

Inländische Gerichtsbarkeit und Ermittlungspflicht bei Auslandstaten eines Ausländers

Gutachterliche Stellungnahme von
von Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck

I. Wesentlicher Sachverhalt

Ein kasachischer Staatsbürger (in Hinkunft Verdächtiger genannt) steht (unter anderem) im Verdacht, in seinem Heimatstaat Kasachstan im Jahr 2007 eine erpresserische Entführung (§ 102 StGB) begangen zu haben bzw. daran mitgewirkt zu haben: Es geht um die Entführung von zwei Bankmanagern (ebenfalls Staatsangehörige von Kasachstan), die seit ihrer Entführung verschwunden sind. Die beiden Opfer werden möglicherweise noch immer an einem unbekanntem Ort festgehalten, möglicherweise wurden sie auch längst schon getötet. Durch die Entführung sollten dritte Personen zu bestimmten Handlungen genötigt werden. Weiters besteht gegen ihn der Verdacht, eine kriminelle Organisation (§ 278a StGB) gegründet zu haben.

Der Verdächtige wurde wegen dieser (und weiterer) Taten in Kasachstan im Jänner 2008 in Abwesenheit zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Ein Abwesenheitsverfahren wurde deshalb durchgeführt, weil sich der Beschuldigte mittlerweile nach Österreich abgesetzt hatte.

Im August 2008 stellte Kasachstan an Österreich das Ersuchen um Auslieferung der verdächtigen Person zur Strafvollstreckung. Das diesbezügliche Auslieferungsverfahren ist in Österreich derzeit noch anhängig; eine Entscheidung ist bislang noch nicht ergangen. Der Verdächtige befindet sich auf freiem Fuß; von der Verhängung der Auslieferungshaft wurde in Österreich abgesehen. Sein genauer Aufenthaltsort ist unbekannt.

Im Folgenden wird untersucht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen für die geschilderte Tat, die alle Merkmale einer Erpresserischen Entführung nach § 102 StGB erfüllt, österreichische Gerichtsbarkeit (Strafgewalt) gegeben ist oder – anders ausgedrückt – ob ein österreichischer Strafanspruch vorliegt.

II. Österreichische Gerichtsbarkeit für die konkrete(n) Auslandstat(en)?

A. Inländische Strafgewalt nach § 62 StGB?

Was den konkreten eingangs geschilderten Sachverhalt betrifft, so ist zunächst zu prüfen, ob der österreichische Strafanspruch möglicherweise auf das **Territorialitätsprinzip** nach § 62 StGB gestützt werden kann: Gemäß § 62 StGB gelten die österreichischen Strafgesetze für alle Taten, die im **Inland** begangen worden sind. Für die Beurteilung, ob eine Inlandstat in diesem Sinn vorliegt, ist § 67 Abs 2 StGB heranzuziehen: Eine mit Strafe bedrohte Handlung hat der Täter an jedem Ort begangen, an dem er gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen.

Die Entführung der beiden Bankmanager erfolgte ohne Zweifel im Ausland (in Kasachstan) – entweder durch den Täter selbst (was eher unwahrscheinlich ist) oder durch von ihm damit beauftragte Personen. Auch die abgenötigte Handlung gem § 102 StGB wurde im Ausland gesetzt bzw. hätte dort gesetzt werden sollen, so dass prima vista die Voraussetzungen des § 62 StGB (Handlung oder Erfolg im Inland) nicht vorzuliegen scheinen.

Allerdings sind die Entführungsoffer seit 2007 verschwunden; es kann zum Einen nicht ausgeschlossen werden, dass ein **Entführungsoffer nach Österreich verbracht** wurde, zumal bekannt ist, dass die verdächtige und im Ausland diesbezüglich bereits verurteilte Person in ihrer früheren Funktion als Botschafter die diplomatischen Privilegien exzessiv ausgenutzt hat und zB einmal eine Person im Gepäckraum ihres Privatflugzeugs befördert hat. Wenn tatsächlich eines der Opfer vom Verdächtigen oder seinen Hilfspersonen nach Österreich gebracht wurde, läge österreichische Gerichtsbarkeit nach § 62 StGB vor, weil in diesem Fall ein dem Tatbild entsprechender **Erfolg** (Entführung durch Verbringung an einen anderen Ort) **in Österreich eingetreten** ist.

Des Weiteren ist zu beachten, dass es sich bei § 102 StGB um ein sogenanntes **Dauerdelikt** handelt; es wird so lange begangen, als der rechtswidrige Zustand aufrecht erhalten wird: im Fall des § 102 StGB also so lange, wie die betroffenen Personen in ihrer Freiheit beschränkt werden. Jeder, der an der Entführung oder an der Bewachung der betreffenden Personen mitwirkt, ist unmittelbarer Täter (*Schwaighofer* WK² § 102 Rz 17, *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 102 Rz 3a, *Schmoller* SbgK § 102 Rz 94; SSt 50/23). Andere Personen, die etwa durch Ratschläge, Hinweise für ein geeignetes Versteck und dgl. die Aufrechterhaltung der Freiheitsbeschränkung erleichtern oder fördern, sind Beitragstäter zu § 102 StGB (vgl *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 12 Rz 10).

Nach einhelliger Auffassung fällt eine **Beitragshandlung**, die **in Österreich** zu einer Auslandstat gesetzt wird, als **Inlandstat** unter die österreichischen Strafgesetze, weil der Täter in diesem Fall gemäß § 67 Abs 2 StGB in Österreich gehandelt hat (SSt 58/18; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 67 Rz 4; *Schwaighofer* SbgK § 62 Rz 13; *Triffterer* SbgK § 67 Rz 21; *Schwaighofer*, Auslieferung 69 f; *Mayerhofer* StGB⁶ § 67 Anm 1, *Höpfell/Kathrein* WK² § 67 Rz 8).

Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass der Verdächtige dann nach § 62 (iVm § 67 Abs 2) StGB der inländischen Gerichtsbarkeit unterliegt, wenn er in Österreich einen **Beitrag zur Entführung** bzw. Aufrechterhaltung der Entführung oder zu der nach § 102 StGB erforderlichen (beabsichtigten) Nötigung gesetzt hätte, wobei in erster Linie an einen psychischen Beitrag zu denken ist. In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Beschuldigte bereits wenige Tage nach der Entführung der beiden Bankmanager nach Österreich abgesetzt hat, besteht der Verdacht, dass er auch noch von Österreich aus mit geeigneten Kommunikationsmitteln die Fäden bei der (Aufrechterhaltung) der Entführung gezogen hat. Sofern die Entführungsoffer noch am Leben sind, stellt im Übrigen jede Handlung, die in Österreich gesetzt wird und die Aufrechterhaltung der Gefangenschaft der Entführungsoffer in irgendeiner Weise fördert (Ratschläge, Anweisungen), zumindest einen **Tatbeitrag zur Freiheitsentziehung** nach § 99 StGB dar, der nach § 62 StGB den österreichischen Strafgesetzen unterliegt.

Was den Vorwurf der Gründung der **kriminellen Organisation** anbelangt, so erfolgte der Gründungsakt, also die Herbeiführung der entsprechenden Willenseini-

gung (siehe dazu *Plöchl WK² § 278a Rz 25*), mit größter Wahrscheinlichkeit in Kasachstan. Allerdings ist wiederum zu bedenken, dass sich der Verdächtige möglicherweise in weiterer Folge von Österreich aus an der kriminellen Organisation **beteiligt** hat, indem er auf deliktische Handlungen im Rahmen der kriminellen Organisation Einfluss genommen, zB an der Planung mitgewirkt hat. Damit wäre auch in Bezug auf § 278a StGB die österreichische Gerichtsbarkeit nach § 62 StGB gegeben.

B. Inländische Strafgewalt nach § 64 Abs 1 Z 4 StGB?

Bei den in § 64 Abs 1 Z 4 StGB aufgezählten Delikten handelt es sich um schwere Verbrechen, die gegen die Rechtsordnungen aller zivilisierter Staaten verstoßen und an deren Verfolgung die Völkergemeinschaft deshalb ein besonderes Interesse hat, unabhängig davon, wo sie begangen wurden (*Murschetz*, Auslieferung 31 mwN; *Höpfel/Kathrein WK² § 64 Rz 7*). Mitunter wird die Strafanwendungsnorm des § 64 Abs 1 Z 4 StGB als Ausprägung des Weltrechtsprinzips verstanden (so ordnet etwa *Schmoller*, SbgK § 102 Rz 104, den zweiten Fall des § 64 Abs 1 Z 4 StGB in das Weltrechtsprinzip ein); jedoch sollte dieser Begriff im Zusammenhang mit § 64 Abs 1 Z 4 StGB besser nicht verwendet werden, weil die inländische Gerichtsbarkeit ja noch von zusätzlichen Voraussetzungen – entweder der Verletzung österreichischer Interessen (Gedanke des Schutzprinzips) oder der Unmöglichkeit der Auslieferung – abhängt (*Höpfel/Kathrein WK² Vorbem zu §§ 62 – 67 Rz 46*).

§ **102 StGB**, die erpresserische Entführung, ist gleich am Beginn der taxativen Aufzählung in § 64 Abs 1 Z 4 StGB enthalten; § 102 StGB gilt als solches besonders schweres, verwerfliches Delikt, für das nach den österreichischen Gesetzen (§ 64 Abs 1 Z 4 StGB) unter bestimmten Voraussetzungen die österreichische Gerichtsbarkeit auch für Auslandstaten „**originär**“ (siehe dazu näher gleich unten 1. b), also unabhängig davon besteht, ob die Tat nach den Gesetzen des Tatortstaates mit Strafe bedroht ist. Entsprechendes gilt für das Verbrechen der kriminellen Organisation nach § 278a StGB. Die Staatsangehörigkeit des Täters ist in den Fällen des § 64 StGB unerheblich.

Da im Zusammenhang mit inländischer Gerichtsbarkeit (Strafanspruch, Strafgewalt: §§ 62 – 67 öStGB) in Literatur und Judikatur die Begriffe originärer, primärer, abgeleiteter, subsidiärer und stellvertretender Strafanspruch nicht immer übereinstimmend verwendet werden, diese Bezeichnungen und deren Unterscheidung für die weiteren Ausführungen aber von Bedeutung sind, wird im Folgenden zunächst auf diese Begriffe näher eingegangen:

1. Terminologische Klarstellung:

a) Von großer Bedeutung ist zunächst die Unterscheidung zwischen **Inlandstaaten und Auslandstaaten**: Während die inländischen Strafgesetze nach dem anerkannten Territorialitätsprinzip für *Inlandstaaten* (welche in § 67 StGB näher umschrieben werden) im Wesentlichen uneingeschränkt gelten (§ 62, ergänzt durch § 63 StGB), trifft dies für *Auslandstaaten* nur beschränkt zu. Damit die österreichischen Strafgesetze anwendbar sind, müssen zumeist weitere Voraussetzungen hinzutreten, aus denen sich ein gewisser Bezug der Tat zu Österreich ergibt (zB die Verletzung österreichischer Interessen, österreichische Staatsangehörigkeit des Täters oder des Opfers, usw.).

b) Weiters machen die österreichischen Strafanwendungsnormen die inländische Gerichtsbarkeit für **Auslandstaten** zum Teil davon abhängig, dass die **Tat** (sofern am Tatort überhaupt eine Strafgewalt besteht) **auch nach den Gesetzen des Tatorts mit Strafe bedroht** ist (§ 65 Abs 1 StGB). Für viele Auslandstaten wird jedoch die österreichische Gerichtsbarkeit auch unabhängig von dieser Voraussetzung normiert (§ 64 StGB). In letzterem Fall, wenn also österreichische Gerichtsbarkeit *unabhängig* vom Vorliegen einer „identen (oder identischen) Norm“ im Tatortstaat (siehe *Linke/Epp/Dokoupil/Felsenstein*, Internationales Strafrecht, 1981, § 65 StGB Erl 1, *Schwaighofer SbgK* § 65 Rz 4 ff, *Höpfel/Kathrein WK²* § 65 Rz 5) gegeben ist, kann man von einem **originären Strafanspruch** sprechen (siehe auch *Höpfel/Kathrein WK²* § 62 Rz 10). Den von der Strafbarkeit nach den Tatortgesetzen *abhängigen* Strafanspruch bezeichnet man am besten als „**abgeleiteten**“ **Strafanspruch** (*Schwaighofer*, Auslieferung und Internationales Strafrecht, 1988, 63; die gleiche Terminologie verwenden auch *Werle/Jeßberger*, Leipziger Kommentar zum StGB¹² Vor § 3 Rz 248, *Ambos*, Münchner Kommentar zum StGB Vor § 3 Rz 58, *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege, 1996, 99 f).

c) Ein weiteres verwendetes Begriffspaar ist schließlich die Unterscheidung zwischen **primärem und subsidiärem Strafanspruch**. Bei dieser Differenzierung geht es um das Verhältnis der inländischen Strafgewalt zur möglichen **Auslieferung** des Täters:

Wenn die inländischen Strafgesetze (für eine Auslandstat) *unabhängig* von einer möglichen Auslieferung des Verdächtigen gelten, kann man von einem **primären** Strafanspruch sprechen (*Schwaighofer*, Auslieferung 63, *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, 2007, 19, *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege 100; anders *Höpfel/Kathrein WK²* Vorbem zu §§ 62 – 67 Rz 46, die in diesem Fall die Bezeichnung „originär“ verwenden): *Hängt* die inländische Gerichtsbarkeit hingegen davon *ab*, dass die betreffende Person nicht ausgeliefert werden kann, handelt es sich um einen **subsidiären** Strafanspruch (*Schwaighofer*, Auslieferung 63; *ders* SbgK § 65 Rz 13, *Murschetz*, Auslieferung 19, *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege 100; s auch *Oehler*, Internationales Strafrecht², 1983, Rz 143, 823 ff; der die Subsidiarität des Strafanspruchs gegenüber der Auslieferung als Kennzeichen des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege ansieht).

In diesem Sinn handelt es sich bei der in § **65 Abs 1 Z 2 StGB** vorgesehenen Gerichtsbarkeit betreffend Auslandstaten zweifellos um einen subsidiären Strafanspruch, weil er nur dann besteht, wenn die betroffene Person (aus einem anderen Grund als wegen der Art oder der Eigenschaft der Tat) nicht an das Ausland ausgeliefert werden kann. Für diesen Fall wird regelmäßig auch der Begriff „**stellvertretende Strafrechtspflege**“ verwendet (siehe *Höpfel/Kathrein WK²* Vorbem §§ 62 – 67 Rz 46, § 65 Rz 1, *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 65 Rz 1, *Schwaighofer SbgK* § 65 Rz 2, 13, *Murschetz*, Auslieferung 19 f, 41, *Werle/Jeßberger*, LK¹² Vor § 3 Rz 248 ff; eingehend *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege, *Oehler*, Internationales Strafrecht², 1983, Rz 802 ff). Die inländische Strafgewalt nach § 65 Abs 1 Z 2 StGB ist überdies eine *abgeleitete* (siehe oben b), weil sie vom Bestehen einer identischen Norm am Tatort abhängig ist (siehe auch *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹³, 2009, E 12 Rz 9).

2. Die Einordnung der Strafanwendungsnorm gem § 64 Abs 1 Z 4 StGB:

§ 64 Abs 1 Z 4 StGB macht die Geltung der österreichischen Strafgesetze für die aufgezählten Delikte davon abhängig, dass **entweder österreichische Interessen verletzt** wurden **oder der Täter nicht ausgeliefert werden kann**.

Nach der oben dargelegten Terminologie handelt es sich bei § 64 Abs 1 Z 4 **erster Fall StGB** (Verletzung österreichischer Interessen) eindeutig um einen *originären* Strafanspruch, weil er unabhängig von den Tatortgesetzen besteht, und zudem um einen *primären* Strafanspruch, weil er von der Möglichkeit der Auslieferung unabhängig ist. Wenn österreichische Interessen verletzt wurden, hat Österreich ein Eigeninteresse auf Verfolgung des Täters.

Bei der Strafanwendungsnorm des § 64 Abs 1 Z 4 **zweiter Fall StGB** (wenn der Täter nicht ausgeliefert werden kann) handelt es sich nach dem dargelegten Begriffsverständnis wiederum um einen *originären* (unabhängig von den Tatortstrafgesetzen bestehenden) Strafanspruch, andererseits aber um einen *subsidiären* Strafanspruch, weil hier die Geltung der inländischen Strafgesetze für die genannten Auslandstaten von der Unmöglichkeit der Auslieferung abhängt (*Schwaighofer* SbgK § 64 Rz 39; nach *Oehler*, Internationales Strafrecht² Rz 145 f, wäre § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB ebenfalls dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege zu unterstellen).

Eine Besonderheit stellt allerdings die in § 64 Abs 1 Z 4 StGB erfolgte Verknüpfung zweier alternativer Strafansprüche, eines primären und eines subsidiären, dar. Dies hat Auswirkungen auf die Ermittlungspflichten bzw. -möglichkeiten, wie unten näher aufgezeigt wird.

a) Österreichische Gerichtsbarkeit wegen Verletzung österreichischer Interessen (§ 64 Abs 1 Z 4 erster Fall StGB)?

Die Gerichtsbarkeit nach § 64 Abs 1 Z 4 StGB ist ein Fall des Real- oder Schutzprinzips (*Schwaighofer* SbgK § 64 Rz 3 uam). Nach einhelliger Auffassung sind österreichische Interessen beispielsweise dann verletzt, wenn ein österreichischer Staatsbürger Opfer eines der in § 64 Abs 1 Z 4 StGB aufgezählten Verbrechen wurde oder wenn sich die Tat (nach § 232 bzw. § 237 StGB) auf österreichisches Geld bzw. österreichische Wertpapiere bezog (siehe dazu *Höpfel/Kathrein* WK² § 64 Rz 9 ff; *Schwaighofer* SbgK § 64 Rz 12 ff; *Schmoller* SbgK § 102 Rz 104). Was die in § 64 Abs 1 Z 4 StGB genannten schweren Delikte nach dem Suchtmittelgesetz betrifft, so sind nach der Judikatur des OGH österreichische Interessen auch schon dann verletzt, wenn Suchtgift von einem Täter im Ausland übernommen wird mit dem *Vorsatz*, es in weiterer Folge nach Österreich einzuführen oder durch Österreich durchzutransportieren (JBl 1988, 532, JBl 1986, 466; s auch 14 Os 28/06h), ohne dass das Suchtgift tatsächlich nach Österreich gelangt ist. Entsprechendes gilt, wenn gefälschtes ausländisches Geld oder gefälschte ausländische Wertpapiere zwar nicht nach Österreich gebracht wurden, dies aber laut Tatplan geschehen sollte.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass die Erpresserische Entführung dann den österreichischen Strafgesetzen nach § 64 Abs 1 Z 4 erster Fall StGB unterliegt, wenn **zumindest auch geplant** war, ein Entführungsoffer nach Österreich zu bringen, mag es dazu auch nicht gekommen sein. Die Gründung einer kriminellen Organisation bzw. die Beteiligung daran verletzt österreichische Interessen, wenn die Organisation auch in Österreich deliktisch tätig werden sollte (*Schwaighofer* SbgK §

64 Rz 13). Der bloße Aufenthalt der verdächtigen Person in Österreich würde dafür nicht ausreichen. Wenn sie aber von Österreich aus Anweisungen zu irgendwelchen deliktischen Handlungen der kriminellen Organisation im Ausland gibt, unterliegt sie nach § 62 StGB der österreichischen Gerichtsbarkeit (siehe oben A.).

b) Österreichische Gerichtsbarkeit wegen Unmöglichkeit der Auslieferung (§ 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB)?

Ein subsidiärer Strafanspruch Österreichs ist für die genannten schweren Delikte, also auch für §§ 102 und 278a StGB, überdies dann vorgesehen, wenn der Täter nicht ausgeliefert werden kann.

Diese Voraussetzung ist nach hA dann erfüllt, wenn von Vorneherein feststeht, dass eine Auslieferung aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht kommt (zB die Auslieferung eines Österreicherers an einen Nicht-EU-Staat: § 12 ARHG). Kommt eine Auslieferung grundsätzlich in Betracht, so muss Österreich entsprechende Schritte setzen, um die Möglichkeit der Auslieferung abzuklären (idR Anbot der Auslieferung an den Tatortstaat, evt. auch an den Wohnsitzstaat). Die Bedingung des § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB ist dann nach herrschender Ansicht ab dem Zeitpunkt erfüllt, zu dem feststeht, dass die Bemühungen um die Auslieferung erfolglos geblieben sind (15 Os 117/95; 15 Os 145/95, 15 Os 56/95; 11 Os 127/95; *Schwaighofer* SbgK § 64 Rz 40 ff, *Höpfel/Kathrein* WK² § 64 Rz 8a). Bis zu diesem Zeitpunkt ist die österreichische Gerichtsbarkeit in Schwebe.

Wenn bereits – wie im vorliegenden Fall – ein Auslieferungsersuchen gestellt wurde, so ist die Voraussetzung § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB unzweifelhaft in dem Moment erfüllt, da das Gericht die Auslieferung für unzulässig erklärt hat. Denn an die negative Entscheidung des Gerichts ist auch das Justizministerium gebunden. Ab diesem Zeitpunkt besteht die österreichische Gerichtsbarkeit und die damit verbundene Ermittlungspflicht der Strafverfolgungsbehörden (§ 2 StPO) in vollem Umfang.

Davon losgelöst ist jedoch die Frage, ob vor diesem Zeitpunkt bereits Ermittlungen durchgeführt werden dürfen und gegebenenfalls welche.

III. Zulässigkeit von Ermittlungen vor Feststehen der Unmöglichkeit der Auslieferung?

a) Zulässigkeit wegen des originären Strafanspruchs ?

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich sowohl im Fall des § 65 Abs 1 Z 2 StGB als auch im Fall des § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB um einen subsidiären Strafanspruch, weil in beiden Fällen die Strafgewalt von der Unmöglichkeit der Auslieferung abhängig ist. Die beiden Strafansprüche unterscheiden sich allerdings insofern, als § 65 Abs 1 Z 2 StGB den Grundsatz der „stellvertretenden Strafrechtspflege“ umsetzt und lediglich einen „abgeleiteten“ Strafanspruch normiert, während es sich bei § 64 StGB um einen „originären“ Strafanspruch handelt (siehe oben II. B. 2.).

Dies führt zur Frage, ob aus der Tatsache eines originären und nicht bloß abgeleiteten Strafanspruchs eine umfassende Ermittlungsbefugnis bzw. Ermittlungspflicht

vor Eintritt der Bedingung (dass der Täter nicht ausgeliefert werden kann) abgeleitet werden kann.

Murschetz bejaht diese Frage (Aut dedere aut iudicare – Fragen der internationalen Zusammenarbeit im Auslieferungsverfahren, hrsg. von *Burgstaller/Nowak*, 2010, 61 f; ähnlich auch *Lansky*, aaO 71 ff, mit Hinweis auf den prinzipiellen Unterschied zwischen dem originären Strafanspruch des § 64 Abs 1 Z 4 StGB und den abgeleiteten Strafanspruch des § 65 StGB). Der Verfasser hegt allerdings Bedenken, ob allein deshalb, dass in § 64 StGB die österreichische Straf Gewalt ohne Rücksicht auf die Tatortstrafgesetze vorgesehen ist, eine Ermittlungsbefugnis und Ermittlungspflicht ohne Rücksicht auf die Auslieferungsmöglichkeit bestehen soll, während dies nach § 65 Abs 1 Z 2 StGB nicht der Fall sein soll. Das Bestehen einer identen Norm im Tatortstaat ist bei § 65 StGB Grundvoraussetzung, die noch vor der Frage der (Un)Möglichkeit der Auslieferung zu prüfen ist. Wenn die Strafbarkeit am Tatort gegeben ist, so steht die Geltung der österreichischen Strafgesetze sowohl nach § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB wie nach § 65 Abs 1 Z 2 StGB gleichermaßen unter der Bedingung der Unmöglichkeit der Auslieferung.

Die **Besonderheit des § 64 Abs 1 Z 4 StGB** und damit der Unterschied besteht aber in der **Verknüpfung eines primären und eines subsidiären Strafanspruchs**. Wenn gegen eine in Österreich befindliche Person der Verdacht eines im Ausland begangenen Delikts nach § 102 oder § 278a StGB besteht, sind entsprechende Ermittlungen zur Klärung der Frage, ob *einer* der beiden Fälle des § 64 Abs 1 Z 4 StGB vorliegt, geboten.

b) Zulässigkeit von Ermittlungen trotz Subsidiarität des Strafanspruchs?

Wenn man von dem Fall ausgeht, dass Beitragshandlungen in Österreich (§ 62 StGB) sowie eine Verletzung österreichischer Interessen (§ 64 Abs 1 Z 4 erster Fall StGB) auszuschließen sind, so dass die österreichische Gerichtsbarkeit nur (mehr) auf den zweiten Fall des § 64 Abs 1 Z 4 StGB gestützt werden könnte, so stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche Ermittlungen zulässig bzw. geboten sind, solange die Bedingung für den subsidiären Strafanspruch, die Unmöglichkeit der Auslieferung, (noch) nicht feststeht.

Das StGB spricht von der **Geltung der österreichischen Strafgesetze**, sofern die Voraussetzungen der §§ 62 ff StGB erfüllt sind. Das Vorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit wird gerne als „Prozessvoraussetzung“ bezeichnet, die von Amts wegen zu beachten ist (siehe zB *Markel WK-StPO* § 1 Rz 29, siehe auch *Werle/Jeßberger*, LK¹² § 7 Rz 118). Zutreffend weist aber etwa *Platzgummer* (Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens⁸, 1997, 75 f; siehe auch *Lohsing/Serini* Österreichisches Strafprozessrecht⁴, 1952, 337 f) darauf hin, dass der Begriff Prozessvoraussetzung irreführend ist, weil schon die Prüfung der Prozessvoraussetzungen oft gerade ein Verfahren voraussetzt.

Ein Strafverfahren iSd StPO beginnt mit einer Ermittlungshandlung zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat; als Ermittlungshandlung gilt jede Tätigkeit zur Gewinnung von Informationen oder Beweisen (*Markel WK-StPO* § 1 Rz 25). Für einen sog. „Anfangsverdacht“ sind tatsächliche Anhaltspunkte notwendig, dass möglicherweise eine in Österreich verfolgbare Straftat vorliegt. Der Anfangsverdacht braucht aber weder dringend noch hinreichend zu sein (*Markel WK-StPO* § 1 Rz 26).

Solange im Fall des § 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB (und gleichermaßen § 65 Abs 1 Z 2 StGB) die Bedingung der Unmöglichkeit der Auslieferung nicht erfüllt ist, ist der österreichische Strafanspruch in Schweben. Er hängt davon ab, dass rechtlich zulässige Bemühungen um die Auslieferung erfolglos geblieben sind (JAB zum StRÄG 1987, 359 BlgNR 17. GP, 13). Wenn die Auslieferung aus irgendeinem Grund unzulässig ist, besteht die inländische Gerichtsbarkeit von Anfang an. Sonst hängt der österreichische Strafanspruch davon ab, ob (dem Tatortstaat) die Auslieferung angeboten wird, ob ein Auslieferungsersuchen gestellt wird und ob die Auslieferung für zulässig erklärt und bewilligt wird.

Die Einleitung des Verfahrens zum Anbot der Auslieferung obliegt der Staatsanwaltschaft (§ 28 ARHG). Sie hat zu prüfen, „ob Anlass zu einer Auslieferung“ besteht.

Wenn noch **kein Auslieferungsersuchen** vorliegt, hat die Staatsanwaltschaft jedenfalls jene Ermittlungen durchzuführen, die zur Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung erforderlich sind. Die Auslieferung kann ja aus den verschiedensten Gründen (§§ 11 – 22 ARHG) unzulässig sein; nur beispielsweise ist hier anzuführen die Prüfung, ob der Tat politische Beweggründe oder Ziele zugrunde liegen (§ 14 ARHG), ob die Tat womöglich bereits verjährt ist (§ 18 ARHG) oder ob die Gefahr besteht, dass es im Fall der Auslieferung zu einer Verletzung der EMRK kommt (§ 19 ARHG). Und selbst wenn kein solcher Grund erkennbar ist und aus Sicht der Staatsanwaltschaft ein Auslieferungsanbotsverfahren nach § 28 ARHG einzuleiten ist, besteht die Notwendigkeit von Ermittlungen, um die wesentlichen Umstände der Tat zu klären. Denn erst dadurch kann beispielsweise beurteilt werden, welchem (welchen) Staat(en) die Auslieferung anzubieten ist. Bei der stellvertretenden Gerichtsbarkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 StGB besteht ein zusätzlicher Ermittlungsbedarf, weil vorab festgestellt werden muss, ob die Tat nach den Tatortgesetzen überhaupt mit Strafe bedroht ist. Auch diese Prüfung erfordert eine grobe Abklärung der Tatumstände und die Erhebung der maßgeblichen Bestimmungen des ausländischen Strafgesetzes.

Wenn bereits ein **Auslieferungsersuchen gestellt** wurde, so sind vor allem Ermittlungen zur Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung anzustellen. Sie erfolgen naturgemäß in erster Linie im Rahmen des Auslieferungsverfahrens. So wie die Staatsanwaltschaft aber selbständig die Zulässigkeit der Auslieferung zu prüfen hat für die Frage, ob die Auslieferung überhaupt anzubieten ist, so hat die Staatsanwaltschaft auch bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens **selbständig in jeder Lage des Verfahrens für sich zu beurteilen, ob die begehrte Auslieferung zulässig ist oder nicht** (ebenso *Lansky*, *Aut dedere aut iudicare*, 71). Dessen ungeachtet hat die Staatsanwaltschaft natürlich die gerichtliche Vernehmung der auszuliefernden Person zum Auslieferungsersuchen zu veranlassen (§ 31 ARHG).

Wenn aus der Sicht der Staatsanwaltschaft die Auslieferung voraussichtlich für unzulässig erklärt bzw. nicht bewilligt werden wird, so bestehen Anhaltspunkte für eine in Österreich verfolgbare Straftat, die die Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft auslösen. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die vom Gericht zu treffende Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung (§ 33 ARHG) durchaus einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Um die Beweislage nicht zu verschlechtern und im Hinblick auf die zu berücksichtigende Möglichkeit, dass die Auslieferung vom Gericht für unzulässig erklärt oder von der Justizministerin bzw. vom Justizminister abgelehnt wird, ist es nicht nur zulässig, sondern **geboten, dass die Staatsanwaltschaft parallel**

zum Auslieferungsverfahren die notwendigen Ermittlungen zur Beweissicherung und Vorbereitung eines allfälligen inländischen Strafverfahrens **selbst durchführt bzw. veranlasst**. Auch nach *Schroeder* (Aut dedere aut iudicare, 64) besteht in einem solchen Fall die Pflicht zur vorsorglichen Beweiserhebung. Die Erhebung der Anklage und umso mehr die Fällung eines Sachurteils gegen die betreffende Person sind freilich nicht zulässig (*Platzgummer*, Strafverfahren⁸, 75 f, *Lohsing/Serini*, Strafprozessrecht⁴ 338; siehe auch *Werle/Jeßberger*, LK¹² § 7 Rz 118: „Das Strafverfahren darf nicht abgeschlossen werden“).

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Im vorliegenden Fall gibt es mehrere Ansatzpunkte dafür, dass die Taten des Verdächtigen **primär** unter die österreichischen Strafgesetze fallen.

a) Es gibt Hinweise dafür, dass die österreichische Strafgerichtsbarkeit auf das Territorialitätsprinzip gemäß **§ 62 StGB** gestützt werden kann: Der Verdächtige hat möglicherweise psychische Beitragshandlungen zur Entführung oder zur Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung oder zu deliktischem Verhalten im Rahmen der kriminellen Organisation gesetzt. In Österreich gesetzte Beitragshandlungen zu Auslandstaten unterliegen nach § 62 StGB den österreichischen Strafgesetzen.

b) Die dem Verdächtigen angelasteten Taten könnten nach **§ 64 Abs 1 Z 4 erster Fall StGB** (Schutzprinzip) den österreichischen Strafgesetzen unterliegen, weil durch die Taten österreichische Interessen verletzt wurden: Das wäre schon dann der Fall, wenn geplant war, ein Entführungsoffer nach Österreich zu bringen.

Ob diese Voraussetzungen zutreffen, ist durch entsprechende Ermittlungen abzuklären. Wenn sich der Verdacht in eine dieser Richtungen verdichtet, besteht für die Staatsanwaltschaft wegen des bestehenden primären Strafanspruchs die sofortige amtswegige Pflicht zur umfassenden Verfolgung gem § 2 StPO.

2. Wenn keine der genannten Voraussetzungen zutrifft, besteht ein **subsidiärer Strafanspruch** Österreichs, der davon abhängt, dass der Verdächtige nicht ausgeliefert werden kann (**§ 64 Abs 1 Z 4 zweiter Fall StGB**). Die Auslieferung hat hier Vorrang vor dem inländischen Strafanspruch; die österreichische Gerichtsbarkeit hängt davon ab, dass rechtlich zulässige Bemühungen um die Auslieferung erfolglos geblieben sind. Der Vorrang der Auslieferung bedeutet aber kein Ermittlungsverbot.

Die Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung obliegt zunächst der Staatsanwaltschaft. Sie hat zu entscheiden, ob ein Verfahren zum Anbot der Auslieferung einzuleiten ist oder nicht. Daraus folgt, dass sie auch bei einem bereits vorliegenden Auslieferungsgesuchen selbständig in jeder Lage des Verfahrens für sich zu prüfen hat, ob der Verdächtige ausgeliefert werden kann.

Wenn aus der Sicht der Staatsanwaltschaft die Auslieferung voraussichtlich für unzulässig erklärt bzw. nicht bewilligt wird, aber auch in Anbetracht der möglicherweise ablehnenden Auslieferungsentscheidung des Gerichts bzw. des Justizministers ist die Staatsanwaltschaft zu beweissichernden Ermittlungen im Hinblick auf das inländische Strafverfahren verpflichtet. Denn die Ermittlungspflicht wird ja bereits durch den Verdacht einer in Österreich verfolgbaren Straftat ausgelöst, der weder dringend noch hinreichend sein muss.

3. Sowie eine **Entscheidung über das Auslieferungsersuchen** vorliegt, ist die Sache klar:

a) Im Fall der Bewilligung der Auslieferung ist die betreffende Person den ausländischen Behörden zu übergeben; zu diesem Zweck ist sie gem § 36 ARHG in Übergabehaft zu nehmen; das inländische Strafverfahren ist einzustellen.

b) Wenn das Auslieferungsersuchen abgelehnt wird, steht die österreichische Gerichtsbarkeit für die Auslandstaten fest und es besteht umfassende Verfolgungspflicht gem § 2 StPO wie bei einem primären Strafanspruch.