

# Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa

Von Privatdozent Dr. **Mark Deiters**, Düsseldorf/Münster\*

Der vorliegende Beitrag beruht auf der Prämisse, dass angesichts der gegenwärtig und auch in Zukunft wünschenswerten nationalen Vielfalt in Europa das im Entstehen begriffene europäische Strafrecht im Grundsatz föderativ organisiert werden sollte. Allenfalls in bestimmten sektoral begrenzten Bereichen, wie etwa beim Schutz der Finanzmittel der Union, bedarf es gegebenenfalls einer Ergänzung durch europäisch einheitliche Strafgesetze.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund stellt die gegenwärtige Situation national differierender Strafgesetze keine prinzipiell zu überwindende Entwicklungsstufe des europäischen Einigungsprozesses dar, sondern ist auch in Zukunft die erwünschte Konsequenz eines Staatenverbundes, der eine bundesstaatliche Ordnung nicht erstrebt.<sup>2</sup> Eine solche Verfasstheit Europas zwingt zu einer wechselseitigen Berücksichtigung national verschiedener Strafverfolgungsinteressen. Das gegenwärtig europaweit im Aufbau befindliche System des Europäischen Haftbefehls ist wegen seiner negativen Folgen für die Freiheitsrechte der Betroffenen dazu nur bedingt geeignet. Als Alternative wird vorgeschlagen, das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege so auszugestalten, dass es nicht nur die Anwendung der jeweils eigenen, sondern auch die Anwendung der Strafgesetze anderer europäischer Mitgliedstaaten zulässt.

---

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die vom *Verf.* am 13.7.2006 gehaltene Antrittsvorlesung an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Näher dazu *Verf.*, Legalitätsprinzip und Normgeltung (im Erscheinen begriffen), S. 244 ff.

<sup>2</sup> Demgegenüber ist die Vorstellung, dass „der wichtigste Grund für die enormen Unterschiede der nationalen Strafrechtsordnungen in einer fast überall gleichermaßen unzulänglichen und lediglich in der Richtung der Unzulänglichkeit unterschiedlichen Respektierung des ultima-ratio-Prinzips zu sehen ist“ (*Schünemann*, ZStW 116 [2004], 382/383), einer pluralistischen Gesellschaftsordnung nicht angemessen und kollidiert mit dem Umstand, dass selbst im Kernstrafrecht erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu beobachten sind (*Pawlik*, ZIS 2006, 274 [277] m.w.N.). Sie läuft im Ergebnis darauf hinaus, einen a priori feststehenden Kern von legitimen Strafrechtsnormen zu postulieren, auf die ein vernünftiger Gesetzgeber sein Strafrecht beschränken würde. Gewiss wird der Gesetzgeber gerade auch im Strafrecht durch das Verfassungsrecht beschränkt. Soweit dies nicht der Fall ist, steht es – entgegen *Schünemann* – aber selbstverständlich mehr oder weniger in seinem „Belieben“ (*Verf.*, ZRP 2003, 359 [360]), welches Verhalten er als strafwürdig ansieht.

## I. Einführung

### 1. Der Europäische Haftbefehl als Antwort auf die erweiterte Aufgabenstellung des nationalen Strafrechts in Europa

Die Aufgabe des Strafrechts wird heute einhellig aus dem allgemeinen Staatszweck der Garantie einer gesellschaftlichen Friedensordnung abgeleitet. Selbstverständlich ist das für die sog. relativen Straftheorien<sup>3</sup>, denen zufolge Strafe gesellschaftlich nützlich sein muss, um als legitim gelten zu dürfen. Aber auch die modernen absoluten Straftheorien teilen diesen Ausgangspunkt. Ihre Anhänger bemühen sich zwar um eine von den gesellschaftlichen Wirkungen der Strafe unabhängige Rechtfertigung des Strafrechts.<sup>4</sup> Die Forderung nach seiner rigoristischen Anwendung, wie sie *Kant* in seinem berühmten Inselbeispiel selbst für den Fall erhob, dass die gesellschaftliche Ordnung, in deren Namen gestraft wird, aufhört zu existieren,<sup>5</sup> ist aber auch ihnen fremd.<sup>6</sup> Lediglich die Gefahren, die drohen, wenn man, wie dieser formulierte, „die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht“<sup>7</sup>, das Strafrecht also allein am Maßstab der gesellschaftlichen Nützlichkeit ausrichtet, soll eine absolute Strafrechtsbegründung nach Ansicht ihrer Befürworter auch heute noch eindämmen helfen.<sup>8</sup>

Herrscht deshalb Einigkeit darüber, dass die Aufgabe des Strafrechts eine gesellschaftsbezogene ist, so kann dessen Anwendung nur legitim sein, wenn der in Rede stehende Normbruch die eigene Gesellschaft überhaupt betrifft. Der unübersichtliche und sehr weit reichende Geltungsbereich unserer Strafgesetze mag völkerrechtlich unbedenklich sein.<sup>9</sup> Strafrechtstheoretisch gibt er vielfältigen Anlass für eine kritische Überprüfung.<sup>10</sup> Eine zunächst an sich sachgerechte

---

<sup>3</sup> Überblick bei *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2006, 1/8-27.

<sup>4</sup> *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004, S. 96 f.

<sup>5</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erstausgabe 1797 (Neudruck Frankfurt a.M., 8. Aufl. 1989), II. Teil Abschnitt E, S. 455.

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa *Pawlik*, ZIS 2006, 274 (282/283). Wenn die Strafe, wie *Pawlik* meint, der „Demonstration des freiheitszerstörenden Charakters“ strafbaren Verhaltens dient, so kann sie nicht mehr legitim sein, wenn es einer solchen Demonstration wegen der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr bedarf.

<sup>7</sup> *Kant* (Fn. 5), S. 453.

<sup>8</sup> Eingehend dazu *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1/1.21, Berlin/Heidelberg/New York 1997.

<sup>9</sup> So jedenfalls die herrschende Sichtweise, die sich allerdings genötigt sieht, für den Fall einer Strafrechtsanwendung nach § 6 StGB das zusätzliche Erfordernis eines legitimierenden Anknüpfungspunktes im Inland zu postulieren; vgl. nur BGHSt 34, 334 (338 ff.).

<sup>10</sup> Kritisch etwa *Pawlik* (Fn. 6) S. 283 ff. aus der Perspektive einer modernen absoluten – oder retributiven – Strafrechtsbegründung. Zu möglichen Zwecken einer gesellschaftsüber-

Beschränkung der eigenen Strafrechtsanwendung auf im Inland begangene Taten, wie sie noch der historische Gesetzgeber von 1871 weitgehend für richtig erachtete, entspricht zwar nach wie vor dem laienhaften Vorverständnis; die in den §§ 3 ff. StGB enthaltenen Regeln des – deutschen – „internationalen Strafrechts“<sup>11</sup> erfüllen diese Erwartung aber nicht mehr.

Indes ist es nicht nur die Weite unseres Strafanwendungsrechts, die problematisch erscheint. Dessen Regeln sind angesichts des fortschreitenden europäischen Einigungsprozesses umgekehrt auch bedenklich eng, weil sie die Strafverfolgungsinteressen anderer europäischer Mitgliedstaaten allenfalls zufällig berücksichtigen. Dabei ist die deutsche Rechtsordnung kein Sonderfall. In Europa erfolgt die solidarische Wahrnehmung fremder Strafverfolgungsinteressen generell nicht durch eine Anwendung der Strafrechtsnormen des jeweiligen Mitgliedstaates, sondern im Wege der mehr oder weniger willfährigen Vollstreckung seiner Entscheidungen.

So kann ein deutscher Richter zwar kein irisches Strafrecht anwenden, wenn ein Deutscher während seines Aufenthaltes in Irland ebendort eine Tat begangen hat, die nur nach irischem Recht strafbar ist. Die Oberlandesgerichte und die bei ihnen angesiedelten Staatsanwaltschaften haben dank des mit Wirkung vom 2.8.2006 in Kraft getretenen Europäischen Haftbefehlsgesetzes<sup>12</sup> künftig aber zu entscheiden, ob im Inland ansässige Personen – auch deutsche Staatsangehörige – wegen des Verdachts einer solchen Tat nach Irland ausgeliefert werden dürfen. Dabei gilt, soweit der Verdacht eine Straftat betrifft, für die nach dem nicht zuletzt ob seiner Unbestimmtheit sehr weitreichenden<sup>13</sup> Katalog des Art. 2 Abs. 2 S. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>14</sup> (im Folgenden: RbEuHB) die Auslieferungsvoraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit aufgehoben wurde,<sup>15</sup> dass die

---

greifenden Strafrechtsanwendung aus der Perspektive einer utilitären Strafrechtsbegründung *Verf.* (Fn. 1), S. 80 ff.

<sup>11</sup> Zur allseits kritisierten Missverständlichkeit des Begriffes siehe nur *Frister* (Fn. 3), 5/9.

<sup>12</sup> BGBl. I 2006, 1721.

<sup>13</sup> Insoweit spricht *Schünemann*, ZRP 2003, 185 (187) nicht ganz zu Unrecht von einem „fast endlosen Katalog“.

<sup>14</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. EG L 190, S. 1.

<sup>15</sup> Der von der Bundesregierung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht unternommene Versuch, die Regelung nicht als Abschaffung des Grundsatzes beiderseitiger Strafbarkeit, sondern als Verzicht auf eine ansonsten erforderliche Einzelfallkontrolle dieser Voraussetzung (siehe dazu die Stellungnahmen von *Masing*, *Zypris* und *Böse* in: *Schorkopf* (Hrsg.), *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2006, S. 199, 202, 204 f.; kritisch *Di Fabio*, a.a.O., S. 233 ff.; mit Recht ablehnend *Weigend*, a.a.O., S. 276) ist schon deshalb verfehlt, weil selbst in Kernbereichen wie dem Tötungsverbot die verschiedenen Rechtsordnungen innerhalb Europas – was durch die variierenden Regelungen zur Sterbehilfe, aber auch im Hinblick des Ab-

Überstellung auf der Grundlage eines in Irland erlassenen europäischen Haftbefehls nicht deshalb verweigert werden darf, weil die Tat nach deutschem Recht nicht strafbar ist oder nach Einschätzung der hiesigen Staatsanwaltschaft kein dringender Tatverdacht besteht. Insofern wird die Entscheidung der irischen Strafverfolgungsbehörden ohne eigene Prüfung anerkannt.

Dass ein integrierter europäischer Staatenverbund wegen der Freizügigkeit, die er seinen Bürgern gewährt, bei der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität auf Dauer nicht ohne eine integrative Komponente zwischenstaatlicher Solidarität auskommen wird, scheint mir naheliegend.<sup>16</sup> Die Alternativlosigkeit des Europäischen Haftbefehls folgt daraus aber nicht. Ebenso gut wäre denkbar, die nationalen Strafrechtsordnungen in der Weise zu europäisieren, dass sie nicht nur die Anwendung des eigenen, sondern auch die Anwendung des Strafrechts der jeweils anderen europäischer Mitgliedstaaten erlauben, soweit diese aufgrund ihrer beschränkten Souveränität nicht in der Lage sind, die Strafverfolgung selbst durchzuführen.

### 2. Die Möglichkeit der Vollstreckungshilfe als Vorbild einer Europäisierung des Prinzips stellvertretender Strafrechtspflege

Eine solche Variante stellvertretender Strafrechtspflege ist innereuropäisch bislang nicht geplant.<sup>17</sup> Lediglich im Bereich des Strafvollzuges gibt es Ansätze eines solchen Integrationsmodells. So sieht Art. 5 Nr. 3 RbEuHB die Möglichkeit vor, die Überstellung einer verdächtigen Person davon abhängig zu machen, dass sie im Falle ihrer Verurteilung für die Strafvollstreckung wieder an ihren Heimatstaat überstellt wird. Damit können die europäischen Mitgliedstaaten sicherstellen, dass sich der Verurteilte während des Strafvollzuges in seinem gewohnten Rechts- und Sprachraum aufhält und seine spätere gesellschaftliche Reintegration nicht über Gebühr erschwert wird.<sup>18</sup>

---

treibungsverbot eindrucksvoll belegt wird – keineswegs von gleichen Maßstäben ausgehen.

<sup>16</sup> So auch jüngst *Kotzurek*, ZIS 2006, 123 (127) für die „kleine Rechtshilfe“.

<sup>17</sup> Angedeutet wurde diese Möglichkeit allerdings auf der außerordentlichen Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer in Dresden 2003 (vgl. *Kreß*, ZStW 116 [2004], 445 [468] im Anschluss an das Referat von *Fuchs*, der – freilich ohne Fremdrechtsanwendung und folglich unter der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit – vorgeschlagen hatte, „Strafverfahren mit internationalem Bezug immer am Wohnort des Beschuldigten durchzuführen“ (*Fuchs*, ZStW 116 [2004], 368 [370]). Erwogen wurde ein solches Modell auch von *Eser*, *Poinikos Logos* 5/2002, 2157 (2161 f.). Im Ergebnis lehnt *Eser* diese Option einer Rechtsannäherung in Europa aber deshalb ab, weil bei ihr die Unterschiedlichkeit des Strafrechts in der Europäischen Union fort dauern würde (a.a.O., 2162). Das ist nach hiesiger Einschätzung, wie in der Einleitung näher dargelegt, freilich kein Nach-, sondern ein Vorteil.

<sup>18</sup> BT-Drs. 16/2014, S. 15.

In der Folge der Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht dem deutschen Gesetzgeber für eine Umsetzung dieses Rahmenbeschlusses auferlegt hat, war dieser verpflichtet, zumindest bei der Auslieferung eigener Staatsangehöriger die Zusage der späteren Rücküberstellung auch tatsächlich als Voraussetzung der Auslieferung zu etablieren.<sup>19</sup> Das am 2.8.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (im Folgenden: EU-Haftbefehlsgesetz) genügt dieser Vorgabe nunmehr, nachdem der in dieser Hinsicht zunächst äußerst problematische Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>20</sup> nicht zuletzt auf Drängen des Bundesrates<sup>21</sup> im Rechtsausschuss<sup>22</sup> noch deutliche Verbesserungen erfahren hat.

### 3. Stellvertretende Durchführung des Hauptverfahrens?

So begrüßenswert es ist, dass damit die Überstellung im Wege eines europäischen Haftbefehls zumindest bei deutschen Staatsangehörigen<sup>23</sup> davon abhängig gemacht wird, dass eine gegebenenfalls anschließend erforderliche Vollstreckung der Strafe in der ihnen heimischen Rechtsordnung möglich wird: Zunächst wird dem Beschuldigten die Auslieferung in eine fremde Rechtsordnung zugemutet. Wenn man aber eine

<sup>19</sup> Siehe BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. 100 ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718\\_2bvr223604.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html), 17.8.2006). Im Gesetzgebungsverfahren war seitens der Bundesregierung erwogen worden, diese Bedingung auch für die ausländischen Familienangehörigen deutscher Staatsbürger zu etablieren, soweit sie mit ihnen in einer Lebensgemeinschaft zusammenleben (BT-Drs. 16/1024, S. 7). Demgegenüber besteht nunmehr gemäß § 83b Abs. 2 lit. a IRG i.d.F. des EU-Haftbefehlsgesetzes vom 20.7.2006 (BGBl. I 2006, 1721) generell die allerdings im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden stehende Möglichkeit, auch die Auslieferung im Inland ansässiger Ausländer von dieser Bedingung abhängig zu machen.

<sup>20</sup> Die Gewährung internationaler Vollstreckungshilfe hängt nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG davon ab, dass die Tat, deretwegen der Ausgelieferte verurteilt wird, auch nach deutschem Recht strafbar wäre. An dieser Vorschrift wollte die Bundesregierung zunächst keine Änderungen vornehmen (BT-Drs. 16/1024, S. 15). Die absurde Folge wäre gewesen: Deutsche Staatsangehörige dürften zwar nur gegen die Zusage des Angebots der späteren Rücküberstellung ausgeliefert werden, die Bundesrepublik Deutschland hätte dieses Angebot in einem Fall fehlender beiderseitiger Strafbarkeit aber gar nicht hätte annehmen dürfen (kritisch dazu bereits *Rosenthal*, in: Schorkopf [Fn. 15], S. 25 ff.). § 80 Abs. 4 IRG bestimmt demgegenüber nunmehr die Unanwendbarkeit des § 49 Abs. 2 Nr. 3 IRG in diesen Fällen.

<sup>21</sup> BT-Drs. 16/1024, S. 20 ff.

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/2015, S. 4, 30.

<sup>23</sup> Bei im Inland lebenden Ausländern steht die Handhabung nach §83b Abs. 2 lit. a IRG im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. Für ausländische EU-Bürger dürfte sich insoweit aus dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG die Notwendigkeit einer Ermessensreduzierung auf Null ergeben.

Rücküberstellung zum Zwecke der Strafvollstreckung für sachgerecht hält, um dem Betroffenen die Resozialisierung in dem ihm heimischen Rechts- und Sprachraum zu ermöglichen, dann ist es naheliegend zu erwägen, ob nicht Entsprechendes bereits für die Möglichkeit einer stellvertretenden Durchführung des Strafverfahrens gilt.<sup>24</sup> Auch im Strafverfahren macht es nicht zuletzt im Hinblick auf die tatsächlichen Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten einen erheblichen Unterschied, ob er sich vor einem heimischen Gericht oder unter den Bedingungen einer für ihn fremden Rechtsordnung verantworten muss.<sup>25</sup> Und nicht erst die Strafvollstreckung, sondern schon das strafprozessuale Erkenntnisverfahren kann entsozialisierende Wirkungen zeitigen, die durch eine Überstellung in eine fremde Rechtsordnung unnötig verschärft werden.

So ließen sich durch eine stellvertretende Durchführung des Hauptverfahrens – und darauf ist mein Vorschlag beschränkt – andernfalls erforderliche Inhaftierungen vermeiden, die in diesem Stadium stets Personen treffen, zu deren Gunsten die auch europäisch anerkannte gesetzliche Vermutung der Unschuld streitet. Die Idee der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa zielt insofern darauf ab, das berechnete Anliegen einer gegenseitigen Anerkennung der Strafverfolgungsinteressen innerhalb Europas<sup>26</sup> mit dem bislang stets als gegenläufig empfundenen<sup>27</sup>, aber ebenso berechtigten Interesse einer Wahrung der Rechte des Beschuldigten zu versöhnen.

Im Folgenden werde ich zunächst der Frage nachgehen, in welchem Umfang eine stellvertretende Wahrnehmung der Strafverfolgungsinteressen schon nach geltendem deutschen Strafrecht die seit Inkrafttreten des EU-Haftbefehlsgesetzes mögliche Auslieferung im Wege eines europäischen Haftbefehls praktisch verhindern kann. Ausgehend von dieser Analyse will ich sodann die Idee einer stellvertretenden Strafrechtspflege als Alternative zum Modell des Europäischen Haftbefehls näher skizzieren und gegen naheliegende Einwände verteidigen.

## II. Situation nach Inkrafttreten des EU-Haftbefehlsgesetzes vom 16.7.2006<sup>28</sup>

Bei der Beantwortung der Frage, in welchem Umfang das gegenwärtig geltende deutsche Recht eine stellvertretende Strafrechtspflege ermöglicht, ist zwischen Inlands- und Auslandstaten zu differenzieren. Zunächst zu den im Inland begangenen Taten:

<sup>24</sup> In diesem Sinne *Fuchs* (Fn. 17), S. 370 f.

<sup>25</sup> Prägnant *Fuchs* (Fn. 17), S. 370 mit ergänzendem Hinweis auf die insoweit nicht unerheblichen Kosten für die Inanspruchnahme einer Rechtsverteidigung.

<sup>26</sup> *Buruma*, ZStW 116 (2004), 424 (425, 427 ff.).

<sup>27</sup> Exemplarisch: *Schünemann* (Fn. 13); *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (340).

<sup>28</sup> Oben Fn. 12.

### 1. Inlandstaaten

Weil eigene, auch bereits durch Ablehnung oder Einstellung abgeschlossene, strafrechtliche Ermittlungen sowohl nach den einschlägigen europäischen Vorgaben (Art. 4 Nrn. 2 und 3 RbEuHB) als auch auf der Grundlage ihrer Umsetzung durch das EU-Haftbefehlsgesetz (§ 83b Nrn. 1 und 2 IRG) dazu berechtigen, die Bewilligung der Auslieferung an einen anderen europäischen Mitgliedstaat abzulehnen, können die deutschen Strafverfolgungsbehörden bei Inlandstaaten, gestützt auf das Tatortprinzip (§§ 3, 9 StGB), stets die Strafverfolgung übernehmen und das Ersuchen um Auslieferung abschlägig bescheiden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Tat, deretwegen um Auslieferung ersucht wird, auch nach deutschem Recht strafbar ist. Andernfalls besteht keine Möglichkeit zu eigener Strafverfolgung, die dem Ersuchen des anderen Mitgliedstaates entgegengehalten werden könnte.<sup>29</sup>

Für eigene Staatsangehörige sieht das deutsche EU-Haftbefehlsgesetz aber entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts unabhängig von einer etwaigen Strafbarkeit nach deutschem Recht die Unzulässigkeit der Auslieferung vor, wenn das Verhalten des Beschuldigten keinen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist (§ 83 Abs. 1 Nr. 2 IRG) oder im Falle des Ersuchens eines Drittstaates ein maßgeblicher Bezug zum Inland besteht (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 IRG). Deutsche können danach wegen des Verdachts einer Straftat, die auf einem inländischen Verhalten beruht, regelmäßig<sup>30</sup> nicht ausgeliefert werden.<sup>31</sup> Für im In-

<sup>29</sup> § 83b Nr. 2 IRG lässt seinem Wortlaut nach freilich auch die Deutung zu, dass die Bewilligung der Auslieferung auch dann abgelehnt werden darf, wenn die Einleitung eines eigenen Strafverfahrens mangels Strafbarkeit des vorgeworfenen Verhaltens abgelehnt oder eingestellt wurde. Damit würde freilich das Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit generell zu einem rechtserheblichen Einwand gegen die Auslieferung. Das Anliegen des Europäischen Haftbefehls besteht jedoch gerade darin, den Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit als Voraussetzung der innereuropäischen Auslieferung weitgehend abzuschaffen, so dass sich eine solche Deutung verbietet.

<sup>30</sup> Die Einschränkung ist erforderlich, weil sich der Gesetzgeber eine Antwort auf die schwierige Frage der Behandlung sog. Inlandsdistanzdelikte, bei denen sich Tathandlung und Erfolg vollständig oder in wesentlichen Teilen in unterschiedlichen Hoheitsgebieten ereignen, unter Hinweis auf eine Abwägung im Einzelfall wortreich entzogen hat.

<sup>31</sup> Diese Umsetzung ist nach dem Wortlaut des zugrundeliegenden Rahmenbeschlusses nicht gänzlich unproblematisch: Der in Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHB enthaltene Bewilligungsvorbehalt sieht die Möglichkeit vor, die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abzulehnen, wenn er sich auf innerhalb des Hoheitsgebietes des Vollstreckungsmitgliedstaates begangene *Straftaten* erstreckt, woran es an sich fehlt, wenn das in Rede stehende Verhalten des Beschuldigten nach der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates gar nicht strafbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hier einen – inhaltlich zweifelsohne sachgerechten – Auslegungsvorschlag von *Kreß* (Fn. 17), S. 465 zu Eigen gemacht, demzu-

land lebende Ausländer gilt hingegen, dass ihre Auslieferung grundsätzlich selbst bei maßgeblichem Inlandsbezug der den Vorwurf begründenden Tat zulässig ist, die Bewilligung der Auslieferung aber, wie sich aus § 83b Abs. 2 lit. b IRG ergibt, nach pflichtgemäßen Ermessen abgelehnt werden kann.

### 2. Auslandstaaten

Bei Auslandstaaten stellt sich die Situation anders dar. Insofern sieht das EU-Haftbefehlsgesetz keine Besserstellung deutscher Staatsangehöriger im Hinblick auf Auslieferungsgesuchen solcher Mitgliedstaaten vor, in denen der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat begangen haben soll. Lediglich bei Auslieferungsgesuchen von Drittstaaten, die im Folgenden nicht näher behandelt werden, besteht eine Privilegierung, weil eine Auslieferung deutscher Staatsangehöriger nach § 83 Abs. 2 IRG bei maßgeblichem Inlandsbezug nicht zulässig ist (Nr. 1) und darüber hinaus auch nur unter der Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit ermöglicht wird (Nr. 2).<sup>32</sup> Eine faktische Privilegierung deutscher Staatsangehöriger ergibt sich jedoch aus dem gegenwärtigen deutschen Strafanwendungsrecht. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB kann das deutsche Strafrecht auf Auslandstaaten eines im Inland betroffenen Ausländers nur angewandt werden, wenn dessen Auslieferung nach der Art der Tat grundsätzlich zulässig, im konkreten Fall aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Für Auslandstaaten Deutscher gilt das deutsche Strafrecht nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB dagegen unabhängig von der Möglichkeit einer Auslieferung.

Die infolgedessen in weiterem Umfang mögliche stellvertretende Anwendung des deutschen Strafrechts auf eigene Staatsangehörige hatte ursprünglich – entsprechend dem Grundsatz „aut dedere, aut punire“ – den Sinn, das nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. bis zum Jahr 2000 uneingeschränkt geltende Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger zu kompensieren.<sup>33</sup> Soweit bei Auslandstaaten künftig auch deren Überstellung möglich sein wird, gibt § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB den Strafverfolgungsbehörden nun aber für den Fall eines Auslieferungsgesuchens die Gelegenheit, die Strafverfolgung selbst zu übernehmen und dadurch ein die Ableh-

folge es ausreichen muss, wenn das Verhalten von der Warte des Ausstellungsstaates eine Straftat darstellt.

<sup>32</sup> Die Regelung beruht auf dem Vorschlag der Bundesregierung (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 IRG-Entwurf, siehe BT-Drs. 16/2014, S. 6). Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme für diese Fallkonstellationen – meines Erachtens zu Recht – überhaupt kein Bedürfnis für die Auslieferung eigener Staatsangehöriger gesehen (BT-Drs. 16/2014, S. 21 f.). In der Tat ist es schwer nachvollziehbar, warum ein Staat, zu dem das dem Beschuldigten vorgeworfene strafbare Verhalten keinen maßgeblichen Bezug aufweist, die Übergabe eines Deutschen (m.E. sogar darüber hinaus: eines Inländers) erwirken können soll, obwohl der eigentlich betroffene Staat selbst die Auslieferung nicht betreibt.

<sup>33</sup> *Ambos*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 7 Rn. 1; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 26. Lfg., Stand: Juni 1997, § 7 Rn. 12.

nung der Auslieferung rechtfertigendes Bewilligungshindernis zu schaffen.<sup>34</sup> Anders stellt sich die Situation für im Inland lebende Ausländer dar. Können die Strafverfolgungsbehörden bei dem Verdacht einer auf deutschem Territorium begangenen Tat insoweit die Auslieferung verweigern, geht das Gesetz bei dem Verdacht einer auf fremdem Territorium begangenen Tat künftig grundsätzlich<sup>35</sup> von einem Vorrang der Strafverfolgungsinteressen des um Auslieferung nachsuchenden europäischen Mitgliedstaates aus.

### 3. Zusammenfassung und Kritik

Unter Außerachtlassung schwieriger Mischfälle bei der Bestimmung des maßgeblichen Inlands- oder Auslandsbezuges – der Gesetzgeber hat sich hier, wie im Rechtsausschuss mit Recht gerügt wurde<sup>36</sup>, wortreich einer Entscheidung in der Sache enthalten und das Problem auf die Oberlandesgerichte abgewälzt – ergibt sich zusammenfassend das folgende Bild:

Deutsche müssen bei dem Verdacht einer Inlandstat keine Auslieferung befürchten, und zwar ungeachtet der Frage, ob infolge einer auch nach deutschem Strafrecht gegebenen Strafbarkeit eine stellvertretende Wahrnehmung fremder Strafverfolgungsinteressen de lege lata überhaupt in Betracht kommt. Bei dem Verdacht einer Auslandstat ist die Auslieferung dagegen prinzipiell zulässig. Soweit auch nach deutschem Recht der Verdacht eines strafbaren Verhaltens besteht, erlaubt § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB allerdings die Einleitung eines innerstaatlichen Strafverfahrens, das seinerseits als Bewilligungshindernis gegen die Auslieferung geltend gemacht werden kann.

Bei Inlandstaaten von Ausländern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, steht es dagegen nach den Regelungen des EU-Haftbefehlsgesetzes im – gerichtlich überprüfaren – Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie dem innereuropäischen Ersuchen auf Auslieferung stattgeben oder aber entsprechend den für Deutsche geltenden Regeln die Bewilligung ablehnen will. Bei Auslandstaaten ist die innereuropäische Auslieferung bei dieser Personengruppe indes grundsätzlich verpflichtend.

Diese Regelung ist, abgesehen von ihrer bereits erwähnten Unzulänglichkeit in den sog. „Mischfällen“ des Ausei-

inanderfallens von Handlungs- und Erfolgsort, in ihrer Wertung vor allem unter zwei Gesichtspunkten problematisch: Zunächst ist bedenklich, dass die Auslieferung im Inland dauerhaft ansässiger Ausländer auch bei maßgeblichem Inlandsbezug des gegen sie gerichteten Vorwurfs im Ermessen der Staatsanwaltschaft steht, ohne dass erkennbar wäre, welche sachlichen Gesichtspunkte bei dieser Entscheidung den Ausschlag geben sollen. Der Gesetzgeber hat sich hier der inhaltlichen Entscheidung enthalten und dabei – obschon dies Thema im Rechtsausschuss war<sup>37</sup> – nicht zu Kenntnis nehmen wollen, dass eine damit einhergehende Ungleichbehandlung von Deutschen und anderen EU-Bürgern mit dem in Art. 12 des EG-Vertrages verankerten europarechtlichen Diskriminierungsverbot konfligiert, wonach kein EU-Bürger wegen seiner Staatsangehörigkeit in einem anderen EU-Land benachteiligt werden darf. Immerhin: Das am 2.8.2006 in Kraft getretene EU-Haftbefehlsgesetz sieht, im Gegensatz zum ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung und noch restriktiveren Vorstellungen des Bundesrates<sup>38</sup>, überhaupt die Möglichkeit vor, im Inland lebenden Ausländern die Auslieferung bei Vorliegen eines maßgeblichen Inlandsbezuges des Vorwurfs zu ersparen. Die verbleibenden Ungereimtheiten lassen sich durch eine sachgerechte Handhabung des – bei EU-Ausländern freilich auf Null reduzierten – Ermessens praktisch bewältigen.

Etwas anderes gilt für das Manko, dass eine die Auslieferung vermeidende und für den Beschuldigten deshalb günstigere stellvertretende Durchführung des Hauptverfahrens bei Auslandstaaten allenfalls möglich ist, soweit das ihm vorgeworfene Verhalten auch nach deutschem Recht eine Straftat darstellt. So ist eine stellvertretende Wahrnehmung der Strafverfolgungsinteressen eines anderen Mitgliedstaates bei Auslandstaaten eines Deutschen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nur denkbar, wenn das Verhalten nicht nur am Tatort, sondern auch in Deutschland strafbar ist. Das Auslieferungersuchen kann in diesen Fällen deshalb nicht unter Hinweis auf eigene Ermittlungen abgelehnt werden. Damit privilegiert die Rechtsordnung faktisch denjenigen Beschuldigten, der auch nach den ihr eigenen Wertmaßstäben – möglicherweise – „verbrochen“ hat (und deshalb darauf hoffen darf, in Deutschland vor Gericht gestellt zu werden), während sie jenen seinem Schicksal überlässt, dem nach heimischen Maßstäben an sich gar nichts Böses vorgeworfen werden kann (und dessen Überstellung infolgedessen nicht verhindert werden kann).

<sup>34</sup> BT-Drs. 16/1024, S. 17, wobei die Begründung der Bundesregierung fälschlicherweise davon ausgeht, dass das Legalitätsprinzip insoweit dazu verpflichten würde, die Einleitung eines innerstaatlichen Strafverfahrens zu prüfen. Das Legalitätsprinzip gilt für Auslandstaaten nach § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO nur sehr eingeschränkt.

<sup>35</sup> Etwas anderes gilt für den im hiesigen Zusammenhang vernachlässigbaren Fall, dass das deutsche Strafrecht kraft des Schutz- oder des Weltrechtsprinzips Anwendung findet und deshalb eine Anwendung des eigenen Strafrechts möglich ist. Die zudem bestehende Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 StGB die Strafverfolgung stellvertretend zu übernehmen, dürfte praktisch bedeutungslos sein, weil die Ausführbarkeit der Auslieferung (§ 7 Abs. 2, 2. Alt.) zumindest im Fall einer tatsächlichen Befolgung der EMRK innerhalb Europas stets zu bejahen sein wird.

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/2015, S. 21, 24.

<sup>37</sup> Siehe dazu den von der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen im Rechtsausschuss eingebrachten Änderungsantrag nebst Begründung: BT-Drs. 16/2015, S. 13 f.

<sup>38</sup> Nach Vorstellung der Bundesregierung sollte der für Deutsche geltende Vollstreckungsschutz lediglich ausländischen Familienangehörigen zuteil werden, soweit sie mit einem Deutschen in einer Lebensgemeinschaft zusammenleben (BT-Drs. 16/1024, S. 7). Der Bundesrat sprach sich in seiner Stellungnahme sogar gegen eine „Privilegierung“ dieser Personengruppe aus (BT-Drs. 16/1024, S. 22).

### III. Stellvertretende Fremdrechtsanwendung als Alternative

Dieser Wertungswiderspruch ist kein Problem der deutschen Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl. Vielmehr folgt er zwangsläufig daraus, dass man sich europäisch auf eine wechselseitige Anerkennung fremder Strafverfolgungsinteressen verständigt hat, eine Fremdrechtsanwendung aber nicht zulässt. Er ließe sich deshalb vermeiden, verstünde man den Grundsatz stellvertretender Strafrechtspflege innereuropäisch nicht ausschließlich als Prinzip der stellvertretenden Anwendung eigener, sondern auch als Grundsatz der stellvertretenden Anwendung fremder Strafgesetze. Die nationalen Gerichte könnten dann im Falle des Verdachts der Auslandstat unabhängig von einer Strafbarkeit nach eigenem Recht stellvertretend für den betroffenen Mitgliedsstaat die Strafverfolgung übernehmen.

Dabei sollte die Möglichkeit der Überstellung nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Vielmehr ist – vielleicht abgesehen von dem Fall einer Festnahme auf frischer Tat<sup>39</sup> – an die Begründung eines grundrechtsähnlichen Rechts eines jeden Unionsbürgers zu denken, sich strafrechtlich nur vor den Gerichten desjenigen Mitgliedstaates verantworten zu müssen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dem müsste im Gegenzug eine zwischenstaatliche Pflicht korrespondieren, auf Verlangen des jeweils betroffenen Mitgliedstaates das Strafverfahren stellvertretend durchzuführen. Insoweit würde im Hauptverfahren (und nur dort!) das Verfahrensrecht des ersuchten, aber das materielle Recht des ersuchenden Staates gelten.

Beispielhaft: Ein deutscher Arzt, der im Verdacht steht, im Einklang mit dem deutschen Recht, aber unter Verstoß gegen das irische Strafgesetz, ebendort gewerbsmäßig und im Verbund mit anderen Beteiligten Abtreibungen durchgeführt zu haben, könnte seine im Wege eines Europäischen Haftbefehls zumindest unter dem Blankett der „Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung“ (§ 81 Nr. 4 IRG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 RbEuHB) denkbare Auslieferung<sup>40</sup> nach Irland

<sup>39</sup> Selbst diejenigen, die prinzipielle Einwände gegen eine Durchführung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung erheben, stellen die Zuständigkeit des Tatortstaates im Fall der Festnahme auf frischer Tat nicht in Frage, weshalb eine entsprechende Beschränkung des erwogenen Rechts nahe liegt. So lange wechselseitiges Vertrauen in eine wirksame Wahrnehmung fremder Strafverfolgungsinteressen innereuropäisch nicht durch eine entsprechende Übung der Mitgliedstaaten gewachsen ist, scheint es überdies schwer vorstellbar, dass sich die Nationalstaaten dieses Recht nehmen lassen. Langfristig wäre es freilich vorzugswürdig, dem – auch hier möglicherweise zu Unrecht Beschuldigten – zumindest bei länger andauernden Verfahren die Möglichkeit zu geben, sich in der ihm heimischen Rechtsordnung gegen den Vorwurf strafbaren Verhaltens zur Wehr setzen zu können.

<sup>40</sup> Erwogen werden kann allerdings auch, die im Wege des Europäischen Haftbefehls bestehende Möglichkeit der Auslieferung wegen des Verdachts der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung restriktiv zu deuten und nur die Beteiligung an solchen Vereinigungen als erfasst anzusehen, wel-

verhindern, müsste sich dafür aber wegen des Verdachts der Beteiligung an dieser kriminellen Vereinigung und wegen des Verstoßes gegen das irische Abtreibungsverbot vor einem deutschen Gericht verantworten.<sup>41</sup> Ebenso könnte ein Engländer, der auf Versammlungen in Deutschland beständig den Holocaust leugnet, darauf bestehen, nicht nach Deutschland überstellt zu werden, sondern vor englischen Gerichten wegen des Verdachts der nur nach deutschem Recht strafbaren Volksverhetzung (§ 130 Abs. 3 StGB) angeklagt zu werden.<sup>42</sup>

Letzteres Beispiel lässt, nicht zuletzt weil der Bundesgerichtshof im Wege einer extensiven Auslegung des Erfolgsbegriffs in § 9 StGB das deutsche Strafrecht im Kontext des Tatbestandes der Volksverhetzung selbst dann für anwendbar hält, wenn der Täter im Ausland handelt, seine Äußerung aber via Internet auch im Inland wahrgenommen werden kann<sup>43</sup>, sogleich die Frage aufkommen, ob dies nicht faktisch dazu führt, dass überall in Europa die Strafgesetze aller Mitgliedstaaten gelten. Darüber hinaus liegt der Einwand auf der Hand, die Verpflichtung zur stellvertretenden Anwendung fremder Strafgesetze könne dazu führen, dass die Mitgliedstaaten im Einzelfall gezwungen würden, eine Strafnorm anzuwenden, die nach ihrem eigenen nationalen Verfassungsverständnis gegen höherrangiges Recht verstößt.

Was den zuletzt genannten Einwand anbelangt, wird die Sache freilich nicht dadurch besser, dass in einem solchen Fall die stellvertretende Anwendung fremder Strafgesetze unterleibt, der Beschuldigte aber auf Anforderung des ersuchenden Mitgliedstaates ausgeliefert wird. Auch dem Gehilfen ist die gemeinsame Tat zuzurechnen, weshalb sich der ausliefernde Staat nicht dadurch entlasten kann, er selbst wende im Falle der Auslieferung die fremden Strafnormen

che sich die Begehung der darüber hinaus im Katalog des Art. 2 Abs. 2 RbEuHB enthaltenen Straftatenbereiche zum Ziel gesetzt haben. Dass eine solche Begrenzung vom Gesetzgeber intendiert war, kann allerdings weder dem Rahmenbeschluss noch dem deutschen Umsetzungsgesetz entnommen werden.

<sup>41</sup> Letzteres gilt grundsätzlich auch für den Fall der Auslieferung im Wege des Europäischen Haftbefehls, soweit die Mitgliedstaaten nach Art. 27 Abs. 1 RbEuHB dem Generalsekretariat des Rates mitgeteilt haben, dass sie auf die Anwendung des im Auslieferungsrecht geltenden Grundsatzes der Spezialität verzichten, wonach der Beschuldigte nur wegen solcher Straftaten verurteilt werden darf, wegen derer die Auslieferung bewilligt wurde. Nach § 82 IRG ist die Gewährleistung des Spezialitätsgrundsatzes (§ 11 IRG) im Kontext eines Europäischen Haftbefehls folgerichtig auch nicht mehr als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Auslieferung statuiert.

<sup>42</sup> Eine Auslieferung wäre insoweit möglich, weil es sich beim deutschen Tatbestand der Volksverhetzung um eine Straftat handelt, die der in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten aufgeführten Deliktsguppe der Straftaten gegen „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ zugehörig ist.

<sup>43</sup> BGHSt 46, 212.

gar nicht an. Unabhängig von der Methode der Berücksichtigung fremder Strafverfolgungsinteressen ist es deshalb sachgerecht, die nationalen Verfassungsordnungen als unübersteigbare Schranke für deren solidarische Wahrnehmung anzusehen.<sup>44</sup> Wo in Europa noch kein einheitlicher Wertekonsens herrscht, darf er nicht im Wege einer gegenseitigen Anerkennung und unter Hinweis auf europäische Mindeststandards zwangsweise hergestellt werden. Eine derartige Entleerung staatlicher Souveränität – gegen die sich das Bundesverfassungsgericht zu Recht mehrfach in Stellung gebracht hat<sup>45</sup> – widerspricht der gegenwärtigen Verfassungssituation in Europa, die von einer bundesstaatlichen Ordnung weit entfernt ist – und nach meinem Dafürhalten auch weit entfernt bleiben sollte.

Auch der zweite Einwand, ein innereuropäisches Konzept stellvertretender Strafrechtspflege könne angesichts extensiver nationaler Strafanwendungsregeln faktisch dazu führen, dass alle europäischen Strafgesetze künftig überall gelten, ist zwar teilweise zutreffend, gilt aber gerade auch für die Alternative des Europäischen Haftbefehls.<sup>46</sup> Wenn ein Engländer vom Territorium seines Heimatlandes aus via Internet Gedankengut verbreitet, das nach den Wertungen des deutschen Strafgesetzes den Straftatbestand der Volksverhetzung erfüllt, nach angelsächsischer Rechtstradition aber dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfällt, werden sich die britischen Behörden nicht nur schwer damit tun, den Straftatbestand der Volksverhetzung stellvertretend anzuwenden. Sie werden auch das mit diesem Vorwurf begründete Ersuchen um Auslieferung nach Deutschland abschlägig bescheiden. Mit Recht könnten sie dabei auf die Selbstverständlichkeit verweisen, dass sich das in England zulässige Verhalten allein am Maßstab der britischen und nicht ergänzend auch noch am Maßstab der deutschen Strafgesetze bemisst.

Nicht erst ein innereuropäisches Konzept stellvertretender Strafrechtspflege, sondern bereits das gegenwärtig im Aufbau befindliche System des Europäischen Haftbefehls setzt infolgedessen eine noch nicht existierende Koordination der nationalen Regeln über den örtlichen Geltungsbereich der Strafgesetze voraus, für die ich nach wie vor eine Begrenzung auf den Tatort der Begehung für sachgerecht halte.<sup>47</sup> Nur so –

und nicht durch eine jetzt von der Kommission im Wege eines neuerlichen Grünbuchs<sup>48</sup> vorgeschlagene Koordination der praktischen Zusammenarbeit bei verbleibendem Wildwuchs der nationalen Strafanwendungsrechte – lässt sich im Strafrecht die territoriale Gebietshoheit wahren, die eine gegenseitige Anerkennung nationaler Strafbarkeitslücken verbürgt.

Auf der Grundlage innereuropäisch koordinierter Strafgewalten ist eine stellvertretende Anwendung fremder Strafgesetze aber keinen grundlegenden legitimatorischen Bedenken ausgesetzt. Das gilt auch für die Überlegung, eine strafrechtliche Verurteilung könne doch nicht im Namen einer Gesellschaft erfolgen, die das betreffende Verhalten selbst gar nicht als strafwürdig beurteilt.<sup>49</sup> So wie die Geltung strafbewehrter Verhaltensnormen auch innerhalb eines Staates regional begrenzt sein kann – für Deutschland gilt dies etwa im Bereich landesstrafrechtlicher Regeln –, spricht auch innerhalb des europäischen Staatenverbundes nichts dagegen, bestimmte Verbote nur in einigen Regionen anzuerkennen, ihre Verletzung dann aber – wie es den innerdeutschen Regeln des interlokalen Strafrechts entspricht – überall zu ahnden. Der Staat macht seinen Bürgern insoweit den legitimen Vorwurf, die zentralen Wertungen der Rechtsordnung eines befreundeten Staates verletzt zu haben.

Schließlich wäre es auch nicht sachgerecht, in der stellvertretenden Anwendung der Strafgesetze eines anderen europäischen Mitgliedstaates einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip zu sehen. Sicher: Die Strafgesetze anderer europäischer Mitgliedstaaten erfüllen schon deshalb nicht die formalen Voraussetzungen gesetzlicher Bestimmtheit i.S. des Art. 103 Abs. 2 GG, weil sie nicht in dem vom Grundgesetz vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren oder auf der Grundlage einer in diesem Verfahren beschlossenen gesetzlichen Ermächtigung zustande gekommen sind. Es stellt sich aber die Frage, ob diese formalen Voraussetzungen des Gesetzlichkeitsprinzips auch für den Fall einer Fremdrechtsanwendung innerhalb des europäischen Staatenverbundes gelten können.

Wenn dem so wäre, müssten die formalen Voraussetzungen des Gesetzlichkeitsprinzips richtigerweise auch gelten, soweit fremde Strafgesetze die Auslieferung von Beschuldigten legitimieren.<sup>50</sup> Dann aber wäre nicht nur der Europäische

<sup>44</sup> Für eine solche Einschränkung mit Recht *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (997).

<sup>45</sup> Grundlegend ist insoweit die sog. Maastricht-Entscheidung: BVerfGE 89, 155 (189), deren Leitlinien das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über den Europäischen Haftbefehl noch einmal bestätigt hat: BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005 (oben Fn. 19), Absatz-Nr. 74.

<sup>46</sup> Dazu etwa *Schünemann* (Fn. 13), S. 187.

<sup>47</sup> *Verf.*, (Fn. 2), S. 361 ff.; zu anderen, im Ergebnis auf eine Ermessensentscheidung im Einzelfall hinauslaufenden Konzepten siehe *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NStZ 2002, 624; *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen?, Gutachten März 2001; S. 99 ff. (<http://www.sbg.ac.at/ssk/downloads/lago.pdf>, 23.08.2006); *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, passim.

<sup>48</sup> „Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz ne bis in idem im Strafverfahren“, KOM (2005) 696 endg.

<sup>49</sup> Auf diesem Einwand beruht im Kern die prinzipielle Kritik gegen jedwede gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen, die sich insbesondere am Europäischen Haftbefehl entzündet hat; siehe beispielhaft *Fuchs* (Fn. 17), S. 368.

<sup>50</sup> Nicht überzeugend scheint mir demgegenüber die verbreitete Argumentation, wonach Art. 103 Abs. 2 GG schon deshalb keine Anwendung finde, weil die Auslieferung selbst noch keine Bestrafung darstellt; siehe dazu die Stellungnahme von *Böse* in: Schorkopf (Fn. 15), S. 93 mit umfassenden Nachweisen. Dagegen mit Recht *Hassemer*, a.a.O., S. 230. Sobald man die Alternativen Auslieferung und stellvertretende Durchführung des Strafverfahrens in Blick nimmt, wird

Haftbefehl, bei dem eine gesetzlich bestimmte Strafbarkeit nach dem Recht des Auslieferungsstaates weithin überhaupt nicht gegeben sein muss, sondern auch das übrige deutsche Auslieferungsrecht, bei dem für die Überstellung des Beschuldigten seit jeher als ausreichend angesehen wird, dass die Tat „bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhaltes“ auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige wäre (§ 3 Abs. 1 IRG), wegen Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip als verfassungswidrig zu bewerten. Hier zeigt sich, dass die formalen Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips nicht für einschlägig erachtet werden, wenn es um die Unterstützung fremder Strafverfolgungsinteressen geht.

Diese Sichtweise ist, zumindest im hier interessierenden europäischen Kontext, sachgerecht. Im Falle einer Unterstützung der Rechtsordnungen anderer EU-Staaten kann es nicht darum gehen, ob eine Strafnorm die formalen Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 2 GG erfüllt. Entscheidend ist vielmehr, ob das fremde Strafgesetz – wäre es im national dafür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden – Art. 103 Abs. 2 GG genügt, ob also die materiellen Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips gewahrt sind und das Strafgesetz inhaltlich als hinreichend bestimmt angesehen werden kann. Die gegenteilige Ansicht stünde in Widerspruch zu Art. 23 Abs. 1 GG, der im Kontext des europäischen Einigungsprozesses sogar eine Einschränkung von nationalen Hoheitsrechten zulässt und damit ohne Weiteres eine solidarische Unterstützung fremder Strafverfolgungsinteressen ohne Verlust von Hoheitsrechten legitimiert.<sup>51</sup> Im Falle eines Beharrens auf den formalen – wohlgerneht: nicht den materiellen – Voraussetzungen einer gesetzlichen Bestimmtheit i.S. des Art. 103 Abs. 2 GG würde einer derartigen, vom Grundgesetz gewollten zwischenstaatlichen Solidarität von vornherein jede Grundlage entzogen.

Ist eine stellvertretende Anwendung fremder Strafgesetze deshalb richtigerweise keinen grundlegenden legitimatorischen Bedenken ausgesetzt, bleibt gleichwohl einzuräumen, dass sie für die Strafjustiz in der Praxis eine besondere Herausforderung darstellen würde. Dabei sind zum einen die Schwierigkeiten zu bedenken, die naturgemäß in der Anwendung fremder Rechtsregeln bestehen,<sup>52</sup> welche die Gerichte freilich im Bereich des internationalen Privatrechts seit je her bewältigen müssen. Zum anderen wird eine stellvertretende Durchführung des Hauptverfahrens – will man sich nicht mit einem hinsichtlich der Validität von Tatsachenfeststellungen

problematischen Austausch von Protokollen begnügen<sup>53</sup> – nicht selten einen aufwendigen Transfer insbesondere von Zeugen zur Folge haben, die zwar nicht zwangsläufig, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit, in der Nähe des Tatorts ihren Wohnsitz haben.

All dies sind Probleme, die unter dem Gesichtspunkt praktischer Effizienz für die innereuropäische Auslieferung von Beschuldigten und gegen eine stellvertretende Durchführung der Strafverfahren an dessen Wohnsitz sprechen. Praktische Effizienz ist im Kontext der inhaltlichen Ausgestaltung des Strafverfahrens freilich ein gefährlicher Maßstab. So richtig es einerseits ist, dass das Strafrecht seine gesellschaftliche Nützlichkeit unter Beweis zu stellen hat, wenn es im säkularen Staat seinen legitimen Platz haben will, so verfehlt wäre es andererseits, diesen Maßstab als inhaltliche Maxime des Strafverfahrens anzuerkennen. Die Mahnung *Kants*, der Täter müsse erst „strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser“ – der richterlichen – „Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen“, ist als Ausfluss des Schuldprinzips auch in einem utilitär begründeten Strafrecht unbedingt zu beachten. Dazu gehört es, dass dem Täter – wie es das deutsche Strafrecht in § 17 StGB verlangt – nachgewiesen wird, dass er zumindest potentiell in der Lage war, das Unrecht seiner Tat einzusehen.

Die Beurteilung dieser Frage kann bei wenig bekannten Normen schon im einigermaßen homogenen Bezugsrahmen einer nationalen Rechtsordnung nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten.<sup>54</sup> Sie ist noch ungleich schwerer zu beantworten, wenn es um Regeln geht, welche die Rechtsordnung des Beschuldigten gar nicht anerkennt. Wurde der Richter in dieser Situation nicht in der gleichen Rechtsordnung wie der Beschuldigte sozialisiert, fehlt es ihm regelmäßig an einem hinreichenden eigenen Erfahrungshorizont, der eine verlässliche Beurteilung der potentiellen Unrechtseinsicht beim Angeklagten erst ermöglichen würde. Angesichts dieses Umstandes sind es nicht nur die legitimen Verteidigungsinteressen des Beschuldigten, die ein Konzept der stellvertretenden Strafrechtspflege gegenüber dem Modell des Europäischen Haftbefehls als vorzugswürdig erscheinen lassen. Ein solches Modell bietet gerade im Kontext nationalstaatlich differierender Normen auch eine deutlich höhere Gewähr dafür, dass strafrechtliche Schuld prozessual nicht bloß fingiert wird.

#### IV. Ausblick

Als Realist muss man allerdings der Tatsache ins Auge blicken, dass das skizzierte Modell einer stellvertretenden Strafrechtspflege innereuropäisch nur im Wege eines von allen Mitgliedstaaten mitgetragenen völkerrechtlichen Übereinkommens etabliert werden könnte. Die hierfür erforderliche

---

deutlich, dass es nicht richtig sein kann, wenn der Staat im Hinblick auf die Auslieferung von den Kautelen des Gesetzlichkeitsprinzips vollständig befreit sein soll.

<sup>51</sup> Ob aus dem Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes Entsprechendes auch für die Unterstützung der Strafverfolgungshindernissen nichteuropäischer Staaten gilt – so *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (996/997) – kann hier offen bleiben.

<sup>52</sup> *Eser* (Fn. 17), 2162, der allerdings mit Recht zugleich auf die darin liegende Chance des wechselseitigen Kennenlernens der europäisch differierenden Rechtsordnungen hinweist.

---

<sup>53</sup> Diese Gefahr bestünde, wenn man bei der Beurteilung der Verwertbarkeit entsprechender Protokolle allein darauf abstellen würde, dass sie nach dem Recht desjenigen Staates, in dem die Beweisaufnahme stattgefunden hat, rechtmäßig erhoben wurden (dagegen mit Recht *Gleß*, ZStW 115 [2003], 131 [145]).

<sup>54</sup> Zu den Bedingungen der Befolgung unbekannter Pflichten *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 16 ff.

Einstimmigkeit dürfte schwer zu erzielen sein, weil dieses Modell im Gegensatz zum Konzept des Europäischen Haftbefehls nicht die Effizienz der Strafverfolgung zum entscheidenden Maßstab erhebt, sondern sowohl die Interessen des einzelnen Beschuldigten wie auch das Allgemeininteresse an der Vermeidung ungerechter Verurteilungen in den Vordergrund rückt. Eine solche Sichtweise entspricht gegenwärtig nicht dem Maßstab der europäischen Kriminalpolitik. Diese durchkriecht – wie *Kant* es formulieren würde – lieber die „Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre“.

Der nationale Gesetzgeber kann sich freilich nicht darauf berufen, er sei kraft europäischer Vorgaben „normativ unfrei“<sup>55</sup>. Weil eine Auslieferung an einen anderen europäischen Mitgliedstaat, wie dargelegt, auch nach den europäischen Vorgaben stets unter Hinweis auf die eigene – berechnete – Strafverfolgung abgelehnt werden kann, böte eine innerstaatliche Regelung, nach der die Strafverfolgungsbehörden im Falle des Ersuchens um Auslieferung das Verfahren nach Maßgabe des ausländischen Strafrechts übernehmen könnten, durchaus eine Möglichkeit, sich national eine stellvertretende Strafrechtspflege zur Vermeidung der innereuropäischen Auslieferung vorzubehalten. Auch der nationale Gesetzgeber kann sich deshalb für das skizzierte Modell der stellvertretenden Strafrechtspflege entscheiden. Das europäische Recht verpflichtet ihn nicht zur Auslieferung. Unfrei ist er infolge des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl lediglich in einem: Er darf die berechtigten Strafverfolgungsinteressen anderer europäischer Mitgliedstaaten nicht ignorieren.

---

<sup>55</sup> So hatten sich bekanntlich manche Abgeordnete des Deutschen Bundestages gefühlt, als sie die Umsetzung der europäischen Vorgaben zum Europäischen Haftbefehl beschlossen; siehe *Reinhard Müller*, Wann darf ein Deutscher ausgeliefert werden?, F.A.Z. vom 16.7.2005, S. 1/2 und *ders.*, Deutsche Interessen: keine, F.A.Z. vom 26.5.2006, S. 1; im Wortlaut finden sich die entsprechenden Stellungnahmen der Abgeordneten *Kauder* und *Ströbele* bei *Schorkopf* (Fn. 15), S. 243-256. Auch wenn die Richter des Bundesverfassungsgerichts die anwesenden Abgeordneten in der mündlichen Verhandlung zum ersten und später für nichtig erklärten EU-Haftbefehlsgesetz (oben Fn. 12) daran erinnern haben, dass sie der Gesetzgeber seien (*Müller*, F.A.Z. vom 16.7.2005, S. 1 f.), muss die Frage, welchen Spielraum der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung europäischer Rahmenbeschlüsse hat, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als weitgehend ungeklärt gelten. Wenn das Gericht betont, die mitgliedstaatlichen Legislativorgane behielten die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, die auch die Möglichkeit der Verweigerung einschließe (BVerfG [oben Fn. 19], Absatz-Nr. 81), so ist das eine Sichtweise, die im Ergebnis wünschenswert sein mag, im Hinblick auf Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b EUV aber näher erläuterungsbedürftig gewesen wäre (deutliche Kritik dieser Erwägungen der Senatsmehrheit im Sondervotum von *Lübbe-Wolff*, Absatz-Nr. 177).