



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL Reform der juristischen Ausbildung? (*S. Dahmen*)

INTERVIEW Russell A. Miller: German Law and Legal Culture

AUS DER PRAXIS

RA Johannes Weigl und Dr. Leonie Wittershagen

Digital Law Litigation: Zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Bereich der europäischen Digitalregulierung

GRUNDLAGEN

Ansgar Pohl

Deutsches Kolonialstaatsrecht und Völkerrecht im 19. Jahrhundert

ZIVILRECHT

Leonie Krambeck

Der patentrechtliche Sukzessionsschutz – Vorzeichenwechsel durch die BGH-Entscheidung *Valentins*?

Konrad Thole

Vereinbarkeit des Andienungsrechts nach dem neuen § 47 BörsG mit der Vermögensbindung

ÖFFENTLICHES RECHT

Emilia Scheithauer

Die *Inter se*-Modifikation multilateraler Verträge im Kontext des deutschen Cannabisgesetzes

Leonardo Braguinski

Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung bei der Auslieferung von ausländischen Unionsbürgern an Drittstaaten

STRAFRECHT

Clara Timphus

Der Einfluss von Sonderwissen auf die Zurechenbarkeit des Taterfolgs

Maxine Stumpp

Geschlechterrollenstereotype und Vergewaltigungsmythen im Sexualstrafrecht und dessen Anwendung

5. Jahrgang · Seiten 97–220

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2024

Cannabis anstreben oder bereits durchgesetzt haben. Ein punktuell und stufenweises Vorgehen in Form einer kollektiven Gruppenreaktion mithilfe der *inter se*-Modifikation ist einem Einzelvorgehen der Staaten vorzuziehen und bietet die Chance, die internationalen und nationalen Regelungen in Einklang zu bringen. Für eine juristisch korrekte Lösung der deutschen Cannabislegalisierung ist es unausweichlich, das internationale Recht zu ändern. Eine *inter se*-Modifikation ist in erster Linie auch ein rechtspolitisches Instrument.

Die Flexibilität des Begriffs Ziel und Zweck bietet die größte Möglichkeit, spätere Entwicklungen und Interessen unter gleichgesinnten Vertragsparteien im Rahmen von *inter se*-Modifikationen zu berücksichtigen. Gleichzeitig läuft eine subjektive Auslegung Gefahr, das eigentliche Vertragsziel zu untergraben und die Stabilität von multilateralen Verträgen zu schwächen.

Leonardo Braguinski *

Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung bei der Auslieferung von ausländischen Unionsbürgern an Drittstaaten

Die europarechtlichen Vorschriften über Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung, insbesondere Art. 18 und 21 AEUV, prägen unser gesamtes Rechtssystem und sind ein beeindruckendes Beispiel für die Europäisierung des nationalen Rechts. Auch das Auslieferungsrecht erfuhr in den vergangenen Jahren durch die Rechtsprechung des EuGH einen Wandel: Zentral ist die Frage, ob EU-Staaten bei Auslieferungsersuchen von Drittstaaten ihren eigenen Staatsbürgern einen höheren Schutz zukommen lassen dürfen als sonstigen Unionsbürgern. Da bisher eine unionsrechtliche Regelung fehlt, hat die Auslegung von Art. 18 und 21 AEUV in den vergangenen Jahren immer wieder Anlass für Vorabentscheidungsersuchen aus den Mitgliedsstaaten gegeben. Der Beitrag arbeitet diese rechtliche Entwicklung auf und fasst sie auf Grundlage einer kritischen Würdigung der Rechtsprechung des EuGH und des Schrifttums in einem konkreten Regelungsvorschlag zusammen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	179
B. Die Rechtsprechung zu Art. 18, 21 AEUV bei der Auslieferung an Dritte	179
I. Die Rechtsprechungslinie des EuGH	179
1. Anwendbarkeit von Art. 18, 21 AEUV; Eingriff	180
2. Keine Rechtfertigung des Eingriffs durch nationale Verfassungsvorschriften	180

Der widersprüchliche Umgang mit rechtswidrigen *inter se*-Modifikationen verdeutlicht, wie wichtig es ist, Ziel und Zweck eines Vertrags ernsthaft zu untersuchen und auch vorher in einen diplomatischen Austausch mit den anderen Vertragsparteien zu gehen. Die Möglichkeit der *inter se*-Modifikation ist wohl die „eleganteste Lösung“²⁵¹, um das Gleichgewicht bei einer Vertragsmodifikation zwischen Flexibilität und Stabilität zu erhalten. Die Interessen von Vertragsmitgliedern werden gebündelt und strukturiert umgesetzt und im Vertragsverhältnis zu den anderen Vertragsstaaten aufrechterhalten, ohne dabei die Integrität von multilateralen Verträgen zu beeinträchtigen.

3. Petruhhin-Mechanismus	180
4. Vollstreckungsauslieferung an einen Drittstaat	181
II. Konkretisierung der Rechtsprechung des EuGH durch die mitgliedstaatlichen Gerichte	182
1. Wann wird ein ausländischer Unionsbürger einem inländischen Staatsangehörigen gleichgestellt?	182
2. Fluchtfälle	182
3. Informationsaustausch über Haftbedingungen (Petruhhin-Mechanismus)	182
C. Vergleich mit der Rechtsprechung zur Übergabe im Rahmen eines EuHB	182
I. Allgemeines	182
II. Übergabe zum Zweck der Strafvollstreckung ...	183
III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	183
D. Kritik der Rechtsprechung	183
I. Kritik am Petruhhin-Mechanismus	183
1. Ressourcenprobleme	183
2. Effizienzprobleme	184
3. Ist der Petruhhin-Mechanismus völkerrechtskonform?	184
4. Gefahr doppelter Strafverfolgung	185
5. Kein Auslieferungsschutz bei fehlender Diskriminierung	185
6. Gefahr der Straflosigkeit wegen Verweigerung der Übergabe an den Herkunftsstaat	185

²⁵¹ Klabbers (Fn. 9), Rn. 11.

* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechts-

theorie (Prof. Dr. Luis Greco, LL.M.). Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Deutsche und internationale Strafrechtspflege“ erarbeitet wurde.

7. Der *Petruhhin*-Mechanismus als Teil einer „Festung Europa“? 185

8. Nichtberücksichtigung der Wirtschaftsgrundfreiheiten 186

9. Übergabe gegen den Willen des Verfolgten .. 186

II. Vollständiger Verzicht auf Diskriminierung? ... 186

III. Kompetenzwidrige Konditionierung von Unionsbürgern 187

IV. Objektivierung nach Art. 18, 21 AEUV? 187

E. Regelungsvorschlag 187

I. Ausgangspunkt 187

II. Regelungskompetenz 187

III. Art des Rechtsakts 188

IV. Regulärer Schutz 188

1. Abwägung oder starre Frist: *De lege ferenda* 188

2. Differenzierung je nach Territorialitätsbezug: *De lege ferenda* 188

3. Informationsaustausch bei Bedenken bezüglich der Haftbedingungen 191

V. Alternativer Schutz 191

VI. Formulierungsvorschlag 191

F. Fazit 193

A. Einleitung

Der Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger hat eine lange Tradition.¹ Er ist im deutschen Recht in Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG verankert und existiert in fast allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.²

Art. 18 und Art. 21 AEUV sehen hingegen die Nichtdiskriminierung und die Freizügigkeit von ausländischen Unionsbürgern vor und stehen damit in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger.³ Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist die Bedeutung der aus dem Unionsbürgerstatus folgenden subjektiven Rechte bei der Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten, d.h. der Überstellung eines Unionsbürgers an einen Nicht-EU-Mitgliedstaat zum Zwecke der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung. Hierfür wird zunächst die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH erörtert (B.) und mit der Rechtsprechung zur Übergabe im Rahmen eines Europäischen Haftbefehls (EuHB) verglichen (C.). Daraufhin

soll diese Rechtsprechung kritisch gewürdigt werden (D.). Abschließend wird darauf aufbauend ein eigener Regelungsvorschlag entwickelt, welcher die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert und weiterentwickelt (E.).

Der Beitrag beschränkt sich auf das materielle Rechtshilfe-recht, d.h. die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit die strafrechtliche Rechtshilfeleistung erbracht werden darf.⁴ Dabei wird nur die Auslieferung an Drittstaaten erörtert, weil sie die praktisch bedeutsamste Rechtshilfeleistung ist, die nur gegenüber Ausländern zulässig ist.⁵

B. Die Rechtsprechung zu Art. 18, 21 AEUV bei der Auslieferung an Dritte

I. Die Rechtsprechungslinie des EuGH

Der EuGH hat maßgeblich zur Entwicklung des Europäischen Strafrechts beigetragen.⁶ Dies zeigt sich auch bei der Auslegung von Art. 18 sowie Art. 21 AEUV. Art. 18 AEUV enthält das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot, demzufolge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist, womit grundsätzlich nur die Angehörigkeit zu einem Mitgliedstaat gemeint ist.⁷ Art. 21 AEUV enthält das Freizügigkeitsrecht, welches dem Unionsbürger garantiert, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten zu dürfen.

Nach Ansicht des EuGH schützen die in Art. 18, 21 AEUV enthaltenen Rechte auf Nichtdiskriminierung und Freizügigkeit Unionsbürger, die sich in einem ausländischen Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhalten, unter bestimmten Voraussetzungen und unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung vor der Auslieferung.⁸

Zunächst unterscheidet der EuGH zwischen der Übergabe an einen Mitgliedstaat, die auf Grundlage eines unionsrechtlichen Auslieferungsersuchens (EuHB) erfolgt und der Auslieferung an einen Drittstaat, welche auf völkerrechtlichen Verträgen basiert.⁹ Seit dem *Raugevicius*-Urteil unterscheidet der EuGH zudem zwischen Verfolgungsauslieferung (Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung) und Vollstreckungsauslieferung (Auslieferung zum Zweck der Strafvollstreckung) an einen Drittstaat.¹⁰ Die Vorgaben aus Art. 18, 21 AEUV für die Auslieferung an Drittstaaten

¹ Der Ägyptisch-Hethitische Friedensvertrag zwischen Ramses II. und Hattušili III., der unter anderem in Keilschrift überliefert ist, sah eine Auslieferungspflicht für Flüchtlinge aus dem jeweils anderen Königreich vor, während eigene Bürger nicht ausgeliefert werden mussten. Eine deutsche Übersetzung des Vertrags findet sich bei *Roeder*, *Der Alte Orient* (1919), S. 36 ff. Zur Entwicklung in der Antike und im Mittelalter *Blakesley*, *Boston College International and Comparative Law Review* (1981) 39 (41–50); zur deutschen Entwicklung im 18. und 19. Jahrhundert *Mettenberg*, *AöR* 25 (1909), 1 (23–35).

² Zur Bedeutung der Staatsangehörigkeit in den Auslieferungsrechten der EU-Mitgliedstaaten s. Anhang 2 der Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten (ABl. EU 2022, Nr. C 223, S. 1); zur völkerrechtlichen Dimension *Deen-Racsmány/Blextoon*, *European Company Case Law* (2005) (ECCL), 317 (323 ff.).

³ Statt aller *Giegerich*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 16 Abs. 2 Rn. 97.

⁴ Zur Inländerbevorzugung im Auslieferungsprozess, *Böhm*, in: *Grützner et al.*, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 136. Lieferung (Juni 2024), § 30 IRG Rn. 11.

⁵ *Auslieferungsstatistik 2021* (BAnz AT 9.3.2023 B6), S. 5, 15, 24, 32.

⁶ *Langbauer*, *Das Strafrecht vor den Unionsgerichten*, Plädoyer für ein Fachgericht für Strafrecht, 2015, S. 79.

⁷ Statt aller *Streinz*, in: *ders.*, *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 18 AEUV Rn. 39–41.

⁸ Übersicht bei *Rossi*, in: *BeckOK Ausländerrecht*, 41. Ed. (Stand: 1.4.2024), Art. 21 AEUV Rn. 24.

⁹ *Costa*, *Extradition Law*, *European Criminal Justice Series*, Bd. 2, 2019, S. 159 f.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 13.11.2018, *Raugevicius*, C-247/17, C:2018:898, Rn. 39–42; allgemein zu dieser Unterscheidung *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 12 Rn. 48.

wurden im *Petruhhin*-Urteil¹¹ entwickelt und später im *Pisciotti*-Urteil¹², im *Raugevicius*-Urteil¹³, im *Ruska Federacija*-Urteil¹⁴, im *BY*-Urteil¹⁵ und zuletzt im *S.M.*-Urteil¹⁶ konkretisiert.

1. Anwendbarkeit von Art. 18, 21 AEUV; Eingriff

Der EuGH geht davon aus, dass eine nationale Regelung, der zufolge ausländische Unionsbürger an Drittstaaten ausgeliefert werden können, während eigene Staatsangehörige Auslieferungsschutz genießen, einen Eingriff in Art. 18, 21 AEUV darstellt.¹⁷ Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV sei eröffnet, weil die Gefahr für ausländische Unionsbürger, in einem anderen Mitgliedsstaat einer Auslieferung ausgesetzt und gegenüber dessen eigenen Bürgern benachteiligt zu sein, den Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat erschwere und sie deshalb in ihrem Freizügigkeitsrecht gem. Art. 21 AEUV beschränke.¹⁸ Zugleich liege ein Eingriff in Art. 18 AEUV vor, weil der Grundsatz der Nichtauslieferung inländischer Staatsangehöriger eine offene¹⁹ Diskriminierung von ausländischen Unionsbürgern darstelle.²⁰ Demgegenüber hat das BVerfG früher den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV verneint, weil der Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten keine Materie des Unionsrechts sei.²¹

2. Keine Rechtfertigung des Eingriffs durch nationale Verfassungsvorschriften

Art. 16 Abs. 2 GG sieht den Grundsatz der Nichtauslieferung von Deutschen vor. Ähnliche Vorschriften bestehen in allen EU-Mitgliedstaaten (bis auf Dänemark), wenn auch nicht durchgehend auf Verfassungsebene.²² Der EuGH geht jedoch zu Recht davon aus, dass solche nationalen Normen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht zur Rechtfertigung einer ausländische Unionsbürger benachteiligenden Besserstellung eigener Staatsangehöriger

herangezogen werden können, auch wenn sie Verfassungsrang haben.²³ Das OLG Frankfurt am Main hat den Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger mit der durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV gebotenen Achtung der mitgliedsstaatlichen nationalen Identität gerechtfertigt.²⁴ Dies überzeugt jedoch nicht, weil die Benachteiligung von ausländischen Unionsbürgern gegenüber eigenen Staatsangehörigen bei der Auslieferung weder als kulturelle Eigenheit eines bestimmten Mitgliedstaats noch als grundlegender Verfassungsgrundsatz bezeichnet werden kann.²⁵

Auch Verweise auf einen angeblichen allgemeinen Rechtsgrundsatz²⁶ sind abzulehnen, weil sich die nationalstaatlichen Auslieferungsverbote für eigene Staatsangehörige²⁷ aufgrund des nationalen Charakters der Staatsangehörigkeit nicht auf die Unionsebene übertragen lassen.²⁸

3. Petruhhin-Mechanismus

Der Rechtsprechung zu Art. 18, 21 AEUV bei der Auslieferung an einen Drittstaat liegt der Gedanke zugrunde, die Straflosigkeit des Verfolgten zu verhindern.²⁹

Es kann insbesondere bei ausländischen Staatsangehörigen aufgrund des grundsätzlich fragmentarischen Charakters des Strafanwendungsrechts nicht davon ausgegangen werden, dass der ersuchte Mitgliedstaat stets i.S.v. *aut dedere aut iudicare*³⁰ die Strafverfolgung gegen den Verfolgten aufnehmen kann.³¹ Folglich stehen Art. 18, 21 AEUV der Verfolgungsauslieferung eines ausländischen Unionsbürgers an einen Drittstaat nicht allgemein entgegen, sondern nur dann, wenn der Herkunftsstaat nicht über das Auslieferungssuchen informiert wird, um ihm die Möglichkeit zu geben, den Verfolgten selbst im Rahmen eines EuHB zu beanspruchen (sog. *Petruhhin*-Mechanismus).³² Dadurch schafft der EuGH einen Ausgleich zwischen den Rechten des Verfolgten aus Art. 18, 21 AEUV und dem Interesse

¹¹ EuGH, Urt. v. 6.9.2016, *Petruhhin*, C-182/15, C:2016:630.

¹² EuGH, Urt. v. 10.4.2018, *Pisciotti*, C-191/16, C:2018:222.

¹³ *Raugevicius* (Fn. 10).

¹⁴ EuGH, Urt. v. 2.4.2020, *Ruska Federacija*, C-897/19, C:2020:262.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 17.12.2020, *BY*, C-398/19, C:2020:1032.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2022, *S.M.*, C-237/21, C:2022:1017.

¹⁷ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 30.

¹⁸ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 30–33; zu diesem Ansatz *Kluth*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 21 AEUV Rn. 7.

¹⁹ *Reinhardt/Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432 (433); *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (410).

²⁰ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 29, 33.

²¹ BVerfGK 14, 113; BVerfG NJW 2014, 1945 (1946); krit. *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401; *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133.

²² Anhang 2 der Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten (ABl. EU 2022, Nr. C 223, S. 1).

²³ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 27; zust. *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 80 IRG Rn. 7; *Giegerich* (Fn. 3), Art. 16 Abs. 2 Rn. 97; allgemein zum Anwendungsvorrang gegenüber Verfassungsrecht EuGH, Urt. v. 26.2.2013, *Melloni*, C-399/11, C:2013:107, Rn. 58 f.

²⁴ OLG Frankfurt am Main, NSZ-RR 2014, 288 (290).

²⁵ Ebenfalls krit. *Mayer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 1, 2. Ed. 2022, § 4 Rn. 255: kein „Freibrief zur Derogation“ von Unions-

recht. Allgemein zur Bedeutung von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV BVerfGE 140, 317 (336 ff.) = BVerfG NJW 2016, 1149 (1150 ff.); *Callies*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 4 EUV Rn. 19 ff.

²⁶ VerfG NJW 2014, 1945 (1946): „Hiergegen ist nichts zu erinnern“; OLG Frankfurt am Main, NSZ-RR 2014, 288 (290). Näher zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der EU *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Common Market Law Review (2010), 1629 (1653 ff.).

²⁷ Dazu Anhang 2 der Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten (ABl. EU 2022, Nr. C 223, S. 1).

²⁸ Ähnlich *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (407 f.); *Zimmermann*, ZIS 2017 220 (226 ff.); *Woelcke*, Bucerius Law Journal (2022), 145 (150 ff.).

²⁹ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 34–37; *Pisciotti* (Fn. 12) Rn. 47; eingehend zur Bedeutung von Straflosigkeit im internationalen Kontext *Drumbl*, in: Heller/Mégret/Nouwen/Ohlin/Robinson, The Oxford Handbook of International Criminal Law, 2020, S. 238 ff.

³⁰ *Aut dedere aut iudicare* bedeutet, dass der ersuchte Staat die Tat grundsätzlich selber verfolgt, wenn er den Betroffenen nicht ausliefert, siehe § 6 Nr. 9, § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Näher *Bassiouni/Wise*, *Aut dedere aut iudicare*, 2. Aufl. 1995, S. 3–69.

³¹ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 39; *Pozdnakova*, European Papers 2017, 209 (215).

³² *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 47–50; *Pisciotti* (Fn. 12) Rn. 50–56. Eine grafische Darstellung des *Petruhhin*-Mechanismus findet sich in Anhang 1 der Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten (ABl. EU 2022, Nr. C 223, S. 1).

der Allgemeinheit an der Verhinderung von Straflosigkeit. So wurde im Fall *Petruhhin* ein estnischer Staatsangehöriger in Lettland festgenommen und sollte nach Russland (d.h. in einen Drittstaat) ausgeliefert werden. Der EuGH entschied, dass dies grundsätzlich zulässig ist, wenn der Herkunftsstaat des Betroffenen (d.h. Estland) die Möglichkeit erhält, den Betroffenen im Wege eines EuHB zu beanspruchen.³³ Dabei bedürfe es keiner Zustimmung des Herkunftsstaates, sondern es genügt, wenn der Herkunftsstaat nicht innerhalb einer angemessenen Frist einen EuHB ausstellt.³⁴ Eine Verpflichtung zur Strafverfolgung durch den Herkunftsstaat besteht generell nicht.³⁵ Anders als bei der Übergabe im Rahmen eines EuHB³⁶ und bei der Vollstreckungsauslieferung an einen Drittstaat³⁷ liegt der Einschränkung von Art. 18, 21 AEUV bei der Verfolgungsauslieferung nach der Rechtsprechung des EuGH primär die Verhinderung von Straflosigkeit und nicht die Resozialisierung zugrunde.³⁸ Daher kommt es beim *Petruhhin*-Mechanismus nicht darauf an, ob der Verfolgte in den ersuchten Mitgliedstaat integriert ist.³⁹ Der ersuchte Staat kann zudem aufgrund der grundsätzlichen Autonomie der Mitgliedstaaten im Bereich des Strafrechts nicht zur Verurteilung des Verfolgten nach nationalem Recht als milderem Mittel verpflichtet werden.⁴⁰

Diese Grundsätze gelten nicht nur für ausländische Unionsbürger, sondern aufgrund der besonderen Verbindung zwischen der EU, Island und Norwegen und im Hinblick auf die Grundfreiheiten im EWR-Abkommen⁴¹ auch für die Staatsangehörigen dieser Staaten.⁴² Das Gleiche dürfte angesichts des Diskriminierungsverbots in Art. 2 FZA⁴³ auch für die Schweiz gelten.⁴⁴ Trotz der Ähnlichkeiten⁴⁵ des Übergabebereinkommens EU-Island-Norwegen⁴⁶ mit Art. 76-112 des Handels- und Kooperationsabkommens mit dem Vereinigten Königreich⁴⁷ ist dagegen die Einbeziehung von

britischen Staatsangehörigen nach dem Brexit abzulehnen, da Großbritannien – anders als Island, Norwegen und die Schweiz – nicht mehr Teil des Schengen-Raums und die Freizügigkeit insofern nicht mehr gewährleistet ist.⁴⁸ Auch wenn diese Frage noch nicht vom EuGH beantwortet wurde, ist es dagegen plausibel, die aufgezeigten Maßstäbe konsequenterweise auch auf die Vollstreckungsauslieferung von isländischen, norwegischen und schweizerischen Staatsangehörigen an Drittstaaten zu übertragen.⁴⁹

4. Vollstreckungsauslieferung an einen Drittstaat

Im Zusammenhang mit der Vollstreckungsauslieferung an einen Drittstaat hat sich eine abweichende Auslegung von Art. 18 und 21 AEUV entwickelt, die damit erklärt werden kann, dass für den Mitgliedstaat häufig die Möglichkeit einer Vollstreckungsübernahme besteht und der Verfolgte damit nicht strafflos bleibt.⁵⁰ Dieser Unterschied ergibt sich daraus, dass die Ausweitung des Strafanwendungsrechts anders als die Übernahme der Strafvollstreckung auf Ersuchen eines anderen Staats vor dem Hintergrund des Grundsatzes der staatlichen Souveränität rechtfertigungsbedürftig ist.⁵¹ Art. 18 i.V.m. Art. 21 AEUV steht grundsätzlich dieser Art der Auslieferung bei benachteiligender Bevorzugung eigener Staatsangehöriger entgegen, wenn der Betroffene einen ständigen Wohnsitz im Vollstreckungsstaat hat.⁵² Besteht jedoch nach einem Auslieferungsabkommen eine Pflicht zur Auslieferung, genügt es, wenn der ersuchte Staat auf eine Vollstreckungsübernahme hingewirkt hat, falls das Recht des Vollstreckungsstaats eine solche Möglichkeit vorsieht.⁵³ Ob für Verfolgte ohne ständigen Wohnsitz im ersuchten Staat subsidiär der *Petruhhin*-Mechanismus greift, ist noch nicht gerichtlich geklärt.⁵⁴

³³ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 10–13, Rn. 48.

³⁴ *BY* (Fn. 15), Rn. 46–56.

³⁵ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 48 f.

³⁶ Siehe unten 3. b).

³⁷ Siehe unten ee).

³⁸ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 35 ff.

³⁹ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 50: „(...) ein Mitgliedstaat, in den sich ein Unionsbürger, der Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist, *begeben hat* (...)“ (Hervorhebung des Verf.).

⁴⁰ *BY* (Fn. 15), Rn. 57–67.

⁴¹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 2.5.1992 (ABl. EG 1994, Nr. L 1, S. 3).

⁴² *Ruska Federacija* (Fn. 14), Rn. 71 f.

⁴³ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits v. 21.6.1999 über die Freizügigkeit (ABl. EG 2002, Nr. L 114, S. 6).

⁴⁴ Zur Assoziierung zwischen der EU und der Schweiz, *Epiney*, in: Wolenschläger, *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 2. Ed. 2021, § 13.

⁴⁵ Eurojust, *Judicial cooperation in criminal matters between the EU and the UK*, 2021, S. 5.

⁴⁶ Übereinkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Island und Norwegen v. 26.6.2006 (ABl. EU 2006, Nr. L 292, S. 2).

⁴⁷ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem

Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits v. 30.12.2020 (ABl. EU 2021, Nr. L 149, S. 10).

⁴⁸ *Mancano*, *Yearbook of European Law* (2021), 475 (512); *Cremona*, *federalismi.it* 2022, 251 (256). Das RO-Urteil des EuGH ist insofern nicht präjudiziell, weil es sich nur auf die Übergangsphase zwischen Notifizierung gem. Art. 50 Abs. 2 EUV und tatsächlichem Austritt aus der EU bezog, s. EuGH, Urt. v. 19.9.2018, RO, C-327/18, C:2018:733, Rn. 45.

⁴⁹ Wenn daher im Folgenden im Zusammenhang mit Auslieferungen an Drittstaaten von ausländischen Unionsbürgern die Rede ist, sind die Staatsangehörigen von Island, Norwegen und der Schweiz stets mitgemeint. Dagegen sind die genannten Staaten weiterhin Drittstaaten im Sinne der dogmatischen Unterscheidung zwischen Drittstaaten und EU-Mitgliedstaaten, s. *Costa* (Fn. 9), S. 159 f.

⁵⁰ *Raugevicius* (Fn. 10), Rn. 36; diese Entwicklung vorhersehend *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (495).

⁵¹ Eingehend *Ambos*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vorb. § 3 StGB Rn. 10 ff. Es wäre nicht zielführend, § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB oder vergleichbare ausländische Normen heranzuziehen, da die Norm voraussetzt, dass das Ersuchen abgelehnt wird (oder die Auslieferung nicht ausführbar ist). Ob die Auslieferung abgelehnt wird, wird aber oft gerade davon abhängen, wie Art. 18, 21 AEUV ausulegen sind. Siehe aber zu den Parallelen zwischen stellvertretender Strafrechtspflege und Übernahme der Strafvollstreckung *Böse*, *Übertragung und Übernahme der Strafverfolgung*, 2023, S. 131 ff.

⁵² *Raugevicius* (Fn. 10), Rn. 46–50.

⁵³ *S.M.* (Fn. 16), Rn. 52–53.

⁵⁴ *Burchard*, in: *Böse*, *Europäisches Strafrecht*, Bd. 2, 2. Ed. 2021, § 14 Rn. 97.

II. Konkretisierung der Rechtsprechung des EuGH durch die mitgliedstaatlichen Gerichte

Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben die Rechtsprechung des EuGH unterschiedlich interpretiert und weiterentwickelt.

1. Wann wird ein ausländischer Unionsbürger einem inländischen Staatsangehörigen gleichgestellt?

Das OLG Karlsruhe vertritt, dass für die Bewertung, ob ein ausländischer Unionsbürger wie ein Inländer Auslieferungsschutz genießt, entsprechend § 83b Abs. 2 Nr. 2 IRG eine umfassende Abwägung vorzunehmen ist, bei der insbesondere die Resozialisierungschancen des Verfolgten berücksichtigt werden, um zu ermitteln, ob ein „ständiger Wohnsitz“ besteht und der ausländische Unionsbürger damit vor Auslieferungen an Drittstaaten geschützt ist.⁵⁵ Dieser Ansicht scheint auch das OLG Brandenburg zu folgen.⁵⁶ Andere Stellungnahmen aus der OLG-Rechtsprechung liegen noch nicht vor.

Diese Ansicht wird durch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 Nr. 6 EuHB-RB⁵⁷ bestätigt. Nach dieser Norm darf die Übergabe zum Zweck der Strafvollstreckung bei Staatsangehörigen des Vollstreckungsstaats und Personen mit Wohnsitz oder Aufenthalt in diesem verweigert werden,⁵⁸ wenn sie im Vollstreckungsstaat hinreichend integriert sind und sich der Vollstreckungsstaat verpflichtet, die Strafe zu vollstrecken.⁵⁹ In diesem Zusammenhang hat der EuGH entschieden, dass sofern der Gesetzgeber keine besonderen Kriterien für die Anwendung von Art. 4 Nr. 6 EuHB vorgesehen hat, eine „Gesamtschau“, d.h. eine umfassende Abwägung, vorzunehmen ist, um festzustellen, ob sich der Verfolgte auf Art. 18, 21 AEUV berufen kann.⁶⁰ Da der deutsche Gesetzgeber solche besonderen Kriterien nicht geschaffen hat, wird in Deutschland und in den meisten anderen Ländern – wie bei der Vollstreckung eines EuHB – die Abwägungslösung angewendet.⁶¹ Eine Besonderheit bildet das niederländische Recht, bei dem es nur die Dauer des Aufenthalts ankommt.⁶²

⁵⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.11.2020 – Ausl 301 AR 124/20, BeckRS 2020, 29906, Rn. 9, 11; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2021, 26.

⁵⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.3.2021 – 1 AR 4/21 (S), BeckRS 2021, 6902 Rn. 16: „jedenfalls [...], wenn [...] entsprechend § 83b Abs. 2 lit. b) IRG [*sic*] ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an einer Strafvollstreckung im Inland besteht“.

⁵⁷ Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten.

⁵⁸ Dabei wird „Aufenthalt“ und „Wohnsitz“ im Hinblick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung vom EuGH restriktiv ausgelegt, Ur. v. 17.7.2008, Kozłowski, C-66/08, C:2008:437, Rn. 30–54. S. a. Art. 5 Nr. 5 der Konvention v. 15.12.2005 über den Auslieferungsverkehr zwischen den nordischen Staaten; anders hingegen Art. 4 Nr. 1a des Abkommens v. 16.12.2010 über den Mercosur-Haftbefehl (MERCOSUR/CEC/DEC Nr. 48/10) (bisher nicht in Kraft getreten).

⁵⁹ EuGH, Ur. v. 6.10.2009, *Wolzenburg*, C-123/08, C:2009:616, Rn. 67–68.

⁶⁰ *Wolzenburg* (Fn. 59), Rn. 76.

⁶¹ So etwa in Deutschland (OLG Brandenburg, Beschl. v. 1.3.2023 – 1 OAus 1/23, BeckRS 2023, 4989 Rn. 29–33; OLG Frankfurt a. M., Beschl.

2. Fluchtfälle

Das OLG Hamm und das OLG Frankfurt am Main haben im Zusammenhang mit dem EuHB entschieden, dass eine Ablehnung der Auslieferung unter Berufung auf Art. 18, 21 AEUV ausscheidet, wenn der Aufenthalt erkennbar von der Zielsetzung getragen ist, der Strafverfolgung zu entgehen.⁶³ Eine solche Herangehensweise ist aber weder bei dem EuHB noch bei der Auslieferung an Drittstaaten überzeugend, weil auch bei Fluchtfällen ein überwiegendes Schutzinteresse denkbar ist, etwa wenn der Verfolgte politisch verfolgt wird oder er sich in besonderer Weise um den ersuchten Staat verdient gemacht hat.⁶⁴

3. Informationsaustausch über Haftbedingungen (*Petruhhin*-Mechanismus)

Der italienische Kassationsgerichtshof hat entschieden, dass bei Bedenken bezüglich menschenrechtswidriger Haftbedingungen im Herkunftsstaat der *Petruhhin*-Mechanismus nur angewendet werden darf, wenn dem ersuchten Mitgliedstaat ausreichende Informationen über die Haftbedingungen im Herkunftsstaat vorliegen.⁶⁵ Ein solcher Informationsaustausch ist m.E. zur Wahrung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (Art. 67 Abs. 3, Art. 82 Abs. 1 AEUV) im Sinne eines mildereren Mittels gegenüber einer pauschalen Nichtauslieferung zu befürworten.

C. Vergleich mit der Rechtsprechung zur Übergabe im Rahmen eines EuHB

I. Allgemeines

Die Auslegung von Art. 18 und Art. 21 AEUV bei der Übergabe im Rahmen eines EuHB zum Zweck der Strafvollstreckung wurde zuerst im *Wolzenburg*-Urteil⁶⁶ erörtert und dann im *Lopes da Silva Jorge*-Urteil⁶⁷ konkretisiert. Entscheidungen des EuGH zur Auslegung von Art. 18, 21 AEUV bei der Übergabe im Rahmen eines EuHB zum Zweck der Strafverfolgung sind dagegen bisher nicht ergangen.⁶⁸

v. 1.11.2021 – 1 Ausl A 123/21 Rn. 31–33 – openjur), Schweden (Högsta domstolen, Ur. v. 29.4.2019, Ö701-19 [NJÄ 2019, 377] Rn. 25–29; Högsta domstolen, Ur. v. 9.9.2022, B3986-22 [NJÄ 2022, 709] Rn. 15–19), Polen (Sąd Apelacyjny w Katowicach, Ur. v. 11.10.2006, II AKz 661/06) und Österreich (OLG Wien, Ur. v. 2.12.2013 – 22 Bs 284/14x).

⁶² Rechtsbank Amsterdam, Ur. v. 1.5.2010, 08/5522.

⁶³ OLG Hamm, Beschl. v. 8.6.2010 – 4 Ausl A 117/09; OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2016, 352.

⁶⁴ *Zimmermann* (Fn. 23), § 83b Rn. 42.

⁶⁵ Corte Suprema di Cassazione, Ur. v. 8.7.2022, Nr. 31287.

⁶⁶ *Wolzenburg* (Fn. 59).

⁶⁷ EuGH, Ur. v. 5.9.2012, *Lopes da Silva Jorge*, C-42/11, C:2012:517.

⁶⁸ Der sekundärrechtliche Anknüpfungspunkt für die Auslegung von Art. 18, 21 AEUV wäre Art. 5 Nr. 2 EuHB-RB n.F. (zuvor Art. 5 Nr. 3 EuHB-RB), der besagt, dass die Übergabe zum Zweck der Strafverfolgung bei Staatsangehörigkeit des Vollstreckungsstaats oder Wohnsitz in diesem unter der Bedingung einer Rücküberstellung in den Vollstreckungsstaat erfolgen kann.

II. Übergabe zum Zweck der Strafvollstreckung

Die EuGH-Rechtsprechung zu Art. 18, 21 AEUV bei der Übergabe im Rahmen eines EuHB zum Zweck der Strafvollstreckung ist von dem Gedanken getragen, die Resozialisierungschancen des Verfolgten nach Verbüßung der gegen ihn verhängten Strafe zu erhöhen.⁶⁹ Sie ist zudem beeinflusst durch den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV) und den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 67 Abs. 3, Art. 82 Abs. 1 AEUV, Art. 1 Abs. 2 EuHB-RB).⁷⁰

Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG) verbietet dementsprechend die Benachteiligung von Unionsbürgern im Rahmen von Art. 4 Nr. 6 EuHB-RB, wenn sie im ersuchten Staat (Vollstreckungsstaat) hinreichend integriert sind und der Vollstreckungsstaat sich verpflichtet, die Strafe zu vollstrecken.⁷¹ Dabei ist es unionsrechtskonform, einen fünfjährigen Aufenthalt als notwendige Voraussetzung für die Bejahung einer hinreichenden Integration zu fordern.⁷² Eine Auslieferung in den Herkunftsstaat des Betroffenen ist aufgrund der im Allgemeinen stärkeren Verbindungen zu diesem auch bei einem längeren Aufenthalt des Betroffenen grundsätzlich zulässig.⁷³ Diese Maßstäbe gelten auch dann, wenn der Vollstreckungsstaat die Strafvollstreckung nach seinem nationalen Recht nicht übernehmen kann. Die Verweigerung der Übergabe eigener Staatsangehöriger gem. Art. 4 Nr. 6 EuHB-RB ist dann unzulässig, solange das nationale Recht nicht angepasst wird.⁷⁴

III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die Vollstreckung eines EuHB und die Auslieferung an Drittstaaten unterscheiden sich bereits strukturell dadurch, dass der EuHB weitgehend unionsrechtlich determiniert ist, während die Auslieferung an Drittstaaten grundsätzlich im nationalen Recht und in den Auslieferungsabkommen geregelt ist. Der EuGH hat daher den Schutz von Unionsbürgern bei der Vollstreckung eines EuHB stärker ausgestaltet als bei der Auslieferung an Drittstaaten.⁷⁵ Während integrierte ausländische Unionsbürger jedenfalls nicht zum Zweck der Strafvollstreckung im Rahmen eines EuHB übergeben werden dürfen, sofern der Vollstreckungsstaat

die Übergabe eines eigenen Staatsangehörigen in dieser Situation verweigern würde,⁷⁶ kann auch ein integrierter ausländischer Unionsbürger an Drittstaaten ausgeliefert werden, sofern sein Heimatstaat ihn nicht beansprucht.⁷⁷ Durch diese Kollision verschiedener Rechtsordnungen lässt sich auch erklären, warum der EuGH im *S.M.*-Urteil entschieden hat, dass völkerrechtliche Verpflichtungen aus bilateralen Auslieferungsabkommen den Schutzstandard von Art. 18, 21 AEUV bei der Auslieferung zum Zweck der Strafvollstreckung an einen Drittstaat senken.⁷⁸

Gemeinsamkeiten sind bei der Kategorie des „ständigen Wohnsitzes“⁷⁹ ersichtlich, die sowohl bei der Vollstreckung eines EuHB (Art. 4 Nr. 6 EuHB) als auch bei der Auslieferung an einen Drittstaat zum Zweck der Strafvollstreckung herangezogen wird, um festzustellen, ob ein ausländischer Unionsbürger gem. Art. 18, 21 AEUV vor Auslieferung geschützt ist.⁸⁰ Weitere Gemeinsamkeiten sind die Anknüpfung an den legitimen Zweck der Resozialisierung bei der Übergabe bzw. Auslieferung zum Zweck der Strafvollstreckung⁸¹ und die Einräumung von Wertungsspielräumen für die Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Art. 18, 21 AEUV.⁸²

D. Kritik der Rechtsprechung

I. Kritik am *Petruhhin*-Mechanismus

Der *Petruhhin*-Mechanismus sieht sich einer Reihe von Bedenken ausgesetzt.⁸³

1. Ressourcenprobleme

Zunächst wird am *Petruhhin*-Mechanismus kritisiert, dass kurze Fristen, Unkenntnis des ausländischen Rechts und Sprachbarrieren es in der Praxis nicht ermöglichen, in angemessener Frist eine Entscheidung des ersuchten Staates über die Auslieferung herbeizuführen.⁸⁴ Insofern ist zu beachten, dass eine lang andauernde Auslieferungshaft bis zu einer Entscheidung des Herkunftsstaats ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Freiheitsrecht des Verfolgten wäre.⁸⁵ Sofern nicht völlig unrealistische Anstrengungen für die Strafverfolgungsbehörden in Rede stehen, ist es jedoch im Strafrecht wenig überzeugend, auf Kosten des Beschuldigten

⁶⁹ Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 67, 70.

⁷⁰ Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 56–59; Lopes da Silva Jorge (Fn. 67) Rn. 29–33.

⁷¹ Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 67–68.

⁷² Rechtsgedanke des Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG, der besagt, dass jeder Unionsbürger nach fünf Jahren ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalts ein Daueraufenthaltsrecht hat. Dazu Wolzenburg (Fn. 59) Rn. 49, 73.

⁷³ Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 68; Lopes da Silva Jorge (Fn. 67), Rn. 40.

⁷⁴ Lopes da Silva Jorge (Fn. 67), Rn. 44–49; Klip, European Criminal Law. An Integrative Approach, 4. Aufl. 2021, S. 503 Fn. 1927.

⁷⁵ Petruhhin (Fn. 11), Rn. 47.

⁷⁶ Siehe oben II.

⁷⁷ Siehe oben B. I. 4.

⁷⁸ *S.M.* (Fn. 16), Rn. 48; siehe oben B. I. 5.

⁷⁹ Siehe oben II. 1.

⁸⁰ Erstmals *Raugevicius* (Fn. 10), Rn. 46.

⁸¹ *Raugevicius* (Fn. 10), Rn. 46 verweist ausdrücklich auf *Wolzenburg* (Fn. 59) Rn. 67.

⁸² *Wolzenburg* (Fn. 59), Rn. 61 einerseits; *S.M.* (Fn. 16), Rn. 41 f.: "Für den Fall, dass diese Möglichkeit besteht (...)", "Unter diesen Umständen (...)" andererseits.

⁸³ Generalanwalt Hogan hat in seinen Schlussanträgen im Verfahren betreffend die Auslieferung von *BY* gar den Standpunkt vertreten, dass der *Petruhhin*-Mechanismus sowohl dogmatisch als auch praktisch nicht haltbar sei, s. Schlussanträge des Generalanwalts G. Hogan v. 24.9.2020, Rs. C-398/19, C:2020:748, Rn. 42–66. Die Diskussion zusammenfassend *Burchard* (Fn. 54), § 14 Rn. 95.

⁸⁴ Schlussanträge des Generalanwalts G. Hogan v. 24.9.2020, Rs. C-398/19, C:2020:748, Rn. 63 f.; Eurojust, Joint report on the extradition of EU citizens to third countries, 2020, S. 23.

⁸⁵ Schlussanträge des Generalanwalts G. Hogan v. 24.9.2020, Rs. C-398/19, C:2020:748, Rn. 60; *Pozdnakova*, European Papers 2017, 209 (220); *Oehmichen*, FD-StrafR 2020, 432542.

ten mit Ressourcenmangel, d.h. letztlich fiskalisch, zu argumentieren.⁸⁶ Anders formuliert: Wenn die Strafverfolgungsbehörden nicht in der Lage sein sollten, den *Petruhhin*-Mechanismus umzusetzen, dann sind nicht die Schutzstandards für die Betroffenen abzubauen, sondern dann sind die Mitgliedstaaten aufgefordert, insofern die Kapazitäten ihrer Behörden auszubauen. Dieser Kritikpunkt ist daher nicht überzeugend.

2. Effizienzprobleme

Oehmichen weist darauf hin, dass der Herkunftsstaat schon aufgrund der erforderlichen schwierigen Ermittlungen häufig kein Interesse daran haben wird, den Verfolgten zu beanspruchen.⁸⁷ *Böse* betont in eine ähnliche Richtung gehend, dass die Strafverfolgung durch den Herkunftsstaat den Nachteil habe, dass sie weniger effizient sei.⁸⁸ Dieser Kritikpunkt ist überzeugender als der vorherige: In der Tat hängt das Schutzniveau des *Petruhhin*-Mechanismus davon ab, inwiefern der Herkunftsstaat willens und in der Lage ist, seine eigenen Staatsangehörigen zu beanspruchen. *Generalanwalt Hogan* hat dementsprechend darauf hingewiesen, dass nicht klar ist, welche Pflichten den Herkunftsstaat bezüglich der Beanspruchung eigener Staatsangehöriger im Rahmen des *Petruhhin*-Mechanismus treffen.⁸⁹ *De lege ferenda* sind deshalb Voraussetzungen festzulegen, unter denen der Herkunftsstaat verpflichtet ist, den Verfolgten zu beanspruchen.⁹⁰

3. Ist der *Petruhhin*-Mechanismus völkerrechtskonform?

Da sich das Auslieferungsrecht in der EU im Spannungsfeld zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und völkerrechtlichen Abkommen bewegt, wird bisweilen die Frage aufgeworfen, ob der *Petruhhin*-Mechanismus völkerrechtskonform ist.⁹¹ Diese Frage ist im sog. *Pisciotti*-Urteil des EuGH relevant geworden, bei dem es um die Auslieferung eines italienischen Staatsangehörigen in die Vereinigten Staaten ging.⁹² In diesem Urteil hatte der EuGH unter anderem zu entscheiden, ob der *Petruhhin*-Mechanismus mit dem EU-USA-Auslieferungsabkommen⁹³ vereinbar ist.⁹⁴ Dass die Frage der Völkerrechtskonformität für die Auslegung von Art. 18, 21 AEUV von Bedeutung ist, wird jeden-

falls dadurch ersichtlich, dass der EuGH im *S.M.*-Urteil im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Primärrechts einen geringeren Schutz vor Nichtdiskriminierung aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen zugelassen hat.⁹⁵

a) Standpunkt des EuGH (*Pisciotti*)

Der EuGH hat im *Pisciotti*-Urteil entschieden, dass der *Petruhhin*-Mechanismus mit dem EU-USA-Auslieferungsabkommen vereinbar ist.⁹⁶ Die Begründung ist noch rudimentär: Das Völkerrecht müsse im Einklang mit dem Primärrecht stehen (Art. 211 Abs. 8 AEUV).⁹⁷ Zudem sei Art. 17 Abs. 2 EU-USA-Auslieferungsabkommen zu beachten.⁹⁸

b) Nachgeholte Begründung: Urteil vom 22.10.2022 (*HF*)

Im *HF*-Urteil⁹⁹ hat der EuGH im Zusammenhang mit dem europäischen Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh (*ne bis in idem*)¹⁰⁰ gleichsam die rudimentäre Begründung im *Pisciotti*-Urteil konkretisiert und erörtert, inwiefern Art. 17 Abs. 2 EU-USA-Auslieferungsabkommen den Schlüssel des Problems enthält. Diese Vorschrift besagt, dass sich der ersuchte und der ersuchende Staat konsultieren, wenn ein Auslieferungshindernis besteht und das EU-USA-Abkommen oder der bilaterale Vertrag keine Regelung dieser Angelegenheit vorsehen. Während das OLG Frankfurt diese Vorschrift noch zum Anlass nahm, das Deutschenprivileg unionsrechtlich zu legitimieren,¹⁰¹ hat der EuGH zu Recht anders argumentiert: Zwar verweise Art. 17 Abs. 2 EU-USA-Abkommen auf das nationale Recht.¹⁰² Art. 8 des Deutschland-USA-Auslieferungsabkommens¹⁰³, der nur die Nichtauslieferung von Deutschen vorsieht, sei jedoch aufgrund des Vorrangs von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh nicht anwendbar und damit sei die Anwendung des europäischen *ne bis in idem* auf die Auslieferung in die USA völkerrechtlich zulässig.¹⁰⁴ Wenn man dies auf Art. 18 und 21 AEUV überträgt, dann bedeutet das: Art. 17 Abs. 2 EU-USA-Auslieferungsabkommen verweist auf das nationale Recht, das nationale Recht unterliegt dem Anwendungsvorrang bezüglich Art. 18, 21 AEUV, also erkennt Art. 17 Abs. 2 EU-USA-Abkommen das Auslieferungshindernis gem. Art. 18, 21 AEUV für Unionsbürger an.

⁸⁶ So wäre es z.B. abwegig, die strafrechtliche Einziehung (§§ 74 ff. StGB) durch fiskalische Interessen des Staates zu legitimieren, siehe zur Ratio der §§ 74 StGB *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 74 StGB Rn. 1a.

⁸⁷ *Oehmichen*, FD-StrafR 2016, 381365.

⁸⁸ *Böse*, CMLR 2017, 1781 (1791).

⁸⁹ Schlussanträge des Generalanwalts G. Hogan v. 24.9.2020, Rs. C-398/19, C:2020:748, Rn. 82, 83.

⁹⁰ Art. 4 Abs. 4 des Regelungsvorschlags. Zum Text des Regelungsvorschlags siehe E. VI.

⁹¹ *Costa* (Fn. 9), S. 121 f.; *Klip*, ECCL 2017, 195 (200).

⁹² *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 14–25.

⁹³ Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Auslieferung v. 25.3.2003 (ABl. EU 2003, Nr. L 118, S. 34).

⁹⁴ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 39–43.

⁹⁵ *S.M.* (Fn. 16), Rn. 52–53.

⁹⁶ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 39–43.

⁹⁷ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 41.

⁹⁸ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 40.

⁹⁹ EuGH, Ur. v. 28.10.2022, *HF*, C-435/22, C:2022:852.

¹⁰⁰ Näher *Inhofer*, in: BeckOK StPO, 52. Ed. 1.7.2024, Art. 54 SDÜ Rn. 13 ff.

¹⁰¹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.1.2014 – 2 Ausl A 104/13 Rn. 32 – openjur; hierzu *Zimmermann*, ZIS 2017, 220 (227).

¹⁰² *HF* (Fn. 99), Rn. 104.

¹⁰³ BGBl. II, 1980, 647.

¹⁰⁴ *HF* (Fn. 99), Rn. 107–114.

c) Stellungnahme

Diese Lösung des EuGH¹⁰⁵ ist grundsätzlich überzeugend, bedarf nach hier vertretener Ansicht jedoch einer Einschränkung für Verfolgte, die sowohl Unionsbürger als auch Staatsangehörige des ersuchenden Drittstaats sind. Denn ansonsten hätte der ersuchende Drittstaat immer das Nachsehen, obwohl der Betroffene sowohl Staatsangehöriger des europäischen Herkunftsstaats als auch des Drittstaats ist. Eine solche Auslegung erscheint nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Staatengleichheit problematisch,¹⁰⁶ sondern es ist auch nicht plausibel, davon auszugehen, dass eine solche Ungleichbehandlung im Interesse der Vertragsschließenden gewesen ist. Diese potenzielle Völkerrechtswidrigkeit des *Petruhhin*-Mechanismus kann durch völkerrechtskonforme Auslegung (vgl. Art. 211 Abs. 8 AEUV) von Art. 18 AEUV in solchen Fällen vermieden werden. Dies wird auch im Regelungsvorschlag berücksichtigt.¹⁰⁷

4. Gefahr doppelter Strafverfolgung

Klip kritisiert, dass der *Petruhhin*-Mechanismus den Verfolgten unnötigerweise der Gefahr einer doppelten Strafverfolgung aussetze, denn nichts hindere den ersuchenden Staat nach Verbüßung der Haftstrafe im Herkunftsstaat daran, die Strafverfolgung weiter zu betreiben und eine Auslieferung anzustreben.¹⁰⁸ Doppelte Strafverfolgung ist zwar belastend für den Beschuldigten, sie ist aber ein grundsätzliches Problem im Völkerrecht und durch die staatliche Souveränität bedingt.¹⁰⁹ Es kann jedoch nicht Aufgabe von Art. 18, 21 AEUV sein, diesen völkerrechtspolitischen Missstand zu beheben; sowohl der Unionsgesetzgeber als auch der EuGH würden die Grenzen ihrer Kompetenzen überschreiten, wenn sie versuchten, mithilfe von Art. 18, 21 AEUV ein über Art. 54 SDÜ, Art. 50 GrCh hinausgehendes, Drittstaaten vollständig einbeziehendes, transnationales *ne bis in idem* zu etablieren.

5. Kein Auslieferungsschutz bei fehlender Diskriminierung

Costa erblickt einen weiteren Nachteil des *Petruhhin*-Mechanismus darin, dass er nur dann wirksam sei, wenn der Mitgliedstaat in der gleichen Situation einen inländischen Staatsangehörigen nicht ausliefern würde.¹¹⁰ Damit ist ein grundsätzliches Problem des Antidiskriminierungsrechts angesprochen: Es erlaubt auch ein geringes Schutzniveau, so-

fern niemand unverhältnismäßig bevorzugt wird.¹¹¹ Es wäre aber unangemessen, Art. 18 AEUV heranzuziehen, um die Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts zu verändern. Hinzu kommt, dass das Problem nicht sehr praxisrelevant ist, weil Dänemark der einzige EU-Mitgliedstaat ist, der keinen Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger kennt und auch dort eigene Staatsangehörige bei der Auslieferung bevorzugt werden.¹¹² Im Interesse einer einheitlichen Anwendung von Art. 18, 21 AEUV gilt der Regelungsvorschlag jedoch auch für Dänemark.¹¹³

6. Gefahr der Strafflosigkeit wegen Verweigerung der Übergabe an den Herkunftsstaat

Costa kritisiert ferner, dass der *Petruhhin*-Mechanismus dort leerläuft, wo der ersuchte Staat die Übergabe an den Herkunftsstaat aus menschenrechtlichen Gründen verweigern muss.¹¹⁴ Es gibt noch keine Entscheidung dazu, ob in einem solchen Fall die Auslieferung an den Drittstaat zulässig ist. In jedem Fall besteht ein Dilemma: Würde man die Auslieferung in einem solchen Fall für zulässig erachten, würden Unionsbürger aus Mitgliedstaaten mit schlechten Haftbedingungen diskriminiert. Würde man die Auslieferung in einem solchen Fall für unzulässig erachten, bliebe der Verfolgte straflos, auch wenn er schuldig ist. Das Problem stellt sich vor allem deshalb, weil nicht alle Mitgliedstaaten durchweg EMRK-konforme Haftbedingungen haben.¹¹⁵ Im Rahmen einer Abwägung wiegt jedoch das Interesse an einer Strafverfolgung bei schlechten Haftbedingungen geringer. Anderenfalls würde der Verfolgte gleichsam dafür bestraft werden, dass sein Herkunftsstaat schlechte Haftbedingungen hat. Aus diesem Grund hat es der Herkunftsstaat hinzunehmen, dass ihm die Strafverfolgung verwehrt ist, solange er seine Haftbedingungen nicht anpasst.

7. Der *Petruhhin*-Mechanismus als Teil einer „Festung Europa“?

Costa hat in den Raum gestellt, dass der EuGH die „Festung Europa“ (d.h. die Abschottung der EU gegenüber Nicht-Unionsbürgern) gestärkt haben könnte, indem sich der *Petruhhin*-Mechanismus grundsätzlich auf Unionsbürger beschränke, anstatt Verfahrensgarantien für jedermann einzuräumen.¹¹⁶ Damit ist womöglich ein politisches Problem angesprochen, das jedoch nicht juristisch greifbar ist. Die Gerichte müssen akzeptieren, dass Art. 18 AEUV nach dem Willen der Vertragsparteien grundsätzlich nur Unionsbürger schützt.¹¹⁷

¹⁰⁵ Siehe oben b), c).

¹⁰⁶ Zu diesem völkerrechtlichen Prinzip nur *Stein/Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 15. Aufl. 2023, § 31; *Herdegen*, Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 33; krit. *Kokott*, ZaöRV 2004, 517 (520 ff.).

¹⁰⁷ Art. 3 Abs. 3 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁰⁸ *Klip*, ECCL 2017, 195 (199 f.).

¹⁰⁹ *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 103. EL Januar 2024, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 78-80.

¹¹⁰ *Costa* (Fn. 9), S. 126.

¹¹¹ *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 103. EL Januar 2024, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 207 f.

¹¹² Anhang 2 der Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten (ABl. EU 2022, Nr. C 223, S. 1).

¹¹³ Art. 8 des Regelungsvorschlags. Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 des Protokolls (Nr. 22) zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union über die Position Dänemarks (ABl. EU 2008, Nr. C 115, S. 299) gelten nicht für Maßnahmen gem. Art. 18 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 AEUV.

¹¹⁴ *Costa* (Fn. 9), S. 137.

¹¹⁵ EGMR, Ur. v. 25.4.2017, 61467/12 u.a. (Rumänien); EGMR, Ur. v. 7.12.2017, 8138/16 Rn. 84-93 (Bulgarien).

¹¹⁶ *Costa* (Fn. 9), S. 141 f.; krit. *Huber*, EuR 2013, 637 (650).

¹¹⁷ Statt aller *Streinz*, in: Streinz (Fn. 7), Art. 18 AEUV Rn. 39 f.; s. a. Art. 1 Nr. 2 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

8. Nichtberücksichtigung der Wirtschaftsgrundfreiheiten

Giegerich und *Epiney* geben zu bedenken, dass neben Art. 18 und 21 AEUV auch andere Grundfreiheiten berücksichtigt werden sollten.¹¹⁸ Dieser Kritik ist beizupflichten: Während Art. 18 und 21 AEUV die Grundlage für den Schutz von Unionsbürgern vor Auslieferung bilden müssen, um auch im ersuchten Staat nicht wirtschaftlich tätige Verfolgte zu schützen, ist es wichtig, für Unionsbürger, die sich auf andere Grundfreiheiten berufen können, im Einzelfall ein höheres Schutzniveau zu gewährleisten.¹¹⁹ Beispielsweise dürfte es näherliegen, einen Unternehmer wegen Anlagebetrugs an einen Drittstaat auszuliefern als wegen eines strafbaren Produktionsfehlers.

9. Übergabe gegen den Willen des Verfolgten

Die Bundesrepublik Deutschland hat in einem Schreiben an den Rat der Europäischen Union Bedenken bezüglich der Anwendung des *Petruhhin*-Mechanismus gegen den Willen des Betroffenen geäußert, da dies (wohl wegen der Offenbarungspflicht bezüglich der Staatsangehörigkeit in § 111 Abs. 1 OWiG) gegen die Selbstbelastungsfreiheit und das Datenschutzrecht verstoßen könnte.¹²⁰ Die Bedenken sind jedenfalls schon deshalb im Ergebnis berechtigt, da bei einem entgegenstehenden Willen des Verfolgten nicht von einem milderen Mittel die Rede sein kann.¹²¹

II. Vollständiger Verzicht auf Diskriminierung?

Neben der erläuterten Kritik am *Petruhhin*-Mechanismus gibt es auch den Vorschlag, ausländischen Unionsbürger wie eigene Staatsangehörige zu behandeln, wobei den Vertretern dieser Ansicht oft nicht bewusst zu sein scheint, dass sie sich damit in diametralem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH befinden.¹²² Die Frage der vollständigen Gleichstellung von eigenen Staatsangehörigen mit ausländischen Unionsbürgern bei der Auslieferung wird in Deutschland vor allem im Zusammenhang mit der Frage diskutiert, ob für ausländische Unionsbürger aus Art. 18

AEUV eine gleichwertige Grundrechtsposition zu Art. 16 Abs. 2 GG aus Art. 2 Abs. 1 GG folge¹²³ bzw. der persönliche Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG entsprechend zu erweitern sei.¹²⁴ *Zimmermann* argumentiert, dass der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 AEUV) einer Diskriminierung von ausländischen Unionsbürgern entgegenstehe.¹²⁵ Ansonsten wird vor allem geltend gemacht, dass jedenfalls integrierte ausländische Unionsbürger sich in der gleichen Lage befänden wie inländische Staatsangehörige, weshalb eine Benachteiligung nicht gerechtfertigt sei.¹²⁶ Dagegen wird vorgebracht, dass das Vertrauen eines ausländischen Unionsbürgers in die Rechtsordnung des ersuchten Staats nicht mit dem Vertrauen eines inländischen Staatsangehörigen gleichgesetzt werden könne.¹²⁷ Zudem wird angemerkt, dass die Ausweitung des persönlichen Schutzbereichs von Art. 16 Abs. 2 GG auch den gesamten sachlichen Schutzbereich auf ausländische Unionsbürger übertrüge, was jedenfalls bei der Auslieferung in den Herkunftsstaat zu weit geinge.¹²⁸

Heger hat im Zusammenhang mit dem EuHB argumentiert, dass die Bevorzugung inländischer Staatsangehöriger bei wertender Betrachtung wie eine zulässige positive Inländerdiskriminierung zu behandeln sein könnte, weil sie durch den Ausschluss von ausländischen Unionsbürgern den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stärke.¹²⁹ Dieses Argument stößt jedoch auf Bedenken: Das Unionsrecht steht der negativen Inländerdiskriminierung nicht entgegen, sofern es sich um Angelegenheiten handelt, die den Staat „rein intern betreffen“.¹³⁰ Bei der Vollstreckung eines EuHB ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb die Diskriminierung von ausländischen Unionsbürgern gerade auf Grund des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, der den transnationalen Charakter des Europäischen Strafrechts verstärkt,¹³¹ „rein intern“ werden sollte. Bei der Auslieferung an Drittstaaten ist der Unionsrechtsbezug dagegen nicht per se gegeben, wird aber dadurch hergestellt, dass ein ausländischer Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, rechtlich benachteiligt wird.¹³²

¹¹⁸ *Epiney*, NVwZ 2019, 921 (924); *Giegerich* (Fn. 3), Art. 16 Abs. 2 Rn. 107; s. a. *Grützner*, BB 2014, 1299. Rechtsbank Amsterdam, Urt. v. 1.5.2010, 08/5522 berücksichtigt unternehmerische Tätigkeit als Integrationsfaktor.

¹¹⁹ Art. 2 Abs. 4 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹²⁰ *Brodowski*, ZIS 2019, 527 (530).

¹²¹ Siehe Art. 4 Abs. 4 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹²² So offenbar *Khan/Schäffer*, in: Geiger et al./, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 18 AEUV Rn. 8. Siehe auch Fn. 124.

¹²³ Dies ist der herrschende Ansatz für die Gewährung von Grundrechtspositionen für Ausländer, *Rüfner*, Grundrechtsträger, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 196 Rn. 49; *Saurer*, in: Stern/Sodan/Mörtl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 64 Rn. 31.

¹²⁴ Ausdrücklich befürwortend *Zimmermann*, ZIS 2017, 220 (227); tendenziell befürwortend *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 10 Rn. 42; *Tinkl*, ZIS 2010, 320; *Reinhardt/Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432; ablehnend *Heger*, ZIS 2007, 221 (225); *Becker*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 16 Rn. 87; *Giegerich* (Fn. 3), Art. 16 Abs. 2 Rn. 114; offen *Hackner/Schierholt*,

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Ein Leitfaden für die Praxis, 4. Aufl. 2021, Rn. 458 ff. Siehe auch die Paralleldiskussion zur Vereinbarkeit des aktiven Personalitätsprinzips mit Art. 18 AEUV, *Ambos* (Fn. 51), Vorb. § 3 StGB Rn. 33.

¹²⁵ *Zimmermann*, ZIS 2017, 220 (225, 227).

¹²⁶ *Reinhardt/Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432; *Tinkl*, ZIS 2010, 320.

¹²⁷ *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, Art. 82 Rn. 35 unter Verweis auf BVerfGE 113, 273 = NJW 2005, 2289 – EuHbG I; letztlich geht es m.E. darum, dass der Unionsbürgerstatus von der nationalen Staatsangehörigkeit abgeleitet ist, s. Art. 20 Abs. 1 S. 2 und 3 AEUV.

¹²⁸ *Weiß*, Schutz vor Auslieferung, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 10, 3. Aufl. 2012, § 207 Rn. 16; *Becker* (Fn. 124), Art. 16 Rn. 86.

¹²⁹ *Heger*, ZIS 2007, 221 (225).

¹³⁰ EuGH, Urt. v. 28.3.1979, Saunders, C-175/78, C:1979:88, Rn. 11; S. a. EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Wilhelm/Bundeskartellamt, C-14/68, C:1969:4, Rn. 3.

¹³¹ Näher von *Danwitz*, EuR 2020, 61 (64 ff.).

¹³² *Petruhhin* (Fn. 11) Rn. 29–33.

Hieraus folgt aber: Wenn die Grundfreiheiten rein interne Sachverhalte unberührt lassen, dann zeigt dies, dass der Unionsbürgerstatus und damit der Schutz durch Art. 18, 21 AEUV nicht absolut ist.¹³³ Wenn der Unionsbürgerstatus aber nicht absolut ist, ist er grundsätzlich einschränkbar.¹³⁴ Der Unionsbürgerstatus tritt dementsprechend nur neben die nationale Staatsangehörigkeit, ersetzt sie aber nicht.¹³⁵ Wollte man trotzdem Benachteiligungen von ausländischen Unionsbürgern im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten *prima facie* ausschließen, wäre dies allenfalls bei einem besonderen Grund möglich, durch den Art. 18 AEUV zu einem absoluten Diskriminierungsverbot erstarken würde.¹³⁶ Ein solcher Grund ist jedoch nicht ersichtlich: Der von *Zimmermann* vorgebrachte Gesichtspunkt eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts läuft bei der Auslieferung an einen Drittstaat leer, weil das Unionsrecht grundsätzlich keine Kompetenzen für den Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten hat.¹³⁷ Wenn aber der EuGH sogar unter bestimmten Voraussetzungen die Ausländerdiskriminierung bei der Vollstreckung eines EuHB erlaubt,¹³⁸ muss dies erst recht bei der Auslieferung an Drittstaaten zulässig sein. Zudem befindet sich ein Unionsbürger, der etwa nur auf Durchreise ist, nicht unbedingt in einer vergleichbaren Situation wie ein inländischer Staatsangehöriger.¹³⁹ Die Benachteiligung von ausländischen Staatsangehörigen bei der Auslieferung ist daher nicht im Vorhinein unzulässig.

III. Kompetenzwidrige Konditionierung von Unionsbürgern

Coutts kritisiert, dass die Rechtsprechung zu Art. 18, 21 AEUV die Unionsbürger in „gute und schlechte Unionsbürger“ unterteile und sie kompetenzwidrig zu einem bestimmten Verhalten konditioniere.¹⁴⁰ Der Kritikpunkt wird verständlicher, wenn man sich darüber klar wird, dass Art. 18 und 21 AEUV ausländische Unionsbürger unter Umständen faktisch dazu verpflichten können, sich in den ersuchten Staat zu integrieren, wenn sie eine Auslieferung verhindern möchten. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass ein Auslieferungsschutz für alle Unionsbürger zu weit gehen würde¹⁴¹ und ansonsten jedes differenzierende Kriterium den Unionsbürger unweigerlich in seinem Verhalten beeinflussen kann. Solche Kriterien bewerten aber nicht den Verfolgten als Menschen, sondern sollen nur die Verwirklichung der legitimen Zwecke optimieren, insofern kann nicht von „guten und schlechten Unionsbürgern“ die Rede sein.

IV. Objektivierung nach Art. 18, 21 AEUV?

Coutts kritisiert auch, dass die Rechtsprechung im *Pisciotti*-Urteil vom subjektiven Ansatz abgewichen ist und eine objektivrechtliche Prägung angenommen hat.¹⁴² Das macht er vor allem daran fest, dass der Herkunftsstaat keine Verpflichtung zur Strafverfolgung hat.¹⁴³ Abgesehen davon, dass Art. 18 und 21 AEUV den dogmatischen Kern bilden¹⁴⁴ und deshalb weiterhin der Schutz des Einzelnen im Zentrum steht, ist das, was *Coutts* als Kritik formuliert, sogar ein Vorzug der EuGH-Rechtsprechung: In der Tat dient der Auslieferungsverkehr vor allem den Interessen der Allgemeinheit.¹⁴⁵ Die Auslegung von Art. 18, 21 AEUV muss daher besonders im Auslieferungsrecht auch objektivrechtliche Erwägungen berücksichtigen.

E. Regelungsvorschlag

I. Ausgangspunkt

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Rechtsprechungslinie des EuGH grundsätzlich tragfähig ist. Die Bedenken und Unklarheiten, die bezüglich der Rechtsprechung bestehen, stellen sie nicht vollständig in Frage, sondern zeigen nur einige Probleme auf, die durch eine Ergänzung und Präzisierung der EuGH-Rechtsprechung gelöst werden können.

Dabei ist es nicht ratsam, alle Schwächen in der EuGH-Rechtsprechung durch eine bloße Modifizierung der bestehenden Maßstäbe zu beheben, denn durch manche vermeintlichen Schutzvorkehrungen können auch nachteilige Wirkungen für den Verfolgten eintreten. So setzt etwa eine größere Mitbestimmung des Verfolgten im Auslieferungsverfahren diesen m.E. auch der Gefahr schwerwiegender Fehlentscheidungen aus. Obwohl sich manche Unklarheiten auch „systemimmanent“ lösen lassen,¹⁴⁶ sollte es daher *de lege ferenda* dem Verfolgten am Anfang des Auslieferungsverfahrens überlassen bleiben, zu bestimmen, ob er den regulären Schutz nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechungslinie oder alternativen Schutz¹⁴⁷ in Anspruch nehmen möchte.

II. Regelungskompetenz

Die EU hat gem. Art. 18 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 AEUV die Befugnis zu „konkretisierender Rechtssetzung“¹⁴⁸ im Bereich von Art. 18, 21 AEUV. Es handelt sich gem. Art. 4 Abs. 1 AEUV um eine geteilte Zuständigkeit. Dabei ist es unerheblich, ob die Rechtssetzung durch Richtlinie oder

¹³³ *S.M.* (Fn. 16), Rn. 47 bzgl. Art. 18, 21 AEUV: „kein automatisches und absolutes Recht“.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 18.6.2006, C-406-04, C:2006:491, Rn. 38 f.; *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 34.

¹³⁵ Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV.

¹³⁶ *Streinz* (Fn. 7), Art. 18 AEUV Rn. 58–63.

¹³⁷ *Petruhhin* (Fn. 11), Rn. 30.

¹³⁸ Siehe oben C. II.

¹³⁹ *Raugevicius* (Fn. 10), Rn. 46.

¹⁴⁰ *Coutts*, *European Journal of Migration and Law* (2021), 29 (41 f.).

¹⁴¹ Siehe oben II.

¹⁴² *Coutts*, *CMLR* 2019, 521 (523).

¹⁴³ *Coutts*, *CMLR* 2019, 521 (525, 535–538); siehe oben B. I. 4.

¹⁴⁴ *Pisciotti* (Fn. 12), Rn. 29, 50.

¹⁴⁵ *Popp*, § 2 Rn. 9 ff.

¹⁴⁶ Siehe unten IV.

¹⁴⁷ Siehe unten V.

¹⁴⁸ *Streinz* (Fn. 7), Art. 18 AEUV Rn. 70–72.

Verordnung erfolgt (Art. 296 Abs. 1 AEUV).¹⁴⁹ Soweit die Verordnung Verpflichtungen der Mitgliedstaaten untereinander begründet, ist daneben Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d AEUV als Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen.¹⁵⁰

III. Art des Rechtsakts

Um eine möglichst wirksame Harmonisierung zu erreichen, wird vorgeschlagen, die Konkretisierung von Art. 18, 21 AEUV bei der Auslieferung an Drittstaaten durch Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) zu regeln.

IV. Regulärer Schutz

Neben den bereits diskutierten Kritikpunkten sind beim regulären Schutz drei weitere Aspekte zu berücksichtigen.

1. Abwägung oder starre Frist: *De lege ferenda*

Der EuGH hat den Mitgliedstaaten einen Wertungsspielraum bezüglich der Frage eingeräumt, wann sich ein ausländischer Unionsbürger auf Art. 18, 21 AEUV berufen kann.¹⁵¹ Obwohl die Rechtsetzungsbefugnisse in Art. 18 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 AEUV nicht herangezogen werden dürfen, um das Schutzniveau von Art. 18 und 21 AEUV zu senken,¹⁵² ist es naheliegend, dass auch dem Unionsgesetzgeber ein solcher Wertungsspielraum zukommt. Dabei wird vorgeschlagen, den Wertungsspielraum wie folgt zu füllen: Im Rahmen des regulären Schutzes wird *de lege ferenda* die Abwägungslösung grundsätzlich einer Fristenlösung vorgezogen. Da der legitime Zweck der Ungleichbehandlung im Rahmen der Vollstreckungsauslieferung an einen Drittstaat die Erhöhung der Resozialisierungschancen des Verfolgten ist,¹⁵³ sollte die Erfüllung dieses Ziels bestmöglich, d.h. unter Berücksichtigung aller relevanten Belange, optimiert werden.¹⁵⁴ Fristenlösungen knüpfen hingegen an einen Zeitablauf an, der an sich noch nichts über den Verfolgten aussagt.¹⁵⁵ Auch eine Obergrenze, ab der keine Abwägung mehr erfolgt, ist aus diesem Grund grundsätzlich nicht plausibel.¹⁵⁶

Bei sehr langen Haftstrafen ist die Eingriffsintensität höher, weshalb m.E. *de lege ferenda* neben der Anerkennung eines überwiegenden Schutzinteresses bereits bei einem Daueraufenthaltsrecht des ausländischen Unionsbürgers eine vergleichbare Situation wie bei einem inländischen Staatsangehörigen vermutet werden kann. Insoweit wird eine Fris-

tenlösung bevorzugt.¹⁵⁷ Dagegen spricht auch nicht, dass Verurteilte mit langen Haftstrafen üblicherweise eine schwere Straftat begangen haben. Denn das Auslieferungsverfahren dient nicht dem Zweck, als zusätzliche Strafe neben die gesetzliche Strafe zu treten.¹⁵⁸

Der aufgezeigten Lösung kann nicht entgegenhalten werden, dass sie die Wertungsspielräume der Mitgliedstaaten untergrübe. Denn Ausgangspunkt des hier vertretenen Ansatzes ist weiterhin die Abwägungslösung, die offen genug ist, um mitgliedstaatliche Wertungen zu erlauben.

2. Differenzierung je nach Territorialitätsbezug:

De lege ferenda

§ 80 IRG¹⁵⁹ und die Rechtsprechung des BVerfG¹⁶⁰ kennen im Zusammenhang mit dem EuHB eine Unterscheidung je nach Territorialitätsbezug. Auch bei der Auslieferung an Drittstaaten ist dies plausibel, weil der ersuchte Staat grundsätzlich ein legitimes rechtspolitisches Interesse hat, inländische Angelegenheiten selbst zu regeln. Dementsprechend unterscheidet der Regelungsvorschlag in Anlehnung an § 80 Abs. 1 und 2 IRG für die Auslieferung an Drittstaaten zwischen Auslandstaten, Inlandstaten und Mischstaten, je nachdem, ob ein maßgeblicher Bezug zum ersuchten Staat, zum Herkunftsstaat oder zu keinem der beiden Staaten besteht. Ein Konflikt mit dem bisherigen Schutzniveau von Art. 18, 21 AEUV besteht nicht, weil die Unterscheidung je nach Territorialitätsbezug neben die bestehenden Voraussetzungen tritt und somit das Schutzniveau niemals geringer ist als nach aktueller Rechtslage.¹⁶¹ Die Unterscheidung je nach Territorialitätsbezug ist dennoch eine faktische Benachteiligung ausländischer Unionsbürger, weil ihre Tat eher eine Auslands- oder Mischtat sein wird als bei einem Inländer. Sie ist aus diesem Grund rechtfertigungsbedürftig.

a) Europäischer ordre public des Rechtshilferechts

(Art. 1 Abs. 3 EuHB-RB, Art. 6 EUV)

§ 73 S. 2 IRG verweist für den Rechtshilfeverkehr innerhalb der EU sowie mit Island und Norwegen auf die „in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Grundsätze“. Diese Vorschrift wurde vom deutschen Gesetzgeber als Parallele zum nationalen *ordre-public*-Vorbehalt in § 73 S. 1 IRG¹⁶² und in Anknüpfung an Art. 1

¹⁴⁹ Haag, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 21 AEUV Rn. 38; Streinz (Fn. 7), Art. 18 AEUV Rn. 70.

¹⁵⁰ Siehe Art. 4 Abs. 3 und 4 des Regelungsvorschlags (E. VI.). Zu Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d AEUV siehe etwa Satzger, in: Streinz (Fn. 7), Art. 82 AEUV Rn. 38 f.

¹⁵¹ Siehe oben B. II. 1.

¹⁵² Epiney, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 18 AEUV Rn. 43.

¹⁵³ Siehe oben B. I. 5.

¹⁵⁴ Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁵⁵ Kozłowski (Fn. 58), Rn. 49; Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 76: „für sich genommen grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung“.

¹⁵⁶ So aber OLG Wien, Urt. v. 2.12.2013 – 22 Bs 284/14x (Zehnjahresfrist).

¹⁵⁷ Art. 6 Abs. 2 S. 3 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁵⁸ EGMR, Urt. v. 7.7.1989, Soering, 14038/88, Rn. 113; zu den Zwecken der Rechtshilfe Popp, § 2 Rn. 9 ff.

¹⁵⁹ Zimmermann (Fn. 23), § 80 IRG Rn. 13; Meyer, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 80 IRG Rn. 846.

¹⁶⁰ BVerfGE 113, 273 (302 ff.) = NJW 2005, 2289 (2292) – EuHbG I.

¹⁶¹ Art. 5 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁶² § 73 S. 1 IRG sieht vor, dass die Leistung von Rechtshilfe unzulässig ist, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung (wie z.B. der Menschenwürdegarantie) widersprechen würde, näher Burchard, in: Grützner et al., Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 136. Lieferung (Juni 2024), § 73 IRG Rn. 37 ff.

Abs. 3 EuHB-RB, der ebenfalls auf Art. 6 EUV verweist, als europäischer *ordre public* für die Rechtshilfe in der EU konzipiert.¹⁶³ Nachdem der EuGH zunächst davon auszugehen schien, dass ein *ordre-public*-Vorbehalt im Rahmen der Vollstreckung eines EuHB unionsrechtswidrig sei,¹⁶⁴ ist heute sowohl in der Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁵ als auch im Schrifttum¹⁶⁶ anerkannt, dass die Grundsätze des Art. 6 EUV, insbesondere die Grundrechte, im Einzelfall der Vollstreckung eines EuHB entgegenstehen können. Dies muss erst recht im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten gelten, wo es keinen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gibt. Es wurde jedoch bereits gezeigt, dass die Berufung auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz oder eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung i.S.v. Art. 6 EUV nicht zielführend ist, weil eigene Staatsangehörige auch dann geschützt sind, wenn ausländische Unionsbürger nicht benachteiligt werden.¹⁶⁷ Noch fernliegender wäre es, die Ausweitung des Grundsatzes der Nichtauslieferung eigener Staatsangehörige als Verstoß gegen die Unionsgrundrechte oder die EMRK¹⁶⁸ anzusehen. Somit scheidet der europäische *ordre public* des Rechtshilferechts als Rechtfertigungsgrund für die vorgenommene Unterscheidung aus.

b) *Ordre public* des Freizügigkeitsrechts

Neben dem *ordre public* des Rechtshilferechts gibt es einen ungeschriebenen *ordre public* des Freizügigkeitsrechts, der besagt, dass Art. 21 AEUV aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit einschränkbar ist.¹⁶⁹ Dabei kann nach der Rechtsprechung des EuGH im Einzelfall auch die Begehung bestimmter Straftaten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen.¹⁷⁰ Eine Auslieferung wird jedoch nie ein milderes Mittel gegenüber einer Ausweisung i.S.v. Art. 28-33 Freizügigkeits-RL¹⁷¹ sein, bei der der Ausländer nur ausreisepflichtig wird,¹⁷² aber nicht wie bei der Auslieferung in einen Staat ausgeliefert wird, wo ihm Strafverfolgung oder Strafvollstreckung droht.

¹⁶³ BVerfGE 140, 317 (359 f., Rn. 93) = NJW 2016, 1149 (1157 f., Rn. 93) – Identitätskontrolle; BT-Drucks. 15/1718, S. 14; Schumann, Anerkennung und ordre public am Beispiel der Vollstreckungshilfe bei freiheitsentziehenden Sanktionen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2016, S. 160 ff.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 1.12.2008, Leymann und Pustovarov, C-388/08, C:2008:669, C:2016:198, Rn. 51.

¹⁶⁵ Erstmals EuGH, Urt. v. 5.4.2016, Aranyosi und Căldăraru, C-404/15, C-659/15, Rn. 82, 104.

¹⁶⁶ Gaede, NJW 2013, 1279 (1281); Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, S. 180; Ambos/Gronke, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 73 IRG Rn. 76; Gleß/Wahl/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 73 IRG Rn. 130; Burchard (Fn. 163), § 73 IRG Rn. 96.

¹⁶⁷ Siehe oben B. I. 3.

¹⁶⁸ EGMR, Urt. v. 14.9.2022, 24384/19, 44234/20, Rn. 247 bzgl. Art. 3 Abs. 1 4. ZP EMRK.

¹⁶⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Europäische Grundfreiheiten, Bd. 1 2012, § 6 Rn. 4153 f.; Kießling, Wollenschläger, Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 2. Ed. 2021, § 6 Rn. 3.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 23.11.2010, C-145/09, C:2010:708, Rn. 44-54 (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV: illegaler Drogenhandel); EuGH, Urt. v. 22.5.

Daher kann die faktische Diskriminierung auch nicht mit dem *ordre public* des Freizügigkeitsrechts begründet werden.

c) *Resozialisierung*

Der deutsche Gesetzgeber führt als Ratio von § 80 IRG den Gesichtspunkt der Resozialisierung an,¹⁷³ der auch vom EuGH als legitimer Grund anerkannt ist.¹⁷⁴ Jedoch ist m.E. nicht ersichtlich, warum ein besonderes Resozialisierungsinteresse des Täters in dem Staat vorliegen soll, in dem er die Tat begangen hat. Vielmehr deutet Kriminalität, vor allem, wenn sie gegenwärtig, schwerwiegend und häufig auftritt, auf eine mangelnde Integration in den Tatortstaat hin.¹⁷⁵ Somit kann der Gesichtspunkt der Resozialisierung keine Differenzierung je nach Territorialitätsbezug legitimieren.

d) *Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen*

Es wird vorgeschlagen, einen besonderen legitimen Zweck aus einer Gesamtschau von Art. 9 S. 3 EUV, Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV und Art. 67 Abs. 1 AEUV abzuleiten.

Dieser Rechtfertigungsgrund ähnelt dem Gedanken des sog. strafrechtlichen Schonungsgrundsatzes, demzufolge das Strafrecht grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten bestimmt wird.¹⁷⁶ Er ist jedoch erstens nicht strafrechtsspezifisch und ist zweitens keine „primär kriminalpolitische Forderung“,¹⁷⁷ sondern nur von rechtsdogmatischer Bedeutung.

Bisher wurde aus Art. 9 S. 3 EUV und Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV im Schrifttum abgeleitet, dass es eine durch die Verträge geschützte „Nähe- und Treuebeziehung“¹⁷⁸ zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Staatsangehörigen gebe.

Art. 67 Abs. 1 AEUV besagt dagegen unter anderem, dass im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die nationalen Rechtsordnungen und -traditionen geachtet werden müssen. Diese Vorschrift ist nicht nur ein Programmsatz, sondern eine „unmittelbar anwendbare Schranke“ für das Unionsrecht.¹⁷⁹

2012, C-348/09, C:2012:300, Rn. 28 (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV: sexuelle Ausbeutung eines Kindes).

¹⁷¹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/48/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158, S. 123).

¹⁷² Fleuß, in: BeckOK AuslR, 41. Ed. (Stand: 1.4.2024), § 53 AufenthG Rn. 53.

¹⁷³ BT-Drucks. 16/544, S. 11 (Gesetzentwurf); BT-Drucks. 16/1025, S. 15 (Beschlussempfehlung).

¹⁷⁴ Wolzenburg (Fn. 59), Rn. 67, 70.

¹⁷⁵ OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2008, 376 (377); Högsta domstolen, Urt. v. 9.9.2022, B3986-22 (NJW 2022, 709) Rn. 18.

¹⁷⁶ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts – Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, 2001, S. 166 ff.; s. a. BVerfGE 123, 267 (359 f.) = NJW 2009, 2267 (2274) – Lissabon.

¹⁷⁷ Satzger (Fn. 124), § 9 Rn. 9.

¹⁷⁸ Epiney (Fn. 152), Art. 18 AEUV Rn. 27.

¹⁷⁹ Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, Art. 67 AEUV Rn. 92.

Trotz dieser Rechtslage wird zwar richtigerweise eine *allgemeine* Ausnahme von Art. 18 AEUV im Auslieferungsrecht aus Gründen der mitgliedstaatlichen Autonomie abgelehnt.¹⁸⁰ Dennoch erscheint es angesichts der genannten Normen richtig, jedenfalls bei der Auslieferung an Drittstaaten zwar nicht allgemein, jedoch ausnahmsweise¹⁸¹ ähnlich wie bei dem Vollzug von Unionsrecht¹⁸² eine mitgliedstaatliche Autonomie anzuerkennen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer zwischen eigenen Staatsangehörigen und ausländischen Unionsbürgern unterscheidenden Regelung besteht.¹⁸³

e) *Geeignetheit und Erforderlichkeit?*

Die Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als legitimer Zweck ist so beschaffen, dass es nicht sinnvoll ist, die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit aufzuteilen. Denn offensichtlich ist jede rechtmäßig zustande gekommene nationale Vorschrift geeignet, die Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zu stärken und offensichtlich könnte diese Autonomie gerade nicht verwirklicht werden, wenn die Vorschrift unzulässig wäre. Deshalb wird anstatt einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung eine bloße Interessenabwägung durchgeführt.¹⁸⁴

f) *Interessenabwägung*

aa) *Auslandstaaten*

Zunächst ist die Reichweite einer rechtmäßigen Diskriminierung je nach Staatsangehörigkeit bei Auslandstaaten zu untersuchen. Mit Auslandstaaten sind solche mit maßgeblichem Bezug zum ersuchenden Staat gemeint.¹⁸⁵ Bei einer Diskriminierung in diesem Zusammenhang steht das Interesse des ersuchten Staats, einen besonderen Auslieferungsschutz für seine Staatsangehörigen zu bieten, dem eventuell vorhandenen Interesse des Verfolgten gegenüber, seine Haftstrafe im ersuchten Staat zu verbüßen. Die Abwägungsposition des Verfolgten wird aber dadurch geschwächt, dass der ersuchte Staat wegen des maßgeblichen Bezugs zum ersuchenden Staat keine besondere Verantwortung für die Bestrafung des Täters hat.

Selbst der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeichnet sich im Rahmen der bisherigen Instrumente grund-

sätzlich dadurch aus, dass zwar die Kooperation eines anderen Mitgliedstaats bei der eigenen Strafverfolgung oder -vollstreckung erzwungen werden kann, nicht jedoch die Übernahme der Verantwortung für die Strafverfolgung.¹⁸⁶ Erst recht muss dies dann für den Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten gelten. Problematisch ist es auch, dem ersuchenden Staat, der maßgeblich von der Straftat betroffen ist, die Strafvollstreckung gegen eigene Staatsangehörige zu verwehren. Für eine Gleichbehandlung spricht aber wiederum das Resozialisierungsinteresse, das auch bei Auslandstaaten gegeben sein kann. Wenn dieses Interesse beachtet wird, ist die Schlechterstellung von ausländischen Unionsbürgern durch ein geringeres Schutzniveau bei Auslandstaaten nach hier vertretener Ansicht jedoch vereinbar im Hinblick auf Art. 18, 21 AEUV.¹⁸⁷

bb) *Mischtaten*

Mischtaten sind solche, die keinen maßgeblichen Bezug zum ersuchten und zum ersuchenden Staat aufweisen.¹⁸⁸ Da bei Mischttaten kein maßgeblicher Inlandsbezug vorliegt, lassen sich im Wesentlichen die für Auslandstaaten entwickelten Abwägungspositionen auf Mischttaten übertragen.¹⁸⁹ Es besteht jedoch ein wichtiger Unterschied: Es fehlt der maßgebliche Bezug zum ersuchenden Staat. In einer solchen Konstellation ist es gegenüber dem ersuchenden Staat leichter zu rechtfertigen, dass die Rechtshilfeleistung nicht erbracht wird. Dadurch wird die Abwägungsposition des Verfolgten gestärkt und eine Ungleichbehandlung ist nur unter erhöhten Anforderungen gerechtfertigt.¹⁹⁰

cc) *Inlandstaaten*

Anders als bei Auslands- und Mischttaten hat der ersuchte Staat bei Inlandstaaten, d.h. solchen mit maßgeblichem Inlandsbezug,¹⁹¹ eine besondere Verbindung zur Tat, die sich in den fünf Aspekten Rechtsfrieden, Generalprävention, allgemeines internationales Verständnis, Effizienz und Vermeidung von Fehlurteilen ausdrückt.¹⁹² Dabei ist auffällig, dass alle fünf Aspekte unabhängig davon sind, ob der Beschuldigte ein integrierter Ausländer oder ein inländischer Staatsangehöriger ist. Zudem genießt das Territorialitätsprinzip im Strafanwendungsrecht international sogar eine stärkere Stellung als das aktive Personalitätsprinzip.¹⁹³

¹⁸⁰ Rung, EWS 2014, 277 (278); Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, Art. 20 AEUV Rn. 34 f.

¹⁸¹ HF (Fn. 99); allgemein Herberger, „Ausnahmen sind eng auszulegen“. Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, 2017, S. 23–42.

¹⁸² Drechsler, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 60. EL Februar 2024, B. III. Rn. 140 f.

¹⁸³ Ähnlich Jähne/Schramm, Europäisches Strafrecht, 2017, S. 233 f.

¹⁸⁴ So auch implizit beim Recht auf ein faires Strafverfahren BVerfGE 57, 250 (275 f.) = NJW 1981, 1719 (1722).

¹⁸⁵ In Deutschland s. § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG.

¹⁸⁶ So kann durch einen EuHB oder eine Europäische Ermittlungsanordnung (näher Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 50–89)

beispielsweise keine Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat erzwungen, sondern nur die Unterstützung des eigenen Strafverfahrens erwirkt werden. Eine Ausnahme bildet die Europäische Staatsanwaltschaft, die selbst ein Ermittlungsverfahren einleiten und Anklage erheben kann (Art. 25 Abs. 1, Art. 36 VO (EU) 2017/1939).

¹⁸⁷ Art. 5 Abs. 1 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁸⁸ In Deutschland s. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG.

¹⁸⁹ Siehe oben aa).

¹⁹⁰ Art. 5 Abs. 2 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁹¹ In Deutschland s. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IRG.

¹⁹² Näher Payer, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, 2021, S. 26 ff.

¹⁹³ Payer (Fn. 192), S. 30; Ambos, in: MüKoStGB, § 3 StGB Rn. 18.

Daher ist es *de lege ferenda* bei Inlandstaaten nicht mehr gerechtfertigt, zwischen eigenen Staatsangehörigen und integrierten Unionsbürgern zu unterscheiden.¹⁹⁴

3. Informationsaustausch bei Bedenken bezüglich der Haftbedingungen

Zu berücksichtigen ist auch die für richtig befundene Rechtsprechung des italienischen Kassationsgerichtshofs, dass bei Bedenken bezüglich der Haftbedingungen im Herkunftsstaat Informationen über die Haftbedingungen anzufragen und bereitzustellen sind.¹⁹⁵

V. Alternativer Schutz

Der persönliche Anwendungsbereich des alternativen Schutzes ist aus Gründen der Rechtssicherheit für jeden ausländischen Unionsbürger eröffnet, der ein Daueraufenthaltsrecht im ersuchten Mitgliedstaat hat.¹⁹⁶ Alternative Maßnahmen gegenüber einer Auslieferung an den ersuchenden Staat oder Übergabe an den Herkunftsstaat, etwa der Erlass einer Europäischen Überwachungsanordnung¹⁹⁷, sind zu berücksichtigen.¹⁹⁸ Ist aber eine Übergabe an den Herkunftsstaat möglich, so ist dieser unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, einen EuHB auszustellen.¹⁹⁹

Zudem müssen die Selbstbelastungsfreiheit des Verfolgtten²⁰⁰, entgegenstehende Aburteilungen i.S.v. Art. 54 SDÜ²⁰¹ sowie die Völkerrechtsmäßigkeit des Verfahrens mit Blick auf bestehende Auslieferungsabkommen²⁰² beachtet werden.²⁰³

Um den alternativen Schutz möglichst lebendig und praxisnah zu gestalten, werden dabei die Einzelheiten der Anwendung von Absatz 2 der Kommission durch Delegierte Verordnung (Art. 290 AEUV) festgelegt.²⁰⁴

Der alternative Schutz könnte einen nicht unerheblichen Eingriff in die nationalen Auslieferungsrechte der Mitgliedstaaten bedeuten. Das Interpol *Red Notice*-Urteil des EuGH hat aber gezeigt, dass Art. 21 AEUV durchaus herangezogen werden kann, um auch tiefgreifende Veränderungen im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten herbeizuführen.²⁰⁵

VI. Formulierungsvorschlag

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf die Artikel 18 und 21,

(...)

HABEN FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

Kapitel 1. Allgemeine Vorschriften

Artikel 1. Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

1. „Verfolgter“ jede Person, in Bezug auf welche ein Auslieferungersuchen gestellt wurde und die sich im ersuchten Staat befindet;
2. „geschützte Person“ jeden Verfolgten, der Unionsbürger oder Staatsangehöriger der Republik Island, des Königreichs Norwegen oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist und nicht die Staatsangehörigkeit des ersuchten Mitgliedstaats besitzt;
3. „ersuchender Drittstaat“ jeden Staat, der nicht Mitglied der Europäischen Union ist und der ein Auslieferungersuchen gestellt hat;
4. „Herkunftsstaat“ jeden Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Verfolgte besitzt, außer den ersuchten Mitgliedstaat;
5. „ersuchter Staat“ jeden Mitgliedstaat, dem ein Auslieferungersuchen zugeht;
6. „Auslandstat“ jede Tat mit maßgeblichem Bezug zum Herkunftsstaat;
7. „Inlandstat“ jede Tat mit maßgeblichem Bezug zum ersuchten Staat;
8. „Mischtat“ jede Tat, die weder Auslandstat noch Inlandstat ist.

Artikel 2. Grundregel

- (1) Eine geschützte Person darf nur an einen ersuchenden Drittstaat zum Zweck der Strafverfolgung ausgeliefert werden, wenn der ersuchte Staat zuvor dem Herkunftsstaat gemäß Artikel 3 Gelegenheit gegeben hat, die geschützte Person zu beanspruchen und die Voraussetzungen gemäß Artikel 5 erfüllt sind.
- (2) Die Auslieferung einer geschützten Person an den ersuchenden Drittstaat zum Zweck der Strafvollstreckung ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen gemäß Artikel 6 erfüllt sind.
- (3) Abweichend von Absatz 1 und 2 ist die Auslieferung auch zulässig, wenn die Person innerhalb von einer Woche nach Kenntnisnahme des Auslieferungersuchens einer zuständigen Stelle des ersuchten Staats mitgeteilt hat, dass sie ein Verfahren gemäß Artikel 7 wünscht und die Voraussetzungen von Artikel 7 erfüllt sind, sofern die Kommission von ihrer Rechtssetzungsbefugnis gemäß Artikel 7 Absatz 2 Gebrauch gemacht hat.
- (4) Die Auslieferung an den ersuchenden Staat ist auch zu verweigern, wenn ihr eine andere Grundfreiheit als Artikel 18 in Verbindung mit Artikel 21 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union entgegenstehen würde.

¹⁹⁴ Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁹⁵ Art. 4 Abs. 3 des Regelungsvorschlags (E. VI.); siehe oben B. II. 3.

¹⁹⁶ Art. 7 Abs. 1 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁹⁷ Näher *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl. 2021, § 11 Rn. 29 f.; *Morgenstern*, *ZIS* 2014, 216.

¹⁹⁸ Art. 7 Abs. 2 S. 1 und 2 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

¹⁹⁹ Art. 4 Abs. 4 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

²⁰⁰ *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 37; *Lohse/Jakobs*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, Art. 6 EMRK Rn. 50-56.

²⁰¹ Eingehend *Schomburg/Wahl*, in: *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl. 2020, Art. 54 SDÜ Rn. 40-72.

²⁰² Siehe oben 4. a) cc).

²⁰³ Art. 7 Abs. 2 S. 3 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

²⁰⁴ Art. 7 Abs. 3 des Regelungsvorschlags (E. VI.).

²⁰⁵ EuGH, *Urt. v. 12.5.2021*, Interpol *Red Notice*, C-505/19, C:2023:376, Rn. 89-92 bzgl. eines nationalen Rechtsbehelf für die Geltendmachung von Art. 54 SDÜ, Art. 50 GrCh.

Artikel 3. Organisatorisches; Ausnahme für Staatstangehörige des ersuchenden Staates

- (1) Die Verfahren gemäß Artikel 4 bis 8 sind als Eilsache zu behandeln und dürfen insgesamt nicht länger als vier Wochen dauern.
- (2) Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die zuständigen Behörden mit den erforderlichen Mitteln auszustatten, um eine effektive Durchführung der in dieser Verordnung beschriebenen Aufgaben zu ermöglichen.
- (3) Die Auslieferung an den ersuchenden Drittstaat ist abweichend von Artikel 2 zulässig, wenn die geschützte Person die Staatsangehörigkeit des ersuchenden Staates besitzt, sofern nicht in einem Auslieferungsabkommen der Europäischen Union oder des ersuchten Staates mit dem ersuchenden Staat etwas Abweichendes geregelt ist. Satz 1 gilt nicht, sofern bei der Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung nicht die Voraussetzungen gemäß Artikel 5 erfüllt sind.

Kapitel 2. Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung

Artikel 4. Beanspruchung durch den Herkunftsstaat

- (1) Erhält ein Mitgliedstaat ein Auslieferungsersuchen, das eine geschützte Person betrifft, informiert er unverzüglich den Herkunftsstaat darüber.
- (2) Der ersuchte Staat und der Herkunftsstaat müssen in einen Informationsaustausch treten, der den Herkunftsstaat in die Lage versetzt zu entscheiden, ob er gemäß Absatz 4 die geschützte Person beanspruchen möchte. Der ersuchte Staat ist nicht verpflichtet, dem Herkunftsstaat die Strafakte zu übersenden.
- (3) Der ersuchte Staat kann bei dem Herkunftsstaat im Rahmen des Informationsaustauschs gemäß Absatz 2 menschenrechtliche Bedenken anmelden. Der Herkunftsstaat ist dann verpflichtet, dem ersuchten Staat die nötigen Informationen und Garantien bereitzustellen, um die Übergabe gemäß Absatz 4 zu ermöglichen.
- (4) Ist der Herkunftsstaat nach seinem nationalen Recht in der Lage, die Strafverfolgung gegen die geschützte Person zu betreiben, dann ist er verpflichtet, einen Europäischen Haftbefehl auszustellen, um die Übergabe der geschützten Person zu erwirken, sofern der Verfolgte der Übergabe zustimmt und kein entgegenstehendes berechtigtes Interesse besteht.

Artikel 5. Zusätzliche Voraussetzungen

- (1) Wird der geschützten Person eine Auslandstat vorgeworfen, so ist die Auslieferung an den ersuchenden Drittstaat nur zulässig, wenn kein außergewöhnliches Resozialisierungsinteresse der geschützten Person in Bezug auf den ersuchten Staat besteht.
- (2) Wird der geschützten Person eine Mischtat vorgeworfen, so ist die Auslieferung an den ersuchenden Drittstaat nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 gegeben sind und die geschützte Person kein sonstiges außergewöhnliches Interesse an der Nichtauslieferung hat.
- (3) Wird der geschützten Person eine Inlandstat vorgeworfen, so ist die Auslieferung an den ersuchenden Drittstaat nur zulässig, wenn bei ihr nicht die Voraussetzungen gemäß Artikel 6 Absatz 2 vorliegen.
- (4) Werden der geschützten Person mehrere Taten vorgeworfen, so ist die Tatart maßgeblich, die für die geschützte Person zum größten Schutz vor Auslieferung gemäß Absatz 1 bis 3 führt.

Kapitel 3. Auslieferung zum Zweck der Strafvollstreckung

Artikel 6. Voraussetzungen der Auslieferung

- (1) Geschützte Personen, die die Voraussetzungen gemäß Absatz 2 erfüllen, dürfen nicht ausgeliefert werden. Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen gemäß Absatz 3 vorliegen.
- (2) Bei der Anwendung von Absatz 1 ist zu ermitteln, ob die geschützte Person ein überwiegendes Interesse an der Nichtauslieferung an den ersuchenden Drittstaat hat. Dabei ist insbesondere das Resozialisierungsinteresse der geschützten Person zu berücksichtigen. Das überwiegende Interesse wird vermutet, wenn die geschützte Person ein Daueraufenthaltsrecht im ersuchten Staat hat und eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren vollstreckt werden soll.
- (3) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 ist die Auslieferung zulässig, wenn der ersuchte Staat völkerrechtlich verpflichtet ist, die geschützte Person auszuliefern und erfolglos auf eine Vollstreckungsübernahme hingewirkt hat oder für den ersuchten Staat eine Vollstreckungsübernahme rechtlich unzulässig wäre.
- (4) Die Artikel 2 bis 5 gelten entsprechend für Personen, die nicht gemäß Absatz 1 ausgeliefert wurden.

Kapitel 4. Alternativer Schutz

Artikel 7. Alternativer Schutz

- (1) Erhält die zuständige Stelle des ersuchten Staates eine fristgemäße Mitteilung einer geschützten Person gemäß Artikel 2 Absatz 3, dann ist die Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung oder zum Zweck der Strafvollstreckung zulässig, wenn die geschützte Person eine Daueraufenthaltsgenehmigung hat und die Voraussetzungen gemäß Absatz 2 und 3 erfüllt sind.
- (2) Die Auslieferung gemäß Absatz 1 und die Übergabe an einen EU-Mitgliedstaat sind unzulässig, wenn im Einzelfall Maßnahmen zur Verfügung stehen, mit denen diese Maßnahmen verhindert werden können. Dabei sind insbesondere der Erlass einer Europäischen Überwachungsanordnung gemäß Artikel 10 des Rahmenbeschlusses 2009/829/JI, eine Übermittlung zur Anerkennung des Strafurteils gemäß Artikel 4 und 5 des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI sowie eine inländische Strafverfolgung zu berücksichtigen, sofern der ersuchte Staat zustimmt. Ferner sind die Selbstbelastungsfreiheit des Verfolgten, entgegenstehende Aburteilungen sowie die Vereinbarkeit des Verfahrens mit bestehenden völkerrechtlichen Abkommen zu beachten.
- (3) Die Kommission wird ermächtigt, durch Delegierte Verordnung die Einzelheiten der Anwendung von Absatz 2 festzulegen.

Kapitel 5. Schlussbestimmungen

Artikel 8. Inkrafttreten und Anwendung

(...)

Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Geschehen zu Brüssel am ...

F. Fazit

Art. 18 und 21 AEUV stehen unter bestimmten Voraussetzungen der Auslieferung eines ausländischen Unionsbürgers an einen Drittstaat entgegen, wobei grundlegend zwischen Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung und zum Zweck der Strafvollstreckung unterschieden wird (B.). Dabei weist die Rechtsprechung verschiedene Parallelen zur Auslegung von Art. 18, 21 AEUV bei der Übergabe im Rahmen eines EuHB auf (C.). Obwohl diese Rechtsprechung

vielfach kritisiert wurde und einige Schwachstellen aufweist, ist sie im Wesentlichen überzeugend (D.). Dennoch wäre es *de lege ferenda* wünschenswert, dass die Auslegung von Art. 18, 21 AEUV in diesem Bereich durch Verordnung konkretisiert würde, wofür dieser Beitrag einen konkreten Regelungsvorschlag unterbreitet hat, der den Strafanspruch des ersuchenden Staates, die mitgliedstaatliche Autonomie des ersuchten Staates und die Rechte des Betroffenen in einen gerechten Ausgleich bringt (E.).

Clara Timphus *

Der Einfluss von Sonderwissen auf die Zurechenbarkeit des Taterfolgs

Sonderwissen – Wissen, welches über das einer objektiven Maßfigur hinausgeht – ist von vieldiskutierter strafrechtlicher Relevanz. Die Frage nach dem Einfluss von Sonderwissen auf die objektive Zurechnung wird im folgenden Aufsatz aus zwei Fragestellungen heraus betrachtet: Schafft Sonderwissen für die Strafbarkeit eine erhöhte Pflichtenstellung? Und: An welcher Stelle in der Dogmatik des Straftatbestandes ist Sonderwissen zu berücksichtigen? Zu diesen beiden Fragen wird der Stand des rechtswissenschaftlichen Diskurses dargestellt und kritisch für unterschiedliche Fallgruppen der objektiven Zurechnung beleuchtet. Diese Betrachtung zeigt die Bedeutung von Sonderwissen für die Bildung einer Verhaltensnorm auf und bringt die Erkenntnis, dass die Verhaltensnormverletzung schwerlich in einen nach subjektivem und objektivem Tatbestand getrennten Prüfungsaufbau einzupassen ist. Schlussendlich wird ein alternativer einheitlicher Prüfungsaufbau vorgeschlagen, in dessen Rahmen die Verhaltensnorm unter einem eigenständigen Prüfungspunkt konturiert wird.

- c) Dazwischentreten Dritter 197
- d) Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung 198
- e) Zwischenergebnis 198
- III. Systematische Einordnung von Sonderwissen 199
 - 1. Herrschende Meinung – Berücksichtigung in der objektiven Zurechnung als Teil des Begriffs der unerlaubten Gefahr 199
 - 2. Gegenmeinung – *ex-post* Betrachtung und Berücksichtigung von Täterwissen im subjektiven Tatbestand 199
 - 3. Diskussion und Ergebnis 200
 - a) Systembruch durch subjektives Element 200
 - b) Sachdienlichkeit der *ex-ante* Betrachtung .. 200
 - c) Ergebnis und alternativer Strukturierungsvorschlag 202
- C. Fazit 203

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung 193
- B. Erörterung und Fragestellung 194
 - I. Begriffsklärung 194
 - 1. Taterfolg 194
 - 2. Objektive Zurechenbarkeit 194
 - 3. Sonderwissen 195
 - II. Berücksichtigung von Sonderwissen für die Zurechenbarkeit 195
 - 1. Herrschende Meinung – Einbezug von Sonderwissen in der Zurechnung 195
 - 2. *Jakobs* – Garantstellung und soziale Rolle 195
 - 3. Diskussion und Ergebnis – Pflichtenstellung aufgrund höheren Wissens 196
 - a) Zum Normadressaten 196
 - b) Zum erlaubten Risiko 196

A. Einleitung

„*With great power comes great responsibility*“ lautet ein Zitat, welches durch die Spiderman-Comics in den 1960er Jahren weltweite Berühmtheit erlangte. Der Gedanke, dass Macht und Einfluss auch Verantwortung begründen, zieht sich durch politische und philosophische Texte der neueren Geschichte. Doch spiegelt sich dieser Gedanke auch in der Bestimmung tatbestandlichen Unrechts im deutschen Strafrecht wider? Begründet eine höhere Fähigkeit zur Einflussnahme auch eine erhöhte Pflichtenstellung?

Eine Möglichkeit, eine solche Einflussmöglichkeit zu erlangen, stellt Wissen dar. Die Frage, wie überdurchschnittliches oder besonderes Wissen im Strafrecht zu behandeln sind, stellt sich unter dem Stichwort des „Sonderwissens“ an mehreren Stellen in der herrschenden Tatbestandsprüfung, an exponierter Stelle allerdings bei der objektiven Zurechenbarkeit.

* Die Verfasserin studiert im 8. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf der Studienabschluss-

arbeit im Schwerpunktbereich Grundlagen des Strafrechts bei Univ.-Prof. Gerhard Seher.