

IV. Die Verfolgungsübernahme im deutschen Recht

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

1. Rechtshilferecht

a) Regelung in Verwaltungsvorschriften (RiVAST)

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

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

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

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

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

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

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

b) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Spontane Informationsübermittlung (§ 61a IRG)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Verfolgungsübernahme als sonstige Rechtshilfe?

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

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

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

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

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

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

e) Internationale Übereinkommen (Art. 21 EuRhÜbk)

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

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

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

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

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

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

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

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

165 Erläuternder Bericht, S. 11 (zu Art. 21 EuRhÜbk).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Beendigung des inländischen Strafverfahrens nach Übertragung der Strafverfolgung

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

2. Beendigung des inländischen Strafverfahrens nach Übertragung der Strafverfolgung

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

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

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

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

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

a) Einstellung bei Auslandstaten (§ 153c StPO)

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

b) Einstellung bei Auslieferung (§ 154b StPO)

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

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

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

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

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

c) Teileinstellung bei mehreren Taten (§ 154 StPO)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

193 *Mavany*, in: Löwe-Rosenberg, § 154 Rn. 12; Meyer-Gossner/*Schmitt*, § 154 Rn. 1a; *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 154 Rn. 10; s. auch LG Bonn StraFo 2016, 72.

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

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

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

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

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

e) Zwischenergebnis

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

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

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

3. Inländisches Strafverfahren nach Übernahme der Strafverfolgung

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

a) Ausübung originärer (deutscher) Strafgewalt

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

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

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

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

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

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

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

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

Beruhet die Übernahme der Strafverfolgung nicht auf der originären deutschen Strafgewalt, sondern wird die Verfolgungsbefugnis von der Strafge-

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

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

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

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

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

aa) Einordnung als stellvertretende Strafrechtspflege

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

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

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

206 BGH NStZ 1985, 545; 2019, 460.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

216 Verordnung vom 4.5.1940, RGBl I S. 754.

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Umsetzung des Grundsatzes der stellvertretenden Strafrechtspflege

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

228 *A. Schmitz*, S. 210.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

235 Vgl. auch BGHSt 21, 277.

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

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

1. zur Zeit der Begehung der Tat Deutscher war oder es danach geworden ist, oder im Geltungsbereich dieses Gesetzes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und
2. die zuständige jugoslawische Behörde um die Verfolgung ersucht.“

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

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

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

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

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

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

1. der Betroffene

- a) zur Zeit der Begehung der Zuwiderhandlung Deutscher war oder es danach geworden ist oder
 - b) im Geltungsbereich dieses Gesetzes seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat und
2. die zuständige Behörde des Begehungsortes um die Verfolgung ersucht hat.“

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

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

240 BGHSt 21, 277 (281).

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

242 *Oehler*, JZ 1968, 191 (193).

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

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

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

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

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

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

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

247 Kritisch insoweit *Oehler*, Rn. 688.

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

(3) Tatortstrafbarkeit und Verfolgungshindernisse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

260 *Satzger*, § 5 Rn. 106.

261 *Satzger*, § 5 Rn. 103.

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

(4) Anwendung des mildereren Tatortrechts (lex mitior)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) Gründe der Nichtauslieferung und Verzicht auf ein Verfolgungersuchen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

280 *Fischer*, § 7 Rn. 11.

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

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

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

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

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

cc) Legitimation „stellvertretender“ Strafrechtspflege über inländische Verfolgungsinteressen?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

293 Pappas, S. 191.

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

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

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

4. Verfassungsrechtliche Grenzen

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

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

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

296 S. die Nachweise in der vorherigen Fußnote.

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

298 Scholten, S. 123.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

305 *Oehler*, Rn. 688.

306 *Pappas*, S. 137.

307 *Oehler*, Rn. 688.

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Ausführungsgesetze zur bilateralen Verfolgungsübernahme

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

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

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

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

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

315 S. insoweit BVerfGE 92, 277, 324.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

324 BVerfG NStZ 2011, 353 (354).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

341 BVerfGE 100, 96 (118).

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

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

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

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

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

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

