

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 Rechtspflege-theorie, 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 Moock, 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 Rechtshilfeverfahren 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 Beweisrechtshilfe 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, I. Hauptteil Rn. 21; *Schomburg/Lagodny/Gleß/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/Gleß/Hackner*, Einleitung Rn. 145 ff.; zustimmend *Ambos/Gronke*, in: Ambos/König/Rackow, I. 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 Niederlande⁴⁶⁸ 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 Verfolgungersuchen 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) Strafklasserverbrauch 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/Gleß/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 öffentliche 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/Gleß/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/Gleß/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/Gleß/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 Verfolgingsübernahme 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: Ambros/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/Gleiß/Hackner, § 71 Rn. 18; Jakubetz, in: Ambros/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.