

Bundesverfassungsgericht
– Zweiter Senat –
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Kopie

21. Dezember 2004

Mamoun **Darkazanli**

wegen Auslieferung an das Königreich Spanien

Bezug: 2 BvR 2236/04

Für den Beschwerdeführer habe ich am 24. November 2004 Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeitsentscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg erhoben. Ich erhebe eine weitere

Verfassungsbeschwerde,

jetzt gegen die Bewilligungsentscheidung der Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 24. November 2004. Auch die Bewilligungsentscheidung verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 16 Abs. 2 GG. Darüber hinaus steht ihrer gesetzlich angeordneten Unanfechtbarkeit die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG entgegen.

Wegen des Sachzusammenhangs rege ich an, die Verfassungsbeschwerde mit dem Verfahren 2 BvR 2236/04 zu verbinden. Die für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde erforderliche besondere Vollmacht für beide Verfahren habe ich dort unter dem 10. Dezember 2004 vorgelegt.

1. Rechtswegerschöpfung

Das Gesetz sieht in § 74b IRG vor, daß die Bewilligungsentscheidung unanfechtbar ist. Weil aber gleichzeitig im Gesetz neue, fakultative Auslieferungshindernisse für den Fall eingeführt worden sind, daß der Verfolgte Deutscher ist, hat es damit den Bewilligungsbehörden die Befugnis zu Ermessensentscheidungen eingeräumt. Daß von diesem Ermessen in sachwidriger oder sonst willkürlicher Weise Gebrauch gemacht werden *kann*, liegt auf der Hand; Es spricht für sich, daß die Presse in der vorliegenden Sache immer wieder von "Abschiebung" schreibt anstatt von "Auslieferung" oder "Übergabe".

Die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung scheint uns so sehr auf der Hand zu liegen, daß Rechtsanwältin Pinar für den Verfolgten bei dem Verwaltungsgericht Berlin mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2004 Klage erhoben hat mit den Anträgen, (1) die Bewilligungsentscheidungen der Freien und Hansestadt Hamburg vom 14. Oktober 2004 und 24. November 2004 aufzuheben und (2) die Freie und Hansestadt Hamburg zu verpflichten, von der Ablehnungsbefugnis nach § 83b Nr. 1 IRG Gebrauch zu machen¹.

Abschrift als Anlage 1

Das Verfahren trägt das Aktenzeichen VG 34a 99.04. Für den Fall, daß das Verwaltungsgericht die Klage für unzulässig hält, wird die Verfassungsbeschwerde schon jetzt erhoben.

Die angefochtene Bewilligungsentscheidung verletzt den Beschwerdeführer, der deutscher und syrischer Staatsbürger ist, in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1, und 19 Abs. 4 GG. Mittelbar ist damit auch der neu eingefügte § 74b IRG angegriffen, der die Bewilligung für unanfechtbar erklärt.

2. Die angegriffene Entscheidung

Die Bewilligungsentscheidung vom 24. November 2004 beschränkt sich auf die lapidare Bemerkung, daß von den Möglichkeiten, die Auslieferung im Hinblick auf die deutsche Staatsangehörigkeit des Verfolgten nicht zu bewilligen, kein Gebrauch gemacht werde. Welche Erwägungen dieser Ermessensausübung zugrunde liegen, ist nicht erkennbar. Soweit der Auslieferung der Gedanke der Resozialisierung entgegenstehen könne, sei ihm "*hinreichend*" da-

¹ sowie (3) ihr im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Vollziehung der Auslieferung des Antragstellers bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.

durch Rechnung getragen, daß *"Spanien nach Verhängung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion anbieten wird, den Verfolgten auf seinen Wunsch zu Vollstreckung nach Deutschland zurückzuüberstellen."*

Fotokopie als Anlage 2

Angesichts der Vielschichtigkeit des Falles durften die Entscheidungskriterien nicht im Dunkeln bleiben. So war etwa zu erwägen,

- daß die Erkenntnisse der spanischen Behörden in das Ermittlungsverfahren des Generalbundesanwaltes eingeflossen waren,
- daß sich daraus bisher keine Hinweise auf in Deutschland strafbares Verhalten ergeben haben,
- welche sicherheitspolitischen Belange für und welche individuellen Umstände gegen die Bewilligung sprachen,
- und ob mit dem bloßen Rücküberstellungsangebot des Königreichs Spanien dem Resozialisierungsinteresse des Verfolgten auch dann Rechnung getragen wird, wenn es nicht angenommen werden kann.

Dazu schweigt die Bewilligung.

3. Die angegriffene gesetzliche Regelung

Die angegriffene gesetzliche Regelung findet sich in § 74b IRG und lautet schlicht:

Die Bewilligungsentscheidung ist nicht anfechtbar.

Zugespitzt wird diese Regelung durch § 79 IRG, wo es heißt:

Zulässige Ersuchen eines Mitgliedstaates um Auslieferung oder um Durchlieferung können nur abgelehnt werden, soweit dies in diesem Teil vorgesehen ist. Die Bewilligungsentscheidung ist zu begründen.

Damit war zunächst nur die *ablehnende* Bewilligungsentscheidung gemeint, wie sich noch aus BT-Drs. 15/1718, S. 5 ergibt, wo Satz 2 lautete:

Eine ablehnende Bewilligungsentscheidung ist zu begründen.

Das steht im Einklang mit der Begründung des Gesetzes (BT-Drs. 15/1718, S. 15):

Satz 2 normiert die Verpflichtung, eine ablehnende Entscheidung zu begründen. Die Ablehnung eines Ersuchens durch den ersuchten Staat soll transparent und für den ersuchenden Staat nachvollziehbar gestaltet werden. Zugleich eröffnet der Begründungszwang die Möglichkeit, in einem zukünftigen Rechtsinstrument die noch bestehenden Schwierigkeiten auf EU-Ebene zu evaluieren und durch Angleichungs- oder Harmonisierungsmaßnahmen abzubauen.

Die Beschränkung auf ablehnende Bewilligungsentscheidungen ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren aus dem Wortlaut der Norm verschwunden. Dies geht auf die Beschlußempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses vom 10. März 2004 zurück (BT-Drs. 15/2677, S. 6):

Nach dem bisherigen Gesetzentwurf ist nur die ablehnende Bewilligungsentscheidung zu begründen. Die Begründungspflicht auch für stattgebende Bewilligungsentscheidungen dient der Darlegung der Gründe für den Verfolgten.

Man darf vermutlich nicht ohne weiteres aus einer gesetzlich angeordneten Begründungspflicht auf die Justiziabilität des begründeten Akts schließen. Ein wesentliches Indiz für die Überprüfbarkeit ist dem Grund für den geänderten Gesetzeswortlaut aber doch zu entnehmen: Dient die Begründungspflicht bei stattgebenden Bewilligungsentscheidungen der Darlegung *für den Verfolgten*, dann setzt das gedanklich voraus, daß diese Gründe – schriftlich oder mündlich – *eröffnet* werden. Die Bekanntgabe der Bewilligung ist aber gegenüber dem früheren Rechtszustand eine neue Qualität: Das IRG hatte bisher eine solche Bekanntgabe nicht vorgesehen (vgl. hierzu *Schomburg/Lagodny*, Rn 16 zu § 12 IRG). Die Bewilligung erschöpft sich nicht mehr in einer Verbalnote gegenüber dem ersuchendem Staat, sondern richtet sich auch an den Verfolgten selbst.

Die in BVerfG EuGRZ 1983, 262 noch offengelassene Frage, ob die in Form einer an die ausländische Regierung gerichteten Verbalnote bekannt gegebene Bewilligungsentscheidung unter Umständen auch rechtliche Wirkungen des innerstaatlichen Rechts in Bezug auf den Verfolgten entfalten könne, bedarf unter diesen Umständen keiner Vertiefung mehr (auch wenn das OVG Berlin sie inzwischen bejaht hat, NVwZ 2002, 114).

Jedenfalls wird anhand der Begründungspflicht die Schiefelage besonders deutlich. Ein Verfolgter, der die Bewilligungsentscheidung als falsch erkennt, weil sie von unzutreffenden Tatsachen ausgeht, zutreffende Tatsachen falsch deutet oder andere rechtliche Mängel aufweist, muß mehr können als nur Gegenvorstellungen erheben. Wer nicht weiß, welche Überlegungen die Bewilligungsbehörde veranlaßt haben, kein Bewilligungshindernis anzunehmen, muß sich in sein Schicksal fügen und ist schlecht dran. Wer aber darüber hinaus auch noch "schwarz auf weiß" vor sich hat, daß die Entscheidung nicht rechtens sein kann und dagegen kein Gericht anrufen darf, der wird erst recht zum Objekt des Verfahrens gemacht.

Die Begründungspflicht auch gegenüber dem Verfolgten entspricht indessen dem Selbstverständnis des Rechtsstaates, der seine Entscheidungen transparent gestaltet. Aus ihr ergibt sich, daß es sich um einen bekanntzugebenden Hoheitsakt handelt, der nach unserer Rechtssystematik nicht unanfechtbar sein kann.

Gleichwohl empfiehlt sich die Klarstellung, daß die Änderung im Wortlaut der Norm eine sachliche Änderung bedeutet und nicht etwa, daß sich die Beschränkung auf *ablehnende* Entscheidungen von selbst verstehe.

4. Fakultative Bewilligungshindernisse

Der neue Achte Teil des IRG bringt erstmals ausdrücklich formulierte Bewilligungshindernisse. Soweit es sich um zwingende Hindernisse handelt, liegen in Wahrheit Zulässigkeitsvoraussetzungen vor (vgl. § 83 IRG). Die fakultativen Bewilligungshindernisse formuliert § 83b IRG wie folgt:

Die Bewilligung der Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn

- 1. gegen den Verfolgten wegen derselben Tat, die dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegt, im Geltungsbereich dieses Gesetzes ein strafrechtliches Verfahren geführt wird,*
- 2. die Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens wegen derselben Tat, die dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegt, abgelehnt wurde oder ein bereits eingeleitetes Verfahren eingestellt wurde,*
- 3. dem Auslieferungsersuchen eines dritten Staates Vorrang eingeräumt werden soll,*

4. die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder einer sonstigen lebenslangen freiheitsentziehenden Sanktion bedroht ist oder der Verfolgte zu einer solchen Strafe verurteilt worden war und eine Überprüfung der Vollstreckung der verhängten Strafe oder Sanktion auf Antrag oder von Amts wegen nicht spätestens nach 20 Jahren erfolgt oder

5. nicht auf Grund einer Pflicht zur Auslieferung nach dem Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, auf Grund einer vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherung oder aus sonstigen Gründen erwartet werden kann, dass dieser einem vergleichbaren deutschen Ersuchen entsprechen würde.

Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1718, S. 21) nennt § 83b IRG zu Recht eine *"zentrale Vorschrift der Neuregelung"*. Nach der – im konkreten Fall allein in Betracht kommenden – Nummer 1, mit der Artikel 4 Nr. 2 RBEuHb umgesetzt wird, kann die Auslieferung eines Verfolgten abgelehnt werden, wenn im Geltungsbereich dieses Gesetzes wegen der Tat, die dem Ersuchen zugrunde liegt, ein Ermittlungs- oder Strafverfahren geführt wird.

Die Mitgliedstaaten – erläutert die Begründung – waren sich einig, in Artikel 4 Nr. 2 RbEuHb das Konzept von Artikel 8 EuAUbk zu übernehmen. Voraussetzung ist, dass dem ersuchten Staat ein eigener Strafanspruch zusteht. Welches Gewicht dem Schutz der eigenen Staatsangehörigen dabei zukommt, verdeutlicht der gesetzgeberische Hinweis, daß es nach der Konzeption des Rahmenbeschlusses und des Gesetzes *"ausreichend [ist], dass bei konkurrierender Gerichtsbarkeit erst das Ersuchen zum Anlass genommen wird, die Auslieferung zum Zwecke der Aufnahme eigener Ermittlungen abzulehnen."*

Es stehe dem ersuchten Staat jedoch frei, von diesem Verweigerungsgrund aus Gründen der Resozialisierung oder der Prozessökonomie *keinen* Gebrauch zu machen (aaO) – eine klare Präferenz für die Ablehnung, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind.

5. Verstoß gegen die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG

In der Insolvenzverwalter-Entscheidung (NJW 2004, 2725) hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 4 GG wie folgt zusammengefaßt:

B. III. 1. a) aa) Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet gerichtlichen Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch die vollziehende Gewalt (vgl. BVerfGE 73, 339 [372]; 76, 93 [98]; 107, 395 [403 ff.]). Als öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sind auch die Gerichte einzuordnen, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit aufgrund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehalts tätig werden. In diesen Fällen handeln die Gerichte zwar in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanzen der unbeteiligten Streitentscheidung (vgl. BVerfGE 107, 395 [406]). ...

bb) In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auch hinreichend geklärt, welche Anforderungen sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG für die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes ergeben. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 40, 272 [275]; 93, 1 [13]; stRspr). Zur Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes gehört vor allem, dass dem Richter eine hinreichende Prüfungsbefugnis hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Seite eines Streitfalls zukommt, damit er einer Rechtsverletzung abhelfen kann (vgl. BVerfGE 61, 82 [111]). Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt allerdings nicht aus, dass je nach Art der zu prüfenden Maßnahme wegen der Einräumung von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen eine unterschiedliche Kontrolldichte anzunehmen ist (vgl. BVerfGE 61, 82 [111]; 84, 34 [53 ff.]).

Wie sich dieser substantielle Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle im Rechtshilferecht darstellt, ist mit BVerfGE 96, 100 entschieden. Diese Entscheidung wird, wie ich aus etlichen Telefonaten mit Praktikern aus Justiz und Bewilligungsbehörden weiß, von den Behörden dahin verstanden, daß sie für die vorliegende Fallkonstellation nichts hergebe. Denn dort werde nur über die Justiziabilität des "staatsanwaltschaftlichen Anteils" im Verfahren nach dem Abkommen zur Überstellung verurteilter Personen befunden. Die eigentliche Bewilligungsentscheidung, die von der Bundesregierung (oder ihrem Delegaten) getroffen werde, bleibe weiterhin ein justizfreier Hoheitsakt.

Bei dieser Interpretation handelt es sich um ein Mißverständnis. Die damaligen Beschwerdeführer haben nicht etwa deshalb Rechtsschutz erlangt, weil gewissermaßen zufällig eine innerstaatliche Behörde beteiligt war, deren Aufgabe sich von den Aufgaben der Bewilligungsbehörde klar abgrenzen läßt. Zur Rollenverteilung zwischen Bewilligungsbehörde und Staatsanwaltschaft heißt es:

D. I. 3. b) ... Die Bewilligungspraxis des Bundesministeriums der Justiz geht beim Vollzug des Überstellungsübereinkommens von der Teilung des Verfahrens in zwei Stufen aus: Das Bundesministerium der Justiz wird als Bewilligungsbehörde nur tätig, wenn zuvor die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde die vollstreckungsrechtlichen Belange geprüft und eine Überstellung angeregt hat. Spricht die Staatsanwaltschaft sich aus vollstreckungsrechtlichen Erwägungen gegen die Überstellung aus, lehnt das Bundesministerium der Justiz es ab, sich mit der Sache überhaupt zu befassen. Es stützt sich dabei auf die durch Art. 30 GG vorgegebene Aufgabenteilung. Danach ist die Pflege der auswärtigen Beziehungen Sache des Bundes (Art. 32 Abs. 1 GG). Das Amt der mit der Strafvollstreckung betrauten Staatsanwaltschaft (§ 451 Abs. 1 StPO) nimmt bei Urteilen, die in Ausübung von Gerichtsbarkeit eines Landes ergangen sind, eine Landesbehörde wahr (§§ 141, 142 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GVG). Dementsprechend beschränkt sich das Bundesministerium der Justiz als Bewilligungsbehörde auf die Würdigung außen- und allgemeinpolitischer Aspekte, die dem Vollstreckungshilfeverkehr als einer Form der Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten (Art. 32 Abs. 1 GG) innewohnen.

Daraus folgt, daß angesichts dieser Rollenverteilung die Bundesregierung im zwischenstaatlichen Bereich handelt, die Staatsanwaltschaft dagegen bei der Prüfung, ob sie einen Antrag stellen will oder nicht, die Belange des Betroffenen berücksichtigen muß. Er hat einen Anspruch darauf, daß die Vollstreckungsbehörde ihr Ermessen fehlerfrei ausübt:

4. ... a) aa) Äußert der Verurteilte gemäß dem Überstellungsübereinkommen den Wunsch, zur Vollstreckung der gegen ihn verhängten Strafe in sein Heimatland überstellt zu werden, so ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Interessen des Verurteilten an seiner sozialen Wiedereingliederung und die Belange der Rechtspflege – auch im Blick auf die Vollstreckungspraxis des Aufnahmestaates – vollstreckungsrechtlich zu würdigen. Dieses Entscheidungsprogramm gibt der Vollstreckungsbehörde auf, bei der Ermessensausübung auch den Resozialisierungsanspruch des Verurteilten zu berücksichtigen. Insofern hat er ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens der Vollstrek-

kungsbehörde (so auch Lagodny NStZ 1993, 607 f.; Schomburg in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG Kommentar, 2. Aufl. 1992, § 71 Rn. 3; Wilkitzki in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG Kommentar, 2. Aufl., 29. Lfg. 1991, § 71 Rn. 3, in: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen). Anderes gilt in dem zweistufigen Verfahren für die Entscheidung der Bewilligungsbehörde. Der dargestellten Rollenverteilung entsprechend orientiert sie sich allein an allgemein-, insbesondere außenpolitischen Belangen; ihr Entscheidungsprogramm ist nicht auf das rechtliche Interesse des Verurteilten ausgerichtet. Ihm steht insoweit ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung nicht zu.

Daß das Bundesverfassungsgericht die Überprüfung der Bewilligungsentscheidung von der gerichtlichen Nachprüfung ausgenommen hat, liegt mithin an der Aufgabenverteilung des Verfahrens nach dem Überstellungsübereinkommen. Es ist zweistufig; die Bewilligungsbehörde kann sich daher *"allein"* an allgemeinpolitischen und außenpolitischen Belangen orientieren. *"Ihr Entscheidungsprogramm ist nicht auf das rechtliche Interesse des Verurteilenden ausgerichtet"*.

Anders liegt es hier. Das Verfahren ist nicht zweistufig ausgestaltet und es gibt keine Behörde, die unabhängig von der Bewilligungsbehörde die Interessen des Verfolgten in den Blick nehmen könnte. Die unterschiedlichen Aufgaben treffen bei der Bewilligungsbehörde zusammen. Die rechtliche Situation steht diesem Befund nicht entgegen (BVerfG aaO):

bb) Mit diesem Ergebnis stehen die völkerrechtlichen Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland nicht in Widerspruch, wonach Rechte und Pflichten aus dem Übereinkommen ausschließlich zwischen den Vertragsparteien erwachsen, während für verurteilte Personen keine Ansprüche oder subjektiven Rechte begründet würden. ... Zu der Frage, ob nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung des Überstellungswunsches besteht, verhält sich die Erklärung nicht.

b) Die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde, ob bei der Bewilligungsbehörde ein Überstellungsersuchen angeregt werden soll, stellt sich als Rechtsakt mit unmittelbarer Außenwirkung für den betroffenen Verurteilten dar ...

Was dort abschließend zum Rechtsschutz des Verurteilten gesagt ist,

c) Die von der Vollstreckungsbehörde zu treffende Entscheidung wirkt sich mithin unmittelbar auf das grundrechtlich geschützte Resozialisierungsinteresse des Verurteilten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; vgl. dazu BVerfGE 45, 187 [238 f.]; 89, 315 [322]) aus. Deswegen verbürgt Art. 19 Abs. 4 GG den gerichtlichen Rechtsschutz zur Überprüfung, ob die Vollstreckungsbehörde ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat,

trifft auch auf jeden deutschen Verfolgten zu, wenn die Bewilligung in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eingreift.

6. Rechtspositionen des Verfolgten

Möglicherweise lassen sich die Rechtspositionen abstrakt nicht vollständig formulieren, in die eine ermessensfehlerhafte Bewilligungsentscheidung eingreifen kann.

a) Willkür

Selbst eine Willkürkontrolle kann nicht stattfinden.

Daß aber ein gerichtlich nicht nachprüfbares Instrument leichter zum Vehikel sachfremder Erwägungen werden kann als ein gerichtlich nachprüfbares, liegt auf der Hand. Dies gilt umso mehr, wenn man § 79 IRG so verstehen will, daß eine positive Bewilligungsentscheidung *nicht* zu begründen sei.

Sachfremde Erwägungen bei einer Bewilligungsentscheidung könnten etwa darin liegen, daß ein inhaltsgleiches inländisches Ermittlungsverfahren voraussichtlich nicht zu einer Verurteilung führen wird, das vorgeworfene Verhalten aber als sühnebedürftig empfunden wird. Die Gründe für das innerstaatliche Scheitern des Verfahrens können vielfältig sein: nicht erfüllte Tatbestandsmerkmale², Beweisverbote, Zeugnisverweigerungsrechte oder Beschlagnahmeverbote.

² Wie etwa hier: der Ursprung des § 129 StGB im Parteienrecht setzt eine *inländische* kriminelle Vereinigung voraus.

Es sind dies die Fälle, in denen die Bewilligungsbehörde nur zu gern auf das Angebot des ersuchenden Staates eingeht, mit der Auslieferung ein *forum shopping* zu betreiben. Dabei ist die Grenzlinie zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten oft schwer zu bestimmen³. Stets stehen Rechtsbegriffe und Rechtsfragen inmitten (etwa, ob mit der Auslieferung unzulässig ein Schutzrecht unterlaufen wird), die nicht von der gerichtlichen Überprüfbarkeit ausgeschlossen sein können.

Sachfremde Erwägungen können aber auch auf einer anderen Ebene in das Auslieferungsverfahren eindringen.

Man muß nicht böswillig sein, um gerade in der vorliegenden Sache zu vermuten, daß der Versuch der Bewilligungsbehörde, so rasch wie möglich irreversible Fakten zu schaffen, nur Symptom eines Konzepts gewesen ist. Wenn der Generalbundesanwalt nichts für einen Tatnachweis nach deutschem Recht hat ermitteln können, der Verfolgte aber für gefährlich gehalten wird – das schließt sich ja nicht aus –, dann war die Gelegenheit günstig, eine *Gefahr* einzudämmen. Der Verdacht des Etikettenschwindels – zulässige Auslieferung statt unzulässiger Abschiebung – liegt nicht so fern, als daß er konstruiert wirken müßte. Träfe er zu, würde der Verfolgte mit der Auslieferung einer unzulässigen Maßnahme unterworfen; dagegen muß der Rechtsweg eröffnet sein.

b) Offenkundiger Ermessensnichtgebrauch

Am 3. Dezember 2004 hat die Generalstaatsanwaltschaft Berlin die Auslieferung eines Deutschen mit der Begründung bewilligt (Ausl. A. 624/04), die positive Zulässigkeitsentscheidung des Oberlandesgerichts setze gedanklich eine Art Minderwertigkeit des inländischen Ermittlungsverfahrens bereits voraus: *"Die in Deutschland gegen den Verfolgten geführten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen stehen der Bewilligung nicht entgegen, da ... davon auszugehen ist, dass die polnischen Ermittlungsbehörden zwischenzeitlich Ermittlungsanhalt und Beweismittel erlangt haben, die über die hiesigen hinaus-*

³ "Hier bei uns muß man Straftaten *beweisen*, da haben wir nicht genug in der Hand. Wir haben uns aber kundig gemacht und wissen, daß es bei Ihnen auf dem Kontinent genügt, daß das Gericht *eine Überzeugung gewinnen* kann". Das war 1988 die offene Antwort von Sgt. Mark Bourke von der RCMP auf meine Frage, warum die verfolgten Kanadier mit kanadischen Beweismitteln in Italien verfolgt werden sollten, einem Land, das sie seit vielen Jahren nicht mehr betreten hatten.

gehen, anderenfalls der zur Auslieferung führende richterliche Beschluß nicht ergangen wäre" (Hervorhebung von mir).

Das ist blanker Unsinn, denn der Tatverdacht wird vom Oberlandesgericht außer in den seltenen Fällen des § 10 Abs. 2 IRG gar nicht geprüft. Das Oberlandesgericht interessiert sich nicht für die Beweismittel des ersuchenden Staates. Erst recht interessiert sich das Oberlandesgericht nicht dafür, ob die Ermittlungen im ersuchenden Staat erfolgreicher waren als im Inland. Daß die vermeintliche Argumentation der Generalstaatsanwaltschaft Berlin auf mangelnden Rechtskenntnissen beruhen könnte, ist unwahrscheinlich: Das Kammergericht hatte es in seiner Zulässigkeitsentscheidung nicht nur ausdrücklich abgelehnt, in die Verdachtsprüfung nach § 10 Abs. 2 IRG einzutreten, sondern auch den im Zulässigkeitsverfahren geltend gemachten Einwand des inländischen Verfahrens mit folgenden Worten zurückgewiesen: *"Denn die konkurrierende Gerichtsbarkeit ist kein Kriterium der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung, sondern ein allein bei deren Bewilligung gem. § 83b Nr. 1 IRG zu beachtender Umstand."*

Hier hat die Bewilligungsbehörde nicht einmal Ermessen ausgeübt, sondern einen offenkundig unzutreffenden Sachverhalt *unterstellt*. Unanfechtbar?⁴ Wäre es unbedenklich (wie es in diesem Fall tatsächlich geschehen ist), das Problem über § 154b StPO – eine Verfahrenseinstellung, gegen die sich der Beschuldigte nicht wehren kann – vordergründig aus der Welt zu schaffen?

c) Prozessuale Rechte

Auch "einfache" prozessuale Rechte des Betroffenen können beeinträchtigt sein. So ist es durchaus denkbar, daß die Bewilligung der Auslieferung angesichts eines inländischen Verfahrens das Recht des Beschuldigten auf ein rechtsstaatliches und faires Verfahren, sein Recht auf zügigen Abschluß des Strafverfahrens, sowie das Übermaßverbot in gleicher Weise verletzen wie eine ermessensfehlerhafte Verfahrensverbindung im Inland (vgl. BVerfG StV 2002, 578). Was ist bei Auslieferung in ein Land mit unerträglich langen Verfahrensdauern? Spielt es eine Rolle, ob jemand in Rom im Neubau in Rebibbia oder in der *Regina Coeli* inhaftiert sein wird?

⁴ Faktisch ja: Man hat mir zwar wunschgemäß die Bewilligung übersandt, aber vorsichtshalber den Mann vier Tage vorher ausgeflogen.

d) Rücküberstellung

Der letzte beispielhaft zu nennende Punkt ist das Recht auf Rückkehr. Der Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer hat mit Recht darauf hingewiesen, daß eine Rückkehrgarantie erforderlich ist, die nur noch vom Willen des Verfolgten (und dann Verurteilten) abhängt. Der Anspruch auf Rücküberstellung ergibt sich aus dem Resozialisierungsanspruch. Wenn es dabei bleibt, daß die Bundesrepublik frei ist in der Erklärung, ein Rücküberstellungsangebot anzunehmen, dann wird der von § 80 Abs. 1 IRG gewollte Schutz deutscher Staatsbürger nicht erreicht. Der Rechtsausschuß des Bundestages hat das Problem (aaO, S. 5) wie folgt zusammengefasst:

Zur Gesetzesbegründung zu § 80 IRG-E – Auslieferung deutscher Staatsangehöriger – wird angemerkt, dass in Fällen, in denen

- der ersuchende Staat anbietet, den betroffenen deutschen Staatsangehörigen später zur Strafvollstreckung nach Deutschland zu überstellen,*
- die Auslieferung wegen des vorliegenden Angebots für zulässig erklärt wird und die Auslieferung erfolgt,*
- die tatsächliche Rücküberstellung aber daran scheitert, dass der ersuchende Staat die Rücküberstellung verweigert, weil die Bundesrepublik Deutschland sich nicht in der Lage sieht, die Vollstreckung tatsächlich zu übernehmen,*
- die beiderseitige Strafbarkeit im Einzelfall nicht gegeben ist und eine Vollstreckung in Deutschland gegen wesentliche deutsche Rechtsgrundsätze verstoßen würde,*

der von § 80 IRG-E gewollte Schutz deutscher Staatsangehöriger vor einer Strafvollstreckung im Ausland nicht erreicht wird.

Allerdings glaubte der Rechtsausschuß, mit dem Gesetz trotzdem leben zu können. Den Schutz deutscher Staatsangehöriger hielt er für gesichert (aaO, Hervorhebung von mir):

*Da jedoch aus dem Legalitätsprinzip der Strafprozessordnung folgt, dass regelmäßig beim Vorliegen eines Ersuchens um Auslieferung eines Deutschen wegen einer von ihm angeblich im Ausland begangenen Straftat die zuständige Staatsanwaltschaft wegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB mit der Sache befasst wird und in aller Regel ein eigenes Ermittlungsverfahren einleiten wird, wird es zu Bewilligungshindernissen nach § 83b Nr. 1 IRG-E kommen. **Die daraus resultierende Möglichkeit zur Ablehnung der Aus-***

lieferung sichert so den in § 80 IRG-E intendierten Schutz deutscher Staatsangehöriger vor einer Strafvollstreckung im Ausland.

Dieser Schutz ist kein Gnadenakt. Möglicherweise kann er von Verfassungen wegen überhaupt nicht versagt werden. Wenn doch, so hat der verfolgte Deutsche jedenfalls einen überprüfbaren Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung.

7. Zusammenfassend:

Das fakultative Bewilligungshindernis des § 83b Nr. 1 IRG ist eine Vorschrift zum Schutz deutscher Staatsbürger vor Auslieferung. Es ist insbesondere eine Vorschrift zum Schutz vor Auslieferung ohne Möglichkeit der Strafvollstreckung im Inland. Dieser Schutz ist vom Gesetzgeber gewollt und von der Norm bezweckt.

Will die Bewilligungsbehörde dem Verfolgten diesen Schutz entziehen, so muß sie das gegenüber dem Verfolgten in der Bewilligungsentscheidung rechtfertigen. Die Entscheidung greift in grundrechtlich geschützte Positionen des Verfolgten ein. Sie muß deshalb gerichtlich nachprüfbar sein.

Die Bewilligungsentscheidung der Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 24. November verletzt den Beschwerdeführer ebenso in seinen Grundrechten wie § 74b IRG. Diese Grundrechtsverletzungen kann der Beschwerdeführer rügen, weil die Auslieferung Deutscher nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG nur insoweit statthaft ist, als rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.

gez. Rosenthal
Rechtsanwalt