

VII. Rechtspolitische Folgerungen

Mit der Einordnung der Verfolgingsübernahme 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 Verfolgingsübernahme 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 unzweckmäßig (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 abzusehen, 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 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.

Die Stellung eines Verfolgungersuchens 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/Mervis/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 Auslieferungsersuchen 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 deutschen 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. 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 verletzten 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 En-crochat-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 klargestellt 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 Verfolgungersuchen 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 sinnngemäße 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 sinnngemäß 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 sinnngemäß 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 sinngemäße 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 sinngemäße 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 sinngemäße 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 sinngemäße 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 EuVerfolgÜbk: *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 Antragerfordernis 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 EuVerföglÜbk [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 Strafrahmen 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 wegfielen. 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 1: 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 Verfolgungsersuchen 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 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.
- (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 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.

- (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 Strafgerichtsbarkeit 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.