³ Zwar wäre es theoretisch denkbar, dass die Bundesrepublik Deutschland auch für Orte, die keiner Strafgewalt unterliegen, strafrechtliche Regelungsgewalt beansprucht; eine solche Auslegung wäre jedoch mit dem materiellen Gehalt des Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar, da die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung keinerlei Inlandsbezug aufweist und die Einhaltung der deutschen Normen von dem Normadressaten nicht erwartet werden kann [s. dazu näher unten 4.a)]. Eine Rechtfertigung originärer deutscher Strafgewalt über das aktive Personalitätsprinzip wäre daher nur möglich, soweit der Täter bereits bei der Tatbegehung Deutscher ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB).²⁹⁴ Die Begründung von Strafgewalt über Auslandstaten könnte daher über das aktive Personalitätsprinzip mit einem inländischen Strafverfolgungsinteresse begründet werden; eines Rückgriffs auf die stellvertretende Strafrechtspflege bedürfte es insoweit nicht (vgl. auch § 7 Abs. 1 StGB zum passiven Personalitätsprinzip).²⁹⁵

Im Übrigen wird eine Anwendung deutschen Strafrechts auch nicht dadurch legitim, dass sie verhindern soll, dass Deutschland zum Zufluchts-

291 Scholten, S. 119, 123; s. auch BayObLG NJW 1998, 392 (395); Ambos, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 32; Werle/Jeffberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 115.

292 R. Schmitz, in: FS Grünwald, S. 619 (638 f.).

293 Pappas, S. 191.

294 Kritisch insoweit Pawlik, in: FS F.C. Schroeder, S. 357 (364).

295 Zum Teil wird auch § 7 Abs. 1 StGB der stellvertretenden Strafrechtspflege zugeordnet, s. insoweit Hoyer, in: SK-StGB, § 7 Rn. 3; s. dagegen Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 2 m.w.N.

ort für Verbrecher wird²⁹⁶, denn damit wird kein legitimer Grund für die Verhängung von Strafe formuliert, sondern vielmehr eine Aufgabe der Gefahrenabwehr beschrieben, zu deren Wahrnehmung aufenthaltsbeendende Maßnahmen (Ausweisung, Abschiebung) zur Verfügung stehen (§§ 50 ff., 57 ff. AufenthG).²⁹⁷ Dass derartigen Maßnahmen unter Umständen ein Abschiebungsverbot (vgl. § 60 AufenthG) entgegensteht²⁹⁸, lässt die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Verfolgung von Auslandstaten zum Zwecke der Gefahrenabwehr jedoch unberührt. In praktischer Hinsicht ist schließlich zu bedenken, dass die deutsche Justiz bei der Verfolgung von Auslandstaten in der Regel auf die Unterstützung des Tatortstaates angewiesen ist; sofern dieser an der Strafverfolgung kein Interesse hat, dürfte auch die Bereitschaft zur Kooperation bei der Erhebung und Übermittlung von Beweismaterial nicht sonderlich stark ausgeprägt und damit die Aussicht auf eine Aufklärung des Sachverhalts damit in vielen Fällen gering sein.

4. Verfassungsrechtliche Grenzen

Wenngleich die Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung in Deutschland nur fragmentarisch geregelt ist, muss ihre gegenwärtige (und zukünftige) Ausgestaltung den Vorgaben der Verfassung entsprechen. Grenzen ergeben sich insoweit aus dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ [Art. 103 Abs. 2 GG, s.u.a)], der Garantie des gesetzlichen Richters [Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, s.u. b)] und dem Anspruch auf rechtliches Gehör und gerichtlichen Rechtsschutz [Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 GG, s.u. c)].

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG)

Der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (Art. 103 Abs. 2 GG) gilt für die Ausübung von Strafgewalt durch die deutsche Justiz und ist daher aus deutscher Perspektive nur für die Übernahme der Strafverfolgung relevant. Wird die Strafverfolgung hingegen von den deutschen Behörden auf einen ausländischen Staat übertragen, so ist dieser bei der

296 S. die Nachweise in der vorherigen Fußnote.

297 Pappas, S. 192; R. Schmitz, in: FS Grünwald, S. 619 (639 – Fußn. 74).

298 Scholten, S. 123.

Ausübung von Strafgewalt nicht an die deutsche Verfassung gebunden. Allerdings scheidet eine solche Übertragung aus, wenn die Verfolgung im übernehmenden Staat gegen den nationalen bzw. internationalen ordre public verstieße (vgl. § 73 IRG), zu denen auch der Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ zählt.²⁹⁹ Dies ist in erster Linie abhängig von der Ausgestaltung der materiell-rechtlichen Grundlagen der Strafverfolgung im Übernahmestaat und soll daher im Folgenden außer Betracht bleiben. Soweit es um die Kriterien für die Übertragung der Strafverfolgung geht, bedürfen diese keiner gesonderten Erörterung, da sie spiegelbildlich im Rahmen der Verfolgungsübernahme durch die deutschen Behörden behandelt werden.

Bei der Übernahme der Strafverfolgung ist danach zu unterscheiden, ob die deutsche Justiz die Tat auf der Grundlage eigener (originärer) Strafgewalt verfolgt oder im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege abgeleitete Strafgewalt ausübt. In dem erstgenannten Fall findet die Verfolgung auf der Grundlage des deutschen Strafrechts statt, das bereits bei der Begehung der Tat auf diese anwendbar ist. Zwar kann sich die Erstreckung materiell-strafrechtlicher Regelungsgewalt auf Auslandstaten als verfassungsrechtlich problematisch erweisen, wenn die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für den Normadressaten nicht vorhersehbar ist.³⁰⁰ Derartige verfassungsrechtliche Bedenken wurzeln indes in der exzessiven Begründung extraterritorialer Strafgewalt (z.B. § 6 Nr. 5 StGB)³⁰¹ und bestehen damit unabhängig davon, ob die deutsche Justiz die jeweilige Tat auf eigene Initiative oder auf ein ausländisches Ersuchen hin verfolgt. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken beziehen sich daher nicht auf spezifische Aspekte der Verfolgungsübernahme, weshalb im vorliegenden Kontext nur auf die zweite Konstellation eingegangen und untersucht wird, welche Grenzen sich aus Art. 103 Abs. 2 GG für die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt im Rahmen der Verfolgungsübernahme ergeben. Diese Grenzen betreffen einerseits Voraussetzungen für die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege [aa]) und andererseits die Anwendung und Transformation ausländischen Strafrechts [bb]).

299 S. dazu *Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 73 Rn. 104 ff.

300 S. dazu *Böse*, in: NK-StGB, Vor § 3 ff. Rn. 47 f.; vgl. auch zu Art. 16 Abs. 2 GG: BVerfGE 113, 273 (302 f.).

301 S. zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 6 Nr. 5 StGB: *Böse*, in: NK-StGB, § 6 Rn. 4, 14.

aa) Stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB)

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege setzt voraus, dass die zu verfolgende Person im Inland betroffen und nicht ausgeliefert wird (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Nach der Neubürgerklausel ist deutsches Strafrecht auf den Täter anwendbar, wenn er nach der Tat die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB). In beiden Fällen wird die Strafbarkeit nach deutschem Recht durch Umstände begründet, die erst nach der Tat eintreten (Nichtauslieferung bzw. Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit); die Verhängung von Strafe für eine Tat, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung (noch) nicht nach deutschem Recht strafbar war, könnte daher gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen (Art. 103 Abs. 2 GG).³⁰²

In Bezug auf die Neubürgerklausel hat der BGH einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG mit der Begründung verneint, dass die Voraussetzungen für die Anwendung deutschen Strafrechts bereits bei der Tatbegehung „gesetzlich bestimmt“ waren.³⁰³ In der Sache entspricht diese Argumentation den Erwägungen im erläuternden Bericht zum EuVerfolgÜbk [s.o. II.1.b)], wonach ein Verstoß gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ ausscheidet, weil die Strafgewalt bereits mit dem Übereinkommen und nicht nachträglich durch das Verfolgungsersuchen begründet werde.³⁰⁴

Dieser Argumentation wurde allerdings entgegengehalten, dass es dem Täter angesichts der Vielzahl der möglichen Anknüpfungspunkte für ein Verfolgungsersuchen nicht mehr möglich ist zu erkennen, das Strafrecht welcher Vertragspartei auf seine Tat Anwendung finden wird.³⁰⁵ Der Hinweis, dass die Kriterien für eine Übernahme der Strafverfolgung vertraglich festgelegt werden (vgl. Art. 8 EUVerfolgÜbk), ändert daran nichts³⁰⁶, denn diese Kriterien beziehen sich zu einem wesentlichen Teil auf Umstände, die nach der Tat eintreten (z.B. den aktuellen Aufenthaltsort des Täters, weitere Strafverfahren).³⁰⁷ In diesem Punkt begegnen das EuVerfolgÜbk und die

302 Staubach, S. 152 f. s. auch (zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB): Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 7 Rn. 4; vgl. ferner Gärditz, S. 395 f.

303 BGHSt 20, 22 (23); zustimmend Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 14; Jeßberger, S. 146; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 87.

304 Erläuternder Bericht zum EuVerfolgÜbk, S. 12 (Abschnitt 31.2.); ebenso Lagodny, Gutachten, S. 119; Pappas, S. 136 f.

305 Oehler, Rn. 688.

306 Pappas, S. 137.

307 Oehler, Rn. 688.

stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB) dem gleichen fundamentalen Einwand, dass Strafgesetzen, deren Anwendung an den Eintritt späterer Ereignisse geknüpft wird, zum Tatzeitpunkt von vornherein keine verhaltenslenkende Funktion zukommen kann. Die dem EuVerfolgÜbk zu Grunde gelegte Konzeption läuft darauf hinaus, dass auf Taten, die im Gebiet einer Vertragspartei begangen sind oder für das eine Vertragspartei extraterritoriale Strafgewalt beansprucht, die Anwendbarkeit des Strafrechts aller Vertragsparteien begründet wird.³⁰⁸ Für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB ergäbe sich nach der Auslegung des BGH eine universelle Geltung von nach deutschem Recht strafbewehrten Verhaltensnormen gegenüber Personen, die möglicherweise im Laufe ihres Lebens die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben.³⁰⁹ Eine an den Täter gerichtete Erwartung, dass sich dieser zum Zeitpunkt der Tat an dem Recht des Staates orientiert, der aufgrund nachträglich eintretender Umstände (Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit, Einreise nach Deutschland und Nichtauslieferung), ist lebensfremd und entbehrt normativ jeder Grundlage.

Im Schrifttum wird ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot mit der weiteren Erwägung abgelehnt, dass sich der Täter mit dem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit „freiwillig“ der deutschen Rechtsordnung unterwerfe.³¹⁰ Dagegen spricht indes, dass der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ als Kernelement einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege nicht zur Disposition des Täters steht.³¹¹ So ist die nach der Tat abgegebene Erklärung des Täters, sich der deutschen Strafgewalt zu unterwerfen, für sich genommen nicht ausreichend, um die Verhängung einer Strafe nach Maßgabe deutschen Strafrechts zu legitimieren, sondern diese lässt sich nur unter der zusätzlichen Voraussetzung rechtfertigen, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist.

Die Legitimation der zu verhängenden Strafe muss damit am ausländischen Recht ansetzen. Die drohende Verletzung des Rückwirkungsverbots lässt sich nämlich vermeiden, wenn man § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB der stellvertretenden Strafrechtspflege zuordnet und die Verhängung von Strafe

308 Vgl. auch die Kritik bei *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 42, mit der Forderung, die Strafgewalt unmittelbar auf die Übertragung der Strafverfolgung zu stützen; vgl. zu entsprechenden Regelungen in anderen Übereinkommen: *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (357).

309 Böse, in: NK-StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 49.

310 Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 14; Hoyer, in: SK-StGB, § 7 Rn. 10; Jeßberger, S. 146; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 87.

311 Kau, in: Stern/Sodan/Mörtl, Band III, § 91 Rn. 57.

auf das ausländische Recht des vertretenen Staates stützt, das zum Tatzeitpunkt auf die Tat anwendbar war; aus dieser verfassungskonformen Auslegung ergibt sich damit zugleich die Anwendung des milderen Tatortrechts [s.o. IV.3.b)bb)(4) zur Poena-mitior-Regel].³¹² Dies gilt entsprechend für den Aufenthalt des Täters und dessen Nichtauslieferung im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).³¹³ Die betreffenden Merkmale des § 7 Abs. 2 StGB sind daher keine materiell-rechtliche Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern nur prozessuale Bedingungen für die Ausübung deutscher Strafgerichtbarkeit³¹⁴, die als Bestandteil des Verfahrensrechts nicht in den Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG fällt^{315, 316}.

bb) Ausführungsgesetze zur bilateralen Verfolgungsübernahme

Diese Erwägungen gelten entsprechend für die Ausführungsgesetze zu den bilateralen Ergänzungsverträgen, die eine stellvertretende Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten ermöglichen [s.o. IV.3.b)bb)(2)]. Mit der deutschen Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz bzw. Aufenthalt im Inland und dem ausländischen Ersuchen knüpft die Verfolgungsübernahme nach diesen Vorschriften ebenfalls an Umstände an, die – zumindest teilweise – nach der Tatbegehung eintreten [s.o. aa)]. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) liegt darin jedoch nicht, da von der deutschen Justiz Zuwiderhandlungen geahndet werden, die zum Zeitpunkt am Tatort mit Strafe (oder Geldbuße) bedroht waren (Art. 6 des jeweiligen Ausführungsgesetzes).

Hinzu kommt, dass eine generelle Ausdehnung der deutschen Straf- bzw. Sanktionsgewalt auf Auslandstaten, die in dem jeweils anderen Vertragsstaat begangen werden, im bilateralen Verhältnis nicht so weitreichend wie im Fall des § 7 Abs. 2 StGB; insoweit könnte ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG auch mit der Begründung verneint werden, dass die Tat bereits bei ihrer Begehung nach deutschem Recht sanktionierbar war. Gegen

312 *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 26; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 13; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 10; s. auch *Pappas*, S. 186 f. (zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB); vgl. ferner *Basak*, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 14.

313 *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 7 Rn. 26; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 11.

314 S. zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB: *Plutte*, S. 27 f.; *Zieher*, S. 50.

315 S. insoweit BVerfGE 92, 277, 324.

316 *Böse*, NK-StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 48 f.

eine solche Auslegung spricht jedoch das Ausführungsgesetz zum IL-ErgV-EuRhÜbk, das mit der sinngemäßen Umstellung des Sachverhalts („nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit zu beurteilen wäre“) deutlich zum Ausdruck bringt, dass Grundlage der zu verhängenden Sanktion das ausländische Recht ist. Insgesamt liegt damit auch in den Fällen der bilateral geregelten Verfolgungsübernahme keine verfassungswidrige Rückwirkung vor, weil eine Tat geahndet wird, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung nach ausländischem Recht mit Strafe oder Geldbuße bedroht war.

Diese sinngemäße Umstellung des Sachverhalts begegnet auch mit Blick auf das ebenfalls in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Bestimmtheitsgebot keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, denn es bezieht sich nach dem klaren Wortlaut allein auf den Tatort („wenn sie im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen worden wäre“). Die Regelung unterscheidet sich insoweit nicht von § 7 Abs. 2 StGB, der die Geltung des deutschen Strafrechts unter den dort genannten Voraussetzungen auf Auslandstaten erstreckt. Zudem wird ausdrücklich klargestellt, dass bei der Würdigung der Tat die am Tatort geltenden Verkehrsregeln zu Grunde zu legen sind. Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz scheidet daher ebenfalls aus.

b) Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)

Sind die Kriterien für die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung nicht genau festgelegt, so könnte dies dazu führen, dass die verfolgte Person ihrem gesetzlichen Richter entzogen wird. Diese Gefahr wurde in Bezug auf das EuVerfolgÜbk, das zwar eine Reihe von Kriterien für die Übertragung der Strafverfolgung benennt (Art. 8 EuVerfolgÜbk), aber den Vertragsparteien aufgrund der Erweiterung der traditionellen Anknüpfungspunkte um weitere Kriterien ein hohes Maß an Flexibilität bei der Bestimmung des Verfolgungsstaates belässt.³¹⁷ Diese Bedenken müssten erst recht gelten, soweit der deutsche Gesetzgeber auf eine gesetzliche Regelung der Verfolgungsübernahme nach Art. 21 EuRhÜbk und damit auch auf die Festlegung der dafür maßgeblichen Kriterien verzichtet hat.

Soweit die deutsche Justiz die Strafverfolgung übernimmt, scheidet ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG jedoch in der Regel aus, da die Voraussetzungen für die Ausübung deutscher Strafgewalt in den §§ 3 ff.

317 S. die Kritik bei *Oehler*, Rn. 688.

StGB gesetzlich niedergelegt sind, denn mit der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts wird zugleich auch die deutsche Gerichtsbarkeit über die betreffende Tat begründet.³¹⁸ Dass die verfolgte Person mit der Verfolgungsübernahme ihrem gesetzlichen Richter im Ausland „entzogen“ wird, vermag keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu begründen, denn dessen Schutzbereich umfasst nur die Garantie des gesetzlichen Richters innerhalb der deutschen Rechtsordnung.³¹⁹ Gerichte außerhalb des Geltungsbereichs der Verfassung werden nur dann erfasst, wenn sie funktional in die deutsche Rechtsordnung eingegliedert sind (z.B. der EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV).³²⁰ Eine solche funktionelle Verschränkung mit ausländischen Strafgerichten ist jedoch zu verneinen, denn die Regeln, aus denen sich deren Zuständigkeit ergibt, sind nicht Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, sondern werden von dem jeweiligen ausländischen Staat festgelegt.³²¹ Soweit die deutsche Justiz auf ein ausländisches Ersuchen (bzw. eine entsprechende Anzeige) die Strafverfolgung übernimmt, verstößt dies mithin nicht gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, wenn die Voraussetzungen der §§ 3 ff. StGB (und ggf. weiterer völkervertraglicher Regelungen) vorliegen.

Für den umgekehrten Fall, in dem der ausländische Staat das Strafverfahren übernimmt, könnte sich ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG daraus ergeben, dass die deutsche Justiz eine bestehende gesetzliche Zuständigkeit nicht wahrnimmt. So wurde im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl in der Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gesehen, weil die verfolgte Person mit der Übergabe an den ausländischen Staat ihrem gesetzlichen Richter in Deutschland (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) entzogen werde.³²² Diese Argumentation geht jedoch darüber hinweg, dass der Gesetzgeber mit der Umsetzung des Europäischen Haftbefehls auch die Auslieferung Deutscher nach Maßgabe des § 80 IRG zugelassen hat. Dementsprechend wurden auch über diese Konstellation hinaus weitere gesetzliche Regelungen geschaffen, mit denen man sowohl im Auslieferungsverfahren (§ 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG) als auch im innerstaatlichen Strafverfahren (§ 154b StPO) den Konflikt zwischen den konkurrierenden Strafgewalten des ersuchenden

318 Pappas, S. 136 f.; s. auch A. Schmitz, S. 312 f.

319 Lagodny, Gutachten, S. 114; A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl. III A 3.17 Rn. 22.

320 BVerfGE 73, 339 (367 f.); 82, 159 (192 f.); NJW 2010, 3422 (3427).

321 Borchmann, S. 326; F. Zimmermann, S. 187.

322 Ranft, wistra 2005, 361 (367); s. auch Unger, S. 144.

(ausländischen) Staates und Deutschlands als ersuchtem Staat auflösen kann. Diese Regelungen zeigen, dass aus der Begründung der deutschen Strafgerichtsbarkeit keinesfalls zwingend deren Vorrang gegenüber einer ausländischen Strafgewalt hervorgeht. Dies gilt entsprechend, soweit es auch jenseits von Auslieferungsverfahren zulässig ist, der Strafverfolgung im Ausland dadurch Vorrang einzuräumen, dass ein inländisches Strafverfahren eingestellt wird (§§ 153c, 154 StPO, s.o. IV.2.).

Nun könnte man gerade die Flexibilität dieser Regelungen als verfassungsrechtlich bedenklich ansehen, denn sie enthalten keine klaren Vorgaben für Entscheidung, ob der inländischen oder ausländischen Strafgerichtsbarkeit Vorrang einzuräumen ist. Wie bereits dargelegt, berührt die Zuständigkeitsverteilung zwischen in- und ausländischen Strafgerichten jedoch nicht den Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.³²³ So verletzt die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ein deutsches Strafverfahren im Hinblick auf eine Strafverfolgung durch den IstGH nach § 153f StPO einzustellen, nicht die Garantie des gesetzlichen Richters, weil es an einer funktionalen Verschränkung der deutschen und der internationalen Strafgerichtsbarkeit fehlt: Die Zuständigkeit des IstGH wird nämlich nicht durch die Einstellungsverfügung der deutschen Staatsanwaltschaft (vgl. § 153f Abs. 2 Nr. 4 StPO), sondern eigenständig durch das IstGH-Statut begründet; zudem kann die (deutsche) Staatsanwaltschaft nur vor einem inländischen, aber nicht vor einem internationalen Strafgericht Anklage erheben.³²⁴ Dementsprechend ist auch im Verhältnis zu ausländischen Strafgerichten eine funktionale Verschränkung mit der deutschen Strafgerichtsbarkeit zu verneinen, denn die Entscheidung über die Einleitung eines Strafverfahrens obliegt allein den zuständigen Behörden des ausländischen Staates (s.o. II.1., 3.). Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG lässt sich schließlich auch nicht daraus ableiten, dass die Staatsanwaltschaft bei der Einstellung eines inländischen Verfahrens (mit Blick auf die Strafverfolgung im Ausland) über einen weiten Ermessensspielraum verfügt, denn Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantiert – im Rahmen seines Anwendungsbereichs (s.o.) – die gesetzliche Festlegung von Kriterien, welcher Richter zuständig ist, enthält aber keine Aussage darüber, ob ein Verdächtiger vor ein (deutsches) Gericht gestellt werden muss.³²⁵ Die Entscheidung, einen ausländischen

323 S. insoweit zum Auslieferungsverfahren: *Borchmann*, S. 326 f.

324 BVerfG NStZ 2011, 353 (354).

325 *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, Art. 101 Rn. 33; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Stand: August 1971), Art. 101 Rn. 20.

Staat um Verfolgung zu ersuchen und das inländische Strafverfahren nicht fortzuführen, obwohl eine Rechtsgrundlage für die Verfahrenseinstellung fehlt (s. dazu oben 2.), mag damit zwar rechtswidrig sein, begründet aber keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.³²⁶

Die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters bietet der verfolgten Person daher gegen die grenzüberschreitende Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung keinen Schutz, da der Schutzbereich dieser Garantie auf die inländische Gerichtsbarkeit beschränkt ist. Dies beruht wiederum darauf, dass die Verfolgungsübernahme das Recht der Staaten unberührt lässt, selbst festzulegen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie die Verfolgung von Straftaten übernehmen (oder nicht). Weitergehende Anforderungen könnten nur der einschlägigen unionsrechtlichen Garantie entnommen werden (Art. 47 Abs. 1 GRC), wenn man dieser eine positive Verpflichtung des Unionsgesetzgebers entnimmt, Kriterien und Verfahren für die Beilegung von strafrechtlichen Jurisdiktionskonflikten in der Union zu regeln (vgl. Art. 82 Abs. 1 lit. b AEUV).³²⁷ Für die deutsche Justiz bleiben hingegen nur die allgemeinen Vorgaben, die sich für die Ermessensausübung bei Opportunitätseinstellungen (§§ 153c, 154, 154b, 154 f StPO) und im Rechtshilfeverkehr (vgl. § 83b IRG) aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) ergeben und eine gesetzliche Regelung nur dann erfordern, wenn sich eine einheitliche Anwendungspraxis nicht anders erreichen lässt.³²⁸

c) Gerichtlicher Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)

Die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung sind nicht nur mit der Übermittlung personenbezogener Daten verbunden, sondern berühren auch die Verteidigungsrechte der verfolgten Person [s.o. 1.b)]. Dementsprechend wird es als geboten angesehen, der verfolgten Person die Möglichkeit

326 Vgl. dagegen A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl. III A 3.17 Rn. 22.

327 S. dazu näher Böse, in: Böse/Meyer/Schneider, Volume II, S. 151 ff.; Luchtman, *Utrecht Law Review* 7/1 (2011), 74 ff.; Thorhauer, S. 615 ff., jeweils m.w.N.

328 S. zur Opportunitätseinstellung: Weßlau/Deiters, in: SK-StPO, Vor §§ 151 ff. Rn. 21, mit Hinweis auf BVerfGE 90, 145 (190 f.).

einzuräumen, die Entscheidung zur Übernahme bzw. Übertragung der Verfolgung gerichtlich überprüfen zu lassen (Art. 19 Abs. 4 GG).³²⁹

Bei der Übernahme der Strafverfolgung durch die deutsche Justiz stellt sich insoweit das Problem, dass die Einleitung eines Strafverfahrens nach h.M. nicht selbstständig anfechtbar ist.³³⁰ Allerdings hat das zuständige Gericht bei seiner Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 203, 204 StPO) auch seine internationale Zuständigkeit zu prüfen; damit unterliegt auch die Übernahme der Strafverfolgung einer gerichtlichen Kontrolle.³³¹ Da verbindliche Vorgaben für die Entscheidung über eingehende Verfolgungsersuchen weitgehend fehlen und die Staatsanwaltschaft damit über ein weites Ermessen verfügt, dürften die Aussichten für die verfolgte Person, dass das Gericht eine Eröffnung des Hauptverfahrens unter diesem Aspekt ablehnt, jedoch letztlich gering sein.³³²

Bei ausgehenden Ersuchen ist kein gerichtlicher Rechtsschutz vorgesehen. Nach h.M. ist insoweit auch ein Antrag nach §§ 23 ff. EGGVG unzulässig, da das Ersuchen noch keine Übernahme des Verfahrens herbeiführe und selbst die Übernahme der Strafverfolgung noch keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber dem Betroffenen entfalte, sondern dies erst bei weiteren Maßnahmen des Übernahmestaates anzunehmen sei.³³³ Zudem werden Maßnahmen, die sich auf ein ausländisches Strafverfahren beziehen, von der h.M. nicht der Strafrechtspflege (§ 23 Abs. 1 EGGVG), sondern der Pflege der auswärtigen Beziehungen zugeordnet.³³⁴

Diese enge Auslegung, wonach mit einem Rechtshilfeersuchen nicht unmittelbar in die Grundrechte der verfolgten Person eingegriffen wird, sondern die entsprechenden Eingriffe erst durch den ersuchten Staat vorgenommen werden, ist allerdings durch die Rechtsprechung des EuGH unter Druck geraten, wonach auch die Ausstellung eines Europäischen

329 A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 20 f.; s. zu Art. 47 Abs. 1 EU-GRC: Böse/Meyer/Schneider, Vol. II, S. 428; vgl. auch allgemein: Sinn, S. 575 (594); Thorhauer, S. 628 f.

330 OLG Jena NStZ 2005, 343; Mavany, in: Löwe-Rosenberg, § 152 Rn. 49 m.w.N.

331 A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 21.

332 A. Schneider, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, III A 3.17, Vorbemerkungen zum RbKompKonfl Rn. 20 f.

333 OLG München NJW 1975, 509 (510); OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 7014 (Rn. 6); s. auch zur Auslieferung: BVerfG NJW 1981, 1154 (1155).

334 OLG Stuttgart NStZ 1990, 133 (134); Ellbogen, in: MüKo-StPO, § 23 EGGVG Rn. 30; Gerson, in: Löwe-Rosenberg, § 23 EGGVG Rn. 36 m.w.N.; kritisch insoweit Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 23 ff. EGGVG Rn. 27.

Haftbefehls oder einer Europäischen Ermittlungsanordnung der gerichtlichen Überprüfung unterliegen muss.³³⁵ Diese Rechtsprechung beruht allerdings darauf, dass im Vollstreckungsstaat (d.h. dem um Auslieferung ersuchten Mitgliedstaat) nur noch eine reduzierte gerichtliche Kontrolle stattfindet, die u.a. nicht den Tatverdacht und die Verhältnismäßigkeit der Haft umfasst.³³⁶ Dementsprechend ist anerkannt, dass jedenfalls die einem ausgehenden Ersuchen zugrunde liegende innerstaatliche Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme nach den einschlägigen Regelungen der StPO angefochten werden kann.³³⁷ Übernimmt ein ausländischer Staat auf ein deutsches Ersuchen die Strafverfolgung, so haben die dort zuständigen Behörden und Gerichte die Voraussetzungen für die Einleitung eines Strafverfahrens eigenständig und umfassend zu prüfen [vgl. oben II.2.c)]. Sofern der verfolgten Person im Übernahmestaat gerichtlicher Rechtsschutz gewährt wird, der dem Rechtsschutz vor deutschen Gerichten gleichwertig ist, kann diese daher grundsätzlich auf den Rechtsschutz durch ausländische Gerichte verwiesen werden; anderenfalls muss effektiver Rechtsschutz durch deutsche Gerichte gewährleistet werden (Art. 19 Abs. 4 GG).³³⁸

Gerichtlicher Rechtsschutz gegen ein ausgehendes Ersuchen könnte außerdem geboten sein, soweit der Übernahmestaat nicht über originäre Strafgewalt verfügt und dessen abgeleitete Strafgewalt durch das deutsche Ersuchen begründet wird. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss die Entscheidung der zuständigen Staatsanwaltschaft, ein ministerielles Ersuchen um *Vollstreckung* einer Freiheitsstrafe nicht anzuregen, einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein³³⁹, so dass insoweit auch nach h.M. ein Antrag nach § 23 EGGVG zulässig ist.³⁴⁰ Das BVerfG hat die Außenwirkung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung mit der abschließenden Wirkung eines abschlägigen Bescheids begründet.³⁴¹ Diese Erwägung lässt sich auf ausgehende Ersuchen zur *Strafverfolgung* übertragen, welche eine abgeleitete Strafgewalt des ersuchten Staates begründen. Mit der Ablehnung (oder Rücknahme) eines solchen Ersuchens entfällt die Befugnis des er-

335 EuGH, Urt. v. 27.5.2019, C-508/18 und C-82/19, OG und PI, Rn. 75; Urt. v. 11.11.2021, C-852/19, Gavanozov II, Rn. 50.

336 S. zur Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung der Gerichte im ersuchenden und ersuchten Staat: Böse, in: Böse/Bröcker/Schneider, S. 395 (403, 405, 407 f.).

337 BGH BeckRS 2018, 18037 (Rn. 11 f.).

338 Vogel/Burchard, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 288, 304.

339 BVerfGE 96, 100 (117 ff.); NSTZ-RR 2005, 182.

340 OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2002, 310 (311); Gerson, in: Löwe-Rosenberg, § 23 EGGVG Rn. 37, jeweils m.w.N.

341 BVerfGE 100, 96 (118).

suchten Staates zur Strafverfolgung, d.h. eine Verfolgungsübernahme ist ausgeschlossen.

Darüber hinaus greift die mit dem ausgehenden Ersuchen einhergehende Übermittlung personenbezogener Daten zur verfolgten Person in deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein [s.o. 2.b)], so dass jedenfalls unter diesem Aspekt, aber auch mit Blick auf individualschützende Rechtshilf Hindernisse (§ 73 IRG, z.B. rechtsstaatswidrige Verfolgung, drohende Todesstrafe)³⁴², gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist (Art. 19 Abs. 4 GG). Dementsprechend wird im Schrifttum davon ausgegangen, dass die die Bewilligungsentscheidung zur spontanen Informationsübermittlung (§ 61a IRG), die auch zur Übertragung der Strafverfolgung eingesetzt werden kann [s.o. 1.c)], einer gerichtlichen Kontrolle nach §§ 23 ff. EGGVG unterliegt.³⁴³ Da der Umfang der mit einem Verfolgungersuchen übermittelten Informationen in der Regel über eine Spontanauskunft i.S.d. § 61a IRG hinausgeht [s.o. 1.c)], muss dies erst recht für Verfolgungersuchen gelten, die auf Art. 21 EuRhÜbk gestützt werden.

Diese Erwägungen gelten auch für Opfer, soweit es diesen mit der Übertragung der Strafverfolgung erschwert oder unmöglich gemacht wird, ihre Rechte im Rahmen des Strafverfahrens auszuüben. Zwar besteht kein allgemeines Recht des Opfers auf Strafverfolgung, sondern aus der Schutzpflicht des Staates lässt sich nur bei besonders schwerwiegenden Straftaten gegen Individualrechtsgüter ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung ableiten [s.o.1.b)]. Gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, welche dieses subjektive Recht (möglicherweise) verletzen, muss daher gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet werden (Art. 19 Abs. 4 GG).³⁴⁴

342 S. zu den rechtshilferechtlichen Grenzen der Informationsrechtshilfe: Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU, 2007, S. 22 ff.

343 Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Vor § 59 Rn. 63; Trautmann, ebenda, § 61a Rn. 28; einschränkend Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61a Rn. 12.

344 BVerfG NJW 2017, 3141 (3142); Moldenhauer, in: KK-StPO, § 172 Rn. 1b; s. auch zum Rechtsschutz des Opfers gegen die Entscheidung, kein Auslieferungsersuchen zu stellen: VG Köln BeckRS 2010, 56676.

V. Die Verfolgungsübernahme in ausländischen Rechtsordnungen

Ein Blick auf andere Rechtsordnungen zeigt, dass die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung dort zum Teil eine ausführliche gesetzliche Regelung erfahren hat. Aus diesen Regelungen könnten sich Anregungen für den deutschen Gesetzgeber ergeben. Der folgende Abschnitt beschränkt sich auf zwei Nachbarländer, mit denen die Bundesrepublik Deutschland eine enge Zusammenarbeit im Rechtshilfeverkehr verbindet, die sich u.a. in bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk niedergeschlagen hat. Mit den Niederlanden wird ein EU-Mitgliedstaat in den Blick genommen, der das EUVerföÜbk ratifiziert hat und die Verfolgungsübernahme auf dieser Grundlage gesetzlich geregelt hat. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen – wie Deutschland – hingegen nicht ratifiziert und eine eigenständige gesetzliche Regelung für die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung geschaffen, die insbesondere auch die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt einschließt. Ein Blick auf die Schweiz ist auch insofern sinnvoll, als eine gesetzliche Regelung in Deutschland nicht nur die Verfolgungsübernahme innerhalb der Union (nach Maßgabe des avisierten neuen Kooperationsinstruments), sondern auch die Zusammenarbeit mit Drittstaaten umfassen sollte.

1. Schweiz

Die Übernahme und die Übertragung der Strafverfolgung sind in der Schweiz im Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) geregelt. Das Gesetz unterscheidet insoweit zwischen eingehenden Ersuchen (Übernahme der Strafverfolgung durch die Schweiz, Art. 85 – 87 IRSG) und ausgehenden Ersuchen (Art. 88 f. IRSG); diese Vorschriften werden durch die zugehörigen Verfahrensregelungen ergänzt (Art. 90 – 93 IRSG).

Die Strafverfolgung kann dabei sowohl auf der Grundlage eigener (originärer) Strafgewalt als auch aufgrund einer vom ersuchenden Staat abgelei-

teten Strafgewalt übernommen werden.³⁴⁵ Zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat kommt dabei ein völkerrechtlicher Vertrag zustande, der den ersuchten Staat zur Übernahme der Verfolgung und den ersuchenden Staat dazu verpflichtet, den Grundsatz „ne bis in idem“ zu respektieren, indem er das eigene Strafverfahren nicht weiter fortführt (Verfolgungsverzicht).³⁴⁶ Übernimmt ein Staat die Strafverfolgung aufgrund eigener originärer Strafgewalt, so besteht keine Pflicht zur Verfolgung, sondern nur zur Unterrichtung darüber, ob und ggf. welche Maßnahmen zur Verfolgung ergriffen worden sind.³⁴⁷ Die vertragliche Pflicht des ersuchenden Staates zur Beachtung des Grundsatzes „ne bis in idem“ besteht jedoch auch in dieser Konstellation.³⁴⁸

Die Übernahme der Strafverfolgung wird damit strikt von der Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 21 EuRhÜbk) unterschieden, die kein Verfolgungshindernis im anzeigenden Staat auslöst.³⁴⁹ Dabei wird allerdings anerkannt, dass Art. 21 EuRhÜbk und die dazu bestehenden bilateralen Verträge (u.a. mit Deutschland, s.o. II.3.) die Anzeige einem Ersuchen annähern, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen ausschließen, dass die Tat im ersuchenden Staat weiter verfolgt wird.³⁵⁰

Neben der Übertragung der Strafverfolgung sieht das Schweizer Strafrecht auch eine originäre Verfolgungsbefugnis aufgrund abgeleiteter Strafgewalt vor. Darunter fallen nicht nur Ausprägungen des Grundsatzes „aut dedere aut iudicare“, die unabhängig von einem Auslieferungsersuchen eine Verfolgungspflicht begründen und der Weltrechtspflege zuzuordnen sind (Art. 6 Abs. 1 lit. b schwStGB, s.o. II.2.), sondern auch die Begründung extraterritorialer Strafgewalt andererseits aber auch sonstige Formen der stellvertretenden Strafrechtspflege (Art. 7 schwStGB), mit denen Strafbarkeitslücken vermieden werden sollen.³⁵¹

Der folgende Überblick behandelt die Übertragung der Verfolgung auf einen ausländischen Staat [a)] und die Übernahme der Strafverfolgung

345 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Vor Art. 85–93 IRSG Rn. 2.

346 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (392); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Vor Art. 85–93 IRSG Rn. 1.

347 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (392 f.).

348 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Vor Art. 85–93 IRSG Rn. 53; *Witschi*, S. 101.

349 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (390); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Vor Art. 85–93 IRSG Rn. 9.

350 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (391 in Fußn. 26); s. auch *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Vor Art. 85–93 IRSG Rn. 25.

351 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (388 f., 404).

durch die Schweiz [b]); neben letztere tritt die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege [c]).

a) Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)

Die Voraussetzungen für die Stellung eines Ersuchens um Übernahme der Strafverfolgung sind in Art. 88 IRSG geregelt: Zunächst setzt die Übertragung der Strafverfolgung voraus, dass die verfolgte Tat der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt; verfügt die Schweiz nicht über eine eigene Verfolgungsbefugnis, so kann diese auch nicht auf einen anderen Staat übertragen werden. Dementsprechend setzt ein Ersuchen auf der Seite des ersuchten Staates voraus, dass dessen Gesetzgebung die Verfolgung und gerichtliche Ahndung der betreffenden Tat zulässt; der Übernahmestaat muss also entweder über originäre oder abgeleitete Strafgewalt verfügen.³⁵²

Art. 88 IRSG setzt außerdem voraus, dass eine der beiden folgenden Fallkonstellationen vorliegt: Der Verfolgte hält sich im ersuchten Staat auf und seine Auslieferung an die Schweiz ist unzulässig oder unzweckmäßig (Art. 88 lit. a IRSG), oder er wird an den ersuchten Staat ausgeliefert und die Übertragung der Strafverfolgung lässt eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten (Art. 88 lit. b IRSG). In dem letztgenannten Fall sind prozessökonomische Erwägungen mithin nicht ausreichend. Allerdings ist auch das öffentliche Interesse an einer Gesamtwürdigung mehrerer Taten und der daran beteiligten Personen zu berücksichtigen, so dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift bereits dann bejaht werden, wenn die Aussichten für eine Resozialisierung im Ausland gleichwertig bzw. nicht schlechter sind als in der Schweiz.³⁵³ Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die verfolgte Person keine besondere Beziehung zur Schweiz hat und im Fall einer Verurteilung mit einer Ausweisung zu rechnen hat.³⁵⁴

Neben den Voraussetzungen sind außerdem die allgemeinen Rechtshilfenvoraussetzungen und -hindernisse zu beachten, die für die Unterstützung ausländischer Strafverfahren gelten und auf die Übertragung der Strafverfolgung sinngemäß anzuwenden sind, denn es dürfen keine Ersuchen gestellt werden, denen die Schweiz selbst nicht entsprechen könnte (vgl.

352 Ludwiczak, S. 117; *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 88 IRSG Rn. 1, 9.

353 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 88 IRSG Rn. 24.

354 Bundesgericht, Urt. v. 19.6.2013 – 1C_515/2013, unter E.1.4.

Art. 30 Abs. 1 IRSG).³⁵⁵ Die Stellung eines Ersuchens ist daher unzulässig, wenn dem Täter im ersuchten Staat eine Verfolgung aufgrund seiner Religion, seiner politischen Anschauungen etc. droht (Art. 2 IRSG) oder wenn der Strafanspruch gegen ihn in der Schweiz oder in dem betreffenden ausländischen Staat wegen einer bereits ergangenen Entscheidung oder wegen Verjährung erloschen ist (Art. 5 IRSG).³⁵⁶

Das Ersuchen wird auf Anregung der Strafverfolgungsbehörde vom Bundesamt gestellt und kann von der verfolgte Person angefochten werden, sofern diese ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Schweiz hat oder eine Umgehung der Regeln des Rechtshilferechts rügt.³⁵⁷ Demgegenüber ist das Opfer der Straftat nicht beschwerdebefugt, selbst wenn die Übertragung der Strafverfolgung dazu führt, dass diesem die Teilnahme am Verfahren damit praktisch unmöglich gemacht wird.³⁵⁸ Nachdem der ersuchte Staat das Ersuchen bewilligt hat, kann die Übertragung grundsätzlich nur mit Zustimmung des ersuchten Staates zurückgenommen werden.³⁵⁹

Sofern der ersuchte Staat das Ersuchen bewilligt und die Verfolgung übernimmt, so dürfen die zuständigen Strafverfolgungsbehörden in der Schweiz gegen die verfolgte Person wegen derselben Tat keine weiteren Massnahmen mehr ergreifen (Art. 89 Abs. 1 IRSG). Die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Massnahmen (z.B. Beschlagnahme von Beweismitteln oder Vermögenswerten) bleiben jedoch wirksam; die sichergestellten Gegenstände können jedoch nicht mit dem Verfolgungsersuchen, sondern nur auf Ersuchen des übernehmenden Staates übermittelt werden.³⁶⁰ Diese Bindungswirkung entfällt, wenn der ersuchte Staat mitteilt, dass er nicht in der Lage ist, das Strafverfahren zu Ende zu führen (Art. 89 Abs. 1 lit. a IRSG), oder das dort geführte Verfahren nicht mit einer gerichtlichen Entscheidung abgeschlossen wird, die – ggf. mit einer Vollstreckung der verhängten Sanktion – zu einem Erlöschen des Strafanspruchs führt

355 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (353); Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 88 IRSG Rn. 26.

356 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (353); Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 88 IRSG Rn. 27.

357 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (355 f.).

358 Vgl. Jenni, in: FS Koller, S. 349 (356), wonach es deshalb zu begrüßen wäre, einen Privatkläger vor einer Übertragung des Verfahrens anzuhören.

359 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 89 IRSG Rn. 2.

360 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (408 f.); Jenni, in: FS Koller, S. 349 (359 f.).

(Art. 89 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 lit. a, b IRSG).³⁶¹ Bei einer Übertragung der Strafverfolgung auf das Ausland ergibt sich ein Strafklageverbrauch zudem aus Art. 3 Abs. 3 schwStGB: Danach ist eine Verfolgung wegen derselben Tat, vorbehaltlich eines krassen Verstoßes gegen den Ordre Public, in der Schweiz ausgeschlossen, wenn das ausländische Gericht den Täter endgültig freigesprochen hat oder die Sanktion, zu der er verurteilt wurde, vollzogen, erlassen oder verjährt ist.

Solange das Strafverfahren (einschließlich der Strafvollstreckung) im ersuchten Staat geführt wird, soll die Verjährung der Tat nach schweizerischem Recht ruhen (Art. 89 Abs. 2 IRSG). Allerdings läuft diese Vorschrift nach der Reform der Bestimmungen über die Verjährung (Art. 97 f. schwStGB) leer, so dass Verfolgungsverjährung mit Ablauf der Verjährungsfrist eintritt.³⁶² Sofern die verfolgte Person an den ersuchten Staat wegen einer anderen Tat ausgeliefert wurde (vgl. oben Art. 88 lit. b IRSG), ist dieser Staat nicht an das Spezialitätsprinzip gebunden, soweit er dem Ersuchen um Strafverfolgung entspricht (Art. 89 Abs. 3 IRSG).

b) Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)

Bei der Übernahme der Strafverfolgung ist danach zu unterscheiden, ob die Schweiz auf der Grundlage originärer Strafgewalt tätig wird oder abgeleitete Strafgewalt ausübt. In der letztgenannten Konstellation setzt die Übernahme der Strafverfolgung ein Ersuchen des Tatortstaates voraus (vgl. Art. 85 Abs. 1 IRSG). Das Ersuchen eines anderen Staates, dessen originärer Strafgewalt die Tat unterliegt, ist nicht ausreichend; auf diese Weise sollen potentielle Kompetenzkonflikte vermieden und nur Ersuchen von Staaten zugelassen werden, in denen Beweismittel für die zu verfolgende Tat verfügbar sind.³⁶³ Das Ersuchen ist Grundlage für die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt und damit materielle Voraussetzung der Verfolgungsübernahme.³⁶⁴ Aus diesem Grund ist vor der Übernahme zu prüfen, ob die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung nach dem Recht des ersuchenden Staates strafbar war.³⁶⁵ Die Bewilligung des Ersuchens unterliegt den allgemeinen

361 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (358).

362 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 88 IRSG Rn. 11.

363 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 13.

364 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (391).

365 Ludwiczak, S. 110 f.; Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 18.

Grenzen der Rechtshilfe [vgl. oben a)].³⁶⁶ Eine Übernahme der Strafverfolgung ist ausgeschlossen, wenn die Tat am Tatort nicht mehr strafrechtlich verfolgt werden kann.³⁶⁷ Zugleich ist das Ersuchen abzulehnen, wenn die zu verfolgende Tat nach schweizerischem Recht nicht strafbar ist; stellt sich die Straflosigkeit der Tat erst nach Bewilligung des Ersuchens heraus, ist eine Rücknahme der Bewilligung jedoch grundsätzlich ausgeschlossen, sondern es hat in diesem Fall eine Verfahrenseinstellung oder ein Freispruch zu erfolgen.³⁶⁸

Die Bewilligung des ausländischen Verfolgungsersuchens setzt ausserdem voraus, dass die Auslieferung nicht zulässig ist, die verfolgte Person sich in der Schweiz wegen anderer schwerwiegender Taten zu verantworten hat und gewährleistet ist, der ersuchende Staat diese nach einem Freispruch oder Vollstreckung der in der Schweiz verhängten Strafe wegen derselben Tat nicht weiter verfolgt (Art. 85 Abs. 1 IRSG). Die erste Bedingung verweist auf Auslieferungshindernisse (Art. 35 ff. IRSG) und nimmt neben den Resozialisierungsinteressen der verfolgten Person (Art. 37 Abs. 1 IRSG) die sog. Nichtauslieferungstaten in den Blick, deren Strafraum nicht die für eine Auslieferung vorgesehene Mindesthöchststrafe aufweist [Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG].³⁶⁹ Dieses Erfordernis entfällt bei der Verfolgungsübernahme, da diese im Vergleich zur Auslieferung weniger eingriffsintensiv ist und sich häufiger als günstiger für die verfolgte Person erweist.³⁷⁰ Zudem soll auf diese Weise gerade die Verfolgung von Bagatelldelikten ermöglicht werden, bei denen eine Auslieferung unverhältnismässig wäre.³⁷¹ Die Übernahme der Strafverfolgung derartiger Taten soll nur unter der Voraussetzung übernommen werden, dass in der Schweiz bereits ein Verfahren für schwerer wiegende Taten geführt wird (Art. 85 Abs. 1 lit. b IRSG); die Strafverfolgung des Nichtauslieferungsdelikts wird also „akzessorisch“ zu den schwereren Delikten übernommen.³⁷² Entsprechend der Regelung zu konkurrierenden Gerichtsständen (Art. 34 schwStPO), richtet sich die Schwere der Straftat ebenfalls nach der abstrakten Strafandrohung.³⁷³ Die Beschrän-

366 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (354); Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 20 ff.

367 Ludwiczak, S. 116; Witschi, S. 113.

368 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 86 IRSG Rn. 4, 6.

369 Ludwiczak, S. 112 f.; Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 4 ff.

370 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (397 f., 403).

371 Ludwiczak, S. 112.

372 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 9; Witschi, S. 112.

373 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (404).

kung der Verfolgingsübernahme wird jedoch als inkonsequent kritisiert, da die Verfolgung der Nichtauslieferungstat auch dann fortgeführt wird, wenn sich der Verdacht wegen der schwereren Straftat im weiteren Verlauf nicht erhärtet.³⁷⁴ Zudem wird es als unbefriedigend empfunden, dass eine Tat ungesühnt bleibt, wenn weder eine Auslieferung noch eine akzessorische Verfolgung in Betracht kommt.³⁷⁵ Die dritte Bedingung nimmt auf den Grundsatz „ne bis in idem“ Bezug, der spiegelbildlich in Art. 5 Abs. 1 lit. a, b IRSG niedergelegt ist und dessen Beachtung daher im Lichte der Gegenseitigkeit (Art. 8 IRSG) daher auch vom ersuchenden Staat zu gewährleisten ist, wenn seinem Verfolgungsersuchen entsprochen werden soll.³⁷⁶ Diese Bindungswirkung entfällt jedoch, wenn die Schweiz das Verfahren nicht weiter fortführen kann und dies dem ersuchenden Staat mitteilt (vgl. oben zu ausgehenden Ersuchen und Art. 89 Abs. 1 IRSG).³⁷⁷

Darüber hinaus kann die Verfolgung eines Ausländers, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, auch dann übernommen werden, wenn seine Auslieferung sich nicht rechtfertigen lässt und die Übernahme der Verfolgung im Hinblick auf seine persönlichen Verhältnisse und seine soziale Wiedereingliederung angezeigt erscheint (Art. 85 Abs. 2 IRSG). Der Anwendungsbereich der Regelung ist auf Ausländer beschränkt, da eine Verfolgung von Schweizern bereits auf der Grundlage des aktiven Personalitätsprinzips möglich ist [Art. 7 StGB; s. dazu unten c)].³⁷⁸ Die Verfolgingsübernahme ist danach nicht nur indiziert, wenn der verfolgten Person nur eine Geld- oder Bewährungsstrafe droht, sondern auch dann, wenn die Vollstreckung einer unter Umständen zu verhängenden Freiheitsstrafe im Inland bessere Aussichten für eine Resozialisierung bietet.³⁷⁹ Einen damit korrespondierenden Ablehnungsgrund für die Auslieferung enthält Art. 37 Abs. 1 IRSG.³⁸⁰ Umgekehrt scheidet eine Anwendung des Art. 85 Abs. 2 IRSG aus, wenn eine völkervertragliche Auslieferungspflicht besteht und das betreffende Übereinkommen es damit nicht zulässt, die Strafverfolgung zu übernehmen, anstatt die verfolgte Person an

374 Witschi, S. 112.

375 Unseld, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 10.

376 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (407).

377 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (408).

378 Witschi, S. 108 (mit Fußn. 55).

379 Witschi, S. 110.

380 Harari/Jakob/Jenni, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (404).

den ersuchenden Staat auszuliefern.³⁸¹ Die Übernahme der Verfolgung setzt jedenfalls ein Ersuchen des Tatortstaates voraus (vgl. oben zu Art. 85 Abs. 1 IRSG); ein Auslieferungsersuchen ist insoweit nicht ausreichend.³⁸² Die Beachtung des Grundsatzes „ne bis in idem“ durch den ersuchenden Staat [vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. c IRSG] muss auch bei der Verfolgungsübernahme nach Art. 85 Abs. 2 IRSG gewährleistet sein.³⁸³ Demgegenüber legen die Ausrichtung der Norm auf die Resozialisierungsaussichten der verfolgten Person und die Parallele zu Art. 37 Abs. 1 IRSG eine Interpretation nahe, wonach Art. 85 Abs. 1 lit. b IRSG (inländische Verfolgung wegen einer schwereren Tat) im Rahmen des Art. 85 Abs. 2 IRSG keine Anwendung findet.³⁸⁴

Insgesamt sind für die Übernahme der Strafverfolgung damit sowohl der Resozialisierungsgedanke, aber auch die Effektivität der Strafrechtspflege (Verfahrenskonzentration) die leitenden Gesichtspunkte.³⁸⁵

Das Bundesamt für Justiz entscheidet nach Rücksprache mit der zuständige Strafverfolgungsbehörde über die Bewilligung des ausländischen Ersuchens (Art. 91 Abs. 1 IRSG); es kann die Übernahme der Strafverfolgung ablehnen, wenn ihr wichtige Gründe entgegenstehen oder die Bedeutung der Tat sie nicht rechtfertigen (Art. 91 Abs. 4 IRSG). Die Bewilligung ist nicht selbstständig anfechtbar (Art. 14 IRSV).³⁸⁶ Im Fall einer Bewilligung übermittelt das Bundesamt für Justiz der zuständigen Strafverfolgungsbehörde die Akten und unterrichtet den ersuchenden Staat und die verfolgte Person (Art. 19 Abs. 2 IRSG); die Strafverfolgungsbehörde prüft daraufhin eigenständig, ob ein Strafverfahren zu eröffnen ist (vgl. Art. 91 Abs. 3 IRSG).

Wird ein Verfahren eingeleitet, so wird dieses grundsätzlich nach den gleichen Vorschriften durchgeführt wie bei der Ausübung originärer Strafgewalt.³⁸⁷ Die Tat wird nach schweizerischem Strafrecht gewürdigt, als

381 Bundesgericht, Urt. v. 7.12.2004 – 1A.262/2004, unter 4.3.; Bundesstrafgericht, Urt. v. 9.7.2009 – RR.2009.76, unter 11.2.

382 Bundesgericht, Urt. v. 7.12.2004 – 1A.262/2004, unter 4.3.; Bundesstrafgericht, Urt. v. 9.7.2009 – RR.2009.76, unter 11.2.

383 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (398); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 30.

384 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (398 f.); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 30; a.A. *Ludwiczak*, S. 114.

385 *Ludwiczak*, S. 109 f.

386 *Jenni*, in: FS Koller, S. 349 (357).

387 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (406); *Ludwiczak*, S. 115; *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 42, Art. 86 IRSG Rn. 13.

wenn sie in der Schweiz begangen worden wäre (Art. 86 Abs. 1 IRSG). Das darin enthaltene Gebot zur sinngemässen Umstellung des Sachverhalts (s.o. IV.3.b)bb)(2) zu § 7 StGB) gilt nicht nur für den Tatort, sondern auch für andere Bezüge der Tat zum Tatortstaat (z.B. die Gleichstellung von ausländischen mit inländischen Beamten).³⁸⁸ Das ausländische Recht gilt allerdings, soweit es milder ist (Art. 86 Abs. 2 IRSG, Lex-mitior-Regel). Dabei ist nicht die gesetzlich vorgesehene Höchststrafe, sondern die am Tatort angemessene Sanktion maßgeblich.³⁸⁹ Die Lex-mitior-Regel gilt entsprechend für Verfolgungshindernisse nach dem Recht des Tatortstaates.³⁹⁰ Untersuchungshandlungen, die von den Behörden des ersuchenden Staates vorgenommen worden sind, werden einer entsprechenden schweizerischen Maßnahme gleichgestellt (Art. 92 IRSG). Aufgrund der Unzulässigkeit von Abwesenheitsverfahren (Art. 86 Abs. 3 IRSG) setzt die Verfolgungsübernahme außerdem voraus, dass sich die verfolgte Person im Inland aufhält.³⁹¹ Bei deren Ausreise verliert die Schweiz nicht die Befugnis zur Strafverfolgung, muss aber zur Fortführung des Verfahrens auf eine Auslieferung hinwirken oder kann gegebenenfalls die Strafverfolgung auf den (neuen) Aufenthaltsstaat übertragen.³⁹²

Die Übernahme der Strafverfolgung aufgrund abgeleiteter Strafgewalt ist gegenüber der Ausübung originärer Strafgewalt subsidiär.³⁹³ Die Anwendung der vorstehenden Regelungen ist weitgehend ausgeschlossen, wenn die zu verfolgende Tat aufgrund einer anderen Vorschrift der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt (Art. 85 Abs. 3 IRSG). Für die Ausübung originärer Strafgewalt bedarf es insbesondere keines ausländischen Verfolgungersuchens; das Bundesamt für Justiz leitet eingehende Ersuchen in diesem Fall an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiter, damit diese über die Einleitung eines Strafverfahrens entscheiden kann.³⁹⁴ Allerdings sind die Bestimmungen über die Ablehnungsgründe (Art. 91 Abs. 4 IRSG)

388 *Ludwiczak*, S. 93; *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 86 IRSG Rn. 2 f.; s. auch zur Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger als Vortat zur Geldwäsche (Art. 305bis schwStGB): BGE 136 IV 179.

389 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 86 IRSG Rn. 9; s. zur entsprechenden Regelung in Art. 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 schwStGB: *Popp/Kesheleva*, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 3 Rn. 39 m.w.N.

390 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 86 IRSG Rn. 10.

391 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (401).

392 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (401).

393 *Ludwiczak*, S. 111; *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 50.

394 *Jenni*, in: FS Koller, S. 349 (357).

und die Gleichstellung ausländischer und inländischer Untersuchungsmaßnahmen (Art. 92 IRSG) analog anzuwenden.³⁹⁵ Auch der bei einer zuständigen Behörde des ersuchenden Staates fristgerecht gestellte Strafantrag ist im Hinblick auf ein nach schweizerischem Recht bestehenden Antragserfordernis ausreichend (Art. 13 Abs. 1 lit. b IRSG); dies gilt unabhängig davon, ob die Schweiz originäre oder abgeleitete Strafgewalt ausübt.³⁹⁶ Demgegenüber scheidet eine entsprechende Anwendung der Lex-mitior-Regel (Art. 86 Abs. 2 IRSG) und des Verbots von Abwesenheitsverfahren (Art. 86 Abs. 3 IRSG) aus, da für die Ausübung originärer Strafgewalt allein das inländische Recht maßgeblich ist.³⁹⁷

c) Stellvertretende Strafrechtspflege (Art. 7 StGB)

Im schweizerischen Recht wird zwischen der Übernahme und der Übertragung der Strafverfolgung (Art. 85 ff. IRSG) und der stellvertretenden Strafrechtspflege unterschieden. Soweit das schweizerische Recht dabei an völkervertragliche Ausprägungen des Grundsatzes „aut dedere aut iudicare“ anknüpft, die unabhängig von einem Auslieferungsersuchen eine Pflicht zur Verfolgung begründen [vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b schwStGB], kann es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben (s.o. II.2.). Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf Art. 7 schwStGB, der im Unterschied zu den Art. 85 ff. IRSG kein ausländisches Verfolgungsersuchen voraussetzt.³⁹⁸

Art. 7 schwStGB erstreckt dessen Geltungsbereich auf Auslandstaten, die nicht bereits nach den Art. 4, 5, 6 schwStGB dem schweizerischen Strafrecht unterliegen, und begründet damit eine subsidiäre Strafgewalt.³⁹⁹ Die Begründung inländischer Strafgewalt setzt danach voraus, dass die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder der Begehungsort keiner Strafgewalt unterliegt (Art. 7 Abs. 1 lit. a schwStGB), der Täter sich in der Schweiz befindet oder ihr wegen dieser Tat ausgeliefert wird (Art. 7 Abs. 1 lit. b schwStGB)

395 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (393); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 52.

396 *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 19.

397 *Harari/Jakob/Jenni*, La Semaine Judiciaire 2013 II 385 (393); *Unsel*, in: Niggli/Heimgartner, Art. 85 IRSG Rn. 52.

398 *Gleß*, Rn. 273.

399 *Eicker*, ZStrR 124 (2006), 295 (308); *Popp/Keshelava*, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 1.

und nach schweizerischem Recht die Tat die Auslieferung zulässt, der Täter jedoch nicht ausgeliefert wird (Art. 7 Abs. 1 lit. c schwStGB). Sofern der Täter nicht Schweizer ist und das Verbrechen oder Vergehen nicht gegen einen Schweizer begangen wurde, wird inländische Strafgewalt nur unter der weiteren Voraussetzung begründet, dass das Auslieferungsbegehren aus einem Grund abgewiesen wurde, der nicht die Art der Tat betrifft (Art. 7 Abs. 2 lit. a schwStGB).⁴⁰⁰ Die Regelung kombiniert das aktive und passive Personalitätsprinzip mit dem Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege.⁴⁰¹ Im Unterschied zur „übernommenen“ Strafrechtspflege (Art. 85, 86 IRSG) beruht die stellvertretende Strafrechtspflege auf dem eigenen Interesse der Schweiz, durch die Strafverfolgung zu verhindern, dass die Täter ihrer gerechten Strafe entgehen und das Inland nicht zum „Verbrecherasyl“ wird (s.o. IV.3.b)cc) zu § 7 StGB).⁴⁰² Art. 7 schwStGB beruht damit auf ähnlichen Erwägungen wie die stellvertretende Strafrechtspflege im deutschen Recht, wirft aber durch das Zusammenspiel mit dem aktiven und passiven Personalitätsprinzip parallele Auslegungsprobleme auf; allerdings lässt das schweizerische Recht aufgrund der rechtshilferechtlichen Regelungen zur Verfolgungsübernahme (Art. 85 ff. IRSG) weniger Raum, inländische Verfolgungsinteressen im Wege der Auslegung zurückzudrängen [s. dazu oben IV.3.b)cc)].

Dies gilt zunächst für Art. 7 Abs. 1 schwStGB, der in seinem Wortlaut in weiten Teilen den in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB genannten Voraussetzungen entspricht. Das Erfordernis der Strafbarkeit am Begehungsort (Art. 7 Abs. 1 lit. a schwStGB) bezieht sich nach seinem Wortlaut auf das materielle Recht, wird aber zum Teil auch auf die Verjährung und Antragserfordernisse erstreckt und darüber hinaus auch auf andere Verfolgungshindernisse (vgl. unten zum Erledigungsprinzip, Art. 7 Abs. 4 schwStGB) ausgedehnt, soweit die gesetzliche Regelung auf das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege (Art. 7 Abs. 2 lit. a schwStGB) zurückgeführt wird [s. zum deutschen Recht IV.3.b)bb)(3)].⁴⁰³ Auch die Einbeziehung von Begehungsorten, die keiner Strafgewalt unterliegen, entspricht inhaltlich dem deutschen Recht. Im Schrifttum wird dementsprechend darauf hingewiesen,

400 Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b schwStGB gilt das Gleiche für besonders schwere, von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtete Verbrechen. Diese Regelung beruht auf dem Grundsatz der Weltrechtspflege und soll daher – ebenso wie Art. 6 Abs. 1 lit. b schwStGB – außer Betracht bleiben.

401 Eicker, ZStrR 124 (2006), 295 (305).

402 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 3 Rn. 28, 30.

403 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 3 Rn. 36 m.w.N.

dass von einem ausländischen Täter insoweit kaum erwartet werden kann, sich am schweizerischen Strafrecht zu orientieren.⁴⁰⁴

Die Anwesenheit des Täters im Inland (Art. 7 Abs. 1 lit. b schwStGB) wird – wie im deutschen Recht – als Prozessvoraussetzung verstanden, die nicht bei Begehung der Tat, sondern bei deren Verfolgung vorliegen muss.⁴⁰⁵ Die Tat lässt die Auslieferung zu (Art. 7 Abs. 1 lit. c schwStGB), wenn der Tatbestand die für ein Auslieferungsdelikt (Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG) erforderliche Mindesthöchststrafe androht; darüber hinaus sind Auslieferungshindernisse für politische, militärische und fiskalische Straftaten zu beachten (Art. 3 IRSG).⁴⁰⁶ Dass der Täter von der Schweiz nicht ausgeliefert wird (Art. 7 Abs. 1 lit. c schwStGB), kann auf der Unzulässigkeit der Auslieferung (z.B. wegen drohender Todesstrafe), aber auch darauf beruhen, dass der Tatortstaat kein Auslieferungersuchen stellt.⁴⁰⁷

Wie sich im Umkehrschluss aus Art. 7 Abs. 2 schwStGB ergibt, erfordert Art. 7 Abs. 1 schwStGB, das entweder Täter oder Opfer schweizerische Staatsangehörige sind. In dem erstgenannten Fall soll die Anknüpfung an das aktive Personalitätsprinzip das Auslieferungsverbot für die eigenen Staatsbürger kompensieren.⁴⁰⁸ Dementsprechend muss diese Voraussetzung nicht bei der Tatbegehung, sondern zum Zeitpunkt der inländischen Verfolgung gegeben sein.⁴⁰⁹ Zum Teil wird die Regelung deshalb auch der stellvertretenden Strafrechtspflege zugeordnet.⁴¹⁰ Demgegenüber steht beim passiven Personalitätsprinzip der Schutz der eigenen Staatsangehörigen im Vordergrund, so dass es insoweit auf den Tatzeitpunkt ankommt.⁴¹¹

Lässt sich über das aktive oder passive Personalitätsprinzip kein Inlandsbezug begründen, so kommt das schweizerische Strafrecht nur subsidiär zur Anwendung, wenn die Schweiz die Auslieferung verweigert (Art. 7 Abs. 2 lit. a schwStGB).⁴¹² Die stellvertretende Strafrechtspflege setzt ein „Auslieferungsbegehren“ (Ersuchen) voraus, d.h. im Unterschied zu Art. 7

404 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 3 Rn. 34.

405 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 5.

406 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 6.

407 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.9.1998, BBl. 1999 I 1979 (1998); Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 8, 10.

408 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.9.1998, BBl. 1999 I 1979 (1998).

409 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 13.

410 Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth, Art. 7 Rn. 12.

411 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 14.

412 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.9.1998, BBl. 1999 I 1979 (1998).

Abs. 1 schwStGB wird die inländische Strafgewalt nur begründet, wenn der ausländische Staat aktiv wird.⁴¹³ Im Unterschied zu Art. 85 Abs. 1, 2 IRSG ist jedoch kein Verfolgungsersuchen erforderlich, sondern ein Ersuchen um Auslieferung ausreichend.

Ein bedeutsamer Unterschied zum deutschen Recht liegt darin, dass das schweizerische Recht eine *Lex-Mitior*-Regelung enthält, wonach die Sanktionen so zu verhängen sind, dass sie insgesamt für den Täter nicht schwerer wiegen als die Sanktionen nach dem Recht des Begehungsortes (Art. 7 Abs. 3 schwStGB). Des Weiteren wird, anders als im deutschen Recht, eine strafklageverbrauchende Wirkung ausländischer Aburteilungen ausdrücklich anerkannt (Erledigungsprinzip): Vorbehaltlich eines krassen Verstoßes gegen den *Ordre Public*, darf der Täter in der Schweiz wegen der Tat nicht mehr verfolgt werden, wenn ein ausländisches Gericht ihn endgültig freigesprochen hat oder die Sanktion, zu der er im Ausland verurteilt wurde, vollzogen, erlassen oder verjährt ist (Art. 7 Abs. 4 schwStGB). Wurde die im Ausland verhängte Strafe nur teilweise vollstreckt, so ist der vollstreckte Teil anzurechnen (Art. 7 Abs. 5 schwStGB; vgl. insoweit § 51 Abs. 3 StGB).

2. Niederlande

Die Niederlande sind Vertragspartei des EuVerfolgÜbk. Die Vorschriften zur Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung in Abschnitt 5.3 der niederländischen Strafprozessordnung (*wetboek van strafvordering* – Sv), dienen damit einerseits der Umsetzung völkervertraglicher Verpflichtungen, sollen aber andererseits als Grundlage für die vertragslose Zusammenarbeit dienen.⁴¹⁴ Anders als die Auslieferung und die Vollstreckungshilfe⁴¹⁵, bedarf die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung keiner völkervertraglichen Grundlage, wenn die Tat der originären Strafgewalt des Übernahmestaates unterliegt.⁴¹⁶ Soll mit der Übernahme der Strafverfolgung hingegen Strafgewalt ausgeübt werden, die von der originären Strafgewalt eines anderen (des ersuchenden) Staates abgeleitet wird, so ist eine vertrag-

413 Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 7 Rn. 16.

414 Paridaens/de Jonge, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1925.

415 Vgl. zur Auslieferung Art. 2 Abs. 3 der niederländischen Verfassung (Grondwet).

416 Paridaens/de Jonge, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1926; Reijntjes, in: van Elst/van Sliedregt, S. 506.

liche Grundlage erforderlich, um eine entsprechende Verfolgungsbefugnis zu begründen (vgl. insoweit Art. 2 EuVerfolgÜbk).⁴¹⁷ Ein völkerrechtlicher Vertrag kann zudem eine Pflicht des ersuchten Staates zur Übernahme der Strafverfolgung begründen. Das niederländische Rechtshilferecht erstreckt sich insoweit auch auf Ausprägungen des Grundsatzes „aut dedere aut iudicare“, die zur Verfolgung terroristischer Straftaten verpflichten (s. oben II.2.); eine Übernahme der Strafverfolgung wird aber insoweit allerdings von einem Auslieferungersuchen abhängig gemacht (Art. 5.3.16 Sv).

Die Übertragung der Strafverfolgung ist auch nach niederländischem Verständnis strikt von der Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung zu unterscheiden, die weder eine eigene Strafgewalt des übertragenden Staates voraussetzt, noch eine Verfolgungsbefugnis des übernehmenden Staates begründet.⁴¹⁸ Die Anzeige erschöpft sich damit in der Übermittlung von Informationen, belässt aber die Entscheidung über die Einleitung eines Strafverfahrens dem Empfangsstaat; eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Verfolgungsübernahme auf diese „verkappte“ Übertragung der Strafverfolgung wird daher abgelehnt.⁴¹⁹

Für die Übernahme der Strafverfolgung durch die Niederlande wurde zudem auch eine gesetzliche Grundlage im niederländischen Strafgesetzbuch (*wetboek van strafrecht – sr*) geschaffen (Art. 8b Sr), die durch eine weitere Vorschrift zur subsidiären Ausübung extraterritorialer Strafgewalt ergänzt wird, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden (Art. 8c Sr).

a) Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)

Eine Übertragung der Strafverfolgung kommt in Betracht, wenn sie im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege („*goede rechtsbedeling*“) liegt (Art. 5.3.1 Sv). Der niederländische Gesetzgeber knüpft damit einen Begriff an, der auch dem EuVerfolgÜbk zu Grunde liegt („*proper administration of justice*“⁴²⁰), so dass die in Art. 8 EuVerfolgÜbk genannten Gründe und Kriterien auch für die vertragslose Zusammenarbeit heranzuziehen sind.⁴²¹

417 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 503 f., 506 (auch zu weiteren völkervertraglichen Regelungen).

418 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 502, 507 f.

419 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 508.

420 Erläuternder Bericht zum EuVerfolgÜbk, S. 11 f., 18.

421 *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1933.

Für die praktische Gesetzesanwendung ist dieser Begriff in einer Richtlinie weiter konkretisiert worden, die allerdings inzwischen außer Kraft getreten ist.⁴²² Danach wird die Übertragung in bestimmten Konstellationen (Art. 8 Abs. 1 lit. c, e, g, h EuVerfolgÜbk) als Regelfall (Nr. 2.1), in anderen Fällen (Art. 8 Abs. 1 lit. a, b, f EuVerfolgÜbk) als grundsätzlich wünschenswert bezeichnet (Nr. 2.2). Eine Übertragung der Strafverfolgung kommt demgegenüber grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Straftat und die von ihr ausgehende Erschütterung der niederländischen Rechtsordnung schwerwiegend sind, Mittäter nur in den Niederlanden verurteilt werden können, die Übertragung dem Interesse der Wahrheitsfindung zuwiderläuft, weil die wichtigsten Beweismittel nur in den Niederlanden verfügbar sind, oder die berechtigten Interessen des Opfers an einem Verfahren im Inland überwiegen (Nr. 2.3). Die Übertragung der Strafverfolgung ist ausgeschlossen, wenn eine Einstellung des inländischen Strafverfahrens in Betracht kommt und der Gleichheitsgrundsatz damit einer Übertragung entgegensteht, oder wenn der ersuchte Staat weder über originäre noch über abgeleitete Strafgewalt verfügt (Nr. 2.4). Auch ein deutlich höheres Strafmaß im zu ersuchenden Staat kann einer Übertragung entgegenstehen.⁴²³ Hat das Opfer bereits seine Absicht bekundet, sich dem Strafverfahren anzuschließen, um Schadensersatzansprüche geltend zu machen, bedarf die Übertragung der Strafverfolgung seiner schriftlich erteilten Zustimmung; diese Zustimmung kann allerdings durch eine richterliche Ermächtigung ersetzt werden (Art. 5.3.1 Abs. 4 Sv).

Soweit nicht völkerrechtliche Verträge eine unmittelbare Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Justizbehörden ermöglichen (Art. 5.3.5 Sv), wird ein Ersuchen um Übernahme vom Minister für Sicherheit und Justiz auf Antrag der Staatsanwaltschaft gestellt (Art. 5.3.1 Abs. 1 Sv). Das Ersuchen kann auch auf die Einziehung zur Vermögensabschöpfung im selbstständigen Verfahren beschränkt werden (Art. 5.3.1 Abs. 6 Sv; vgl. § 76a StGB).⁴²⁴ Ist gegen die beschuldigte Person Untersuchungshaft angeordnet, so ist diese über die Antragstellung zu unterrichten, wenn sie sich im Inland aufhält oder ihr Aufenthaltsort im Ausland bekannt ist (Art. 5.3.1 Abs. 2 Sv). Die beschuldigte Person kann in diesem Fall innerhalb von zwei Wochen

422 Circulaire overdracht en overname van strafvervolging, Staatscourant 2007, 72, S. 10, außer Kraft getreten am 15.4.2011.

423 Reijntjes, in: van Elst/van Slidregt, S. 520 f.

424 Paridaens/de Jonge, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1936 f., verweisen insoweit auf Einziehungsverfahren ad rem.

Beschwerde einlegen (Art. 5.3.1 Abs. 5 Sv); die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.⁴²⁵ Soweit eine Unterrichtung nicht vorgeschrieben ist (keine Haftanordnung), ist ein Rechtsmittel nicht vorgesehen; insoweit kommt für die beschuldigte Person allenfalls der (subsidiäre) Rechtsweg zu den Zivilgerichten in Betracht, um rechtswidrige Hoheitsakte gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies gilt entsprechend, soweit die beschuldigte Person eine Übertragung der Strafverfolgung begehrt und sich dagegen wendet, dass kein entsprechender Antrag gestellt wird.⁴²⁶

Sofern der Minister für Sicherheit und Justiz dem Antrag der Staatsanwaltschaft stattgibt, wird das Ersuchen vorbehaltlich einer anderweitigen völkervertraglichen Regelung vom Außenminister gestellt (Art. 5.3.2 Abs. 1, 2 Sv). Das Ersuchen kann zurückgenommen werden, bis der ersuchte Staat eine Entscheidung über das Ersuchen getroffen und übermittelt hat; das Ersuchen ist zurückzunehmen, wenn das von der beschuldigten Person eingelegte Rechtsmittel Erfolg hat (Art. 5.3.2 Abs. 3 Sv).

Mit der Antragstellung verliert die Staatsanwaltschaft die Befugnis, wegen dieser Tat gegen die beschuldigte Person Anklage zu erheben oder Maßnahmen zur Vollstreckung eines bereits ergangenen Urteils zu ergreifen; diese Befugnis lebt allerdings wieder auf, wenn der Antrag vom Minister abgelehnt wird, das gestellte Ersuchen wieder zurückgenommen wird oder der ersuchte Staat mitteilt, dass das Ersuchen abgelehnt oder das übernommene Strafverfahren eingestellt wurde (Art. 5.3.3 Abs. 1 Sv). Die beschuldigte Person ist entsprechend zu unterrichten (Art. 5.3.3 Abs. 2 Sv). Bewilligt der ausländische Staat das Übernahmeersuchen, so erlischt das Recht auf Strafverfolgung endgültig (Art. 77 Abs. 1 Sr) und fällt nur dann wieder an die Niederlande zurück, wenn der Übernahmestaat mitteilt, dass die Einleitung eines Strafverfahrens abgelehnt oder ein zunächst eingeleitetes Verfahren eingestellt wurde (Art. 77 Abs. 2 Sr).⁴²⁷

b) Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)

Vorbehaltlich einer anderweitigen völkervertraglichen Regelung (Art. 5.3.17 Sv), entscheidet auch über eingehende Ersuchen zur Übernahme der Straf-

425 *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1936.

426 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 521; ablehnend: *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1936.

427 S. zur Unterscheidung von vorläufigem und endgültigem Verlust der Strafverfolgungsbefugnis: *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1939.

verfolgung der Minister für Sicherheit und Justiz (Art. 5.3.10 Sv), nachdem er eine Stellungnahme der zuständigen Staatsanwaltschaft eingeholt hat (Art. 5.3.9 Sv).

Bei der Entscheidung über das Ersuchen sind zunächst eine Reihe von zwingenden Rechtshilfehindernissen zu beachten (Art. 5.3.10 Abs. 2 i.V.m. Art. 5.3.7 Abs. 1): Ein ausländisches Ersuchen ist abzulehnen, wenn die zu verfolgende Tat nach niederländischem Recht nicht strafbar ist oder es sich um ein politisches oder militärisches Delikt handelt (Art. 5.3.7 Abs. 1 lit. a Sv). Das Gleiche gilt, wenn die Verfolgung der Tat nach niederländischem Recht oder nach dem Recht des ersuchenden Staates verjährt ist (Art. 5.3.7 Abs. 1 lit. b Sv) oder das Ersuchen dazu dient, die beschuldigte Person wegen ihrer religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung, ihrer Nationalität oder ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Bevölkerungsgruppe zu verfolgen (Art. 5.3.7 Abs. 1 lit. c Sv). Die Strafverfolgung kann schließlich nicht übernommen werden, wenn sie im Widerspruch zum Grundsatz „ne bis in idem“ stünde, weil durch eine im In- oder Ausland ergangene verfahrensabschließende Entscheidung wegen derselben Tat Strafklageverbrauch eingetreten ist (Art. 5.3.7 Abs. 1 lit. d Sv i.V.m. Art. 68 Sr).

Ein nicht auf einen Vertrag gestütztes Ersuchen ist außerdem abzulehnen, wenn nach Auffassung der Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen die verfolgte Person nicht in Betracht kommt (Art. 5.3.10 Abs. 3 Sv). Dies ist etwa anzunehmen, wenn die Tat nicht der Strafgewalt der Niederlande unterliegt, wenn ein Verfahrenshindernis besteht oder wenn die Beweislage unzureichend ist.⁴²⁸ Ein Ersuchen kann schließlich abgelehnt werden, wenn sich das Verfahren gegen einen Ausländer richtet, der seinen festen Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort im Ausland hat (Art. 5.3.7 Abs. 2 Sv); dieser Ablehnungsgrund gilt allerdings nicht bei Ersuchen um Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens (Art. 5.3.7 Abs. 3 Sv; s. auch Art. 5.3.16 Abs. 3 Sv zu terroristischen Straftaten). Die beiden Regelungen zeigen, dass das Interesse an einer geordneten Rechtspflege auch bei der Entscheidung über eingehende Ersuchen als allgemeiner Maßstab heranzuziehen ist.⁴²⁹ Dabei sind vorrangige vertragliche Regelungen zur Bewilligung bzw. Ablehnung eines Ersuchens (vgl. Art. 8, 11 EuVerfolgÜbk) zu beachten (Art. 5.3.10 Abs. 4 Sv); der niederländische Gesetzgeber hat

428 *Paridaens/de Jonge*, in: *Ouwerkerk/Verrest*, S. 1952.

429 *Reijntjes*, in: *van Elst/van Sliedregt*, S. 516.

diese allerdings zum Teil als zwingende Ablehnungsgründe ausgestaltet (Art. 5.3.7. Abs. 1 Sv).⁴³⁰

Vor der Abgabe ihrer Stellungnahme muss die Staatsanwaltschaft die verfolgte Person anhören, sofern die Befugnis zur Strafverfolgung von der Strafgewalt des ersuchenden Staates abgeleitet wird (Art. 5.3.9 Ab. 2 Sv). Eine Anhörung ist hingegen nicht vorgeschrieben, soweit mit der Übernahme der Strafverfolgung originäre Strafgewalt ausgeübt wird.⁴³¹ Ein Rechtsmittel gegen die Bewilligung des Ersuchens ist nicht vorgesehen, allerdings kann die Übernahme der Strafverfolgung im weiteren Strafverfahren (inzi-dent) gerichtlich überprüft werden.⁴³² Wird die Übernahme nicht bewilligt, so kann sich nach umstrittener Auffassung ein Rechtsschutzbedürfnis da-raus ergeben, dass infolgedessen eine Auslieferung der verfolgten Person in Betracht kommt.⁴³³

Die Bewilligung des Ersuchens kann bis zum Beginn der Hauptverhandlung widerrufen werden, wenn nachträglich Umstände bekannt werden, die zum Zeitpunkt der Bewilligung zur Ablehnung des Ersuchens geführt hätten (Art. 5.3.12 Abs.1 Sv), oder die Strafe, zu der die verfolgte Person verurteilt worden ist, in den Niederlanden nicht vollstreckt werden kann (Art. 5.3.12 Abs. 2 Sv).

Unterliegt die zu verfolgende Tat der originären Strafgewalt der Niederlande, so können Ermittlungsmaßnahmen und Untersuchungshaft bereits vor einer Bewilligungsentscheidung angeordnet werden.⁴³⁴ Soweit die Strafverfolgung allein auf der delegierten Strafgewalt des ersuchenden Staates beruht, kann die verfolgte Person bereits vor der Bewilligungsentscheidung in Haft genommen werden, soweit dies in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen ist (Art. 5.3.14 Sv; vgl. Art. 27, 28 EuVerfolgÜbk). Eine entsprechende Befugnis wird jedoch auch für andere Ermittlungsmaßnahmen angenommen, soweit diese völkervertraglich vorgesehen sind (vgl. Art. 28 EuVerfolgÜbk).⁴³⁵ Den vom ersuchenden Staat erhobenen und übermittelten Beweismitteln ist der gleiche Beweiswert beizumessen wie im Inland

430 *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1945.

431 *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1944; *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 511.

432 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 517; vgl. etwa zur Übernahme der Strafverfolgung, nachdem die verfolgte Person im ersuchenden Staat (Thailand) gefoltert worden war: Rechtbank Amsterdam, Urt. v. 16.12.2002 – Az. 13/020426–02, ECLI:NL:RBAMS:2002:AF2767.

433 S. dazu *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 517.

434 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 511.

435 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 511.

erhobenen Beweisen (Art. 5.3.15 Abs. 1 Sv; s. auch Art. 26 Abs. 1 EuVerfolgÜbk).

Soweit die Tat nicht bereits (originärer) niederländischer Strafgewalt unterliegt, führt die Übernahme der Strafverfolgung dazu, dass auf die Tat niederländisches Strafrecht anwendbar ist (Art. 8b Abs. 1 Sr). Die Vorschrift regelt also allein die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege, die auf abgeleiteter Strafgewalt beruht.⁴³⁶ Sie setzt eine völkervertragliche Grundlage und die Bewilligung eines ausländischen Ersuchens voraus.⁴³⁷ Eine Verfolgungsübernahme auf der Grundlage eines niederländischen Ersuchens ist – anders als bei der Übernahme der Strafvollstreckung – nicht vorgesehen.⁴³⁸ Soweit die Niederlande nach dem Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ zur Verfolgung terroristischer Straftaten verpflichtet sind, setzt die Anwendung inländischen Strafrechts nur voraus, dass die Auslieferung für unzulässig erklärt oder abgelehnt wurde (Art. 8b Abs. 3 Sr); das Auslieferungsersuchen wird insoweit als Verfolgungsersuchen angesehen (Art. 5.3.16 Abs. 1 Sv).⁴³⁹

Bei der Ausübung abgeleiteter Strafgewalt wird die Anwendung des inländischen Strafrechts allerdings in zweierlei Hinsicht durch völkervertragliche Vorschriften modifiziert: Um eine Würdigung nach niederländischem Strafrecht zu ermöglichen, wird ein Sachverhalt zu Grunde gelegt, der anstelle des jeweiligen Auslandsbezuges einen entsprechenden Bezug zum Inland aufweist (sinngemäße Umstellung des Sachverhalts, s.o. II.2.); diese „transformative Interpretation“ betrifft nicht nur den Begehungsort, sondern auch die Beteiligung von Amtsträgern auf Täter – oder Opferseite (Art. 7 EuVerfolgÜbk).⁴⁴⁰ Zweitens ist für die Festsetzung und Zumessung der Strafe zwar das niederländische Recht maßgeblich; allerdings darf die Strafe nicht strenger sein als die im Recht des ersuchenden Staates vorgesehene (Art. 25 EuVerfolgÜbk). Die Lex-mitior-Regel schließt es jedoch nicht aus, dass ein niederländisches Strafgesetz zur Anwendung kommt, dass einen höheren Strafraum als das Recht des ersuchenden Staates vorsieht,

436 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 85.

437 *Wolswijk*, in: Böse/Meyer/Schneider, Vol. I, S. 329 (348).

438 *Reijntjes*, in: van Elst/van Slidregt, S. 509.

439 *Wolswijk*, in: Böse/Meyer/Schneider, Vol. I, S. 329 (348).

440 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 86; *Wolswijk*, in: Böse/Meyer/Schneider, Vol. I, S. 329 (350); vgl. allgemein *Hulsman*, in: FS van Bemmelen, S. 108 (117, 131).

solange keine Strafe verhängt wird, die über die nach ausländischem Recht zulässige Höchststrafe hinausgeht.⁴⁴¹

c) Stellvertretende Strafrechtspflege ohne Verfolgungsübernahme

In den Niederlanden ist daneben noch eine weitere Grundlage für die Ausübung stellvertretender Strafrechtspflege vorgesehen, die nicht an die rechtshilferechtlichen Vorschriften zur Verfolgungsübernahme anknüpft. Danach findet das niederländische Strafrecht auf Auslandstaten eines Ausländers Anwendung, wenn die Tat nach niederländischem Recht mit einer Höchststrafe von mindestens acht Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, sich der Täter im Inland befindet und seine Auslieferung entweder aus einem Grund abgelehnt wird, der eine Verfolgung im Inland nicht ausschließt (Art. 8c lit. a Sr), oder wegen der fehlenden völkervertraglichen Grundlage ausgeschlossen ist, soweit die verfolgte Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist (Art. 8c lit. b Sr). Die Vorschrift wurde im Jahr 2014 eingeführt, um zu verhindern, dass Ausländer, die im Ausland schwere Straftaten begangen haben, im Inland ungestraft bleiben, weil sie weder ausgeliefert noch abgeschoben werden können.⁴⁴² Verfügt der Täter nicht über einen festen Wohnsitz im Inland, kann die Anwendung niederländischen Strafrechts nicht auf das Domizilprinzip gestützt werden (Art. 7 Abs. 3 Sr).⁴⁴³ Die Vorschrift findet damit insbesondere auf Flüchtlinge Anwendung, die noch keinen gesicherten Aufenthaltsstatus erlangt haben.⁴⁴⁴

Diese Vorschrift wird ebenfalls der stellvertretenden Strafrechtspflege zugeordnet, bei der die niederländische Justiz anstelle des primär dazu berufenen Staates die Strafverfolgung übernimmt, an den der Täter nicht ausgeliefert werden kann (Art. 8c lit. a, b Sr).⁴⁴⁵ Dass insoweit abgeleitete Strafgewalt ausgeübt wird, zeigt sich auch daran, dass der niederländische Gesetzgeber eine rückwirkende Anwendung angeordnet hat, sofern die Tat

441 *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 518; *Wolswijk*, in: Böse/Meyer/Schneider, Vol. I, S. 329 (350).

442 S. die Begründung des Gesetzentwurfes (Memorie van Toelichting), Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2012–2013, Nr. 33572 (Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met der herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland, Nr. 3, S. 6.

443 S. die Begründung des Gesetzentwurfs, ebenda, S. 21.

444 S. die Begründung des Gesetzentwurfs, ebenda, S. 6.

445 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 93.

bei ihrer Begehung am Tatort strafbar war.⁴⁴⁶ Das niederländische Recht begründet also keinen eigenständigen Strafanspruch, sondern transformiert den ausländischen Strafanspruch in die niederländische Rechtsordnung. Die im Gesetzgebungsverfahren angeführte Begründung (Verhinderung der Straflosigkeit) bietet demgegenüber für sich genommen keine hinreichende Grundlage für die vorgenommene Ausweitung von Strafgewalt.⁴⁴⁷

Der Anwendungsbereich der Regelung ist auf schwere Straftaten mit einer Mindesthöchststrafe von acht Jahren Freiheitsstrafe beschränkt und umfasst insbesondere Tötungsdelikte und Vergewaltigung.⁴⁴⁸ Nach ihrem Wortlaut ist es zur Begründung niederländischer Strafgewalt ausreichend, wenn sich der Täter vorübergehend in den Niederlanden aufhält (z.B. auf der Durchreise).⁴⁴⁹ Verlässt der Täter die Niederlande nach Einleitung eines Strafverfahrens, so lässt dies die bereits begründete Strafgewalt nicht entfallen, so dass der (neue) Aufenthaltsstaat erforderlichenfalls um Auslieferung ersucht werden kann.⁴⁵⁰

Zentrale Voraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege ist das Erfordernis, dass der Täter wegen der Tat nicht ausgeliefert wird. In der ersten Fallkonstellation wird die Auslieferung abgelehnt (Art. 8c lit. a Sr). Die Ablehnung muss auf einem Grund beruhen, der eine Verfolgung in den Niederlanden nicht ausschließt (z.B. drohende Todesstrafe). Sofern die Auslieferung wegen eines bestehenden Verfolgungshindernisses (z.B. Verjährung) abgelehnt wird, ist eine Strafverfolgung in den Niederlanden indes ohnehin ausgeschlossen.⁴⁵¹

In der zweiten Fallkonstellation ist eine Auslieferung unmöglich, weil die dafür erforderliche völkervertragliche Grundlage fehlt (Art. 8c lit. b Sr). Dabei soll nicht nur ein Auslieferungsvertrag mit dem Tatortstaat, sondern auch mit dem Heimatstaat zu berücksichtigen sein.⁴⁵² In erster Linie kommt allerdings der Tatortstaat in Betracht, nach dessen Recht die Tat mit

446 Art. IV Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland, Staatsblad 2013, S. 484.

447 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 93.

448 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 93.

449 Kritisch insoweit *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 94.

450 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 95.

451 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 96.

452 *Van Elst*, in: in: Ouwerkerk/Verrest, S. 97.

Strafe bedroht sein muss und über dessen Strafgewalt die Verfolgungsbefugnis begründet wird.⁴⁵³

Im Unterschied zur Übernahme der Strafverfolgung (Art. 8b Sr) wird damit zwar kein Ersuchen um Strafverfolgung vorausgesetzt. Ein Verfolgungswille muss sich nur in der ersten Konstellation in einem Ersuchen um Auslieferung manifestiert haben (Art. 8c lit. a Sr), während ein solcher Wille in der zweiten Konstellation irrelevant ist (Art. 8c lit. b Sr).⁴⁵⁴ Umgekehrt wird eine Strafbarkeit am Tatort nur in der zweiten Konstellation gefordert (Art. 8c lit. b Sr); in der ersten Konstellation wird mit dem Auslieferungsersuchen allerdings implizit vorausgesetzt, dass die Tat auch nach dem Recht des ersuchenden Staates mit Strafe bedroht ist. Da die Vorschrift nicht an eine vertragliche Übernahme der Strafverfolgung anknüpft, findet die Lex-mitior-Regel keine Anwendung (vgl. oben zu Art. 25 EuVerfolgÜbk).

3. Zwischenfazit

Sowohl in der Schweiz als auch in den Niederlanden wird die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung strikt von der Anzeige zur Strafverfolgung unterschieden und als eigenständiges Kooperationsinstrument ausgestaltet, mit dem auf eine Durchführung des Strafverfahrens in dem Staat hingewirkt werden kann, in dem sowohl dem Resozialisierungsinteresse der verfolgten Person als auch dem Interesse an einer effektiven und geordneten Rechtspflege bestmöglich Rechnung getragen werden kann. Auf dem letztgenannten Interesse beruht insbesondere die Verbindung mit anderen, bereits anhängigen Strafverfahren, aber auch die Einbeziehung selbstständiger Verfahren zur Vermögensabschöpfung in den Niederlanden.

Die Regelungen zur Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung sind dabei jeweils Bestandteil des Rechtshilferechts, die in den Niederlanden durch das EuVerfolgÜbk ergänzt werden. Dieser Zusammenhang zeigt sich auch in den Voraussetzungen der Verfolgungsübernahme bzw. -übertragung, die auf das Auslieferungsrecht, aber auch auf allgemeine Rechtshilferecht Bezug nehmen. Aus der oben beschriebenen Ratio der Verfolgungsübernahme ergeben sich weitere Voraussetzungen, die in den Niederlanden auf der Grundlage von Art. 8, 11 EuVerfolgÜbk zu einer eingehenden Regelung von Fallgruppen geführt hat, in denen eine Übernahme der Strafverfolgung (nicht) in Betracht kommt.

453 Vgl. *van Elst*, in: in: *Ouwerkerk/Verrest*, S. 97.

454 *Van Elst*, in: in: *Ouwerkerk/Verrest*, S. 95.

Bei der Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen) ist es für den ersuchenden Staat irrelevant, ob der ersuchte Staat die Verfolgung aufgrund derivativer oder originärer Strafgewalt übernimmt. In beiden Ländern verliert die Strafverfolgungsbehörde des ersuchenden Staats ihre Verfolgungsbefugnis; in der Schweiz tritt diese Wirkung mit der Bewilligung des Ersuchens, in den Niederlanden bereits mit der Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft ein. Führt das Strafverfahren im ersuchten Staat zu einer rechtskräftigen Aburteilung der verfolgten Tat (und einer Vollstreckung der verhängten Strafe), so erlischt der Strafanspruch im ersuchenden Staat; dies gilt auch für die Schweiz, die im Unterschied zu den Niederlanden, ausländischen Urteilen keine strafklageverbrauchende Wirkung zuerkennt (vgl. Art. 3 Abs. 2 schwStGB). Unter bestimmten Voraussetzungen (Widerruf oder Ablehnung des des Ersuchens, Einstellung des Verfahrens im ersuchten Staat) lebt die Verfolgungsbefugnis des ersuchenden Staates wieder auf. Den damit verbundenen Verzögerungen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Verjährung solange ruht (Schweiz) oder die Verjährungsfrist verlängert wird (Art. 22 EuVerfolgÜbk). In beiden Rechtsordnungen kann das Ersuchen von der verfolgten Person gerichtlich angefochten werden, in den Niederlanden ist unter bestimmten Voraussetzungen auch für das Opfer ein Rechtsmittel vorgesehen.

Bei der Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen) ist danach zu unterscheiden, ob die zu verfolgende Tat der Strafgerichtsbarkeit des ersuchten Staates unterliegt (originäre Strafgewalt) oder auf der Grundlage einer vom ersuchenden Staat abgeleiteten Strafgewalt verfolgt werden soll. In dem letztgenannten Fall wird die Befugnis des ersuchten Staates zur Strafverfolgung erst durch das Verfolgungsersuchen begründet, in der Schweiz kann diese Befugnis nur durch ein Ersuchen des Tatortstaates begründet werden. Der ersuchte Staat führt das Strafverfahren auf der Grundlage des eigenen Straf- und Strafverfahrensrechts; dieses wird allerdings durch die sinngemäße Umstellung des Sachverhalts und die *Lex-mitior*-Regel modifiziert. Bei der Ausübung originärer Strafgewalt ist Grundlage der Strafverfolgung hingegen allein das innerstaatliche Straf- und Strafverfahrensrecht. Bestimmungen, die den im ersuchenden Staat vorgenommenen Untersuchungsmaßnahmen die gleiche Rechtswirkung beimessen wie entsprechenden inländischen Verfahrenshandlungen, finden gleichermaßen auf die Ausübung originärer und abgeleiteter Strafgewalt Anwendung.

In beiden Rechtsordnungen wird die rechtshilferechtlich geprägte Übernahme der Strafverfolgung durch eine weitere Vorschrift zur stellvertretenden Strafrechtspflege ergänzt, die nicht auf einem ausländischen Ersuchen

um Übernahme der Strafverfolgung beruht (Art. 7 schwStGB, Art. 8c Sr). Mit diesen Regelungen soll verhindert werden, dass im Ausland begangene schwere Straftaten straflos bleiben und das betreffende Land zum „Verbrecherasyl“ wird; damit wird auf ein inländisches Interesse an der Strafverfolgung Bezug genommen, wie es zum Teil auch § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu Grunde gelegt wird [s.o. IV.3.b)aa), cc)]. Allerdings gehen die Regelungen jeweils weniger weit als § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB:

In der Schweiz lässt sich die Erstreckung extraterritorialer Strafgewalt entweder über das aktive bzw. passive Personalitätsprinzip rechtfertigen (Art. 7 Abs. 1 schwStGB), oder der Bezug zur stellvertretenden Strafrechtspflege bleibt dadurch erhalten, dass sich der Verfolgungswille des „vertretenden“ Staates in einem Auslieferungersuchen niedergeschlagen haben muss (Art. 7 Abs. 2 lit. a schwStGB). Darüber hinaus wird auch insoweit an der Lex-mitior-Regel (Art. 7 Abs. 3 schwStGB) und der Erledigungswirkung ausländischer Aburteilungen (Art. 7 Abs. 4 schwStGB) festgehalten.

In der niederländischen Regelung ist die Verankerung der Verfolgungsbefugnis in abgeleiteter Strafgewalt weniger deutlich ausgeprägt. Die Strafbarkeit am Tatort wird nur in der zweiten Variante ausdrücklich vorausgesetzt (Art. 8c lit. b Sr), während ein über ein Auslieferungersuchen zum Ausdruck gebrachter Verfolgungswille nur in der ersten Variante gefordert wird (Art. 8c lit. a Sr). Zudem sind nach dem Wortlaut der Regelung weder Verfolgungshindernisse noch eine mildere Strafandrohung nach dem Tatortrecht zu berücksichtigen. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Vorschrift auf besonders schwerwiegende Straftaten mit einer Mindesthöchststrafe von acht Jahren Freiheitsstrafe beschränkt.

VI. Die Verfolgungsübernahme im System der Rechtshilfe

Der Blick auf die Niederlande und die Schweiz hat gezeigt, dass die Verfolgungsübernahme dort integraler Bestandteil der gesetzlichen Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen ist. Demgegenüber fehlt in Deutschland nicht nur eine gesetzliche Regelung, sondern die vorherrschende Auffassung geht sogar davon aus, dass die Übertragung der Strafverfolgung nicht der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zuzuordnen ist, weil sie nicht der Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens dient (vgl. § 59 Abs. 2 IRG), sondern ein solches initiieren soll [s.o. IV.1.a), d)]. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob und wie sich die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung in das (deutsche) System der Rechtshilfe einordnen lässt (1., 2.). Aus dieser Einordnung lassen sich sodann über die Parallele zur Vollstreckungshilfe Ansätze zu einer gesetzlichen Ausgestaltung der Verfolgungsübernahme gewinnen (3.).

1. Stellvertretende Strafrechtspflege als Rechtshilfe

Die heutige Konzeption der stellvertretenden Strafrechtspflege im Sinne einer Ausübung von abgeleiteter Strafgewalt geht zurück auf *Josef Kohler*, der bereits auf den engen Zusammenhang von stellvertretender Strafrechtspflege und Auslieferung hingewiesen hat und wesentliche Elemente (Lex-mitior-Regel, Erledigungsprinzip) darauf zurückgeführt hat, dass das *ius puniendi* des verfolgenden Staates von der Strafgewalt des Tatortstaates abgeleitet wird, um die als ungerecht empfundene Straflosigkeit des Täters zu verhindern, der nicht an den Tatortstaat ausgeliefert werden kann.⁴⁵⁵ In der Forderung, dass die stellvertretende Strafrechtspflege ebenso wie die Auslieferung erfordert, dass der Tatortstaat die Bestrafung begehrt⁴⁵⁶, deutet sich bereits eine Zuordnung der Verfolgungsübernahme zum Rechtshilferecht an. Diese Folgerung wurde kurze Zeit später durch *von Cleric* gezogen, der die Übernahme der Strafverfolgung bzw. die stellvertretende

⁴⁵⁵ *J. Kohler*, S. 188 f., 190 f.

⁴⁵⁶ *J. Kohler*, ebenda, S. 195; s. dagegen den Vorschlag eines Gesetzes über internationales Strafrecht, S. 269.

Strafrechtspflege ebenso wie die Auslieferung als „Akt der Rechtshilfe“ bezeichnet und folgerichtig ein diesbezügliches Begehren des Tatortstaates fordert.⁴⁵⁷

Gegen diese Konzeption ist eingewandt worden, dass der Umstand, dass Auslieferung und stellvertretende Strafrechtspflege dem Strafverfolgungsinteresse eines ausländischen Staates dienen, nicht bedeute, dass beide Institute wesensgleich seien; insbesondere unterscheide sich die stellvertretende Strafrechtspflege von der Auslieferung darin, dass sie an die Stelle des ausländischen Strafverfahrens trete und damit nicht wie die Auslieferung (und andere Formen der Rechtshilfe) dem ausländischen Verfahren untergeordnet sei.⁴⁵⁸ Strafrechtspflege und Rechtshilfe sind nach diesem Verständnis strikt zu unterscheiden.⁴⁵⁹ Auf dieser Konzeption beruht auch die Legaldefinition der Rechtshilfe als „Unterstützung, die für ein ausländisches Verfahren in einer strafrechtlichen Angelegenheit gewährt wird“ (§ 59 Abs. 2 IRG). Die Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung wird daher von der h.M. nicht als Rechtshilfe angesehen [s.o. IV.1.a), d)], da sie ein ausländisches Strafverfahren nicht fördert, sondern initiiert (ausgehendes Ersuchen) bzw. dazu führt, dass anstelle des ausländischen ein inländisches Strafverfahren geführt wird (eingehende Ersuchen).

Diese Unterscheidung von Strafrechtspflege und Rechtshilfe geht zurück auf die Auseinandersetzung zwischen der Rechtspflegetheorie, wonach die Rechtshilfe und insbesondere die Auslieferung als Akt der Strafrechtspflege anzusehen sei, und der Rechtshilfetheorie, wonach die Auslieferung nicht der innerstaatlichen Strafrechtspflege, sondern der Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens diene und damit der Pflege der auswärtigen Beziehungen zuzuordnen sei.⁴⁶⁰ Die Rechtshilfetheorie setzte sich in der Folgezeit durch und wirkt in der Zuständigkeit der Bundesregierung für die Bewilligung im Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr fort (vgl. § 74 IRG).⁴⁶¹ Diesem historischen Streit wird jedoch für die heutige Dogmatik der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen keine präjudizielle Bedeutung mehr beigemessen, da die vertretenen (Extrem-)Positionen im Hinblick auf die grundrechtsdogmatische Diskussion nicht mehr anschlussfä-

457 Von Cleric, in: FS Emil Zürcher, S. 128 (131, 135); zustimmend Capus, S. 223; Pappas, S. 115.

458 Witschi, S. 38.

459 Witschi, S. 38 f.; s. auch zur Vollstreckung ausländischer Urteile: Grützner, GA 1970, 97 (106 f.).

460 Näher von Mook, S.45 ff.

461 Vogel/Burchard, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 75.

hig sind.⁴⁶² Das heutige Verständnis der Rechtshilfe wird vielmehr von einem dreidimensionalen Modell geprägt, das neben der zwischenstaatlichen Beziehung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat auch das innerstaatliche Verhältnis zu der von der jeweiligen Rechtshilfemaßnahme betroffenen Person einbezieht und damit sowohl deren Subjektstellung im Rechtshilfverfahren als auch die Notwendigkeit betont, dass die mit der Leistung von Rechtshilfe verbundenen Grundrechtseingriffe einer Rechtfertigung bedürfen.⁴⁶³ Der auf dieser Grundlage von *Schomburg/Lagodny*⁴⁶⁴ entwickelte und weitgehend anerkannte Begriff des international-arbeits-teiligen Strafverfahrens⁴⁶⁵ ist infolgedessen nicht auf die Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens beschränkt, sondern offen für andere Formen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen. Dementsprechend wird der Umstand, dass sich die Verfolgungsübernahme nach h.M. nicht als sonstige Rechtshilfe i.S.d. § 59 Abs. 2 IRG eingeordnet wird, in der Sache als bedeutungslos angesehen, da es sich um eine anerkannte Form der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen handelt.⁴⁶⁶

2. Verfolgungsübernahme als primäre Rechtshilfe

Die Verfolgungsübernahme lässt sich damit der Rechtshilfe i.w.S. zuordnen, die sämtliche Formen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen umfasst. Um den Unterschied zur Rechtshilfe i.S.d. § 59 Abs. 2 IRG (Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens) begrifflich abzubilden, kann die von *Hulsman* begründete Unterscheidung von primärer und sekundärer Rechtshilfe herangezogen werden: Mit der sekundären Rechtshilfe wird die Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens (vgl. § 59 Abs. 2 IRG) bezeichnet, die insbesondere die Auslieferung und die Beweisrechts-hilfe umfasst. Bei der primären Rechtshilfe besteht die Unterstützung darin,

462 *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 76.

463 *Ambos/Gronke*, in: Ambos/König/Rackow, 1. Hauptteil Rn. 21; *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, Einleitung Rn. 6 ff.; *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 77; grundlegend *Lagodny*, Rechtsstellung, S. 129 ff.

464 NStZ 1992, 353 (357); vgl. auch BVerfGE 61, 18 (34).

465 *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, Einleitung Rn. 145 ff.; zustimmend *Ambos/Gronke*, in: Ambos/König/Rackow, 1. Hauptteil Rn. 21; s. auch *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 78.

466 *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 Rn. 18 (Fußn. 23); s. auch *Witschi*, S. 40.

dass der ersuchte Staat das im ersuchenden Staat geführte Strafverfahren oder einen wesentlichen Teil davon übernimmt und insoweit an die Stelle dieses Staates tritt. Die primäre Rechtshilfe kann dabei das gesamte Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren umfassen (Übertragung der Strafverfolgung), sich aber auch auf die Vollstreckung einer bereits verhängten Sanktion beschränken (Übertragung der Strafvollstreckung).⁴⁶⁷ Die Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Rechtshilfe ist im Rechtshilferecht der Niederlanden⁴⁶⁸ und der Schweiz⁴⁶⁹ anerkannt und spiegelt sich auch im Aufbau des schweizerischen IRSG wider, das die Übernahme der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung unmittelbar nacheinander regelt (Art. 85 ff., Art. 94 ff. IRSG).

Mit der Unterscheidung wird zum Ausdruck gebracht, dass das Strafverfahren bei der primären Rechtshilfe nach der Übernahme vom ersuchten Staat selbstständig geführt wird und der ersuchende Staat nur noch geringen Einfluss auf dessen Durchführung und Abschluss hat (z.B. durch die Mitteilung, dass der Strafanspruch nach seinem Recht erloschen ist, Art. 4 EuVerfolgÜbk). Dementsprechend ist das Recht des ersuchenden Staates nur ausnahmsweise (z.B. aufgrund der Lex-mitior-Regel) zu beachten. Übernimmt der ersuchte Staat die Verfolgung einer Tat, die seiner originären Strafgewalt unterliegt, greifen diese Einschränkungen nicht; allerdings kann die Verfolgungsbefugnis des ersuchenden Staates unter bestimmten Voraussetzungen wieder aufleben.

Wenngleich das IRG die Verfolgungsübernahme nicht ausdrücklich regelt, kann die Unterscheidung von primärer und sekundärer Rechtshilfe mit Blick auf die darin enthaltenen Regelungen zur Vollstreckungshilfe (§§ 48 ff., 71 f. IRG) auf das deutsche Rechtshilferecht übertragen werden. In diesen Bestimmungen spiegelt sich wider, dass dem ersuchten Staat die eigenständige Durchführung des Vollstreckungsverfahrens übertragen wird: So übernimmt die Staatsanwaltschaft als zuständige Vollstreckungsbehörde die Aufgabe, die im Ausland verhängte und mit der Exequatur-Entscheidung eines deutschen Gerichts umgewandelte Sanktion (§ 54 IRG) auf der Grundlage des deutschen Rechts zu vollstrecken (§ 57 Abs. 1–4 IRG; s. aber § 57 Abs. 5, 6 IRG). Da ein ausländisches Erkenntnis vollstreckt wird und die Leistung von Vollstreckungshilfe damit in dem Strafanspruch

467 *Hulsman*, in: FS van Bemmelen, S. 108 (113 f.); zustimmend *Capus*, S. 218 f.

468 *Paridaens/de Jonge*, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1925; *Reijntjes*, in: van Elst/van Sliedregt, S. 501; *Sanders*, ebenda, S. 525.

469 *Capus*, S. 218 f.; *Ludwiczak*, S. 64.

eines ausländischen Staates ihre Grundlage findet, besteht eine Parallele zur Verfolgungsübernahme allerdings nur insoweit, als die Übernahme der Strafverfolgung ausschließlich auf der vom ersuchenden Staat abgeleiteten Strafgewalt beruht (stellvertretende Strafrechtspflege). Mit dieser Maßgabe können auch aus dem deutschen Rechtshilferecht Ansätze zu einer gesetzlichen Regelung der Verfolgungsübernahme gewonnen werden. Auf diese Parallelen zur Vollstreckungshilfe soll im folgenden Abschnitt näher eingegangen werden.

3. Parallelen zur Vollstreckungshilfe

Das deutsche Rechtshilferecht unterscheidet auch bei der Vollstreckungshilfe zwischen eingehenden (§§ 48 ff. IRG) und ausgehenden (§§ 71, 71a IRG) Ersuchen. Diese Differenzierung korrespondiert mit der Unterscheidung zwischen Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen) und deren Übernahme (eingehende Ersuchen). Da die Übertragung der Strafverfolgung grundsätzlich nicht die Auslieferung bzw. Überstellung der verfolgten Person einschließt, sondern diese von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, bleiben die Regelungen außer Betracht, welche die Überstellung der verurteilten Person im Rahmen der Vollstreckungshilfe regeln (§§ 49 Abs. 2, 71 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 IRG). Zudem sei nochmals darauf hingewiesen, dass sich die folgenden Ausführungen nur auf die Verfolgung auf der Grundlage abgeleiteter Strafgewalt (stellvertretende Strafrechtspflege) beziehen.

a) Eingehende Ersuchen (§§ 49, 57, 58 IRG)

In Bezug auf eingehende Verfolgungsersuchen lassen sich grundlegende Voraussetzungen der Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse sinngemäß auf die Übernahme der Strafverfolgung übertragen: Die zu verfolgende Tat muss nach deutschem Recht mit Strafe oder Geldbuße bedroht sein (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG), ihrer Verfolgung darf kein (eingeschränkter) Strafklageverbrauch entgegenstehen (§ 49 Abs. 1 Nr. 4 IRG) und die Verfolgung darf nicht verjährt sein (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 IRG). Letztlich ist eine Übernahme der Strafverfolgung allerdings ohnehin ausgeschlossen, wenn die Tat nach

deutschem Recht nicht strafbar bzw. verfolgbar ist.⁴⁷⁰ Eine weitergehende Bedeutung könnte der beiderseitigen Strafbarkeit aber insofern zukommen, als gegebenenfalls eine sinngemäße Umstellung des Sachverhalts vorzunehmen ist (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG) und der Anwendungsbereich des deutschen Strafrecht entsprechend zu erweitern ist [s.o. IV.3.b)bb)(2)]. Zudem beruht die Vorschrift, wonach bei der Umwandlung der im Ausland verhängten Sanktion das gesetzliche Höchstmaß der nach deutschem Recht angedrohten Sanktionen nicht überschreiten darf (§ 54 Abs. 1 S. 3 IRG), auf dem gleichen Gedanken wie die Lex-mitior-Regel [s.o. IV.3.b)bb)(4)].⁴⁷¹

Wird das Ersuchen bewilligt und die Strafverfolgung stellvertretend für den ersuchenden Staat übernommen, so lässt sich auch der in § 57 Abs. 6 IRG niedergelegte Grundsatz auf die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt übertragen: Von der Fortsetzung der Verfolgung ist abzusehen, wenn der ersuchende Staat mitteilt, dass die Voraussetzungen für die Strafverfolgung entfallen sind (vgl. auch Art. 4 EuVerfolgÜbk). Der Mehrwert einer solchen Regelung liegt darin, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden im Verlauf des Strafverfahrens nicht fortlaufend prüfen, ob die Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates weiterhin verfolgbar ist. Die Pflicht der deutschen Behörden, Anhaltspunkten für ein Verfolgungshindernis eigenständig nachzugehen, bleibt davon unberührt.⁴⁷²

Ersucht ein ausländischer Staat um Übernahme der Strafverfolgung, so kann bereits vor einer Bewilligung des Ersuchens ein Bedürfnis für die Anordnung von Maßnahmen bestehen, mit denen die Durchführung des Verfahrens gesichert werden soll (vgl. Art. 27 ff. EuVerfolgÜbk). Für die Vollstreckungshilfe hat der deutsche Gesetzgeber daher eine Grundlage für die Anordnung von Haft und Sicherstellungsentscheidungen geschaffen (§ 58 IRG); die Grundgedanken dieser Regelung lassen sich auch auf die Übernahme der Strafverfolgung übertragen.

b) Ausgehende Ersuchen (§ 71 IRG)

Bei ausgehenden Ersuchen um Vollstreckungshilfe hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Voraussetzungen für die Stellung eines Ersuchens danach

470 Vgl. oben V.2.c) zum niederländischen Recht (Art. 8c Sr).

471 Vgl. allgemein zu dieser Parallele: *de Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (462).

472 Vgl. zur Vollstreckungshilfe: BVerfG StV 2017, 244; Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 57 Rn. 15; Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 57 Rn. 15; vgl. auch Nr. 74 RiVAST.

differenziert, ob die verurteilte Person Ausländer (§ 71 Abs. 1 IRG) oder Deutscher (§ 71 Abs. 2 IRG) ist. Da die Übertragung der Strafverfolgung vor allem bei Auslandstaten von Ausländern in Betracht kommen wird (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), ist für eine gesetzliche Regelung in erster Linie § 71 Abs. 1 IRG von Interesse.

Die Übertragung der Strafvollstreckung auf einen ausländischen Staat ist bei ausländischen Staatsangehörigen zulässig, wenn die verurteilte Person in dem ausländischen Staat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat oder sich dort aufhält und nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist (§ 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG) oder die Vollstreckung in dem ausländischen Staat im Interesse der verurteilten Person oder im öffentlichen Interesse liegt (§ 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG).

Die erste Alternative soll eine Strafvollstreckung in dem Staat ermöglichen, in dem die verurteilte Person ihren Lebensmittelpunkt hat und deshalb gute Aussichten auf eine Resozialisierung bestehen.⁴⁷³ Zugleich ergibt sich aus dem Erfordernis der Nichtauslieferung, dass die Übertragung an die Stelle einer Auslieferung zur Strafvollstreckung tritt. Die Formulierung dieser zweiten Voraussetzung ist § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB entlehnt⁴⁷⁴, allerdings mit dem Unterschied, dass nicht die Auslieferung an einen ausländischen Staat (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), sondern eine Einlieferung nach Deutschland gemeint ist. Eine Übertragung der Strafvollstreckung ist damit insbesondere zulässig, wenn die Stellung eines Auslieferungsersuchens aus deutscher Sicht unverhältnismäßig wäre.⁴⁷⁵ Ungeachtet des Wortlauts wird überwiegend auch im Rahmen von § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG verlangt, dass die Übertragung der Vollstreckung entweder im Interesse der verurteilten Person und im öffentlichen Interesse liegt (§ 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG).⁴⁷⁶ Ein Interesse der verurteilten Person kann darauf beruhen, dass ihre Aussichten auf eine Resozialisierung im Heimatstaat oder dem Staat, in dem sie ihren

473 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 10, 12; Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 71 Rn. 9, 28; Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 208, 218.

474 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 13; Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 71 Rn. 28; Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 218.

475 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 13.

476 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 15; Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 222; vgl. dagegen Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 71 Rn. 29.

Lebensmittelpunkt hat, besser sind als in Deutschland; dies gilt insbesondere, wenn im Anschluss an die in Deutschland verhängte Strafe in diesem Staat noch weitere Strafen zu vollstrecken sind.⁴⁷⁷ Bei der Gewichtung der öffentlichen Interessen ist einerseits der Grundsatz zu berücksichtigen, dass eine von einem deutschen Gericht verhängte Strafe auch im Inland vollstreckt werden sollte, andererseits aber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Vollstreckung im Inland nicht möglich (s.o. zur Nichtauslieferung) oder zweckmäßig ist.⁴⁷⁸ Bei deutschen Staatsangehörigen wird ein Ersuchen um Vollstreckung freiheitsentziehender Sanktionen aufgrund der Fürsorgepflicht des Staates für seine eigenen Staatsangehörigen von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig gemacht, dass der verurteilten Person durch die Vollstreckung im Ausland keine erheblichen, außerhalb des Strafzwecks liegende Nachteile erwachsen (§ 71 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 IRG).⁴⁷⁹

Wie die Ausgestaltung der Übertragung der Strafverfolgung in den Niederlanden und der Schweiz zeigt, lassen sich die in § 71 Abs. 1 IRG niedergelegten Kriterien (Resozialisierungsinteresse des Täters, öffentliches Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege) auch auf die Stellung von Ersuchen um Strafverfolgung übertragen.

Darüber hinaus darf von deutscher Seite nur um Vollstreckung ersucht werden, wenn gewährleistet ist, dass der ersuchte Staat eine Rücknahme oder Beschränkung des Ersuchens beachten wird (§ 71 Abs. 3 IRG). Diese Regelung gibt der deutschen Vollstreckungsbehörde die Möglichkeit, auf eine Beendigung der Vollstreckung hinzuwirken, wenn und soweit nach deutschem Recht eine vorzeitige Entlassung aus der Strafhaft vorgesehen ist (vgl. § 57 StGB); in aller Regel wird die deutsche Vollstreckungsbehörde aber kaum beurteilen können, ob die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.⁴⁸⁰ Mit der Rücknahme eines Ersuchens kann aber außerdem Vollstreckungshindernissen Rechnung getragen werden, die auf einem Wiederaufnahmeverfahren, einer Amnestie oder einer Begnadigung beruhen.⁴⁸¹ § 71 Abs. 3 IRG ist insoweit die spiegelbildliche Regelung zu § 57 Abs. 6 IRG

477 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 16.

478 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 17.

479 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 25.

480 Vgl. Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 28, wonach dem ersuchten Staat die nach deutschem Recht maßgeblichen Kriterien mitgeteilt werden sollten, damit dieser sie bei der Prüfung einer vorzeitigen Entlassung berücksichtigen kann; s. insoweit Nr. 105 Abs. 2 lit. c RiVAST.

481 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 28; Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 234.

[s.o.a)], die dem Urteilsstaat die Möglichkeit erhält, eine Fortsetzung der Vollstreckung zu verhindern, wenn eine solche nach dem eigenen Recht ausgeschlossen ist. Auch der Grundgedanke dieser Regelung ließe sich damit sinngemäß auf die Stellung von Verfolgungsersuchen übertragen. Dabei wäre gegebenenfalls gesetzlich zu regeln, inwieweit ein nach dem Recht des ersuchenden Staates eintretendes Verfolgungshindernis auch nach der Übernahme der Strafverfolgung im ersuchten Staat eine Verfolgung der Tat ausschließen kann (vgl. Art. 4 EuVerfolgÜbk), denn eine zu strikte Anlehnung an das Recht des ersuchenden Staates könnte die Bereitschaft des ersuchten Staates, die Strafverfolgung zu übernehmen, empfindlich schmälern.⁴⁸² Aus diesem Grund dürfte es beruhen, dass in den Niederlanden ein Ersuchen grundsätzlich nur bis zu dessen Bewilligung zurückgenommen werden kann [Art. 5.3.2 Abs. 3 Sv, s.o. V.2.a)]. Nach den bilateralen Ergänzungsverträgen ist eine Rücknahme bis zum Erlass eines Strafbefehls bzw. zum Beginn der Hauptverhandlung möglich (z.B. Art. 13 Abs. 7 S. 2 Nr. 2 PL-ErgV-EuRhÜbk. s.o. II.3.)

Die Auswirkungen der Übertragung der Strafverfolgung sind in § 71 Abs. 5 IRG geregelt. Danach sieht die deutsche Vollstreckungsbehörde von der Vollstreckung ab, soweit der ersuchte Staat sie übernommen und durchgeführt hat (§ 71 Abs. 5 S. 1 IRG); die Vollstreckung kann fortgesetzt werden, soweit die Vollstreckung im Ausland nicht zu Ende geführt wurde (§ 71 Abs. 5 S. 2 IRG). Die Übernahme der Vollstreckung durch den ersuchten Staat (d.h. die Bewilligungsentscheidung, nicht bereits das deutsche Ersuchen) begründet also im ersuchenden Staat (Deutschland) ein Vollstreckungshindernis, das sich nicht nur auf die Vollstreckung der verhängten Sanktion, sondern sämtliche auf eine Vollstreckung abzielenden Maßnahmen erstreckt.⁴⁸³

Dass sich ein solches Verfahrenshindernis auch auf die Verfolgungsübernahme übertragen lässt, zeigen die entsprechenden Bestimmungen in den bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk (s.o. II.3.) wie beispielsweise der Ergänzungsvertrag zwischen Deutschland und Polen. Danach sind Maßnahmen zur Strafverfolgung und Strafvollstreckung im ersuchenden Staat ausgeschlossen, wenn im ersuchten Staat eine Strafverfolgung eingeleitet wurde (Art. 13 Abs. 7 S. 1 PL-ErgV-EuRhÜbk). Die zu-

482 Vgl. die Bedenken von *Jenni*, in: FS Koller, S. 349 (361), zu Bedingungen, die an ein Ersuchen geknüpft werden.

483 *Grotz*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 34; *Jakubetz*, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 246.

ständigen Behörden des ersuchenden Staates können die Strafverfolgung jedoch fortsetzen oder wiederaufnehmen, wenn sich herausgestellt hat, dass das Strafverfahren im ersuchten Staat nicht zu Ende geführt werden kann (vgl. insoweit § 71 Abs. 5 S. 2 IRG), insbesondere weil sich die beschuldigte Person der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung entzieht, oder dass das Strafverfahren zwar abgeschlossen, aber keine Sachentscheidung über die die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat getroffen wurde (Art. 13 Abs. 7 S. 2 Nr. 1 PL-ErgV-EuRhÜbk). Das Gleiche gilt, wenn das Ersuchen aus nachträglich bekannt gewordenen Gründen vor Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung oder Erlass eines gerichtlichen Strafbefehls oder einer Verwaltungsverfügung im ersuchten Staat zurückgenommen wird (Art. 13 Abs. 7 S. 2 Nr. 2 PL-ErgV-EuRhÜbk).

Dass gute Gründe dafür bestehen, an die Übernahme der Strafverfolgung ein Verfolgungshindernis im ersuchenden Staat zu knüpfen, zeigt auch die Diskussion, ob die vertraglichen Regelungen Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind, auch wenn diese Frage mit der h.M. zu verneinen ist (s.o. II.3.). Allerdings sind die in den bilateralen Verträgen enthaltenen Verfolgungshindernisse zum Teil auch auf Ablehnung gestoßen, weil sie die Aufklärung der Tat im Rahmen eines inländischen Ermittlungsverfahrens verhinderten, die Kooperation (z.B. die grenzüberschreitende Fahndung) behinderten und zur missbräuchlichen Stellung von Verfolgungsersuchen einluden, um ein inländisches Verfahren schnell abschließen zu können.⁴⁸⁴ Zudem sei es bereits nach geltendem Recht möglich, einem ausländischen Strafverfahren und den darin verhängten Sanktionen Rechnung zu tragen (§ 153c StPO, § 51 Abs. 3 StGB); die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses sei verfassungsrechtlich nicht geboten (vgl. Art. 103 Abs. 3 GG).⁴⁸⁵ Aus einer solchen Anerkennung könnten sich Strafbarkeitslücken ergeben, soweit die verfahrensabschließende Entscheidung im ersuchten Staat auf Regelungen beruhe, die dem deutschen Recht fremd seien.⁴⁸⁶

Allerdings wird dabei durchaus anerkannt, dass diese nachteiligen Folgen sich kaum auswirken dürften, wenn ein inländisches Strafverfahren nicht mehr weitergeführt werden kann und aus eben diesem Grund ein ausländischer Staat um Übernahme der Strafverfolgung ersucht wird.⁴⁸⁷ In diesem Fall ist ein – gegebenenfalls vorübergehendes – Verfolgungshinder-

484 Von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (92, 94, 100 f.).

485 Von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (95 f., 98 f.).

486 Von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (103).

487 Von Ungern-Sternberg, ZStW 94 (1982), 84 (105).

nis indes aus den gleichen Gründen wie im Rahmen der Vollstreckungshilfe grundsätzlich sachgerecht. Bis zur Übernahme der Strafverfolgung sind Ermittlungsmaßnahmen im ersuchenden Staat zulässig, danach können sie auf Ersuchen des Übernahmestaates im Wege der Rechtshilfe durchgeführt werden. Den befürchteten Nachteilen kann also durch eine enge Abstimmung zwischen ersuchtem und ersuchendem Staat begegnet werden. Eine Übertragung der Strafverfolgung setzt in jedem Fall ein hohes Maß an Vertrauen in die Strafrechtspflege des ersuchten Staates voraus.⁴⁸⁸ Dies schließt die grundsätzliche Bereitschaft ein, die dort erlassene gerichtliche Entscheidung anzuerkennen und ihr auch für die deutsche Rechtsordnung eine strafklageverbrauchende Wirkung beizumessen (vgl. für den Schengen-Raum Art. 54 SDÜ). Wollte man eine rechtskräftige Aburteilung im ersuchten Staat von Fall zu Fall darauf überprüfen, ob ihr auch im ersuchenden Staat (Deutschland) eine Erledigungswirkung zukommt, liefe dies dem Sinn und Zweck der Verfolgungsübernahme zuwider und ließe besorgen, dass über kurz oder lang kaum ein ausländischer Staat mehr dazu bereit wäre, einem deutschen Verfolgungsersuchen zu entsprechen.

Die Stellung eines Ersuchens um Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Sanktion setzt schließlich voraus, dass das Oberlandesgericht die Vollstreckung in dem zu ersuchenden ausländischen Staat für zulässig erklärt wird (§ 71 Abs. 4 S. 1 IRG). Der verurteilten Person ist vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 71 Abs. 4 S. 4 i.V.m. § 52 Abs. 3 IRG). Hält sich die verurteilte Person im Inland auf, ist sie auch in anderen Fällen (d.h. bei der Vollstreckung nicht freiheitsentziehender Sanktionen) anzuhören (Nr. 106 RiVAST). Mit dem gerichtlichen Zulässigkeitsverfahren soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass mit der Übertragung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Ausland – anders als bei Geldstrafen oder Geldbußen – weitreichende Folgen und unter Umständen besondere Härten für die verurteilte Person verbunden sind (vgl. § 71 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 IRG).⁴⁸⁹ Lehnt es die zuständige Strafvollstreckungsbehörde ab, die Stellung eines Ersuchens anzuregen, so kann die verurteilte Person diese Entscheidung nach den §§ 23 ff. EGGVG anfechten.⁴⁹⁰ Für die Voll-

488 Jenni, in: FS Koller, S. 349 (356).

489 Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 29; s. auch Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 236.

490 OLG Hamburg NStZ 1999, 197; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2002, 310 (311); Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 71 Rn. 3; Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 71 Rn. 18; Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow, 3. Hauptteil Rn. 213.

streckungshilfe innerhalb der Union ist ein entsprechendes Rechtsmittel nunmehr ausdrücklich geregelt (§ 85 Abs. 5 S. 3, 4 i.V.m. § 85b IRG).

Bei der Stellung eines Verfolgungsersuchens steht in der Regel nicht fest, ob das ausländische Verfahren zur Verhängung und Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Sanktion führen wird. Es erscheint daher nicht sachgerecht, die Übertragung der Strafverfolgung einem gerichtlichen Zulässigkeitsverfahren zu unterwerfen. Da bei Einleitung eines Strafverfahrens im Ausland allerdings die Möglichkeit besteht, dass die verfolgte Person zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und diese Strafe anschließend im ersuchten Staat vollstreckt wird, erscheint es sachgerecht, der verfolgten Person gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Stellung eines Verfolgungsersuchens zu eröffnen [s.o. IV.4.c)], wie es auch in der Schweiz und in den Niederlanden vorgesehen ist [s.o. V.1.a), 2.a)]. Aus diesem Grund sollte – wie im Rahmen der Vollstreckungshilfe – auch eine Anhörung der verfolgten Person gesetzlich vorgesehen sein.

VII. Rechtspolitische Folgerungen

Mit der Einordnung der Verfolgungsübernahme in die Systematik der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist der Boden dafür bereitet, die Eckpunkte für eine mögliche Regelung der Übertragung und der Übernahme der Strafverfolgung im deutschen Recht zu entwickeln.

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen (Neu-)Regelung

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für die Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen) ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass für die gegenwärtige Praxis, Verfolgungersuchen an ausländische Staaten in Form einer Anzeige zum Zwecke der Strafverfolgung zu übermitteln, im deutschen Recht – abgesehen von der vertraglichen Regelung in Art. 21 EuRhÜbk – keine gesetzliche Grundlage existiert (s.o. IV.1.). Wie der Blick auf die Schweiz und die Niederlande gezeigt hat, kann mit einer „Anzeige“ keine Befugnis zur Strafverfolgung auf einen anderen Staat übertragen und diesem damit die Möglichkeit eröffnet werden, abgeleitete Strafgewalt auszuüben (s.o. V.1., 2.); da der deutsche Gesetzgeber der deutschen Justiz diese Möglichkeit eröffnet hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), besteht kein Grund, ausgehende Ersuchen zu diesem Zweck kategorisch auszuschließen. Schließlich ist eine gesetzliche Regelung auch mit Blick darauf geboten, unter welchen Voraussetzungen das inländische Strafverfahren nach einer Übernahme durch den ausländischen Staat eingestellt und gegebenenfalls wieder aufgenommen werden kann (s.o. IV.2.).

Für die Übernahme der Strafverfolgung besteht zwar im deutschen Recht eine materiell-rechtliche Grundlage (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Diese setzt allerdings den Grundgedanken der stellvertretenden Strafrechtspflege (Ausübung abgeleiteter Strafgewalt) nicht folgerichtig um und bringt daher eine Reihe von Auslegungsproblemen mit sich [s.o. IV.3.b)]. Eine rechtshilferechtliche Verankerung der stellvertretenden Strafrechtspflege würde es ermöglichen, die Verfolgungsübernahme in das System der internationalen Rechtshilfe zu integrieren (vgl. insoweit VI.2., 3.) und die in diesem Zusammenhang auftretenden Verfahrensfragen (Anhörung, Rechtsschutz) einheitlich zu regeln. Unabhängig von der rechtshilferechtlichen Ausgestal-

tung der stellvertretenden Strafrechtspflege wäre zu erörtern, ob und inwieweit inländische Interessen an einer Strafverfolgung es gebieten, die deutsche Strafgewalt auf Auslandstaten zu erstrecken.

2. Ziel und Anwendungsbereich

Die Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung dient einerseits dem Interesse an einer geordneten Strafrechtspflege, wenn eine effektive Strafverfolgung in dem übertragenden Staat unmöglich (Nichtauslieferung) oder unzumutbar (Verfahrenskonzentration im übernehmenden Staat) wäre.⁴⁹¹ Andererseits kann sie auch im Interesse der verfolgten Person liegen, soweit eine Verfolgung im Heimatstaat die Wahrnehmung von Verfahrensrechten und – im Fall einer Verurteilung – die soziale Wiedereingliederung erleichtert. Diese Ziele können unabhängig davon erreicht werden, ob der um Verfolgung ersuchte Staat das Strafverfahren auf der Grundlage originärer oder abgeleiteter Strafgewalt übernimmt. Die deutsche Rechtsordnung sollte daher für beide Konstellationen eine Grundlage bereitstellen; eine dabei gegebenenfalls vorzunehmende Differenzierung zwischen originärer und abgeleiteter Strafgewalt bleibt davon unberührt.

Die Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung kann damit allgemein als Kooperationsinstrument zur Beilegung von Jurisdiktionskonflikten eingesetzt werden. Dieses Verständnis liegt dem EuVerfolgÜbk zugrunde und hat dort zu einer Vielzahl von Gründen bzw. Kriterien geführt, auf die ein Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung gestützt werden kann und die sich auf die Interessen einer geordneten Rechtspflege („proper administration of justice“) zurückführen lassen [s.o. II.1.b)]. Der Ordnungsvorschlag der Kommission und das niederländische Recht haben diesen Begriff übernommen und ihn in Anlehnung das EuVerfolgÜbk mit einer Reihe von weiteren Kriterien und Gründen für und gegen eine Übertragung präzisiert [s.o. III.5., V.2.a)].

Demgegenüber beschränkt sich das schweizerische Recht auf die Regelung einzelner Konstellationen, in denen eine Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung zugelassen wird [s.o. V.1.a)]. Dieses engere Verständnis spiegelt sich auch in der deutschen Regelung zur stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) und den Ausführungsgesetzen zu

491 Vgl. zu diesen beiden Grundkonstellationen: *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (345); *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 43.

den bilateralen Verträgen [s.o. IV.3.b)bb)(2)] wider. Auch die bisherige Praxis beschränkt die Stellung von Verfolgungsersuchen auf Fälle, in denen sich die verfolgte Person im Ausland aufhält und eine Auslieferung nicht in Betracht kommt (Nr. 145 Abs. 1 RiVAST). Die Stellung eines Ersuchens um Vollstreckung einer Sanktion, die in einem inländischen Strafverfahren gegen eine ausländische Person verhängt worden ist, ist indes allgemein zulässig, wenn die Vollstreckung im ersuchten Staat im Interesse der verurteilten Person oder im öffentlichen Interesse liegt (§ 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG, s.o. VI.3.). Diese weite Formulierung entspricht eher der niederländischen Regelung.

Die bislang bestehenden Regelungen sprechen gleichwohl eher daher dafür, die Konstellationen, in denen eine Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung in Betracht kommt, im Verhältnis zu Drittstaaten grundsätzlich auf die Konstellation zu beschränken, in der sich die verfolgte Person im ersuchten Staat befindet und von dort nicht ausgeliefert wird. Diese Konstellation ist auch in der Vollstreckungshilfe der Hauptanwendungsfall (vgl. § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; s. auch § 71 Abs. 2 S. 2 IRG). Mit einer solchen Regelung wird zugleich der Kritik Rechnung getragen werden, wonach die Vielzahl der möglichen Gründe für eine Übertragung der Strafverfolgung es der verfolgten Person unmöglich mache vorherzusehen, in welchem Staat schließlich das Strafverfahren gegen sie geführt wird.⁴⁹² Diese Kritik ist zwar nicht geeignet, einen Verstoß gegen den Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ (Art. 103 Abs. 2 GG) oder die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) zu begründen [s.o. IV.4.a), b)]. Bei der Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung ist indes zu berücksichtigen, dass diese auch im Verhältnis zu Staaten Anwendung finden wird, zu denen keine vertraglichen Rechtshilfebeziehungen bestehen. Die Möglichkeit, durch ein multilaterales Instrument auf völkervertraglicher (EuVerfolgÜbk) oder unionsrechtlicher (Verordnungsvorschlag der Kommission) Grundlage einen Mechanismus zur Beilegung von Jurisdiktionskonflikten bzw. Übertragung von Strafverfahren zu schaffen, bliebe im Übrigen durch eine gesetzliche Regelung zur vertragslosen Verfolgungsübernahme unberührt.

Bei einer gesetzlichen Regelung der Verfolgungsübernahme ergäbe sich der sachliche Anwendungsbereich dieses Kooperationsinstruments aus den allgemeinen Bestimmungen und wäre danach im Ausgangspunkt auch auf Ordnungswidrigkeitenverfahren zu erstrecken (§ 1 Abs. 2 IRG). Dies entspräche auch den bisherigen Richtlinien (vgl. Nr. 144 Abs. 1, 145 Abs. 1

492 Oehler, Rn. 688.

RiVAST). Allerdings fehlt es im Ordnungswidrigkeitenrecht bislang an einer gesetzlichen Grundlage für die Ausübung abgeleiteter Straf- bzw. Bußgewalt (§ 5 OWiG; vgl. dagegen § 7 Abs. 2 StGB). Die bilateralen Ergänzungsverträge erfassen zwar auch Bußgeldverfahren, die entsprechenden Ausführungsgesetze beschränken sich jedoch auf die Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten [s.o. IV.3.b)bb)(2)]. Ein praktisches Bedürfnis, die Verfolgungsübernahme auf das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht zu erstrecken, scheint daher nicht zu bestehen; dafür spricht auch, dass das öffentliche Interesse an einer Übertragung bzw. Übernahme in der Regel deutlich geringer sein wird als bei Straftaten. Der Anwendungsbereich der Verfolgungsübernahme sollte daher (zunächst) auf die Ahndung von Straftaten beschränkt werden. Dies schließt auch die Verhängung von Maßnahmen (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) ein, so dass auch eine Anwendung auf das selbstständige Einziehungsverfahren (§ 435 StPO, § 76a StGB) in Betracht kommt, wie es im niederländischen Recht vorgesehen ist [s.o. V.2.b)].

In zeitlicher Hinsicht erscheint auf den ersten Blick eine Beschränkung auf das Ermittlungsverfahren sinnvoll, da eine Übertragung der Strafverfolgung in einem frühen Verfahrensstadium sowohl im Interesse der verfolgten Person als auch im öffentlichen Interesse liegt, insbesondere werden auf diese Weise die Strafverfolgungsressourcen des übertragenden Staates geschont und Probleme im Zusammenhang mit der Verwertung der dort erhobenen Beweismittel im übernehmenden Staat vermieden. Eine Übertragung der Strafverfolgung findet daher in der Regel zu Beginn, in komplexeren Verfahren spätestens mit dem Abschluss der Ermittlungen statt.⁴⁹³ Andererseits sind Konstellationen denkbar, in denen sich die Fortführung eines Strafverfahrens im ersuchenden Staat erst in einem späten Stadium als unmöglich erweist, etwa weil sich die angeklagte Person dem Verfahren durch Flucht entzieht. Sofern diese nicht ausgeliefert wird, sollte als letztes Mittel eine Übertragung der Strafverfolgung in Betracht gezogen werden können, um zu verhindern, dass der Täter nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Dementsprechend ist nach den einschlägigen Richtlinien sogar nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens eine Übertragung der Strafverfolgung zulässig, wenn ein Ersuchen um Vollstreckungshilfe nicht in Betracht kommt (Nr. 145 Abs. 2 RiVAST). Dies entspricht nicht nur dem Verordnungsvorschlag der Kommission (s.o. III.5.), sondern auch der Konzeption der bilateralen Ergänzungsverträge zu Art. 21 EuRhÜbk, wonach die Einleitung eines Strafverfahrens im ersuchten Staat weitere Ver-

493 S. die Ergebnisse der Erhebung von *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 24 f.

folgungs- und Vollstreckungsmaßnahmen im ersuchenden Staat ausschließt (s.o. II.3.). Der zeitliche Anwendungsbereich der Verfolgungsübernahme sollte daher nicht beschränkt werden.

3. Übertragung der Strafverfolgung (ausgehende Ersuchen)

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich zunächst, dass eine Übertragung der Strafverfolgung grundsätzlich nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen sich die verfolgte Person in dem zu ersuchenden Staat aufhält und von dort nicht an die deutsche Justiz ausgeliefert wird. Die Übertragung der Strafverfolgung kann insoweit einerseits dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse, andererseits dem Interesse der verfolgten Person an einer Durchführung des Strafverfahrens in ihrem Heimatstaat dienen. Die Formulierung einer gesetzlichen Bestimmung könnte sich insoweit an § 71 Abs.1 S.1 IRG orientieren, die Stellung eines Ersuchens aber nicht alternativ, sondern kumulativ an die Voraussetzungen der Nr.1 und Nr.2 zu knüpfen, wie es der vorherrschenden Auslegung des § 71 Abs.1 S.1 IRG entspricht (s.o. VI.3.). Das Resozialisierungsinteresse der verfolgten Person wird sodann mit einem Regelbeispiel über den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort konkretisiert. Wurde das inländische Verfahren mit der Verhängung einer Strafe oder Sanktion abgeschlossen, so kommt neben der Auslieferung auch die Vollstreckung im Ausland in Betracht; diese hat gegenüber der erneuten Durchführung eines Erkenntnisverfahrens im Ausland grundsätzlich Vorrang. Eine Übertragung der Strafverfolgung ist daher nur dann zulässig, wenn ein Ersuchen um Übernahme der Strafvollstreckung abgelehnt wird oder nicht ausführbar ist. Daraus ergibt sich folgende Fassung:

§ A Voraussetzungen ausgehender Verfolgungsersuchen

- (1) Ein ausländischer Staat kann um Übernahme eines inländischen Strafverfahrens ersucht werden, wenn
 1. sich die verfolgte Person in dem zu ersuchenden Staat aufhält und nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist, und
 2. die Durchführung des Strafverfahrens in dem zu ersuchenden Staat im Interesse der verfolgten Person oder im öffentlichen Interesse liegt.

Die Durchführung des Strafverfahrens in dem ausländischen Staat liegt in der Regel im Interesse der verfolgten Person, wenn sie dort ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ist in dem inländischen Strafverfahren bereits eine Strafe oder Sanktion verhängt worden, kann ein Verfolgungsersuchen auch dann gestellt werden, wenn ein Ersuchen um Übernahme der Strafvollstreckung abgelehnt wird oder nicht ausführbar ist.

Zu erwägen wäre darüber hinaus, eine Übertragung der Strafverfolgung auch in den Fällen zuzulassen, in denen sich die verfolgte Person (noch) nicht im zu ersuchenden Staat aufhält, sondern an diesen ausgeliefert werden soll. Soweit sich das Auslieferungsersuchen auf dieselbe Tat bezieht, bedarf es keiner Übertragung der Strafverfolgung, da der ersuchende Staat bereits ein Strafverfahren gegen die verfolgte Person eingeleitet hat. Das Auslieferungsregime verdrängt insoweit als speziellere Regelung, die auch die Übergabe der verfolgten Person einschließt, die Regeln zur Übertragung der Strafverfolgung [vgl. Erwägungsgrund (44) ÜbStrVO-E].⁴⁹⁴ Soweit sich das Auslieferungsersuchen des ausländischen Staates und das an diesen zu richtende Verfolgungsersuchen indes unterschiedliche Taten betreffen, kann eine Übertragung der Strafverfolgung zur Verfahrenskonzentration geboten sein. Das schweizerische Recht lässt dies unter der Voraussetzung zu, dass die Übertragung eine bessere Resozialisierung erwarten lässt (Art. 88 lit. b IRSG). Allerdings wird diese Voraussetzung bereits dann bejaht, wenn die Resozialisierungsaussichten im zu ersuchenden Staat nicht schlechter sind als in der Schweiz [s.o. V.1.a)]. In der Sache entspricht dies einer Güter- und Interessenabwägung, wie sie bereits im Rahmen des ersten Absatzes vorzunehmen ist. Darüber hinaus sollte allerdings klargestellt werden, dass ein Verfolgungsersuchen erst dann gestellt werden kann, wenn die Auslieferung für zulässig erklärt und bewilligt worden ist.

§ A Voraussetzungen ausgehender Verfolgungsersuchen

- (1) ...
- (2) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 kann ein ausländischer Staat auch dann um Verfolgung einer Tat ersucht werden, wenn die verfolgte Person wegen einer anderen Tat an diesen Staat ausgeliefert wird. Das Ersuchen kann erst dann gestellt werden, wenn die Auslieferung an den ausländischen Staat für zulässig erklärt und bewilligt worden ist.

494 *Ludwiczak*, NJECL 2010, 343 (346 f.).

Zusätzlich zu den genannten Voraussetzungen ausgehender Ersuchen sind die allgemeinen Grenzen der Rechtshilfe zu beachten, die sich aus dem Ordre-Public-Vorbehalt (§ 73 IRG) ergeben. So ist von der Stellung eines Verfolgungsersuchens abzugehen, wenn zu erwarten ist, dass die verfolgte Person im ersuchten Staat festgenommen und infolgedessen unmenschlichen Haftbedingungen ausgesetzt wird (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 EMRK). Dies sollte insbesondere dann klargestellt werden, wenn an dem bestehenden Begriff der Rechtshilfe (§ 59 Abs. 2 IRG) festgehalten wird, der eingehende und ausgehende Verfolgungsersuchen nicht erfasst [s.o. IV.1.a), d)]. Darüber hinaus wäre in Anlehnung an § 71 Abs. 3 IRG sicherzustellen, dass der ersuchte Staat eine Rücknahme oder Beschränkung der Übertragung beachtet. Eine Rücknahme des Ersuchens kommt nur ausnahmsweise in Betracht und lässt die Verfolgungsbefugnis des ersuchten Staates entfallen, soweit dieser aufgrund des Ersuchens abgeleitete Strafgewalt ausübt. Unterliegt die zu verfolgende Tat der originären Strafgewalt des ersuchten Staates, ist dieser auch nach Rücknahme des Ersuchens zur Verfolgung berechtigt, bleibt aber unter Umständen an die mit dem Ersuchen verbundenen Beschränkungen gebunden. So kann die Verwertung der übermittelten Ermittlungsergebnisse zur Verfolgung anderer Taten nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein (vgl. zur Überwachung der Telekommunikation Nr. 77a RiVAST).

- (3) Bei der Stellung des Ersuchens gilt § 73 IRG entsprechend. Darüber hinaus darf die Vollstreckung nur übertragen werden, wenn gewährleistet ist, dass der ausländische Staat eine Rücknahme oder eine Beschränkung der Übertragung beachten wird.

Die Übertragung der Strafverfolgung kann die Möglichkeiten der verfolgten Person, ihre Verteidigungsrechte im Verfahren wahrzunehmen, und ihre Aussichten auf soziale Wiedereingliederung erheblich beeinträchtigen. Aus diesem Grund sollte sie vor einer Stellung des Ersuchens über die beabsichtigte Übertragung unterrichtet und ihr die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden [vgl. Art. 8 UN-VerfolgÜbk, s.o. II.1.c), und Art. 6 Abs. 2 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.].⁴⁹⁵ Befindet sich die verfolgte Person bereits in dem ausländischen Staat, an den das Ersuchen gerichtet werden soll, sollte

495 De Jonge, ERA-Forum 2020, 449 (461); Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 40; zu den diesbezüglichen Unterschieden in den Mitgliedstaaten: Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 7.

die Unterrichtung über dessen Behörden erfolgen.⁴⁹⁶ Da die Übertragung der Strafverfolgung auch im Interesse der verfolgten Person liegen kann, sollte ihr die Möglichkeit gegeben werden, die Stellung eines entsprechenden Ersuchens anzuregen (vgl. Art. 5 Abs. 3 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.).⁴⁹⁷ Falls die Unterrichtung der verdächtigen Person den Erfolg der Ermittlungen gefährden würde, wäre in Anlehnung an den Verordnungsvorschlag der Kommission eine Ausnahmeregelung vorzusehen; dies gilt entsprechend, wenn der Aufenthaltsort der verfolgten Person unbekannt ist (Art. 6 Abs. 2 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.).⁴⁹⁸ Allerdings zeigt die Verfolgungspraxis, dass in komplexeren Fällen eine Übertragung des Strafverfahrens in der Regel erst nach Abschluss der Ermittlungen erfolgt.⁴⁹⁹ Zu diesem Zeitpunkt ist eine Gefährdung des Untersuchungszwecks jedoch nicht mehr zu besorgen, so dass die verfolgte Person unterrichtet und angehört werden kann; zudem kann eine Übertragung bereits durch Konsultationen mit dem übernehmenden Staat vorbereitet werden.

Darüber hinaus ist der verfolgten Person die Möglichkeit einzuräumen, die Stellung eines Ersuchens gerichtlich überprüfen zu lassen [s.o. IV.4.c)]. Ein entsprechender Rechtsbehelf ist sowohl in der Schweiz als auch in den Niederlanden vorgesehen [s.o. V.1.a), 2.a)].⁵⁰⁰ Der Verordnungsvorschlag sieht stattdessen nur Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung im ersuchten Staat vor (Art. 8 Abs. 1, 2 ÜbStrVO-E); im Rahmen der vertragslosen Zusammenarbeit kann indes nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der verfolgten Person im ersuchten Staat effektiver Rechtsschutz gewährt wird. Deshalb sollte auch gegen ausgehende Verfolgungsersuchen ein Rechtsmittel vorgesehen werden.

Angesichts der bestehenden Regelungen zur Übernahme der Vollstreckung (§ 71 Abs. 4 IRG) und des Zusammenhangs mit der Auslieferung erscheint eine Zuständigkeit des OLG naheliegend. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die Stellung eines Verfolgungsersuchens anzuregen oder eine entsprechende Anregung der verfolgten Person abzulehnen, könnte

496 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 40.

497 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 39.

498 Vgl. Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 22 f.

499 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 24 f.

500 In einigen EU-Mitgliedstaaten ist ein Rechtsmittel hingegen nicht vorgesehen, s. Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 7.

mit einem Antrag nach §§ 23 ff. EGGVG angefochten werden. Für das Verfahren zur Übertragung ergäbe sich daraus die folgende Regelung:

§ B – Verfahren zur Übertragung der Strafverfolgung

- (1) Bevor ein Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung gestellt wird, ist die verfolgte Person von der beabsichtigten Übertragung zu unterrichten und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt nicht, wenn der Aufenthaltsort der verfolgten Person unbekannt ist oder die Unterrichtung den Erfolg der Ermittlungen gefährden würde.
- (2) Über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die Stellung eines Verfolgungsersuchens anzuregen oder die darauf gerichtete Anregung der verfolgten Person abzulehnen, entscheidet auf Antrag der verfolgten Person das Oberlandesgericht nach den Vorschriften des dritten Abschnitts des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz.

Die Stellung eines Verfolgungsersuchens berührt außerdem die Rechte der Opfer, denen es mit der Übertragung der Strafverfolgung auf einen ausländischen Staat erschwert oder unmöglich gemacht wird, ihre Rechte im Rahmen des Strafverfahrens auszuüben [vgl. Art. 9 UN-VerfolgÜbk, s.o. II.1.c)]. In der deutschen Rechtsordnung besteht kein allgemeines Recht des Opfers auf Strafverfolgung, sondern aus der Schutzpflicht des Staates lässt sich nur bei besonders schwerwiegenden Straftaten gegen Individualrechtsgüter ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung ableiten [s.o.IV.1.b), 4.c)]. Dies spricht im Ausgangspunkt gegen eine Regelung, die dem Opfer die gleichen Anhörungsrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten einräumt wie der verfolgten Person.⁵⁰¹ Diese Rechte sollten vielmehr nur verletzten Personen gewährt werden, denen die Strafprozessordnung eine qualifizierte Stellung als Verfahrensbeteiligter zuweist und deren Rechte im Strafverfahren damit durch eine Übertragung der Strafverfolgung in besonderer Weise berührt werden. Das niederländische Recht knüpft insoweit an die erklärte Absicht des Opfers an, im Strafverfahren Schadensersatzansprüche geltend zu machen [s.o. V.2.a)]. Im deutschen Recht könnte insoweit auf die Befugnis der verletzten Person abgestellt werden, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen (§ 395 StPO).⁵⁰² Alternativ könnte erwogen

501 Weitergehend *de Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (461); *Verrest/Lindemann/Mewis/Salverda*, S. 41.

502 Vgl. auch zur Anknüpfung an die Stellung als Nebenkläger beim Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Bewilligungsbehörde, kein Auslieferungsersuchen zu stellen:

werden, die Unterrichtungspflicht auf verletzte Personen mit einem Wohnsitz im Inland zu beschränken (vgl. Art. 7 Abs. 2 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.). Die Vorschrift über das Verfahren wäre nach dem erstgenannten Vorschlag um folgenden Absatz zu ergänzen.

§ B – Verfahren zur Übertragung der Strafverfolgung

- (1) ...
- (2) ...
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für verletzte Personen, die im Fall einer Erhebung der öffentlichen Klage befugt wären, sich dieser mit der Nebenklage anzuschließen.

In einer weiteren Regelung zum Inhalt des Ersuchens wäre außerdem eine Befugnis zur Übermittlung der Akten und der Beweismittel aufzunehmen, soweit diese in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) eingreift [s.o. IV.1.b), c), e)]. In Anlehnung an das schweizerische Recht (Art. 90 IRSG), die bilateralen Ergänzungsverträge zu Art. 21 EuRhÜbk und Nr. 146 RiVAsT könnte der entsprechende Absatz wie folgt gefasst werden:

§ C – Stellung und Rücknahme des Verfolgungsersuchens

- (1) Die Bewilligungsbehörde stellt das Ersuchen, das eine Darstellung des Sachverhalts sowie möglichst genaue Angaben über die verfolgte Person, ihre Staatsangehörigkeit und ihren Wohn- und Aufenthaltsort enthalten muss. Dem Ersuchen sind eine Abschrift der Akte und die bereits erhobenen Beweismittel beizufügen.

In den bilateralen Ergänzungsverträgen zu Art. 21 EuRhÜbk ist vorgesehen, dass ein Verfolgungsersuchen bis zum Erlass eines Strafbefehls oder zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgenommen werden kann (vgl. Art. 13 Abs. 7 Nr. 2 PL-ErgV-EuRhÜbk, s.o. II.3.). In der Schweiz und in den Niederlanden kann ein ausgehendes Verfolgungsersuchen hingegen grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden, nachdem der ersuchte Staat die Strafverfolgung übernommen hat [s.o. V.1.a), 2.a)]; dies entspricht auch der Regelung im Verordnungsvorschlag der Kommission (Art. 11 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.). Diese Regelungen beruhen auf der Erwägung, dass der ersuch-

VG Köln BeckRS 2010, 56676; s. auch zur Abhängigkeit der Opferinteressen von der Art und Schwere der Straftat: Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 23 f.

te Staat kaum bereit sein wird, seine Strafverfolgungsressourcen für die Übernahme eines Strafverfahrens einzusetzen, wenn diesem Strafverfahren möglicherweise kurz vor seinem Abschluss die Grundlage entzogen wird (s.o. V.3.). Aus diesem Grund sollte geregelt werden, dass das Verfolgungsersuchen nach dessen Bewilligung durch den ersuchten Staat nur dann zurückgezogen werden kann, wenn eine Verfolgung der Tat im ersuchenden Staat nachträglich unzulässig wird (z.B. aufgrund eines Amnestiegesetzes). Daraus ergibt sich für die Rücknahme folgende Regelung:

§ C – Stellung und Rücknahme des Verfolgungsersuchens

- (1) ...
- (2) Das Verfolgungsersuchen kann zurückgenommen werden, bis der ersuchte Staat mitteilt, dass er das Ersuchen bewilligt und die Strafverfolgung übernimmt. Nach diesem Zeitpunkt ist eine Rücknahme nur zulässig, wenn die Verfolgung der Tat oder die Vollstreckung einer bereits verhängten Strafe nachträglich unzulässig wird.

Schließlich ist zu regeln, wie sich die Übertragung bzw. Übernahme der Strafverfolgung durch den ersuchten Staat auf das im ersuchenden Staat geführte Strafverfahren auswirkt. In der Schweiz und in den Niederlanden, aber auch in den bilateralen Ergänzungsverträgen zum EuRhÜbk ist insoweit ein Verfolgungshindernis vorgesehen, das mit der Einleitung eines Strafverfahrens im ersuchten Staat entsteht, aber bei einer Einstellung dieses Verfahrens oder einer Rücknahme des Verfolgungsersuchens entfällt (vgl. auch § 71 Abs. 5 IRG, s.o. VI.3.). Demgegenüber verliert der übertragende Staat nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 EuVerfolgÜbk seine Verfolgungsbefugnis bereits mit der Stellung des Ersuchens; allerdings sind Verfolgungshandlungen mit Ausnahme der Anklageerhebung bis zur Entscheidung des ersuchten Staates weiterhin zulässig (Art. 21 Abs. 1 S. 2 EuVerfolgÜbk). Es erscheint daher klarer, für den Übergang der Verfolgungsbefugnis unmittelbar und ausschließlich auf die Entscheidung des ersuchten Staates abzustellen; nach diesem Zeitpunkt können Ermittlungsmaßnahmen durch den übertragenden Staat im Rahmen der sonstigen Rechtshilfe vorgenommen werden (vgl. Art. 19 Abs. 2 lit. a ÜbStrVO-E). Dementsprechend sollte die Übertragung der Strafverfolgung mit anderen Kooperationsinstrumenten (Europäischer Haftbefehl, Europäische Sicherstellungsanordnung) abgestimmt werden.⁵⁰³

503 Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 25.

Die folgende gesetzliche Regelung übernimmt daher die Formulierung in den bilateralen Verträgen (s. dazu oben II.3.):

§ D Wirkung der Übertragung der Strafverfolgung

- (1) Leitet die zuständigen Behörden des ersuchten Staates ein Strafverfahren ein, so sehen die deutschen Behörden von weiteren Verfolgungs- oder Vollstreckungsmaßnahmen gegen die verfolgte Person wegen derselben Tat ab.
- (2) Die deutschen Behörden können die Verfolgung oder Vollstreckung fortsetzen oder wieder aufnehmen, wenn
 1. die zuständige Behörde des ersuchten Staates das Strafverfahren nicht zu Ende führen kann, insbesondere weil sich die verfolgte Person der Strafverfolgung oder der Strafvollstreckung entzieht, oder dass sie das Strafverfahren zwar abgeschlossen, aber keine Entscheidung über die dem Ersuchen zugrunde liegende Straftat dem Grunde nach getroffen hat;
 2. das Verfolgungsersuchen zurückgenommen wurde.

4. Übernahme der Strafverfolgung (eingehende Ersuchen)

Bei der Übernahme der Strafverfolgung ist zwischen der Ausübung originärer und abgeleiteter Strafgewalt zu unterscheiden. Im erstgenannten Fall wird die Tat auf der Grundlage des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts verfolgt; die Rechtswirkungen der Bewilligung erschöpfen sich darin, dass sie eine Unterrichtungspflicht des ersuchten Staates in Bezug auf die Übernahme und den Abschluss des Verfahrens und ein Verfolgungshindernis im ersuchenden Staat auslösen. Eingehender Regelung bedarf hingegen die Übernahme der Strafverfolgung, soweit der ersuchte Staat dabei abgeleitete Strafgewalt ausübt. Da die Übernahme der Strafverfolgung insoweit auf dem Ersuchen beruht, müssen die Voraussetzungen für eine Bewilligung gesetzlich festgelegt werden.

Ausgangspunkt für eine rechtshilferechtliche Ausgestaltung der stellvertretenden Strafrechtspflege ist dabei einerseits die geltende Regelung in § 7 Abs. 2 StGB; andererseits können die Erwägungen zur Übertragung der Strafverfolgung (s.o. 3.) auf die Verfolgungsübernahme übertragen werden. Die Bewilligung setzt daher zunächst voraus, dass sich die verfolgte Person im Inland aufhält und nicht an den ersuchenden Staat ausgeliefert

wird (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; s. auch Art. 3 Abs. 1 lit. a, b; Art. 5 Abs. 2 lit. c, d ÜbStrVO-E, s.o. III.5.). Spiegelbildlich zur Stellung eines Verfolgungsersuchens wird die Bewilligung eines eingehenden Ersuchens nur in Betracht kommen, wenn die Übernahme der Strafverfolgung im öffentlichen Interesse oder im Interesse der verfolgten Person liegt.⁵⁰⁴ Im Rahmen der vertragslosen Rechtshilfe bedarf dies jedoch keiner Regelung, da diese Gesichtspunkte im Rahmen des Bewilligungsermessens zu berücksichtigen sind; die Bewilligungsbehörde kann sich dabei auch die Erwägungen des ersuchenden Staates zu eigen machen. Schließlich kann die Strafverfolgung nur übernommen werden, wenn gewährleistet ist, dass ein Strafverfahren gegen die verfolgte Person wegen derselben Tat im ersuchenden Staat ausgeschlossen ist, wenn die Tat durch ein deutsches Gericht rechtskräftig abgeurteilt und die für die Tat verhängte Strafe oder Sanktion vollstreckt worden ist (vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. c IRSG).⁵⁰⁵

Darüber hinaus sind bei der Übernahme der Strafverfolgung die allgemeinen Grenzen der Rechtshilfe zu beachten, soweit diese sich gleichermaßen auf die Auslieferung und die Verfolgungsübernahme beziehen (vgl. Art. 13 Abs. 1 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.). Für das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit (§ 3 Abs. 1 IRG) ergibt sich dies daraus, dass bei fehlender Strafbarkeit nach deutschem Recht eine Übernahme der Strafverfolgung grundsätzlich ausgeschlossen ist; deshalb ist insoweit auch die Verfolgbarkeit der Tat nach deutschem Recht vorauszusetzen. Zu beachten sind außerdem Auslieferungshindernisse, die sich auf die Art der Straftat (politische, militärische, fiskalische Delikte) beziehen (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, s.o. IV.3.b)bb) (5) und zum niederländischen Recht s.o. V.2.b)]. Dies gilt entsprechend, soweit die verfolgte Person Opfer einer menschenrechtswidrigen Strafverfolgung ist [vgl. § 6 Abs. 2 IRG; zum niederländischen Recht s.o. V.2.b)]. Soweit das Auslieferungshindernis hingegen seine Grundlage im Straf- oder Strafverfahrensrecht des ersuchenden Staates hat (vgl. § 8 IRG zur Todesstrafe), steht es einer Übernahme der Strafverfolgung nicht entgegen [s.o. IV.3.b)bb)(5) zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB]. Gleiches gilt für das Verbot, deutsche Staatsangehörige an das Ausland auszuliefern (Art. 16 Abs. 2 GG), denn dieses lässt die Strafverfolgung im Inland unberührt (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB, s.o. IV.3.b)aa)]

504 Pappas, S. 225 ff.

505 S. auch den entsprechenden Vorschlag von Pappas, S. 230.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt die stellvertretende Strafrechtspflege außerdem voraus, dass die verfolgte Tat auslieferungsfähig ist [s.o. IV.3.b)bb) (5)], d.h. nach deutschem Recht mit einer bestimmten Mindesthöchststrafe bedroht ist (vgl. § 3 Abs. 2 IRG). Da die Übernahme der Strafverfolgung jedoch insbesondere dann in Betracht kommt, wenn eine Auslieferung wegen der Geringfügigkeit der verfolgten Tat unverhältnismäßig wäre, sollte wie im schweizerischen Recht [s.o. V.1.b)] auf diese Voraussetzung verzichtet werden.⁵⁰⁶ Nach den bilateralen Ergänzungsverträgen kommt eine Verfolgungsübernahme sogar für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten in Betracht. Da diese vom sachlichen Anwendungsbereich der Verfolgungsübernahme ausgenommen bleiben sollen (s.o. 2.), setzt die Verfolgungsübernahme nicht mehr und nicht weniger voraus, dass wegen der Tat nach deutschem Recht eine Strafe oder Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) verhängt werden kann.

Schließlich wäre zu entscheiden, ob ein Verfolgungsersuchen nur vom Tatortstaat (Art. 85 Abs. 1 IRSG) oder auch von jedem Staat gestellt werden kann, dessen originärer Strafgewalt die verfolgte Tat unterliegt (vgl. Art. 5.3.7 Sv). Die weite Regelung in den Niederlanden wird allerdings dadurch relativiert, dass eine Übernahme der Strafverfolgung auf der Grundlage abgeleiteter Strafgewalt einer völkervertraglichen Grundlage bedarf (s.o. V.2.). Für eine Beschränkung auf den Tatortstaat spricht, dass Ersuchen nur von Staaten gestellt werden, in denen bereits Beweise für die zu verfolgende Tat erhoben worden oder zumindest verfügbar sind [s.o. V.1.b)]. Da der Tatort nach Maßgabe des Ubiquitätsprinzips (§ 9 StGB) zu bestimmen ist, dürften sich aus dieser Beschränkung keine nennenswerten Verfolgungslücken ergeben; bei einem fehlenden Verfolgungswillen des Tatortstaates kann die deutsche Strafgerichtbarkeit zudem auf das Prinzip der Weltrechtspflege (§ 1 VStGB, § 6 StGB) gestützt werden. Zudem wird auch in der geltenden Regelung allein der Tatortstaat erwähnt (§ 7 Abs. 2 StGB).

Aus alledem ergibt sich für die Voraussetzungen einer Übernahme der Strafverfolgung folgender Regelungsvorschlag:

§ E – Voraussetzungen der Übernahme der Strafverfolgung

- (1) Auf Ersuchen eines ausländischen Staates kann die Strafverfolgung einer im Ausland begangenen Tat übernommen werden, wenn

506 Pappas, S. 226.

1. die Tat im ersuchenden Staat begangen worden ist;
 2. sich die verfolgte Person im Inland aufhält und nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungersuchen nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist, und
 3. gewährleistet ist, dass die Tat im ersuchenden Staat nicht weiter verfolgt wird, wenn die Tat durch ein deutsches Gericht rechtskräftig abgeurteilt und die für die Tat verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt worden ist.
- (2) Die Übernahme der Strafverfolgung ist unzulässig, wenn
1. wegen der Tat nach deutschem Recht im Fall einer Bewilligung keine Strafe oder Maßnahme verhängt werden könnte oder
 2. die Art der verfolgten Tat oder die Gründe der Verfolgung einer Übernahme des Strafverfahrens entgegenstehen.

In Bezug auf das Verfahren kann ebenfalls an die Erwägungen zu ausgehenden Ersuchen angeknüpft werden. Die Entscheidung, die Strafverfolgung zu übernehmen, sollte wie im niederländischen und schweizerischen Recht nach Rücksprache mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde getroffen werden [Art. 91 Abs. 1 IRSG, Art. 5.3.9 Sv; s.o. V.1.b), 2.a)]. Aus den oben genannten Gründen ist es geboten, die verfolgte Person vor der Bewilligung eines eingehenden Ersuchens anzuhören⁵⁰⁷, soweit dies nicht bereits vor der Stellung des Ersuchens geschehen ist. Ein Rechtsmittel gegen die Bewilligung ist weder in der Schweiz noch in den Niederlanden vorgesehen [s.o. V.1.b), 2.b)]. Gerichtlicher Rechtsschutz kann insoweit darüber gewährleistet werden, dass das Gericht vor einer Eröffnung des Hauptverfahrens auch überprüft, ob die Tat der deutschen Strafgewalt unterliegt, und damit auch eine inzidente Kontrolle der Voraussetzungen für die Übernahme der Strafverfolgung vorgenommen werden kann [s.o. IV.4.c); zum niederländischen Recht s.o. V.2.b)]. Diese Lösung hat zwar den Nachteil, dass eine gerichtliche Überprüfung erst zu einem späteren Zeitpunkt stattfindet⁵⁰⁸, fügt sich aber in das bestehende Rechtsschutzsystem besser ein als ein selbstständiges Rechtsmittel.

Grundsätzlich sollte vor einer Bewilligungsentscheidung auch der betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden, soweit diese durch eine Übertragung der Strafverfolgung in der Wahrnehmung ihrer

507 S. auch Pappas, S. 229 (zur Übernahme der Strafverfolgung im Interesse der verfolgten Person).

508 Vgl. das Beispiel im Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 23.

Verfahrensrechte beeinträchtigt wird. Im Unterschied zu ausgehenden Ersuchen kann insoweit nicht an das deutsche Strafprozessrecht (§ 395 StPO), sondern nur allgemein an die Stellung als Verfahrensbeteiligte im ausländischen Strafverfahren angeknüpft werden. Die Verantwortung dafür, dass diese Rechte von der verletzten Person im ausländischen Verfahren effektiv wahrgenommen werden können, liegt beim ersuchenden Staat, der insoweit auch für gerichtlichen Rechtsschutz Sorge zu tragen hat. Ein Rechtsmittel der verletzten Person gegen die Übernahme der Strafverfolgung ist daher verfassungsrechtlich nicht geboten.

§ F – Verfahren zur Übernahme der Strafverfolgung

- (1) Die Bewilligungsbehörde entscheidet über die Übernahme der Strafverfolgung nach Rücksprache mit der zuständigen Staatsanwaltschaft. Der verfolgten Person ist vor einer Entscheidung über die Bewilligung des Ersuchens Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, soweit dies nicht bereits im ersuchenden Staat geschehen ist. Dies gilt entsprechend für verletzte Personen, die im Strafverfahren des ersuchenden Staates die Stellung eines Verfahrensbeteiligten haben.

Wird das Ersuchen bewilligt, so entscheidet die zuständige Staatsanwaltschaft auf der Grundlage der mit dem Ersuchen übermittelten Akten und Beweismittel darüber, ob ein Strafverfahren einzuleiten ist [vgl. auch Art. 91 Abs. 3 IRSG, s.o. V.1.b)]. Auf diese Entscheidung und das weitere Verfahren ist deutsches Recht anzuwenden; Ausnahmen (z.B. die Lex-mitior-Regel) sollen aufgrund des Sachzusammenhangs im materiellen Strafrecht (vgl. § 7 StGB) geregelt werden. Da die deutsche Strafgerichtsbarkeit erst mit der Bewilligung des Ersuchens begründet wird und damit vor diesem Zeitpunkt die Ermittlungsbefugnisse nach der StPO keine Anwendung finden, sollte der Staatsanwaltschaft in Anlehnung an die entsprechende Vorschrift zur Vollstreckungshilfe (§ 58 IRG, s.o. V.3.) die Befugnis zu vorläufigen Maßnahmen eingeräumt werden, soweit dies zur Aufklärung des Sachverhalts oder zur Sicherung der Strafverfolgung geboten ist. Anders als bei der Sicherung der Strafvollstreckungshilfe kommen insoweit allerdings nicht nur einzelne Maßnahmen (Haft, Sicherstellung von Vermögenswerten), sondern grundsätzlich sämtliche Ermittlungsmaßnahmen zur Strafverfolgung in Betracht. Die vorläufige Anordnung setzt dabei einerseits voraus, dass die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen nach dem Stand der Ermittlungen im ausländischen Verfahren erfüllt sind; dabei wird allerdings unterstellt, dass die verfolgte Tat aufgrund einer

Bewilligung des Ersuchens der deutschen Strafgerichtsbarkeit unterliegt. Vorläufige Maßnahmen sind allerdings unzulässig, wenn die Übernahme der Strafverfolgung von vornherein unzulässig erscheint (vgl. § 58 Abs. 4 IRG).

§ F – Verfahren zur Übernahme der Strafverfolgung

- (1) ...
- (2) Wird die Übernahme der Strafverfolgung bewilligt, so entscheidet die zuständige Staatsanwaltschaft über die Einleitung eines Strafverfahrens. Die Einleitung und Durchführung des Verfahrens bestimmen sich nach deutschem Recht, soweit das Gesetz keine abweichende Regelung enthält.
- (3) Die Staatsanwaltschaft kann bereits vor einer Entscheidung der Bewilligungsbehörde Maßnahmen zur Sicherung der Strafverfolgung ergreifen, die im Fall einer Bewilligung im Ermittlungsverfahren angeordnet werden könnten. Dies gilt nicht, wenn eine Übernahme der Strafverfolgung von vornherein unzulässig erscheint.

In Bezug auf das inländische Strafverfahren wäre weiterhin zu erwägen, ob die Verwertbarkeit von im ersuchenden Staat erhobenen Beweismaterial durch eine gesetzliche Regelung gewährleistet werden sollte; das niederländische Recht sieht insoweit eine Gleichstellung mit im Inland erhobenen Beweismitteln vor [vgl. Art. 5.3.15 Abs. 1 Sv, s.o. V.2.b)]. Eine ähnliche Regelung enthält auch der Verordnungsvorschlag der Kommission (s.o. III.5.). Eine solche Gleichstellung wäre jedoch jedenfalls durch einen Ordre-Public-Vorbehalt einzuschränken (vgl. Art. 20 Abs. 3 S. 2 ÜbStrVO-E).⁵⁰⁹ Im Ausgangspunkt entspricht dies auch der deutschen Rechtsprechung zur Verwertbarkeit im Ausland erhobener Beweismittel.⁵¹⁰ Wie jüngst die Encrochat-Verfahren gezeigt haben⁵¹¹, wird eine Gleichstellung von in- und ausländischem Beweismaterial der Komplexität der Problematik nicht gerecht; zudem ginge das insoweit bestehende Regelungsbedürfnis weit über die Übernahme der Strafverfolgung hinaus. In geeigneten Fällen lässt sich eine Verwertbarkeit des gesammelten Beweismaterials zudem durch früh-

509 Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda, S. 49; vgl. auch zu entsprechenden Einschränkung der niederländischen Regelung: Paridaens/de Jonge, in: Ouwerkerk/Verrest, S. 1957 f.

510 BGHSt 58, 36 (44); NJW 2022, 1539 (1541).

511 Vgl. nur BGH NJW 2022, 1539 ff.

zeitige Konsultationen sicherstellen.⁵¹² Aus diesen Gründen sollte von einer Regelung (allein) in diesem Kontext abgesehen werden.

Für die Unterrichtung des ersuchenden Staates über die Einleitung und den Ausgang des Strafverfahrens ist eine gesetzliche Grundlage vorzusehen [s.o. IV.1.b)]. Die Grundlage für die Ausübung abgeleiteter Strafgewalt entfällt schließlich, wenn der ersuchende Staat das Ersuchen zurückzieht oder mitteilt, dass die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung entfallen sind (vgl. § 57 Abs. 6 IRG).

§ F – Verfahren zur Übernahme der Strafverfolgung

- (1) ...
- (2) ...
- (3) ...
- (4) Der ersuchende Staat ist über die Bewilligungsentscheidung sowie Einleitung und Ausgang des Strafverfahrens zu unterrichten.
- (5) Das Strafverfahren ist einzustellen, wenn der ersuchende Staat das Ersuchen zurücknimmt oder mitteilt, dass die Voraussetzungen für die Verfolgung der Tat weggefallen sind.

Bereits einleitend wurde darauf hingewiesen, dass die Übernahme der Strafverfolgung keines Ersuchens (und damit auch keiner Bewilligungsentscheidung) bedarf, soweit die zu verfolgende Tat originärer deutscher Strafgewalt unterliegt. In diesem Fall entscheidet die zuständige Staatsanwaltschaft autonom über die Einleitung eines Strafverfahrens und die erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen (vgl. § F Abs. 2, 3). Es sollte daher klar gestellt werden, dass die Vorschriften zur Übernahme der Strafverfolgung insoweit keine Anwendung finden. Allerdings unterliegt dieser Grundsatz zwei Ausnahmen: Da die Übernahme der Strafverfolgung aufgrund originärer Strafgewalt ebenso wie eine Bewilligung eines Verfolgungsersuchens geeignet ist, die Wahrnehmung der Verfahrensrechte der verfolgten und der verletzten Person zu beeinträchtigen, sollte diesen ebenso wie bei „echten“ Verfolgungsersuchen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Darüber hinaus sollte der ersuchende Staat über die Einleitung und den Ausgang des Strafverfahrens unterrichtet werden (vgl. auch Art. 21 Abs. 2 EuRhÜbk).

512 Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 28.

§ G – Übernahme der Strafverfolgung ohne Ersuchen

Die §§ E, F gelten nicht für die Übernahme der Verfolgung von Taten, die unabhängig von einem ausländischen Verfolgungsersuchen der deutschen Strafgerichtsbarkeit unterliegen. § F Absatz 1 Satz 2 und 3 sowie Absatz 4 gelten insoweit entsprechend.

5. Strafanwendungsrecht

Die rechtshilferechtliche Ausgestaltung der Verfolgungsübernahme übernimmt einerseits Elemente der stellvertretenden Strafrechtspflege nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB (Aufenthalt im Inland, Nichtauslieferung, Zulässigkeit der Auslieferung nach der Art der Tat, s.o. 4. zu § E Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2), die damit keiner erneuten Regelung im Strafanwendungsrecht bedürfen. Andererseits sollte die Frage, ob und inwieweit deutsches Strafrecht im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege Anwendung findet, weiterhin im StGB geregelt werden. Dabei empfiehlt es sich, für die stellvertretende Strafrechtspflege eine eigenständige Regelung zu schaffen. Ob und inwieweit darüber hinaus für bestimmte Konstellationen originäre deutsche Strafgewalt über Auslandstaten begründet werden sollte, wäre in einem zweiten Schritt zu entscheiden. Wollte man die Verfolgungsübernahme auch zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zulassen (vgl. oben 2.), so wäre auch das OWiG um eine Grundlage für die Ausübung abgeleiteter Bußgewalt zu ergänzen.

a) Stellvertretende Strafrechtspflege

Eine eigenständige Regelung zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Übernahme der Strafverfolgung folgt dem Vorbild der niederländischen Regelung, welche die Anwendbarkeit des niederländischen Strafrechts für diesen Fall ausdrücklich anordnet (Art. 8b Abs. 1 Sr). Die stellvertretende Strafrechtspflege ist subsidiär zur Ausübung von Strafgewalt nach den §§ 3 bis 6 StGB. Sie kommt einerseits in Betracht, soweit die verfolgte (prozessuale) Tat nicht der (originären) deutschen Strafgewalt unterliegt und die deutsche Justiz die Strafverfolgung auf ein ausländisches Ersuchen hin übernimmt. Wie die bisher geltende Regelung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) begründet sie aber andererseits auch die Anwendung deutschen Strafrechts,

soweit die §§ 5, 6 StGB dessen Anwendung auf bestimmte, abschließend benannte Tatbestände beschränken.⁵¹³ Sofern man nicht mit der h.M. den Begriff der Inlandstat in einem prozessualen Sinne versteht und diese damit vollständig originärer deutscher Strafgewalt unterwirft⁵¹⁴, gilt dies entsprechend, soweit die Tat nach den §§ 3, 4 StGB nur eingeschränkt (d.h. nur in Bezug auf die Tatbestände, die nach Maßgabe des § 9 StGB im Inland verwirklicht werden) der deutschen Strafgewalt unterliegen⁵¹⁵.

Wie die Übernahme der Strafverfolgung bezieht sich die Vorschrift nur auf Ersuchen des Tatortstaates. Da die Anwendung deutschen Strafrechts im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege auf der vom Tatortstaat abgeleiteten Strafgewalt beruht, setzt dies voraus, dass die Tat nach dessen Recht mit Strafe bedroht ist. Dies schließt wie nach bislang vorherrschender Auffassung [s.o. IV.3.b)bb)(3)] auch die Verfolgbarkeit der Tat ein. Eine Ausnahme für die Verjährung (vgl. Art. 4 EuVerfolgÜbk) wird nicht vorgeschlagen, da eine solche im Rahmen der Vollstreckungshilfe ebenfalls nicht vorgesehen ist (vgl. § 57 Abs. 6 IRG); in der Regel wird sich das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Verfolgungshindernissen durch Anfrage beim ersuchenden Staat klären lassen [s.o. VI.3.a)]. Sofern der Eintritt der Verjährung in Betracht kommt, kann es sinnvoll sein, in dem Ersuchen auf die maßgeblichen Vorschriften und Fristen hinzuweisen⁵¹⁶, damit die Bewilligungsbehörde dies bei ihrer Entscheidung über die Übernahme der Strafverfolgung berücksichtigen kann [vgl. insoweit VI.3.b)]. Auf die Regelung der übrigen in § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB enthaltenen Merkmale kann verzichtet werden, da diese bereits in den Voraussetzungen der Übernahme der Strafverfolgung enthalten sind.

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) Für andere im Ausland begangene Taten gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist und deren Verfolgung auf Ersuchen des Tatortstaates übernommen wurde.

Indem der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten ausgedehnt wird, wird für die strafrechtliche Würdigung der Tat der aus-

513 BGH NJW 1991, 3104.

514 In diesem Sinne BGH NJW 2023, 534 (535).

515 Vgl. insoweit Böse, in: NK-StGB, Vor § 3 ff. Rn. 53 m.w.N.

516 Vgl. die Regelungen zur Angabe der Strafbestimmungen, die nach dem am Tatort geltenden Recht auf die Tat anwendbar sind, in den bilateralen Verträgen (z.B. Art. XI Abs. 2 lit. b NL-ErgV-EuRhÜbk, Art. XII Abs. 4 lit. b CH-ErgV-EuRhÜbk).

ländische mit einem inländischen Tatort gleichgestellt. Diese sinngemäße Umstellung des Sachverhalts liegt auch der Übernahme der Strafverfolgung in der Schweiz und in den Niederlanden zugrunde [Art. 86 Abs. 1 IRSG, Art. 7 EuVerfolgÜbk, s.o. V.1.b), 2.b)]. Sie ist aber nicht auf den Tatort beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf andere Bezüge zum Tatortstaat wie den Umstand, dass die verfolgte Tat durch oder gegen einen Amtsträger des ersuchenden Staates begangen worden ist [Art. 7 Abs. 2 EuVerfolgÜbk, s.o. V.1.b), 2.b)]. Dass auch das deutsche Recht bei der Übernahme der Strafverfolgung auf einen sinngemäß umgestellten Sachverhalt angewendet wird, zeigt sich in Art. 6 des Gesetzes zum IL-ErgV-EuRhÜbk, wonach eine in Israel begangene Zuwiderhandlung mit Geldbuße geahndet werden kann, wenn diese „unter Berücksichtigung der am Begehungsort geltenden Verkehrsregeln nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit zu beurteilen wäre, wenn sie im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen worden wäre“ [s.o. IV.3.b)bb)(2)]. Der im niederländischen Recht verwendete Begriff der transformativen Interpretation [s.o. V.2.b)] ist dabei insofern präziser, als es nicht um die Würdigung eines umgestellten (und damit hypothetischen) Sachverhalts geht, sondern um eine Modifikation des anzuwendenden (deutschen) Strafgesetzes, die ihren Grund in der Ausübung abgeleiteter Strafgewalt hat.

Wie sich an der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 24 StVG auf im Ausland begangene Verkehrsdelikte zeigen ließ, ist ein solches Vorgehen auch dann mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar, wenn es über eine „Umstellung“ des Tatortes hinausgeht. Es wäre daher zu erwägen, dass die Anwendung deutschen Strafrechts bei der Übernahme der Strafverfolgung generell mit der Maßgabe erfolgen sollte, dass der Sachverhalt dabei gegebenenfalls sinngemäß umzustellen ist (vgl. §§ 3 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 3, 66 Abs. 2 Nr. 1 IRG). Auf diese Weise könnte verhindert werden, dass die stellvertretende Strafrechtspflege daran scheitert, dass der Schutzbereich des einschlägigen deutschen Strafgesetzes auf inländische Rechtsgüter beschränkt ist [z.B. bei den Rechtspflegedelikten, s.o. IV.3.b)bb)(2)]. Dies gilt insbesondere in Konstellationen, in denen das Unrecht einer einheitlichen prozessualen Tat nach dem Recht des übernehmenden Staates nicht vollständig, sondern nur zum Teil gewürdigt werden

kann (z.B. als illegaler Handel mit Kulturgütern, aber nicht als Steuerhinterziehung).⁵¹⁷

Eine sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts bzw. transformative Interpretation von Straftatbeständen findet sich auch an anderer Stelle im StGB. So ist der Geldwäschetatbestand auch auf Gegenstände anwendbar, die aus einer Auslandstat herrühren, „wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre“ (§ 261 Abs. 9 StGB). Für Einordnung der Auslandstat als Vortat wird also die Hypothese zugrunde gelegt, dass es sich um eine Inlandstat handelt und deutsches Strafrecht damit nach § 3 StGB anwendbar ist.⁵¹⁸ Die mit der Novellierung des § 261 StGB verabschiedete, oben genannte Formulierung geht allerdings auf den Rechtsausschuss zurück, der damit nicht nur auf die hypothetische Anwendung des deutschen Strafrechts, sondern – soweit erforderlich – auch auf eine sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts Bezug genommen hat.⁵¹⁹ Als Vortaten kommen danach auch im Ausland begangene Korruptionsdelikte in Betracht (§§ 331 ff. StGB), deren Anwendungsbereich nicht auf ausländische Amtsträger erweitert worden ist (vgl. § 335a StGB).⁵²⁰

Eine sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts, die über den Tatort hinausgeht und die umzustellenden Merkmale nicht näher präzisiert, wäre allerdings dem Einwand ausgesetzt, die mit dem jeweiligen Tatbestand definierten Grenzen der Strafbarkeit aufzulösen und Rechtsunsicherheit hervorzurufen.⁵²¹ Um diesen Einwand auszuräumen, könnte man die sinnngemäße Umstellung des Sachverhalts davon abhängig machen, dass die ausländische Verbotsnorm, auf der das Verfolgungsersuchen beruht, einem deutschen Straf- oder Bußgeldtatbestand entspricht (vgl. § 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG). Eine solche Entsprechensklausel hatte der Gesetzgeber auch im Kapitalmarktstrafrecht für Insiderhandel und Marktmanipulation (§ 38 Abs. 2 WpHG a.F.) vorgesehen, um der deutschen Strafgewalt unterliegenden Taten mit Auslandsbezug ahnden zu können, wenn der Täter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und deshalb nicht ausgeliefert werden

517 Vgl. das entsprechende Beispiel im Eurojust Report on the Transfer of Proceedings in the European Union, January 2023, S. 26 f.

518 S. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/24180, S. 35; s. zur früheren Fassung des § 261 Abs. 8 StGB: *Altenhain*, in: NK-StGB, § 261 Rn. 45; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 261 Rn. 8.

519 BT-Drucks. 19/26602, S. 8.

520 Vgl. insoweit zum schweizerischen Straftatbestand der Geldwäscherei (Art. 305bis schwStGB): BGE 136 IV 179.

521 S. zu Art. 7 Abs. 2 EuVerfollgÜbk: *Oehler*, Rn. 688.

kann (Art. 16 Abs. 2 GG).⁵²² Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) wurde zum Teil bezweifelt.⁵²³ Nach vorherrschender Auffassung waren diese Bedenken indes nicht begründet; dies gilt jedenfalls dann, wenn man – wie im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege ohnehin zu fordern ist (vgl. § 7a Abs. 1 StGB) – die Regelung dahingehend versteht, dass die Tat auch am Tatort strafbar sein muss.⁵²⁴ Inhaltlich könnte die Auslegung einer solchen Entsprechensklausel an das Erfordernis anknüpfen, dass der ausländische und der deutsche Verbotstatbestand eine parallele Schutzrichtung aufweisen und eine vergleichbare rechtliche Bewertung der Tat zum Ausdruck bringen; dieses Erfordernis wird im Schrifttum überwiegend bereits in die geltende Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB hineingelesen.⁵²⁵ Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägung wird folgender Absatz vorgeschlagen:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ... Bei der Anwendung deutschen Strafrechts ist der Sachverhalt gegebenenfalls sinngemäß umzustellen; die Anwendung deutschen Strafrechts ist ausgeschlossen, wenn die ausländische und die inländische Verbotsnorm einander nicht entsprechen.

Da der Anwendungsbereich der stellvertretenden Strafrechtspflege nach der vorgeschlagenen Regelung nicht mehr auf auslieferungsfähige Straftaten (vgl. § 3 Abs. 2 IRG) beschränkt ist, dürfte diese auch bei Antragsdelikten in zunehmendem Maße relevant werden. Damit bedarf es einer Regelung, dass ein im ersuchenden Staat wirksam gestellter Strafantrag bei einer Übernahme der Strafverfolgung das Antragserfordernis wahrt. Die entsprechenden Regelungen aus den bilateralen Verträgen könnten in das deutsche Recht übernommen werden (s.o. II.3.). Sofern nur nach deutschem Recht ein Strafantrag erforderlich ist, ist die ersuchende Behörde darüber zu unterrichten, damit sie der verletzten Person Gelegenheit geben kann, den erforderlichen Strafantrag zu stellen. Da die deutsche Strafgerichtsbarkeit

522 S. die Begründung zum 4. Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drucks. 14/8017, S. 98 f.

523 Lückner, S. 33.

524 Näher zur Diskussion um § 38 Abs. 2 WpHG a.F.: Papachristou, S. 258 ff., 265 m.w.N.

525 Basak, in: Matt/Renzikowski, § 7 Rn. 3; Böse, in: NK-StGB, § 7 Rn. 14; K.M. Heine, S. 109; Hoyer, in: SK-StGB, § 7 Rn. 4; Scholten, S. 136; Werle/Jeffberger, in: LK-StGB, § 7 Rn. 36; s. auch Oehler, Rn. 152a; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 7 Rn. 18; offen gelassen von BGH NSTZ 2017, 146 (147 f.); ablehnend BGHSt 2, 160 (161); Ambos, in: MüKoStGB, § 7 Rn. 7.

vor der Übernahme der Strafverfolgung nicht besteht, ist für den Beginn der Strafantragsfrist abweichend von § 77b Abs. 2 StGB der Eingang des Ersuchens maßgeblich. Dies entspricht ebenfalls den meisten bilateralen Regelungen (s.o. II.3.), d.h. es gilt insoweit die gesetzliche Antragsfrist von drei Monaten (§ 77b Abs. 1 StGB). Die Regelung lautet damit wie folgt:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ...
- (2) Sofern die Tat nur auf Antrag verfolgbar ist, wird das Antragserfordernis auch dadurch gewahrt, dass die verletzte Person im ersuchenden Staat einen Strafantrag gestellt hat. Ist ein Strafantrag nur nach deutschem Recht erforderlich, so ist für den Beginn der Antragsfrist abweichend von § 77b Absatz 2 der Eingang des Ersuchens maßgeblich.

Ähnliche Probleme werden mit Blick auf die Verjährung aufgeworfen. Mit der Übernahme der Strafverfolgung sind auch die Vorschriften zur Verjährung (§§ 78 ff. StGB) auf die Tat anwendbar, auch wenn die Tat bei ihrer Begehung noch nicht der deutschen Strafgewalt unterlag. Die im Hinblick auf den Tatort vorzunehmende Umstellung des Sachverhalts (s.o. zu § 7a Abs. 1 StGB) führt bei der Anwendung der Verjährungsvorschriften dazu, dass im ersuchenden Staat vorgenommene Untersuchungshandlungen ebenfalls zu einer Unterbrechung der Verjährung führen (vgl. § 78c StGB).⁵²⁶ In Anlehnung an die bilateralen Verträge (s.o. II.3.) ist daher zur Verjährung folgende Regelung aufzunehmen:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ...
- (2) ...
- (3) § 78c ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass vor der Übernahme der Strafverfolgung vorgenommene Untersuchungshandlungen von Behörden und Gerichten des ersuchenden Staates die gleiche Wirkung haben wie die entsprechenden Handlungen deutscher Strafverfolgungsbehörden und Gerichte.

Der Anwendungsbereich der oben vorgeschlagenen Regelungen zum Strafantrag und zur Unterbrechung der Verjährung ist auf die stellvertretende Strafrechtspflege beschränkt. In Anlehnung an Art. 24, 26 EuVerfolgÜbk [s.o. II.1.b)], die bilateralen Verträge (s.o. II.3.) und die entsprechenden

526 Vgl. zu Art. 13 Abs. 8 PL-ErgV-EuRhÜbk BT-Drucks. 15/2254, S. 22.

Bestimmungen in der Schweiz und in den Niederlanden (s.o. V.3.) ist allerdings zu erwägen, auch für die Übernahme der Strafverfolgung auf der Grundlage eigener (originärer) Strafgewalt eine solche Regelung zu schaffen. Die Gleichstellung im Ausland gestellter Strafanträge und dort vorgenommener Untersuchungshandlungen wird in diesem Fall über das ausländische Ersuchen begründet, das im ersuchenden Staat eingeleitete Strafverfahren zu übernehmen und fortzuführen. Eine entsprechende Regelung könnte lauten:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ...
- (2) ...
- (3) ...
- (4) Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend, sofern deutsches Strafrecht nach den §§ 3 bis 6 anwendbar ist und ein inländisches Strafverfahren auf Ersuchen eines ausländischen Staates durchgeführt wird.

Da die stellvertretende Strafrechtspflege auf der vom Tatortstaat abgeleiteten Strafgewalt beruht, darf die verhängte Strafe nicht strenger sein als die nach dem dort geltenden Recht angedrohte Strafe (vgl. Art. 25 S. 2 EuVerfolgÜbk; s. dagegen Art. 20 Abs. 6 ÜbStrVO-E, s.o. III.5.). Während die Strafe bei der Übernahme der Strafverfolgung aufgrund originärer Strafgewalt (vgl. §§ 3 ff. StGB) allein nach deutschem Strafrecht zu verhängen ist (s.o. 4. Zu § G), bleiben bei der Ausübung abgeleiteter Strafgewalt die Grenzen der Strafgewalt des Tatortstaates weiterhin maßgeblich.⁵²⁷ Das schweizerische Recht stellt bei der Anwendung der Lex-mitior-Regel auf die im konkreten Einzelfall mildere Strafe ab [Art. 86 Abs. 2 IRSG, s.o. V.1.b)], während in den Niederlanden ein Strafgesetz mit einem höheren Strafraum anwendbar bleibt, solange bei der Verhängung der Sanktion nicht das nach dem Recht des Tatortstaates zulässige Höchstmaß überschritten wird [s.o. V.2.b)]. Eine solche Orientierung am Höchstmaß der Strafe entlastet den deutschen Richter von der Prüfung, welche Sanktion nach dem Tatortstaat angemessen wäre⁵²⁸, und entspricht auch der einschlägigen Regelung im Rahmen der Vollstreckungshilfe [§ 54 Abs. 1 S. 3 IRG; s.o. VI.3.a)]. Daraus ergibt sich folgende Regelung:

527 *De Jonge*, ERA-Forum 2020, 449 (462); a.A. (gegen eine Anwendung der Lex-mitior-Regel): *Verrest/Lindemann/Mevis/Salverda*, S. 49.

528 Vgl. auch die Kritik bei *Gleß*, Rn. 202 (zu Art. 6 Abs. 2 schwStGB).

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ...
- (2) ...
- (3) ...
- (4) ...
- (5) Die Höhe der Strafe oder Maßnahme darf das Höchstmaß der nach dem Recht des Tatortstaates für die Tat angedrohten Sanktion nicht überschreiten.

b) Strafgewalt über sonstige Auslandstaaten

Mit vorgeschlagenen Ausgestaltung der stellvertretenden Strafrechtspflege wird diese streng akzessorisch zur rechtshilferechtlichen Übernahme der Strafverfolgung geregelt. Die neue Regelung träte an die Stelle des bisherigen § 7 Abs. 2 StGB, der nach dem Vorschlag wegfiel. Demgegenüber finden sich sowohl im schweizerischen als auch niederländischen Recht Regelungen, die unabhängig von der Übernahme der Strafverfolgung die Anwendung des jeweiligen Strafrechts auf Auslandstaaten anordnen (Art. 7 schwStGB, Art. 8c Sr). Abschließend ist daher zu erwägen, ob auch im deutschen Recht zur Wahrung inländischer Strafverfolgungsinteressen ein Bedürfnis für die Anwendung des deutschen Strafrechts auf Auslandstaaten besteht, die über den vorgeschlagenen § 7a StGB hinausgeht.

Auf einem solchen Bedürfnis beruht die niederländische Regelung (Art. 8c Sr), wonach bei besonders schwerwiegenden Straftaten die Anwendung niederländischen Strafrechts unabhängig von einer Übernahme der Strafverfolgung angeordnet wird, um die Straflosigkeit des im Inland befindlichen Täters zu verhindern [s.o. V.2.c)]. Mit der Anknüpfung an die Nichtauslieferung des Täters enthält sie aber zum Teil auch Elemente der stellvertretenden Strafrechtspflege und entspricht damit einer Deutung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, welche die Anwendung deutschen Strafrechts mit einem inländischen Strafverfolgungsinteresse rechtfertigt [s.o. IV.3.b)cc)]. Wie bereits dargelegt wurde, lässt sich originäre deutsche Strafgewalt auf diesem Wege indes nicht begründen [s.o. IV.3.b)cc)]. In jedem Fall wäre eine solche Regelung in Anlehnung an das niederländische Modell auf besonders schwerwiegende Straftaten zu beschränken; im deutschen Recht wäre insoweit eine Begrenzung auf Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) in Erwägung zu ziehen.

Um Strafbarkeitslücken zu vermeiden, könnte allerdings deutsche Strafgewalt über das aktive und passive Personalitätsprinzip begründet werden. Letzteres ist bereits in § 7 Abs. 1 StGB vorgesehen, und diese Regelung könnte um den bisherigen Inhalt des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB erweitert werden („... Taten, die im Ausland von einem Deutschen oder gegen einen Deutschen begangen werden, ...“). Da das passive Personalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt nicht unumstritten ist⁵²⁹, erscheint auch insoweit eine Begrenzung auf Verbrechen erwägenswert.⁵³⁰ Eine ähnliche Beschränkung enthält auch die schweizerische Regelung, soweit sie die Begründung extraterritorialer Strafgewalt über das aktive und passive Personalitätsprinzip auf auslieferungsfähige Straftaten begrenzt (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. c schwStGB). Letztlich liegen derartige Gesetzesänderungen jedoch außerhalb des Untersuchungsziels, weshalb an dieser Stelle auf einen Gesetzesvorschlag verzichtet werden soll.

Im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege i.e.S. (Ausübung abgeleiteter Strafgewalt) könnte allerdings in Anlehnung an Art. 7 Abs. 2 lit. a schwStGB erwogen werden, die Anwendung deutschen Strafrechts nicht nur bei der Übernahme der Strafverfolgung, sondern auch dann zuzulassen, wenn der Tatortstaat um Auslieferung des Täters ersucht. Mit dem Sinn und Zweck der stellvertretenden Strafrechtspflege wäre eine solche Erweiterung vereinbar, da der Tatortstaat mit einem Auslieferungsersuchen seinen Willen zum Ausdruck bringt, die Tat zu verfolgen [s.o. IV.3.b)bb) (5). zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB]. Die Gleichstellung von Auslieferungs- und Verfolgungsersuchen ist allerdings dem Einwand ausgesetzt, dass sie sich über den Willen des Tatortstaates hinwegsetzt, die Tat selbst zu verfolgen. In Auslieferungsverträgen setzt der Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ aus diesem Grund nicht nur ein Auslieferungsersuchen, sondern auch ein Verfolgungsbegehren voraus (s.o. II.2.). Gleichwohl wird man bei einem Auslieferungsersuchen in der Regel davon ausgehen können, dass der ersuchende Staat, wenn eine Auslieferung nicht möglich ist, mit einer Verfolgung im ersuchten Staat einverstanden ist, um zu verhindern, dass die Tat nicht geahndet werden kann. Eine entsprechende Vermutung ist jedenfalls bei besonders schwerwiegenden Straftaten begründet. Wird der Anwendungsbereich dieser Regelung auf derartige Taten beschränkt (vgl.

529 Vgl. die Kritik bei *Henrich*, S. 208 f.

530 Vgl. auch die Beschränkung auf Mord, Totschlag, verbrecherische Freiheitsberaubung und politischer Verdächtigung in § 5 Nr. 6 AE-StGB; grundsätzlich zustimmend *Ambos*, in: *MüKoStGB*, Vor § 3 Rn. 68.

oben zu Art. 8c Sr), so wird die Akzessorietät zur Übernahme der Strafverfolgung weitgehend aufrechterhalten. Zugleich wird eine Strafverfolgung in den Fällen gewährleistet, in denen das Anliegen, eine Straflosigkeit des Täters zu verhindern, aufgrund der Schwere der Tat besonderes Gewicht hat. Deshalb erscheint die folgende Ergänzung zu § 7a StGB angezeigt:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) ...
- (2) ...
- (3) ...
- (4) ...
- (5) ...
- (6) Die Absätze 1 bis 5 gelten entsprechend, wenn der Täter sich im Inland aufhält und nicht ausgeliefert wird, obwohl der Tatortstaat um seine Auslieferung ersucht hat, und die Tat nach deutschem Recht ein Verbrechen darstellt.

6. Gesetzesvorschlag

Aus den oben angestellten Erwägungen ergibt sich daher der folgende Gesetzesvorschlag, der aus einer Regelung im Rechtshilferecht (§§ A – G IRG) und einer ergänzenden Regelung im StGB (§ 7a StGB) besteht. Die bisherige Regelung in § 7 Abs. 2 StGB wäre danach zu streichen [s.o. 5.a), auch zu möglichen Folgeänderungen in § 7 Abs. 1 StGB].

Im IRG wäre demnach ein Teil zur Verfolgungsübernahme zu ergänzen, der jeweils einen Abschnitt zu ausgehenden und eingehenden Ersuchen enthält:

... Teil: Verfolgungsübernahme

Abschnitt I: Ausgehende Ersuchen

§ A Voraussetzungen ausgehender Verfolgungsersuchen

- (1) Ein ausländischer Staat kann um Übernahme eines inländischen Strafverfahrens ersucht werden, wenn
 1. sich die verfolgte Person in dem zu ersuchenden Staat aufhält und nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist, und

2. die Durchführung des Strafverfahrens in dem zu ersuchenden Staat im Interesse der verfolgten Person oder im öffentlichen Interesse liegt.

Die Durchführung des Strafverfahrens in dem ausländischen Staat liegt in der Regel im Interesse der verfolgten Person, wenn sie dort ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ist in dem inländischen Strafverfahren bereits eine Strafe oder Sanktion verhängt worden, kann ein Verfolgungersuchen auch dann gestellt werden, wenn ein Ersuchen um Übernahme der Strafvollstreckung abgelehnt wird oder nicht ausführbar ist.

- (2) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 kann ein ausländischer Staat auch dann um Verfolgung einer Tat ersucht werden, wenn die verfolgte Person wegen einer anderen Tat an diesen Staat ausgeliefert wird. Das Ersuchen kann erst dann gestellt werden, wenn die Auslieferung an den ausländischen Staat für zulässig erklärt und bewilligt worden ist.

§ B – Verfahren zur Übertragung der Strafverfolgung

- (1) Bevor ein Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung gestellt wird, ist die verfolgte Person von der beabsichtigten Übertragung zu unterrichten und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- (2) Über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die Stellung eines Verfolgungersuchens anzuregen oder die darauf gerichtete Anregung der verfolgten Person abzulehnen, entscheidet auf Antrag der verfolgten Person das Oberlandesgericht nach den Vorschriften des dritten Abschnitts des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz.
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für verletzte Personen, die im Fall einer Erhebung der öffentlichen Klage befugt wären, sich dieser mit der Nebenklage anzuschließen.

§ C – Stellung und Rücknahme des Verfolgungersuchens

- (1) Die Bewilligungsbehörde stellt das Ersuchen, das eine Darstellung des Sachverhalts sowie möglichst genaue Angaben über die verfolgte Person, ihre Staatsangehörigkeit und ihren Wohn- und Aufenthaltsort enthalten muss. Dem Ersuchen sind eine Abschrift der Akte und die bereits erhobenen Beweismittel beizufügen.

- (2) Das Verfolgungsersuchen kann zurückgenommen werden, bis der ersuchte Staat mitteilt, dass er das Ersuchen bewilligt und die Strafverfolgung übernimmt. Nach diesem Zeitpunkt ist eine Rücknahme nur zulässig, wenn die Verfolgung der Tat oder die Vollstreckung einer bereits verhängten Strafe nachträglich unzulässig wird.

§ D Wirkung der Übertragung der Strafverfolgung

- (1) Leitet die zuständigen Behörden des ersuchten Staates ein Strafverfahren ein, so sehen die deutschen Behörden von weiteren Verfolgungs- oder Vollstreckungsmaßnahmen gegen die verfolgte Person wegen derselben Tat ab.
- (2) Die deutschen Behörden können die Verfolgung oder Vollstreckung fortsetzen oder wieder aufnehmen, wenn
1. die zuständige Behörde des ersuchten Staates das Strafverfahren nicht zu Ende führen kann, insbesondere weil sich die verfolgte Person der Strafverfolgung oder der Strafvollstreckung entzieht, oder dass sie das Strafverfahren zwar abgeschlossen, aber keine Entscheidung über die dem Ersuchen zugrunde liegende Straftat dem Grunde nach getroffen hat;
 2. das Verfolgungsersuchen zurückgenommen wurde.

Abschnitt 2: Eingehende Ersuchen

§ E – Voraussetzungen der Übernahme der Strafverfolgung

- (1) Auf Ersuchen eines ausländischen Staates kann die Strafverfolgung einer im Ausland begangenen Tat übernommen werden, wenn
1. die Tat im ersuchenden Staat begangen worden ist;
 2. sich die verfolgte Person im Inland aufhält und nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungersuchen nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist, und
 3. gewährleistet ist, dass die Tat im ersuchenden Staat nicht weiter verfolgt wird, wenn die Tat durch ein deutsches Gericht rechtskräftig abgeurteilt und die für die Tat verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt worden ist.
- (2) Die Übernahme der Strafverfolgung ist unzulässig, wenn
1. wegen der Tat nach deutschem Recht im Fall einer Bewilligung keine Strafe oder Maßnahme verhängt werden könnte oder

2. die Art der verfolgten Tat oder die Gründe der Verfolgung einer Übernahme des Strafverfahrens entgegenstehen.

§ F – Verfahren zur Übernahme der Strafverfolgung

- (1) Die Bewilligungsbehörde entscheidet über die Übernahme der Strafverfolgung nach Rücksprache mit der zuständigen Staatsanwaltschaft. Der verfolgten Person ist vor einer Entscheidung über die Bewilligung des Ersuchens Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, soweit dies nicht bereits im ersuchenden Staat geschehen ist. Dies gilt entsprechend für verletzte Personen, die im Strafverfahren des ersuchenden Staates die Stellung eines Verfahrensbeteiligten haben.
- (2) Wird die Übernahme der Strafverfolgung bewilligt, so entscheidet die zuständige Staatsanwaltschaft über die Einleitung eines Strafverfahrens. Die Einleitung und Durchführung des Verfahrens bestimmen sich nach deutschem Recht, soweit das Gesetz keine abweichende Regelung enthält.
- (3) Die Staatsanwaltschaft kann bereits vor einer Entscheidung der Bewilligungsbehörde Maßnahmen zur Sicherung der Strafverfolgung ergreifen, die im Fall einer Bewilligung im Ermittlungsverfahren angeordnet werden könnten. Dies gilt nicht, wenn eine Übernahme der Strafverfolgung von vornherein unzulässig erscheint.
- (4) Der ersuchende Staat ist über die Bewilligungsentscheidung sowie Einleitung und Ausgang des Strafverfahrens zu unterrichten.
- (5) Das Strafverfahren ist einzustellen, wenn der ersuchende Staat das Ersuchen zurücknimmt oder mitteilt, dass die Voraussetzungen für die Verfolgung der Tat weggefallen sind.

§ G – Übernahme der Strafverfolgung ohne Ersuchen

Die §§ E, F gelten nicht für die Übernahme der Verfolgung von Taten, die unabhängig von einem ausländischen Verfolgungsersuchen der deutschen Strafergerichtsbarkeit unterliegen. § F Absatz 1 Satz 2 und 3 sowie Absatz 4 gelten insoweit entsprechend.

Im StGB wäre § 7 Abs. 2 StGB zu streichen und im Anschluss an § 7 StGB folgende Vorschrift einzufügen:

§ 7a StGB – Stellvertretende Strafrechtspflege

- (1) Für andere im Ausland begangene Taten gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist und deren Verfolgung auf Ersuchen des Tatortstaates übernommen wurde. Bei der Anwendung deutschen Strafrechts ist der Sachverhalt gegebenenfalls sinngemäß umzustellen; die Anwendung deutschen Strafrechts ist ausgeschlossen, wenn die ausländische und die inländische Verbotsnorm einander nicht entsprechen.
- (2) Sofern die Tat nur auf Antrag verfolgbar ist, wird das Antragserfordernis auch dadurch gewahrt, dass die verletzte Person im ersuchenden Staat einen Strafantrag gestellt hat. Ist ein Strafantrag nur nach deutschem Recht erforderlich, so ist für den Beginn der Antragsfrist abweichend von § 77b Absatz 2 der Eingang des Ersuchens maßgeblich.
- (3) § 78c ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass vor der Übernahme der Strafverfolgung vorgenommene Untersuchungshandlungen von Behörden und Gerichten des ersuchenden Staates die gleiche Wirkung haben wie die entsprechenden Handlungen deutscher Strafverfolgungsbehörden und Gerichte.
- (4) Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend, sofern deutsches Strafrecht nach den §§ 3 bis 6 anwendbar ist und ein inländisches Strafverfahren auf Ersuchen eines ausländischen Staates durchgeführt wird.
- (5) Die Höhe der Strafe oder Maßnahme darf das Höchstmaß der nach dem Recht des Tatortstaates für die Tat angedrohten Sanktion nicht überschreiten.
- (6) Die Absätze 1 bis 5 gelten entsprechend, wenn der Täter sich im Inland aufhält und nicht ausgeliefert wird, obwohl der Tatortstaat um seine Auslieferung ersucht hat, und die Tat nach deutschem Recht ein Verbrechen darstellt.

Literaturverzeichnis

- Albers, Pim/Beauvais, Pascal/Bohnert, Jean-François/Böse, Martin/Langbroek, Philip/Renier, Alain/Wahl, Thomas (Hrsg.), *Final report: Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters*, Den Haag 2013
- Asp, Peter/Bitzilekis, Nikolaos/Bogdan, Sergiu/Elholm, Thomas/Foffani, Luigi/Frände, Dan/Fuchs, Helmut/Helenius, Dan/Kaiafa-Gbandi, Maria/Leblois-Happe, Jocelyne/Nieto Martín, Adán/Satzger, Helmut/Suominen, Annika/Symeonidou-Kastanidou, Elisavet/Zerbes, Ingeborg/Zimmermann, Frank, *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, ZIS 2013, 430–446
- Ambos, Kai/König, Stefan/Rackow, Peter (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020
- Ambos, Kai/Poschadel, Annika Maleen, *Transnationales Strafverfolgungsersuchen: Verfolgungshindernis im ersuchenden Staat?*, GA 2011, 95–102
- Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung – mit GVG, EGGVG und EMRK*, 9. Auflage, München 2023
- Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalman-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 27. Auflage, Berlin 2020
- Beseler, Georg, *Die Anwendbarkeit des § 154 StPO bei Maßnahmen ausländischer Gerichte*, NJW 1970, 370–371
- Bochmann, Johannes, *Strafgewaltkonflikte und ihre Lösung*, Frankfurt a.M. 2015
- Böse, Martin, *Choice of Forum and Jurisdiction in: Luchtman, Michiel (Hrsg.), Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, Den Haag 2013, S. 73–87
- Böse, Martin, *Fundamental Rights of the EU-Charter*, in: Böse, Martin/Meyer, Frank/Schneider, Anne (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union: Volume II: Rights, principles and model rules*, Baden-Baden 2014
- Böse, Martin, *The Evolution of Criteria for Global Criminal Law Enforcement: Towards a Network of Jurisdictions?*, in: Nieto-Martín, Adán/García-Moreno, Beatriz (Hrsg.), *Ius Puniendi y Global Law*, Valencia 2019, 431–442
- Böse, Martin/Bröcker, Maria/Schneider, Anne, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings* Berlin, 2021
- Von Bubnoff, Eckhart, *Auslieferung, Verfolgungsübernahme, Vollstreckungshilfe: ein Handbuch für die Praxis*, Berlin 1989
- Capus, Nadja, *Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Baden-Baden/Bern, 2010

- Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Auflage, Berlin 2020
- von Cleric, Georg Franz, Das sogenannte stellvertretende Strafrecht (Strafverfolgungsübernahme), in: Festgabe für Emil Zürcher zu seinem siebenzigsten Geburtstag, Bern 1920, S. 128–162
- Conrad, Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013
- Dauster, Manfred, Absehen von der Strafverfolgung in Hinsicht auf ausländische Strafverfahren gemäß § 154 StPO, NStZ 1986, 145–149
- Deiters, Mark, Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa, ZIS 2006, 472–480
- Eicker, Andreas Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs – zur Interpretation des „engen Bezug“ als verstecktes Opportunitätsprinzip, ZStrR Band 124, 2006, 295–320
- van Elst, Richard/van Sliedregt, Elies (Hrsg.), Handboek Internationaal Strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief, 3. Auflage, Deventer 2022
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 4. Auflage 2020, Band 2, 4. Auflage 2020, Band 3, 4. Auflage 2021, München
- Esser, Robert, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München 2018
- Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Auflage, München 2023
- Gaeta, Piero, EU Tools for the Prevention and Settlement of Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings in: Ruggeri, Stefano (Hrsg.), Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Berlin/Heidelberg 2013, S. 311–329
- Gärditz, Klaus Ferdinand, Weltrechtspflege, Berlin 2006
- Gless, Sabine, Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis, 3. Auflage, Basel 2021
- Grützner, Heinrich, Bemühungen des Europarats um die Resozialisierung Straffälliger, GA 1970, 97–109
- Grützner, Heinrich/Pötz, Paul-Günter/Kreß, Claus/Gazeas, Nikolaos (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Auflage, Heidelberg, Stand 54. Aktualisierung, Oktober 2022
- Hackner, Thomas/Schierholt, Christian, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Auflage, München 2023
- Harari, Maurice/Jakob, Raphael/Jenni, Erwin, La délégation de la poursuite pénale à la Suisse, La semaine judiciaire 2013 II, S. 385–411
- Hecker, Bernd, Europäisches Strafrecht, 6. Auflage, Berlin 2021
- Heine, Katharina Margarete, Die Möglichkeiten und Grenzen der Übernahme von Verfahren im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege, Göttingen 2015
- von Heintschel-Heinegg, Bernd/Bockemühl, Jan (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, 119. Aktualisierung, München 2023

- Henrich, Andreas*, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1994
- Hentschel, Peter/König, Peter/Dauer, Peter* (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, 47. Auflage, München 2023
- Hulsman, Louk H.C.*, Transmission des poursuites pénales à l'État de séjour et exécution des décisions pénales étrangères, in: *Le droit pénal international: Recueil d'études en hommage à Jacob Maarten van Bemmelen*, Leiden 1965, S. 108–136
- Jakobs, Günter*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin 1991
- Jenni, Erwin*, Stellvertretende Strafverfolgung. Übersicht und Hinweise zu einer wenig bekannten Form internationaler Zusammenarbeit, in: *Schindler, Benjamin* (Schriftleiter), *Aus der Werkstatt des Rechts: Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller*, Basel/Genf/München 2006, S. 349–362.
- Jeschek, Hans-Heinrich*, Entschließungen des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses in Lissabon (angenommen durch die Vollversammlung am 27. September 1961), Übersetzung aus dem französischen Originaltext, ZStW Band 74, 1962, 189–197
- Jeßberger, Florian*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, Tübingen 2011
- de Jonge, Boudewijn*, Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU, ERA-Forum 2020, 449–464
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Auflage, Baden-Baden 2017
- Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H.*, *Strafprozessrecht*, 6. Aufl. Baden-Baden 2022
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur StPO*, Band 1, 4. Auflage 2020, Band 2, 4. Auflage 2020, Band 3–2, 4. Auflage 2021, München
- Knittel, Eberhard*, Strafanwendungsrecht und Rechtshilferecht als Gegenstand des internationalen Strafrechts, Jura 1989, 581–586
- Kohler, Josef*, *Internationales Strafrecht*, Stuttgart 1917
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Auflage, München 2023
- Lagodny, Otto*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1987
- Lagodny, Otto*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001
- Lagodny, Otto*, Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts, ZStW 101 (1989), 987–1011
- Leipold, Klaus/Tasmbikakis, Michael/Zöller, Michael* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Auflage, Heidelberg 2020

- Lelieur, Juliette*, L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales, in: Brach-Thiel, Delphine/Fourment, François (Hrsg.), Questions de droit pénal international, européen et comparé: mélanges en l'honneur du professeur Alain Fournier, Nancy 2013, S. 257–293
- Luchtman, Michiel*, Choice of forum in an area of freedom, security and justice, Utrecht Law Review Band 7 (2011) Heft 1, S. 74–101
- Lücker, Volker*, Der Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), Köln 1998
- Ludwiczak, Maria*, Jurisdiction and Applicable Law in the EU Directive on Transfer of Proceedings in Criminal Matters, New Journal of European Criminal Law 2010, 343–361
- Ludwiczak, Maria*, La délégation internationale de la compétence pénale, Genf 2013
- Maierhöfer, Christian*, „Aut dedere – aut iudicare“, Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung, Berlin 2006
- Mankowski, Peter*, Auslandsrechtsanwendung, Auslandsrechtsprüfung, Auslandsrechtsberücksichtigung und Auslandsrechtsermittlung im deutschen Strafverfahren, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/ Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 609–624
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Auflage, München 2020
- Maunz/Theodor/ Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, München, Stand August 1971
- McClean, David*, Transnational Organized Crime, A Commentary on the UN Convention and its Protocols, Oxford 2007
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram (Hrsg.), Strafprozessordnung – mit GVG und Nebengesetzen, 65. Auflage, München 2022
- von Moock, Merle*, Auslieferungsrechtliche Probleme an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2001
- Müller-Gugenberger, Christian/Gruhl, Jens/Hadamitzky, Anke, (Hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 7. Auflage, Köln 2021
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage, München 2021
- Niggli, Marcel Alexander/Heimgartner, Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht. IRSG, GwÜ, Basel 2015
- Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I (Art. 1-136 StGB), 4. Aufl. Basel 2019
- Oehler, Dietrich*, Internationales Strafrecht, 2. Auflage, Köln 1983
- Oehler, Dietrich*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 26.7.1967 – 4 StR 38/67 (KG Berlin), JZ 1968, 189–194

- Ouwerkerk, Jannemieke/Verrest, Pieter (Hrsg.), *Internationaal Strafrecht*, 9. Auflage, Deventer 2021
- Papachristou, Marialena*, Die strafrechtliche Behandlung von Börsen- und Marktpreismanipulationen, Frankfurt am Main 2006
- Pappas, Claudia*, Stellvertretende Strafrechtspflege: zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt nach § 7 II Nr. 2 StGB, Freiburg im Breisgau 1996
- Pawlik, Michael*, Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem forum der Straftheorie, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning Ernst/Pawlik, Michael/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, S. 357–368
- Peters, Sebastian*, § 154 StPO im Hinblick auf ausländische Strafverfahren und Verurteilungen, *NStZ* 2012, 76–79
- Plutte, Axel*, Zum Umfang der nach § 7 StGB erforderlichen Prüfung ausländischen Strafrechts – zugleich ein Beitrag zum ordre-public-Vorbehalt im internationalen Strafrecht -, 1982
- Radbruch, Gustav*, Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs, Tübingen 1922
- Ranft, Otfried* Die Verfassungswidrigkeit des (deutschen) Europäischen Haftbefehlsgesetzes, *wistra* 2005, 361–368
- Reinbacher, Tobias*, Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten gem. § 7 StGB, *ZJS* 2018, 142–149
- Satzger, Helmut*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 10. Auflage, Baden-Baden 2022
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 5. Auflage, Köln 2021
- Schaumburg, Harald/Peters, Sebastian (Hrsg.), *Internationales Steuerstrafrecht*, 2. Auflage, Köln 2021
- Schmitz, Alexander*, Das aktive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Frankfurt am Main 2001
- Schmitz, Roland*, § 7 II Nr. 2 und das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege in: Samson, Erich (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden 1999, S. 619–640
- Schneider, Anne*, The basic approach to jurisdiction in private and criminal law, in: Böse, Martin/Meyer, Frank/Schneider, Anne (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union: Volume II: Rights, principles and model rules*, Baden-Baden 2014
- Scholten, Hans-Joseph*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB: ein Beitrag zur identischen Norm im transnationalen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1995
- Schomburg, Wolfgang* Neuere Entwicklungen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, *NStZ* 1992, 353–360
- Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto/Gleiß, Sabine/Hackner, Thomas (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Auflage, München 2020
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Begr.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Auflage, München 2019

- Schubert, Werner/Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs: Kommissionsprotokolle und Entwürfe, Band I 1869, Baden-Baden 2002
- Sinn, Arndt, Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Göttingen 2012
- Sinn, Arndt Die Vermeidung von strafrechtlichen Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union – Gegenwart und Zukunft, ZIS 2013, 1–9
- Staubach, Fritz, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, Bonn 1964
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, 2. Auflage, München 2022
- Thorhauer, Nathalie Isabelle, Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität, Baden-Baden 2019
- Trechsel, Stefan/Pieth, Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch StGB, 4. Aufl., Zürich 2021
- von Ungern-Sternberg, Joachim Verfolgungs- und Vollstreckungshindernisse als Rechtsfolge von Strafverfolgungsersuchen, ZStW Band 94, 1982, 84–108
- Verrest, Pieter/Lindemann, Michael/Mevis, Paul/Salverda, Sanne, The Transfer of Criminal Proceedings in the EU, Rotterdam/Amsterdam/Bielefeld 2022
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Schmitt, Lothar (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage, München 2020
- Walther, Susanne, Terra Incognita: Wird staatliche internationale Strafgewalt den Menschen gerecht? Exemplarisch am Beispiel des Territorial- und des Weltrechtsprinzip, in: Arnold, Jörg/Björn, Burkhardt/Gropp, Walter/Günter, Heine/Koch, Hans-Georg/Lagodny, Otto/Perron, Walter (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 925–954
- Witschi, Niklaus, Die Übernahme der Strafverfolgung nach künftigem schweizerischem Recht, Bern 1977
- Wolswijk, Hein, Country Report „the Netherlands“, in: Böse, Martin/Meyer, Frank/Schneider, Anne (Hrsg.), Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union: Volume I: National Reports and Comparative Analysis, Baden-Baden 2013, S. 329–367
- Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage, Köln 2017
- Wolter, Jürgen/Deiters, Mark (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK, Band II, 5. Auflage 2016, Band VIII, 6. Aufl. 2023, Köln
- Wörner, Liane/Wörner, Matthias, Länderbericht Deutschland, in: Sinn, Arndt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück/Göttingen 2021, S. 203–262
- Zehetgruber, Christoph, Eine kritische Betrachtung der Anknüpfungspunkte des § 7 StGB, ZIS 2020, 364–382
- Zieher, Wolfgang, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, Berlin 1977
- Zimmermann, Frank, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, Baden-Baden 2014