

# **P r o t o k o l l**

## **der 10. Sitzung**

**am 5. April 2006**  
**Berlin, Jakob-Kaiser-Haus, Raum 1.302**

Beginn der Sitzung: 14.06 Uhr

**Vorsitz: Andreas Schmidt (Mülheim), MdB**

## **Öffentliche Anhörung**

Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

**S. 1 - 54**

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz - EuHbG)**

**BT-Drucksache 16/544**

Anwesenheitslisten

**I - VI**

Sprechregister Abgeordnete

**VII**

Sprechregister Sachverständige

**VIII**

\_\_\_\_\_

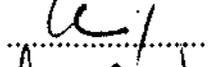
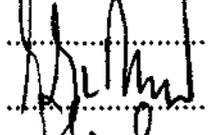
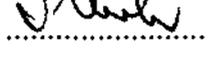
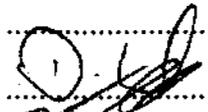
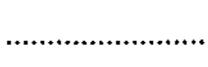
Zusammenstellung der Stellungnahmen

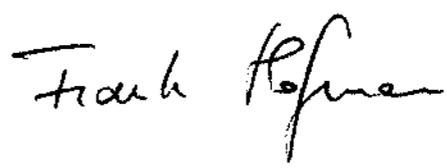
**55**

Stellungnahmen

**56 - 143**

OK.

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<b>Abgeordnete(r)</b>		<b>Abgeordnete(r)</b>	
<b>CDU/ CSU</b>		<b>CDU/ CSU</b>	
Gehb Dr., Jürgen		Bosbach, Wolfgang	.....
Geis, Norbert		Götzer Dr., Wolfgang	.....
Granold, Ute		Grübel, Markus	.....
Grosse-Brömer, Michael		Gutting, Olav	.....
Kauder (Villingen-Schw.), Siegfried		Kolbe, Manfred	.....
Krings, Dr. Günter	.....	Noll, Michaela	.....
Merz, Friedrich		Röttgen Dr. , Norbert	.....
Raab, Daniela		Schröder Dr. Ole	.....
Schmidt (Mülheim), Andreas		Silberhorn, Thomas	.....
Voßhoff, Andrea Astrid		Wellenreuther, Ingo	.....
Wanderwitz, Marco	.....	Winkelmeier-Becker, Elisabeth	.....
<b>SPD</b>		<b>SPD</b>	
Benneter. Klaus Uwe	.....	Bürsch Dr. , Michael	.....
Brinkmann (Hildesheim), Bernhard	.....	Duin, Garrelt	.....
Danckert Dr., Peter	.....	Edathy, Sebastian	.....
Esel Dr. Carl-Christian	.....	Körper, Fritz Rudolf	.....
Kröning, Volker	.....	Lopez, Helga	.....
Lambrecht, Christine	.....	Oppermann, Thomas	.....
Manzewski, Dirk	.....	Schäfer (Bochum), Axel	.....
Miersch Dr. Matthias	.....	Schneider, Carsten	.....
Schieder, Marianne	.....	Stiegler, Ludwig	.....
Strässer, Christoph	.....	Wend Dr., Rainer	.....
Stünker, Joachim	.....		



öH.

**Anwesenheitsliste**  
gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes  
**Sitzung des Ausschusses Nr. 6 (Rechtsausschuss)**

<b>Ordentliche Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>
<b>Abgeordnete(r)</b>		<b>Abgeordnete(r)</b>	
<b><u>FDP</u></b>		<b><u>FDP</u></b>	
van Essen, Jörg	.....	Burgbacher, Ernst	.....
Dyckmans, Mechthild	.....	Laurischk, Sybille	.....
Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine	.....	Wolff (Rems-Murr), Hartfrid	.....
<b><u>DIE LINKE.</u></b>		<b><u>DIE LINKE.</u></b>	
Dagdelen, Sevim	.....	Korte, Jan	.....
Maurer, Ulrich	.....	Pau, Petra	.....
Neskovic, Wolfgang	.....	Wunderlich, Jörn	.....
<b><u>BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN</u></b>		<b><u>BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN</u></b>	
Montag, Jerzy	.....	Deligöz, Ekin	.....
Ströbele, Hans-Christian	.....	Höfken, Ulrike	.....
Wieland, Wolfgang	.....	Schewe- Gerigk, Irmgard	.....

Mittwoch d. 05. APR. 06 14 00

III

Rechtsausschuss

(6)

öM

**Fraktionsvorsitzende:**

**Vertreter:**

SPD .....

CDU/ CSU .....

BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN .....

FDP .....

DIE LINKE. ....

**Fraktionsmitarbeiter:**

**Fraktion:**

**Unterschrift:**

(Name bitte in Druckschrift)

Fischer .....

FDP .....

*[Handwritten signature]* .....

Zölke .....

SPD .....

*[Handwritten signature]* .....

Spoyswald .....

SPD .....

*[Handwritten signature]* .....

Filip .....

CDU/CSU .....

*[Handwritten signature]* .....

Reisinger .....

SPD .....

*[Handwritten signature]* .....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

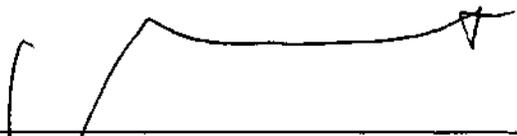
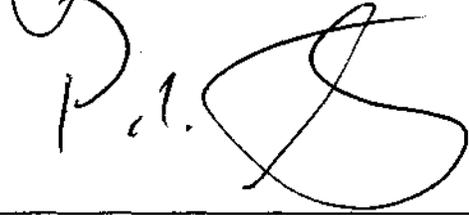
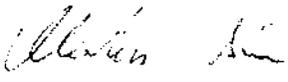


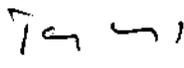
**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Rechtsausschusses

am Mittwoch, dem 5. April 2006, 14.00 Uhr

**"Europäisches Haftbefehlsgesetz (EuHbG)"**

Name	Unterschrift
<b>Dr. Heiko Ahlbrecht</b> Rechtsanwalt, Düsseldorf	
<b>Prof. Dr. jur. Peter-Alexis Albrecht</b> Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main	
<b>Klaus Böhm</b> Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe	
<b>Prof. Dr. Martin Böse</b> Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn	
<b>Prof. Dr. Michael Brenner</b> Friedrich-Schiller-Universität Jena	
<b>Joachim Ettenhofer</b> Oberstaatsanwalt, Generalstaatsanwaltschaft München	

<p><b>Prof. Dr. Matthias Herdegen</b> Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn</p>	
<p><b>Michael Rosenthal</b> Rechtsanwalt, Karlsruhe</p>	
<p><b>Prof. Dr. Thomas Weigend</b> Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Universität zu Köln</p>	

### Sprechregister Abgeordnete

	Seite
<b>Dr. Carl-Christian Dressel (SPD)</b>	<b>26, 40</b>
<b>Dr. Jürgen Gehb (CDU/CSU)</b>	<b>42, 53</b>
<b>Siegfried Kauder (Villingen-Schwenningen) (CDU/CSU)</b>	<b>25, 42</b>
<b>Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP)</b>	<b>23, 40</b>
<b>Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>25, 41</b>
<b>Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim) (CDU/CSU)</b>	<b>1, 2, 5, 7, 10, 13, 15, 17, 20, 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36, 38, 40, 42, 43, 45, 46, 47, 50, 51, 54</b>

## Sprechregister Sachverständige

	Seite
<b>Dr. Heiko Ahlbrecht</b>	<b>1, 27, 51, 54</b>
Rechtsanwalt, Düsseldorf	
<b>Prof. Dr. jur. Peter-Alexis Albrecht</b>	<b>3, 28, 50</b>
Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main	
<b>Klaus Böhm</b>	<b>5, 29, 48</b>
Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe	
<b>Prof. Dr. Martin Böse</b>	<b>7, 32, 46</b>
Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn	
<b>Prof. Dr. Michael Brenner</b>	<b>10, 33, 46</b>
Friedrich-Schiller-Universität Jena	
<b>Joachim Ettenhofer</b>	<b>13, 35, 45</b>
Oberstaatsanwalt, Generalstaatsanwaltschaft München	
<b>Prof. Dr. Matthias Herdegen</b>	<b>15, 36, 43</b>
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	
<b>Michael Rosenthal</b>	<b>18, 20, 39</b>
Rechtsanwalt, Karlsruhe	
<b>Prof. Dr. Thomas Weigend</b>	<b>20, 43</b>
Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Universität zu Köln	

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Gäste, ich darf Sie herzlich begrüßen zu unserer Sachverständigenanhörung zum Thema Europäischer Haftbefehl. Ich danke den fachkundigen Sachverständigen, dass Sie unserer Einladung gefolgt sind. Wir haben uns darauf verständigt, dass jeder Sachverständige die Möglichkeit hat, ein kurzes Statement von ca. 5 min abzugeben, anschließend werden wir in die Fragerunden eintreten. Ich schlage vor, dass wir der Reihenfolge nach beginnen, und mit Ihnen, Herr Dr. Ahlbrecht anfangen. Herr Dr. Ahlbrecht ist vorgeschlagen von der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN, Rechtsanwalt aus Düsseldorf.

SV Dr. Heiko Ahlbrecht: Ich bedanke mich für die Einladung und die Worterteilung Herr Vorsitzender. Mein Statement fällt relativ kurz und knapp aus. Es gibt zwei positive Bemerkungen, die ich zu diesem Entwurf machen kann. Zum einen die Regelung des § 83a IRG-E; diese fällt positiv aus, weil dort eine Muß-Vorschrift etabliert worden ist. Es geht um die Vollständigkeitendokumentation der Auslieferungsunterlagen. Positiv ist weiterhin, das habe ich in mein Kurzstatement jedoch nicht mit aufgenommen, weil ich mich dort lediglich auf die Kritik beschränkt habe, dass in den Auslieferungsfällen nach dem gegenwärtigen Gesetzentwurf die alte Regelung beibehalten wird, die eine recht strikte Regelung ist und mit denen, wenn ich richtig gesehen habe, auch die Oberlandesgerichte sehr gut zurecht gekommen sind. Ich habe mir auf dem Weg hierher noch mal die ca. 80 - 90 Entscheidungen hierzu angesehen. Einer der Negativpunkte, der mir noch aufgefallen ist, ist die fehlende Verhältnismäßigkeitsregelung, die meines Erachtens aufgenommen werden sollte. Ich habe dafür eine Entscheidung des OLG Bamberg vom 9. Februar 2005 herangezogen. Demnach ist ein Deutscher nach Litauen ausgewiesen worden, weil er seine Unterhaltspflicht in Höhe von ca. 5.000,00 € verletzt haben soll. Das wäre eine der Konstellationen, bei welcher ich Bauchschmerzen bekäme. Zweiter Beispielfall ist die Auslieferung eines Litauers nach Litauen, der, so der Europäische Haftbefehl, betrunken ein Nokiahandy im Wert von knapp 100,00 € entwendet haben soll. Das kann auch einem Deutschen passieren, weshalb gegebenenfalls auch gegen einen Deutschen um eine solche Auslieferung ersucht werden könnte. Ich möchte dafür werben, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet und eingeführt wird und schließe mich den Ausführungen des Herrn Klaus Böhm in seinem Skript an, dass dies in § 73 noch mit

zu integrieren ginge. Dann noch zwei Punkte: Die beiden zentralen Vorschriften sind in meinen Augen völlig misslungen. Und zwar geht es darum, dass die Bewilligungsentscheidung grundsätzlich unanfechtbar bleiben soll. Dadurch gewinnt man nichts. Es findet nur eine Verlagerung statt, das heißt, der Verfolgte bekommt noch einen Richtervorbehalt, das OLG kann, nach meinem Verständnis der Norm, aber nur Ermessensfehler prüfen. Und das ist meines Erachtens nicht ausreichend. Ich bezweifle auch ganz stark, dass das Bundesverfassungsgericht ernsthaft der Auffassung ist, dass man, im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie und die Rechtswegeröffnung, sich dort nur auf die fakultativen Bewilligungshindernisse fokussiert hat. Die Norm wirft auch viele Fragen auf: Handelt es sich um eine Vorentscheidung, oder ist es eine angekündigte Entscheidung oder ist es eine Erstentscheidung, der noch eine zweite Entscheidung folgt? Das sind Fragen über Fragen. Richtig schwierig, und da sind sich - glaube ich - alle Sachverständigen einig, so wie ich das aus den bisherigen Stellungnahmen zumindest entnommen habe, ist § 80 IRG-E. Durch diesen Paragraphen kann man kaum durchsteigen. Das ist eine Vorschrift, die unverständlich ist. Die Abgrenzung zwischen Inlands,- Auslands- und so genannten Mischfällen ist völlig unklar. Man fragt sich zum einen, was ein maßgeblicher Bezug zum In- oder Ausland ist und wann eine Tat in wesentlichen Teilen im In- oder Ausland begangen ist. Völlig unmöglich ist meines Erachtens, was dann auch mein letzter Satz zu § 80 IRG-E ist, dass man einen Tatort mit Abwägungskriterien bestimmen kann oder gar anders interpretieren darf. Was ist das für eine Vorschrift, in der drin steht, dass man den Begehungsort im Wege einer Abwägung zwischen praktischen Erfordernissen und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung bestimmen möchte? Auf der anderen Seite aber wiederum die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten Berücksichtigung finden sollen? Und insgesamt sollen auch noch die mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraumes verbundenen Ziele berücksichtigt werden. So geht es nicht! Dankeschön.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Professor Dr. Albrecht, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M., Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie.

SV Prof. Dr. jur. Peter-Alexis Albrecht: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich beschränke mich in diesem kurzen Statement auf einige prinzipielle Einwendungen und Erwägungen, weil die übrigen Kollegen auf dieser Bank noch genug Detailliertes sagen werden. Ich will einfach nur um Verständnis werben, warum es eine kritische Strafrechtswissenschaft gibt, die sich zunehmender Beliebtheit erfreut, die den Hauptvorhalt in die Richtung gehen lässt, dass das Pferd von hinten aufgezäumt wird, wenn man es denn überhaupt aufzäumen kann. Das heißt, die Entwicklung des Europäischen Strafrechts geht so vor, dass wir sagen, es wird durch die Hintertür Strafrecht in das Europäische Recht hinein transportiert, obwohl es durch die Vordertüre gehen müsste. Im Moment geht der Prozess ausschließlich hinten herum, mit den Argumenten, es würde ja nur Verfahrensrecht für die einzelnen Länder geregelt werden. Dies ist aber nur auf dem ersten Blick so. Diese Verfahrensnormen nennen wir einen Rechtstypus neuer Art, der durch Verklammerung entsteht. Das heißt, die Bezugnahme auf den Katalog der EU, welcher eher einem Sammelsurium an Straftaten gleicht, der in ein Potpourie oder in eine Talkshow passt, als dass er in ein nach Art. 103 Abs. 2 GG präzise formuliertes Regelwerk gehört. Auf der einen Seite zieht sich der Gesetzgeber an dieser Stelle zurück und sagt, dass es sich hierbei um EU-Recht handele, wofür er sich nicht kümmern muss, aber in dem Moment, wo man das EU-Recht verfahrensmäßig verklammert, entsteht dieser neue Rechtstypus, der von uns mit Besorgnis angesehen wird, da so durch die Hintertür doch materielles Recht produziert wird, nämlich ein EU-Recht, was gar keins ist. Ich darf Ihnen am Beispiel der Tötungsdelikte kurz verdeutlichen, warum wir diese Bedenken haben. Bei diesen, so steht es hier im Katalog, ist beispielsweise der Versuch des Suizids oder auch die Beihilfe dazu in diversen europäischen Ländern strafbar. Es wird also einem Deutschen, der jemandem im Ausland beim Suizid hilft, passieren, dass er dorthin ausgeliefert wird. Er muss sogar, wenn er hinterher zurück überstellt wird, wegen dieser Straftat in der Bundesrepublik Deutschland einsitzen. Das ist ein Ding, das kann man noch nicht mal einem Studenten erklären, der Bevölkerung vielleicht nur, weil sie es nicht versteht. Es ist ein Unding, als Gesetzgeber für so etwas die Hand zu reichen, weil wir hinterher nur Probleme haben werden. Nun wird gern gesagt, das ist so selten, im Grunde geht's schon. Die meisten Delikte - wie Raub und Vergewaltigung - sind die, die uns interessieren. Aber wir haben die Aufgabe die europäische Öffentlichkeit zu überzeugen, dass wir was Richtiges machen. Und

darum meine ich, dass man nicht zu viele Rechtsprinzipien für das Ziel der Europäischen Einheit aufgeben sollte. Aber das ist unsere Sorge. Dieses eben genannte Beispiel verdeutlicht, dass unserem Hauptprinzip, nämlich dem Prinzip der Strafgesetzlichkeit, welches sich am strikten Artikel 103 Abs. 2 GG orientiert und zur Folge hat, dass Normen präzise, klar und freiheitssichernd zu definieren sind, nicht genügend Rechnung getragen wird. Durch diese Verklammerung von EU-Katalog-Recht und nunmehr deutschem Verfahrensrecht entsteht dieser neue Rechtstypus, der, das ist meine These, sehr wohl den deutschen Grundrechten zur Beurteilung unterliegt. Man kann nicht sagen, das ist doch nur Verfahrensrecht und deshalb gelte der Art. 103 GG nicht. Wir meinen, dass man das berücksichtigen müsse. Das als grundsätzlicher Einwand. Wenn ich Ihnen noch einen grundsätzlicheren nennen darf, wir haben einfach Angst, dass diese Art von Strafrechtsgewinnung, die im Moment in Europa absehbar ist, uns zu einem Prinzip führt, das ihnen vielleicht heilig sein sollte, nämlich die Verletzung des Demokratieprinzips. Und das ist was Entscheidendes. Falls Sie wissen, und das wissen Sie natürlich, dass diese Normen durch den Europäischen Rat ins Gespräch gebracht wurden und das EU-Parlament lediglich eine Anhörung dazu über sich ergehen ließ, dann ist es eigentlich an dem europäischen Wählervolk vorbei gelaufen. Und der Bundestag, also Sie entscheiden nicht nur über das Ob dieses Rahmenbeschlusses, sondern auch über das Wie, also auch über marginale Veränderungen die das Bundesverfassungsgericht noch aufgegeben hat. Und das bezeichnen wir als elementares Demokratiedefizit dieses Prozesses europäischer Strafgesetzgebung. Ich bitte Sie, das auch genau so zu sehen. Nicht, dass ich jetzt dieses Gesetz hier wieder „klein rede“ und die Wissenschaft will ja sowieso alles besser wissen, sondern es geht uns um dieses Anliegen, wenn man Europäische Einigung herbeiführen will mit Hilfe strafrechtlicher Prozessnormen, die man angleichen will, dann muss man es demokratisch sauber machen. Und das wäre unser Anliegen dieses zu verdeutlichen. Im Ergebnis ist also mein erstes Hauptanliegen die Verletzung des Demokratieprinzips. Und Zweitens liegt mir die Verletzung des Prinzips begrenzte Ermächtigung am Herzen, was die Folge des neuen Rechtssystems der Verklammerung ist. Grundsätzlich ist es nämlich ausschließlich Sache des nationalen Gesetzgebers, neues Strafrecht zu implementieren, und nicht Sache der EU. Dieses Recht haben wir als Wählervolk nicht an den Europäischen Gesetzgeber abgegeben. Da dies aber nun gleichwohl passiert, ist damit dieses Prinzip begrenzte Ermächtigung aus meiner Sicht nicht

mehr gewahrt. Und nun meine letzten Worte zum Gewaltenteilungsprinzip. Uns stört und sorgt insbesondere auch, dass der Europäische Gesetzgeber ausschließlich die Exekutive im Blick hat und die unabhängige dritte Gewalt, die Legislative, außen vor bleibt. Ein simpler Richter vor Ort soll diesem ganzen Apparat Europäischer Rechtsentwicklung noch standhalten, das kann er aber nicht. Und das ist schlecht. Die EU mit ihrem Europäischen Gerichtshof kann prinzipielle Dinge aufgreifen, aber kann im Einzelnen keinen Rechtsschutz bieten, das heißt, es findet hier auch eine Implementation von Strafrecht statt, die die dritte Gewalt, das wichtigste, was in der Gewaltenteilung aus meiner Sicht zu pflegen ist, völlig unberücksichtigt lässt. Der Herr Verfassungsrichter Broß hat in sein Votum hineingeschrieben, dass das Subsidiaritätsprinzip verletzt ist, was auch meine Auffassung ist. Denn ich meine, dass Dinge, die hier zu regeln sind, auch mit nationalem Recht geregelt werden können; sie sind mithin gar nicht Sache der Gemeinschaft. Das sind prinzipielle Einwände, die ich machen musste; zur detaillierten Stellungnahme stehe ich gern zur Verfügung.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Dr. Albrecht. Jetzt hat das Wort Herr Klaus Böhm, Richter am OLG Karlsruhe.

SV Klaus Böhm: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, meine Damen und Herren, zunächst möchte ich mich bedanken, dass ich hier vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf des neuen Europäischen Haftbefehls Stellung nehmen darf. Meine schriftlichen Darlegungen liegen bereits vor. Ich möchte noch schlagwortartig auf einige Kernpunkte eingehen. Die an dem Europäischen Haftbefehlsgesetz vom 21.07.2004 vielfach geübte Kritik teile ich nicht. Das Gesetz hat sich aus Sicht der gerichtlichen Praxis, darüber will ich hier reden, und wenn man den Bereich Auslieferung Deutscher mal ausnimmt, bewährt. Ich möchte für das ursprüngliche Gesetz eine Lanze brechen. Es hat nämlich zu einer begrüßenswerten Verfahrensbeschleunigung geführt. Und was besonders wichtig ist, ohne wirkliche Beeinträchtigung von Rechten der Verfolgten. Allerdings gibt es einige Schwachstellen, auf die ich hinweisen möchte, denn die könnte jetzt der Gesetzgeber bei der Neufassung korrigieren. Es bedarf einer klarstellenden Einfügung einer Verhältnismäßigkeitsklausel, Herr Ahlbrecht hatte ja schon darauf

hingewiesen, insbesondere etwa für den Bereich der Kleinkriminalität. Es dürfen Europäische Haftbefehle wegen beispielsweise 200,00 € Betrugsschaden, wie wir haben zwei solcher Fälle am OLG Karlsruhe, nicht zu einer Auslieferung führen. Auf das in seiner Bedeutung weitgehend verkannte Meistbegünstigungsprinzip des § 1 Abs. 4 sollte verzichtet werden. Ich habe viel dazu geschrieben in meiner schriftlichen Stellungnahme. Von der Bedeutung hier nur ein paar kurze Erklärungen. Die Diskussion die hier geführt wird über die Frage, ob man Ausländer den Deutschen gleichstellt, ist bei Anwendung dieses Prinzips an sich obsolet und inhaltsleer. Denn wenn ich als Richter noch prüfen muss, ob eine Überstellung nach dem europäischen Auslieferungsübereinkommen möglich ist, so ist unterstelle ich ihnen Vorzugsrechte. Die bisherige Regelung über Abwesenheitsurteile muss zur Wahrung Europäischer Mindeststandarts, so wie in der ursprünglichen Fassung, beibehalten werden. Den Vorschlag des Bundesrates, noch eine Fluchtklausel in das Gesetz einzufügen, davon würde ich jedoch abraten. Eigene Staatsangehörige sind durch einen Richter auf ihre besonderen Rechte hinzuweisen. Der Fall, in dem ein Deutscher in rechtlicher Unkenntnis einer vereinfachten Auslieferung zustimmt, so geschehen beim OLG Karlsruhe, darf sich nicht wiederholen. Dann bin ich jetzt auch schon beim Herzstück der Neuregelung angekommen, der Auslieferung Deutscher gemäß § 80 dieses Gesetzes. Insoweit, und darauf möchte ich hinweisen, besteht ein wesentlicher Unterschied zu Ausländern. Erstens: Deutsche genießen einen besonderen Statusmäßigen Schutz. Zweitens: Straftaten können grundsätzlich im Inland verfolgt werden. Drittens: Nicht in jedem Fall ist eine Ahndung im Ausland notwendig. Viertens: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist insbesondere bei Deutschen von hochrangiger Bedeutung. Fünftens: Vor dem 29.11.2000, dem Tag der Verfassungsänderung, war eine Auslieferung Deutscher nicht möglich und das Vertrauen Deutscher war verfassungsrechtlich geschützt. Sechstens: Der Rahmenbeschluss lässt es zu, die Auslieferung eigener Staatsangehöriger vom Vorliegen einer beiderseitigen Strafbarkeit abhängig zu machen. Diese Kriterien sollten zur Wahrung der Rechtsklarheit bei einer Neufassung umgesetzt werden. Rechtssicherheit ist ein wichtiges Gut, es bedarf daher auch bezüglich der Auslieferung Deutscher einer Regelung, welche die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen ermöglicht. Diese Gewähr bietet aus meiner Sicht als Richter, die derzeit vorgelegte Entwurfsfassung nicht. Die vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Begriffe des maßgeblichen Inlandbezuges und des maßgeblichen

Auslandsbezuges sind zu schwammig, und lassen rechtlich nicht fassbare Wertungsspielräume zu. In einem Fall, der derzeit in Karlsruhe auch anhängig ist, liegt der Schwerpunkt des Geschehens in gerade dieser Problematik. Da wird eine Betrugstat in Belgien angebahnt, die Geldübergabe erfolgt in Hamburg und der Geschädigte wohnt in Belgien. Hier stellt sich die Frage was vorliegt. Eine Tat im Inland, eine Tat im Ausland oder ein Mischfall? Die Fassung des Bundesrates bietet hier höhere Rechtsklarheit, weil auf den strafrechtlich und dogmatisch durchdrungenen Begriff des Tatorts abgestellt wurde. Mit einer solchen Formulierung können Richter und Verteidiger leben und arbeiten. Ich habe mir erlaubt, einen Vorschlag in meiner schriftlichen Stellungnahme aufzunehmen, bei welchem auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt ist. Abschließend noch kurz zu der vom Bundesverfassungsgericht angeforderten gerichtlichen Kontrolle von Bewilligungsentscheidungen. Die vorgesehene Vorabprüfung ist verfassungsrechtlich sicher unbedenklich, darüber brauchen wir nicht zu reden. In Wahrheit bietet sie, und darüber sollte man dann reden, aber keinen wirklichen Schutz. Eine gerichtliche Korrektur ist nämlich nur im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null möglich. Das wird aber selten eintreten bzw. gar nicht, weil im Auslieferungsrecht außenpolitische Erwägungen immer eine Rolle spielen. Die Zulässigkeitslösung, die von mir favorisiert wird, auch in Aufsätzen und hier nochmals dargelegt, garantiert den Rechtsschutz und vermeidet vor allem eine unnötige Bürokratie. Diese Bewertung teilt auch die Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe, wie mir Frau Dr. Hövel, die Generalstaatsanwältin, in Vorbereitung des heutigen Termins versichert hat. Ich danke für ihre Aufmerksamkeit.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Böhm. Jetzt hat das Wort Herr Professor Dr. Martin Böse, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht.

SV Professor Dr. Martin Böse: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, ich bedanke mich für die Einladung, zu diesem Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen. Meine schriftliche Stellungnahme liegt vor, deshalb werde ich mich auf drei wesentliche Punkte beschränken und vielleicht noch kurz etwas sagen zu den Ausführungen des Kollegen Albrecht. Der Rahmenbeschluss über den

Europäischen Haftbefehl ist verbindlich. Der Deutsche Gesetzgeber hat insoweit Hoheitsrechte mit dem Vertrag von Amsterdam übertragen und deshalb denke ich, kann es keine Alternativen zu einer Umsetzung des Rahmenbeschlusses geben, das vielleicht vorab. Ich denke nicht, dass es sich hier um einen ausbrechenden Rechtsakt handelt. Wenn man sich die vertraglichen Grundlagen anschaut, insbesondere den Artikel 31b des EU-Vertrages, wird deutlich, dass es sich um ein Instrument handelt, was darauf gerichtet ist, den Auslieferungsverkehr zu erleichtern, und dass der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl eben von dieser Grundlage gedeckt ist. Ein wesentliches Anliegen dieses Rahmenbeschlusses ist es, das Auslieferungsverfahren zu verrechtlichen. Die Entscheidung über das Auslieferungsverfahren soll somit der Justiz übertragen werden. Der Entwurf hält jedoch an dem klassischen zweistufigen Verfahren fest, also insbesondere auch an der Bewilligungsstufe, welche eine behördliche Willensentscheidung ist. Damit entsteht die Möglichkeit, auf einfachem Weg, den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an den gerichtlichen Rechtsschutz Rechnung zu tragen. Falls es eine Entscheidung ist, die allein von der Justiz getroffen wird, also von einem Gericht, hat man damit automatisch auch der Rechtsschutzgarantie genüge getan. In dem Moment, wo man Teil der Entscheidung auf eine Behörde verlagert, muss man wieder erneut sehen, wie man dieser Garantie Rechnung trägt. Also insofern könnte man einfacher beiden Anforderungen genügen. Darüber hinaus geht die Gesetzesfassung, wie auch schon das alte Gesetz im Grunde genommen, noch einen Schritt zurück, indem zusätzliche Bewilligungshindernisse geschaffen werden, die bisher im internationalen Auslieferungsverkehr nicht so bestanden bzw. nicht der Entscheidung der Bewilligungsbehörde überlassen waren. Das sind die Hindernisse im § 83 b Nr. 4 und Nr. 5 IRG-E, das Bewilligungshindernis der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Gegenseitigkeit. Ich denke, die lebenslange Freiheitsstrafe ist etwas, das in das gerichtliche Zulässigkeitsverfahren gehört und dort auch seinen Platz hat. Es geht um subjektive Rechte des Einzelnen. Und das Prinzip der Gegenseitigkeit sollte sich im Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union überholt haben. Es findet auch beim Europäischen Haftbefehl immer noch in einem so schmalen Bereich Anwendung, dass man auch darauf verzichten könnte. Zweiter zentraler Punkt des Gesetzesentwurfes ist der Schutz Deutscher Staatsangehöriger und der § 80. Diese Regelung, so wie sie jetzt im Entwurf steht, ist sehr kompliziert. Dazu ist auch schon einiges gesagt worden. Ich will mich auf

zwei Bemerkungen beschränken. Man könnte die Regelung vereinfachen, indem man auf zwei Kriterien bzw. Differenzierungen verzichtet. Das eine Kriterium ist das der beiderseitigen Strafbarkeit. Dieses Kriterium kommt zum Zuge, soweit es nicht um die im Katalog benannten Straftaten geht, dieser Katalog also nicht eingreift, denn dann bleibt es ja bei der beiderseitigen Strafbarkeit. Dieses Kriterium ist jedoch abgeschafft worden, soweit einer der Deliktsbereiche in diesen Katalog eingreift, und dann ist es Sinn und Zweck des Rahmenbeschlusses, dass die beiderseitige Strafbarkeit nicht mehr geprüft wird. Und in soweit sollte man darauf dann auch bei Deutschen verzichten. Das Anliegen des Bundesverfassungsgerichts, wonach dem Vertrauen in die inländische Rechtsordnung Rechnung zu tragen ist, wird durch den Inlandsbezug bzw. durch die Kriterien, die man in diesem Bereich entwickeln muss realisiert. Das ist das Eine. In dem Entwurf findet sich auch noch eine zweite, neuere Differenzierung, nämlich bei den Taten mit Auslandsbezug. Im Einzelnen betrifft dies Taten mit Bezügen zu einem Drittstaat bzw. Bezügen zu dem ersuchenden Staat. Diese Differenzierung findet sich in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht, und ich denke, sie ist auch verzichtbar. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Deutschen besteht dann, wenn die Tat einen maßgeblichen Inlandbezug aufweist. Das festzustellen ist sicherlich schwierig, aber in diesem Falle besteht ein entsprechendes Bedürfnis, denn bei Taten mit maßgeblichem Auslandsbezug besteht dieses Vertrauen grundsätzlich nicht. Egal, ob dieser Bezug zum ersuchenden Staat besteht, oder zu einem dritten Staat. Ein weiterer Punkt bei der Auslieferung Deutscher betrifft die Frage der Rücküberstellung zur Strafvollstreckung. Hier kann die beiderseitige Strafbarkeit relevant werden. Insoweit nämlich, als dass die beiderseitige Strafbarkeit nach dem bisherigen Rechtszustand Voraussetzung ist für eine Strafvollstreckung in Deutschland. Die Frage ist, wie man mit solchen Problemfällen, die selten sein mögen, aber das Bundesverfassungsgericht hat auch insoweit eine Lösung angemahnt, umgeht. Es gibt drei Möglichkeiten. Entweder man liefert erst gar nicht aus, man müsste dann also schon bei der Auslieferung zur Strafverfolgung die beiderseitige Strafbarkeit prüfen. Ich denke, das ist mit dem Anliegen des Rahmenschutzes nicht vereinbar. Die zweite Möglichkeit ist, man lässt die Strafe im Ausland vollstrecken. Ich meine, das ist mit den Interessen des Verfolgten nicht vereinbar, gerade, wenn es sich um einen Deutschen handelt. Die Dritte Möglichkeit ist, dass man auf die beiderseitige Strafbarkeit in diesen Konstellationen, sprich der Vollstreckungshilfe, verzichtet. Das

ist so neu nicht. Für den vertragslosen Rechtshilfeverkehr fordert man insoweit ja auch nur die beiderseitige Sanktionierbarkeit, das heißt es reicht nach dem bisherigen Zustand aus, dass es sich nach deutschem Verständnis nur um eine Ordnungswidrigkeit handelt. Also macht man da schon Abstriche. Und in einem neueren Rahmenbeschluss, wo es um die Vollstreckung von Geldstrafen geht, hat man sich ebenfalls ein Stück weit von diesem Erfordernis bei der Vollstreckungshilfe gelöst. Das, so denke ich, wäre dann auch die sachgerechte Lösung für diese Konstellation. Ein letztes Wort zur Gleichstellung von Ausländern. Ich finde hier ist in dem aktuellen Entwurf ein Rückschritt zu verzeichnen. Ausländer werden in geringerem Umfange dem Deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Das ist zwar de jure natürlich, oder vom Wortlaut mit dem Art. 16 Abs. 2 GG, vereinbar, denn dort ist ja nur von Deutschen die Rede. Wenn man sich aber die Entscheidungsbegründung des Bundesverfassungsgerichts anschaut, war jedoch das entscheidende Kriterium, dass es um das Vertrauen in die Wertungen der Rechtsordnung geht, in der man lebt. Und wenn es sich hier um Ausländer handelt, die schon mehrere Jahre hier leben, nach Angaben des Statistischen Bundesamtes ist die durchschnittlicher Aufenthaltsdauer vom Ausländern ja wohl 16 Jahre, wenn ich das richtig gelesen habe, dann besteht da ein vergleichbares Vertrauen. Und dann muss man dem auch Rechnung tragen, indem man insoweit auch Ausländer den deutschen Staatsangehörigen gleichstellt. Bei Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates stellt sich überhaupt darüber hinaus auch die Frage, inwieweit eine solche Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, und mit dem Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages und auch der Grundrechtecharta der Europäischen Union vereinbar ist. Da hätte man dann sozusagen noch ein weiteres rechtliches Problem. Und dabei wollte ich es bewenden lassen. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Dr. Martin Böse. Jetzt hat das Wort Herr Professor Dr. Michael Brenner, Friedrich-Schiller-Universität Jena.

SV Professor Dr. Michael Brenner: Vielen Dank Herr Vorsitzender, sehr verehrte Damen und Herren Abgeordnete, meine Damen und Herren. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil aus dem Jahr 2004 das erste Europäische Haftbefehlsgesetz für verfassungswidrig erklärt. Die

Verfassungswidrigkeitserklärung beruhte auf drei Punkten, deswegen will ich mich im Folgenden auf die Frage konzentrieren, ob der Gesetzgeber des Jahres 2006, genauer gesagt also die diesen Entwurf einbringenden Fraktionen, ihre Hausaufgaben gemacht und die Konformität des neuen Entwurfes mit den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben und damit auch mit dem Grundgesetz hergestellt haben. Im Folgenden hab ich mich auch nur darauf konzentriert. Es geht mir also um die Frage, ob der Gesetzgeber erfolgreich war in seinem Bestreben, die angemahnten und kritisierten Verfassungswidrigkeitselemente des 1. Haftbefehlsgesetzes zu beseitigen. Um das Ergebnis gleich vorweg zu nehmen, nach meiner Auffassung ist der Gesetzentwurf verfassungskonform. Der hier vorliegende Gesetzentwurf hat die in dem Gesetzentwurf des Jahres 2004 enthaltenen verfassungswidrigen Bestandteile beseitigt und diese nach meiner Auffassung durch verfassungskonforme Bestimmungen ersetzt. Ich will mich nicht zu der Frage äußern, ob die neue Regelung praktikabel ist, ob es möglicherweise im Einzelfall eine bessere Regelung gäbe. Das ist nicht die Aufgabe des Verfassungsrechtlers, sondern mir kommt es darauf an zu überprüfen und darzutun, dass der jetzt vorliegende Entwurf mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes in Übereinstimmung steht. Es ist gerade von Herrn Kollegen Böse gesagt worden, dass gegen den Rahmenbeschluss als solchen keine Bedenken bestehen. Das lässt sich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts entnehmen. Das Gericht hat den Rahmenbeschluss für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt und die Frage in seiner Entscheidung auch nicht näher problematisiert. Deswegen können wir davon ausgehen, dass die europarechtliche bzw. unionsrechtliche Grundlage auch vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung konkludent akzeptiert wurde. Der Neuentwurf hält an der Auslieferungssystematik des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen fest. Es wird nach wie vor das zweistufige Verfahren vorgesehen. Das ist legitim und ist gedeckt vom Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers. Diese Lösung lässt sich vielleicht als kleine Lösung darlegen, aber auch das ist durch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt. Es waren vor allem drei Punkte, die das Gericht in seiner Entscheidung angemahnt hat. Alle drei Punkte waren durch die Maßgabe geprägt, dass Art. 16 Abs. 2 GG zu hinreichender Geltung verholfen werden muss. Das war, wenn Sie so wollen, die Message des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils. Und dieser Aufforderung, dem Art. 16 GG

gerecht zu werden, ist der Gesetzgeber jetzt auch nachgekommen. Der erste Punkt, den das Gericht moniert hat, betraf vor allem die Rechtsstellung Deutscher, die in das Europäische Ausland ausgeliefert werden sollen. Das Bundesverfassungsgericht hat klar gemacht, dass es aus dem Vertrauen in die eigene Rechtsordnung, die Rechtsstellung des einzelnen Deutschen geschützt werden müsse. Das habe zu erfolgen durch eine tatbestandliche Konkretisierung von gesetzlichen Spielräumen. Das läuft im Ergebnis auf die Forderung hinaus, dass der Gesetzgeber für Deutsche einen hinreichenden Auslieferungsschutz sicherstellen muss, um Art. 16 Abs. 2 GG Rechnung tragen zu können. Diese Möglichkeiten sind im Rahmenbeschluss enthalten. Der zweite Punkt, den das Bundesverfassungsgericht moniert hat, war die fehlende Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in einem Verfahren, welches die Auslieferung in einen Mitgliedstaat der europäischen Union betrifft. Das sei deswegen nötig, weil die Bewilligungsentscheidung die gesetzliche Einschränkung eines Grundrechtes konkretisiere. Dritter Punkt, den das Gericht moniert hatte war schließlich, dass ein Europäischer Haftbefehl zwingend die entsprechenden Auslieferungsunterlagen vorgeben und bestimmte Angaben als Mindestangaben enthalten müsse. Die Soll-Bestimmung die im Gesetz von 2004 enthalten war, genüge nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das war die Kritik des Bundesverfassungsgerichtes. Ich will ganz kurz beleuchten, ob dieser Kritik des Bundesverfassungsgerichtes ausreichend Rechnung getragen wurde. Das Ergebnis hatte ich ja bereits vorweg genommen, nach meiner Auffassung ist dies geschehen. Was die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger betrifft, § 80 IRG-E, so hat der Gesetzgeber die drei Varianten, die hier möglich sind, ausführlich konkretisiert und hat vor allem die Straftaten mit Inlandsbezug einer eigenen, ausführlich geregelten Regelung nahe gebracht. Mit Hilfe dieser gesetzlichen Ausgestaltung wird sichergestellt, dass in Fällen eines maßgeblichen Inlandsbezuges die Auslieferung eines Deutschen aufgrund eines Auslieferungshindernisses nicht in Betracht kommt. Da wird der Vorgabe des Gerichts im Sinne des Art. 16 Abs. 2 GG Rechnung getragen. Daneben sind die anderen Fälle, also Fälle mit maßgeblichem Auslandsbezug und die Mischfälle vom Gesetzgeber in so einer Art und Weise geregelt worden, wie sie den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht werden. Dass der Gesetzgeber hier bemüht war, den Vorgaben des Gerichts Rechnung zu tragen wird dadurch deutlich, dass teilweise wortwörtlich die Passagen aus dem Urteil in den neuen Gesetzentwurf übernommen wurden. Man mag das nun

verfassungspolitisch kritisieren oder für gut finden, jedenfalls ist damit aus der Perspektive des Verfassungsrechts sichergestellt, dass die Vorgaben aus Karlsruhe eingehalten werden. Das ist verfassungsrechtlich ein legitimes Vorgehen. Der zweite Punkt war die Frage, inwieweit die Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung hergestellt ist. Hier hat der Gesetzgeber, ich will mal sagen, eine originelle Lösung getroffen, indem eine Vorabbewilligung in das Gesetz hineingeschrieben wurde. Die Frage, die der Verfassungsrechtler hier zu beantworten hat ist, ob diese vorgezogene Bewilligungsentscheidung gerichtlich überprüfbar ist und damit den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen wird. Das neue Gesetz hat die Möglichkeit vorgesehen, diese Bewilligungsentscheidung vorgezogen zu überprüfen, durch das Oberlandesgericht. Deswegen ist nach meiner Auffassung die Vorgabe, die Art. 19 Abs. 4 GG entfaltet, eingehalten. Auch hier gilt aus der Perspektive des Verfassungsrechts, dass es eine Sicht der Dinge ist, ob etwas originell, elegant oder vielleicht schwerfällig und bürokratisch ist, jedoch sich auf der anderen Seite unabhängig davon die Frage stellt, ob das verfassungsrechtlich legitim und zulässig ist. Und wenn die Bewilligungsentscheidung durch ein Gericht überprüft werden kann, wird Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen, und wird auch dem Votum des Bundesverfassungsgerichts aus dessen Urteil aus dem Jahr 2005 gerecht. Der dritte kurze Punkt ist die Änderung des § 83a IRG. Hier wird ebenfalls der verfassungsgerichtlichen Vorgabe genügend Rechnung getragen, dass die erforderlichen Angaben im Europäischen Haftbefehl zwingend vorliegen müssen. Der Gesetzgeber hat dieser Vorgabe insofern entsprochen, indem er die Sollbestimmung durch eine zwingende Mussbestimmung ersetzt hat. Vielen Dank Herr Vorsitzender.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Dr. Brenner. Jetzt hat das Wort Herr Oberstaatsanwalt Ettenhofer, Generalstaatsanwaltschaft München.

SV Oberstaatsanwalt Joachim Ettenhofer: Vielen Dank Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, meine Damen und Herren. Einige Anmerkungen zu Einzelregelungen des Entwurfes. Zu § 79 IRG-E es scheint mir ein gangbarer Weg zu sein, die gerichtliche Überprüfung der Bewilligungsentscheidung zu erreichen. Dieses System gewährleistet, dass die Dauer des

Auslieferungsverfahrens nicht übermäßig lange wird. Generalstaatsanwaltschaften müssen sich ohnehin frühzeitig überlegen, ob sie Bewilligungshindernisse geltend machen oder nicht. Das können sie beim Antrag auf Zulässigkeitsentscheidung darlegen und die gerichtliche Überprüfung findet statt, nicht anders als bei der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung, so dass die Rechte des Verfolgten somit gewahrt sind. Eine andere Alternative wäre, diese fakultativen Ablehnungsgründe der Bewilligung ins gerichtliche Zulässigkeitsverfahren aufzunehmen. Das führt aber im Prinzip zu einer Umgestaltung des bisherigen zweistufigen Modells der Auslieferung - hier die Zulässigkeitsentscheidung und dort die Bewilligungsentscheidung -. Das ist letztlich natürlich eine Frage, die man politisch klären muss, was man will. Aber der vorgeschlagene Weg ist ein gangbarer Weg. Zweitens § 80 Abs. 1 und 2 IRG-E: Diese Regelung ist sprachlich und vom Aufbau her misslungen. Sie ist unübersichtlich und schwer verständlich. Sie ist zwar eine mögliche Regelung, man könnte sie schon so machen, aber sie ist schwer handhabbar, kann zu Missverständnissen führen und es wäre vorzuziehen, eine klarere Regelung, wie sie bereits im Bundesratsentwurf enthalten ist, einzubringen. Sie sollte klar, kompakt und übersichtlich sein. Auch muss man meines Erachtens hier nicht umfangreiche Abwägungskriterien, die sich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ergeben, in die Regelung hinein schreiben. Jeder Praktiker der damit zu tun hat kennt das Urteil, kennt die Kriterien und wird sie auch umsetzen, ohne dass sie im Gesetz ausdrücklich enthalten sind. Die Regelung des § 80 Abs. 4 IRG-E ist meines Erachtens nach zu streichen. Die Gleichstellung der Ausländer ist nicht zwingend erforderlich. Und die ganze Regelung des § 80 Abs. 4 IRG-E und auch schon die Regelung des § 80 Abs. 3 IRG-E führt zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass zwar ein hier lebender Ausländer, der dem Schutzbereich unterfällt, nicht vorbehaltlos in einen EU-Mitgliedstaat ausgeliefert werden kann, ggf. nur in seinen Heimatstaat, aber in jeden anderen EU-Nichtmitgliedstaat kann er wegen der gleichen Tat, wegen der gleichen Sachen problemlos ausgeliefert werden. Und diese Ungleichbehandlung ist eigentlich nicht recht nachvollziehbar. Bei der Neuregelung des Europäischen Haftbefehlsgesetzes sollte man in § 83 IRG auch die Fluchtfälle einbeziehen, auch aus Gründen der einheitlichen Behandlung von einheitlichen Sachverhalten. Die Fluchtfälle ermöglichen die Auslieferung bei Abwesenheitsurteilen in Nicht-EU-Mitgliedstaaten. Man sollte EU-Mitgliedstaaten insoweit nicht anders behandeln. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Oberstaatsanwalt Ettenhofer. Jetzt hat das Wort Herr Professor Dr. Herdegen, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

SV Professor Dr. Matthias Herdegen: Vielen Dank Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, meine Damen und Herren. Ich will zunächst drei grundsätzliche Bemerkungen machen. Erstens: wir befinden uns hier in einem Bereich, wo der Deutsche Gesetzgeber ohne jede Einschränkung an die Deutsche Gesetzgebung gebunden ist. Es handelt sich hier, anders als es hier angeklungen ist und als es die frühere Bundesregierung vertreten hat, nicht um einen Bereich, in dem Hoheitsrechte übertragen worden sind. Nur so ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts überhaupt verständlich.

Es kommt also nicht darauf an, welches Schicksal der Rahmenbeschluss auf europäischer Ebene haben wird, es ist ein Vorlagebeschluss des belgischen Verfassungsgerichtshofs anhängig, in dem Bedenken an dem Rahmenbeschluss geäußert werden. Drittens: aus .....(unverständlich) sind deswegen von grundlegender Bedeutung, weil sie verhaltensleitende Wirkung haben. All diese Bestimmungen umschreiben Kriterien, an denen sich der Einzelne in Deutschland ausrichten muss, um sicher zu stellen, dass er vor fremder Strafverfolgung sicher ist. Im Einzelnen meine ich, dass der vorliegende Entwurf weitgehend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts Rechnung trägt. Er hält sich in höchst redlicher, ja fast ängstlicher Weise an die Formulierungen des Gerichts. Ich meine aber, dass es zwei bzw. drei Gesichtspunkte gibt, wo noch durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken bleiben. Das bezieht sich zum ersten darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in jedem Einzelfall, so Randziffer 88, eine konkrete Abwägung verlangt. Das gilt nicht nur, aber insbesondere für die so genannten Mischfälle. Der Gesetzentwurf differenziert nur zwischen den Fällen maßgeblichem Auslandsbezug und den Fällen ohne maßgeblichen Bezug zum Inland. Lässt sich also von der Vorstellung leiten, dass dann, wenn ein hinreichender Auslandsbezug da ist, automatisch kein maßgeblicher Inlandsbezug vorhanden ist. Das erscheint mir an der strafrechtlichen Realität vorbei zu gehen. Es ist durchaus denkbar, dass wir Fälle eines Doppelbezuges haben. Viertens: mir kommt der Obersatz, welcher die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durchzieht, und der in der Regelung

des § 80 Abs. 1 und 2 IRG-E enthalten ist, in den Fällen zu kurz, in denen bei Vorliegen einer so genannten Katalogtat auf die beiderseitige Strafbarkeit ganz verzichtet wird. Dieser Obersatz ....(unverständlich) Wer als Deutscher im eigenen, das heißt in deutschem Rechtsraum, eine Tat begeht, muss grundsätzlich nicht mit der Auslieferung an eine andere Staatsgewalt rechnen, Randziffer 85 oder Randziffer 93. Wer sich also nach deutschem Recht strafbar gemacht hat und sich nicht selbst ins Ausland begibt, ist ebenfalls grundsätzlich vor Auslieferung geschützt. Das ist der Obersatz, der in der Redaktion des Gesetzes etwas zu kurz kommt, weil er sich nur an den Konkretisierungen des Entwurfs des Bundesverfassungsgerichts, die jedoch nicht abschließend sind entlang hangelt. Das gilt im Einzelnen etwa für die Voraussetzungen des maßgeblichen Inlandsbezuges, das ist insbesondere daran zu sehen, dass verlangt wird, dass der Erfolg ganz oder teilweise im Inland eingetreten sein muss. Das wäre mir zu eng. Man muss sich auch mit den Fällen beschäftigen, in denen die gesamte Deutsche Rechtsordnung, das Strafrecht und die sonstige Rechtsordnung, die Tat würdigt und sagt, sie ist rechtmäßig, sie ist nicht strafbar oder sie ist gar grundrechtlich geschützt. Dann kann es nicht sein, dass ein grundrechtlich geschütztes Verhalten im Inland zum Gegenstand der Auslieferung gemacht wird. Auch da darf ich noch mal drauf hinweisen: Artikel 4 Nr. 7 des Rahmenbeschlusses lässt ausreichend Raum, um diesen Bedenken Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang steht auch die Regelung des § 83b Nr. 1 n. F, die es offen lässt, wie zu verfahren ist, wenn überhaupt gar kein Verfahren nach der StPO eingeleitet wird, weil die Rechtmäßigkeit so offensichtlich ist, dass kein deutscher Staatsanwalt auf den Gedanken käme, sich mit der Sache zu beschäftigen. Dann soll offenbar kein Auslieferungshindernis nach § 83b Nr. 1 IRG-E eingreifen. Dann verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Verhältnismäßigkeit der Auslieferung in jedem Fall, losgelöst vom Inlands- zum Auslandsbezug, zu prüfen ist. Das sind die Randziffern 8, 87, 88, 97, 118 der Entscheidung. Ich vermisse, dass der Entwurf dieses Petitum aufgreift. Zur Erstreckung auf Ausländer, meine ich und da bin ich mit Herrn Kollegen Böse einig, dass auch bei bestimmten Gruppen von Ausländern mit Wohnsitz im Inland ein aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip folgender Vertrauensschutz greift. Natürlich nicht Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG, aber es greift das allgemeine Rechtsstaatsprinzip, denn für bestimmte Gruppen von Ausländern mit Wohnsitz in Deutschland ist die Deutsche Rechtsordnung mittlerweile die eigene Rechtsordnung, auf deren Wertungen vertraut

werden darf. Ich denke etwa an Staatenlose mit Inlandswohnsitz, an hier in Deutschland geborene und aufgewachsene Kinder von Ausländern, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Bei Unionsbürgern müsste man noch einmal drüber nachdenken, weil ja das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages in der dritten Säule nicht greift. Das ist aber noch ein Extrapunkt, der nochmals beleuchtet werden müsste. Noch zwei abschließende Bemerkungen aus grundrechtlicher Sicht. Das Bundesverfassungsgericht sagt, dass gerade wegen der verhaltensleitenden Dimension des gesamten Auslieferungsregimes, das Gesetz aus sich heraus verständlich sein muss und die zu treffenden Entscheidungen vorhersehbar sein müssen. Ich hätte als Strafrechtler hohe Schwierigkeiten mit dem geforderten Maß an Prognostizierbarkeit, worin mich auch richterliche Äußerungen mit höherer Sachkompetenz aus der Praxis nur bestätigt haben. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Unbestimmbarkeit der so genannten Katalogtaten. Hier beschränkt sich das Gesetz bzw. der Gesetzentwurf ganz einfach mittels Verweis auf den Rahmenbeschluss. Es werden nicht einmal die Deliktgruppen genannt. Wir wissen auch nicht, wer die Deliktgruppen konkretisiert, wer uns sagt, ob eine Abtreibung ein Tötungsdelikt ist. Ist das die Wertung des deutschen Rechts, oder aber die Wertung des ersuchenden Staats oder ist es vielleicht eine autonome Wertung nach Europäischem Recht? Und wenn ja, nach welchen Maßstäben? Ich weiß nicht, was Cyber-Kriminalität nach Europäischem Recht ist und ich bezweifle, dass es irgendjemand weiß. Hier meine ich, eben wegen der verhaltensleitenden Wirkung des Auslieferungsregimes kann sich der Gesetzgeber der Aufgabe nicht entziehen, diesen tatbestandlichen Gruppierungen schärfere Konturen zu geben. Das ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und wohl auch aus dem Rechtsgedanken des Art. 103 Abs. 2 GG. Eine letzte Bemerkung: Man sollte darüber nachdenken, auch im Lichte des Rechtsstaatsprinzips, nur solche Taten zu erfassen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes begangen worden sind. Die frühere Bundesregierung hat uns gesagt, es gibt noch eine handvoll Straftäter, die verfolgt werden aus der Zeit des Dritten Reiches. Wenn das so ist, kann man hierfür eine Sonderregel mit Rückwirkung im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts treffen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Dr. Herdegen. Jetzt bitte Herr Rechtsanwalt Rosenthal, Karlsruhe.

SV Rechtsanwalt Michael Rosenthal: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, vielen Dank. Ganz kurz ergänzend zum Vortrag von Herrn Professor Dr. Herdegen. Bei den Verhandlungen mit der alten Bundesregierung hieß es, es seien noch sechs Personen, deretwegen die Rückwirkung nicht ausgeschlossen worden sei. Nach soviel höflicher Kritik, werde ich nunmehr kein Blatt vor den Mund nehmen. Ich sitze hier in einer etwas merkwürdigen Doppelrolle und zwar deswegen, weil ich beim im Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins zuständig war für das erste Umsetzungsgesetz und wir haben es damals bejubelt. Ich habe dann den Beschwerdeführer beim Bundesverfassungsgericht vertreten und dieses von mir zunächst für doch so gut gehaltene Gesetz für nicht mehr so gut befunden. Dahinter steckt ein Problem, auf das ich Ihre Aufmerksamkeit noch einmal lenken möchte. Das Verfassungsgericht hat das ganze Gesetz für nichtig erklärt. Viele sagen, das war übers Ziel hinaus geschossen. Die Idee, welche jedoch dahinter steckt, war die, dass sich der Gesetzgeber doch bitte in normativer Freiheit der Angelegenheit noch einmal annähern sollte. Sich eine Sache in normativer Freiheit zu überlegen heißt, sich etwas neu zu überlegen und bedeutet nicht, da Flicker anbringen, wo die Decke Löcher bekommen hat. Und mir scheint, dass das zentrale Problem der Umsetzung die Frage der Zweistufigkeit ist. Als der Rahmenbeschluss kam, hatten viele, auch wir im Strafrechtsausschuss große Angst, was denn jetzt mit den Verfolgten geschieht. Es ist schon ein Unterschied, ob man von Garmisch nach Flensburg kommt, das ist eine weiterhin vertraute Umgebung, oder aber ob man von Frankfurt nach Palermo kommt, oder nach Madrid oder sonst wohin. Und es kam damals aus dem Bundesministerium für Justiz der geniale Einfall, so hab ich es empfunden, sich abzuwenden von einem rein justiziellen Übergabeverfahren, wie es der Rahmenbeschluss vorsieht und den Europäischen Haftbefehl, der ja auch gar kein Haftbefehl ist, sondern ein Ersuchen um Übergabe, in das herkömmliche Auslieferungsrecht zu integrieren. Diese Integration ist so geschehen, dass die Bewilligungsentscheidungen beibehalten wurden. Dies wird immer wieder kritisiert, so auch letzte Woche erst, in der das Europäische Parlament noch einmal dem Rat empfohlen hat, darauf hinzuwirken, dass die Behörden doch bitte ihre unterstützende Rolle bei der Übergabe nicht überschreiten mögen. In die Bewilligung eingebaut worden ist der Schutz des Verfolgten. Sie müssen überlegen, bei all dieser Abwägung besteht immer die zentrale Frage des inländischen Strafverfahrens. Es ist zu überlegen: Was ist die Bedeutung des Verfahrens hier, was ist die Bedeutung des

Verfahrens dort, was sind die Interessen des Verfolgten? Das heißt, der Schutz des Verfolgten ist der Behörde übertragen worden, die ihm im Inland als Gegner gegenübersteht. Man hat, erlauben Sie den groben Ausdruck, den Bock zum Gärtner gemacht. Ich habe seinerzeit gedacht, dies sei eine prima Idee. Wenn wir uns jetzt alle diesem europäischen Gedanken verweigern und die Generalstaatsanwaltschaften bzw. Ministerien, je nachdem wer zuständig ist, sprich wir machen da was, dann ist man sehr Europafreundlich und man kann seine eigenen Leute, also die Deutschen ganz gut schützen. Ich habe in großer Naivität nicht vorhergesehen, dass die Bewilligungsbehörden und der Generalbundesanwalt als Ermittlungsbehörde, im ersten spannenden Fall der kommt sagen: „Vom uns eingeräumten Ermessen wird kein Gebrauch gemacht.“ Kein Wort der Begründung, rein gar nichts! Und damit war dann auch klar, dass das Gesetz in dieser Form keinen Bestand haben kann. Wenn man so umgehen kann mit den Rechten der Betroffenen, dann hat das Gesetz einen Webfehler. Und dieser Webfehler wird jetzt fortgesetzt. Deswegen möchte ich jedem hier ans Herz legen, noch einmal darüber nachzudenken, ob man die Zweistufigkeit wirklich braucht. Sie ist eigentlich nur noch ein Relikt aus vergangenen Zeiten. All die humanen und humanitären Fragen, der Schutz von Verfolgtenrechten gehören ohnehin ins Zulässigkeitsverfahren. Ein alter und erfahrener Auslieferungsrechtler, bei dem ich sozusagen gelernt habe, hat in seinem ersten Leitfaden zum Thema Umsetzung des Gesetzes schon geschrieben, dass man gegen den Wortlaut des Gesetzes alle Zulässigkeitsprobleme in die oberlandesgerichtliche Prüfung nehmen soll, weil sie da hin gehören und nicht zur Bewilligungsbehörde. Und bedenken Sie auch, wenn Sie eine Zweistufigkeit haben, und ich das Verfassungsgericht richtig verstanden habe, dann ist der deutsche Gesetzgeber völlig frei, wie er die Vorgaben umsetzt. Er kann sich gemäß dem Rahmenbeschluss auch dafür entscheiden, das Übergabeverfahren auf einen rein justiziellen Akt zu beschränken und außenpolitische Erwägungen wegzulassen oder hintanzustellen. Er muss aber dem Rahmenbeschluss nicht folgen und kann die Zweistufigkeit beibehalten. Aber wenn er das macht, dann muss er doch immer sehen, dass er den Schutz des Verfolgten jemandem anvertraut, der für dessen Schutz nicht vorgesehen ist. Und wenn dann die rechtliche Überprüfung sich einzig und allein darauf beschränkt, ob Ermessensfehler vorgekommen sind, in einer Situation in der außenpolitisches Ermessen eine Rolle spielt, dies war im alten Auslieferungsrecht so und im Nichteuropäischen Auslieferungsrecht ist es immer

noch so, dann käme man zu dem Schluss, dass die Auslieferungsentscheidung wieder eine reine außenpolitische Entscheidung ist, in der der Verfolgte nichts zu melden hat. Wenn also jetzt in dieser Gemengelage aus Außenpolitik und Rechtsschutz für den Verfolgten die Außenpolitik wieder den Vorrang gewinnt, solche Situationen wird es sicher häufig geben, dann ist ein Rechtsschutz, der nur Ermessensfehler überprüft nichts wert. Er läuft leer und da widerspreche ich dem einen oder anderen Vorredner. Diese Form der Kontrolle wäre nur dann sicher, wenn man den Oberlandesgerichten eine volle Prüfungskompetenz einräumt. Aber auch da gäbe es noch weitere Schwierigkeiten. Es gibt noch manches andere, aber dies ist ja zunächst nur das Eingangsstatement.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Rosenthal. Jetzt abschließend Herr Professor Dr. Weigend, Universität Köln, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

SV Professor Dr. Thomas Weigend: Vielen Dank Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Unter den Experten gelten die Professoren als zuständig für das Allgemeine und Grundsätzliche. Ich möchte von diesem Klischee ein bisschen abweichen und die Zeit die ich habe auf das Kleinteilige verwenden und ein paar Punkte der konkreten Formulierungen des Gesetzesentwurfs aufgreifen. Es ist mehrfach gesagt worden, es waren im Wesentlichen zwei Punkte, die zur Beanstandung des früheren Gesetzes geführt haben. Einmal die übermäßige Einschränkung des Deutschen Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 GG nicht ausgeliefert zu werden und zum anderen die fehlende Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung. Der Gesetzesentwurf hat entsprechend darauf reagiert, dass er bezüglich des ersten Punktes im Wesentlichen die Formulierungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in das Gesetz hinein geschrieben hat. Wie schon gesagt wurde, führt dies zu einer übermäßig komplizierten Regelung wie in beispielsweise § 80 Abs. 2 IRG-E. Selbst bei einer zweiten Lektüre ist dieser kaum zu verstehen, weil er zwei unterschiedliche Fallgruppen beinhaltet, die zusammen zu einer Fallgestaltung vermengt wurden und sich gegenseitig immer wieder aufeinander beziehen. Es hätte im Übrigen aus meiner Sicht ausgereicht und wäre viel einfacher gewesen, wenn man einfach die Vorgabe des Art. 4 Nr. 7 Rahmenbeschluss, übernommen hätte, der aus einem kurzen Satz besteht und der

das deutsche Recht transformiert hätte. Damit hätte man den Bedenken des Bundesverfassungsgerichts genauso gut Rechnung tragen können, zumindest wenn man die Möglichkeit der Auslieferungsverweigerung für Taten, die im Inland begangen wurden auf Deutsche beschränkt hätte. Nun ist der Gesetzgeber einen anderen Weg gegangen. Er hat als Maßstab den maßgeblichen Inlandsbezug der Tat, einmal den maßgeblichen Auslandsbezug der Tat und dann die Zwischengruppe der Mischfälle genommen. Ich hätte mir gewünscht, wenn man schon so einen allgemeinen Begriff verwendet, dass man diesen dann auch mit mehreren Kriterien auffüllt. Solch ein Bezug zum In- oder Ausland kann ja resultieren aus dem Tatort, oder aber aus der Nationalität des Opfers oder auch aus der Beeinträchtigung eines ausländischen Rechtsguts. Eine Ausgestaltung dieses Begriffes ist nicht erfolgt. Man hat letztlich wieder den Ort rekuriert und dabei ist seltsam, dass in § 80 Abs. 1 IRG gesagt wird: Auslandsbezug nur dann, wenn der Tatort in dem ersuchenden Staat liegt. Das führt zu dem seltsamen Ergebnis, dass wenn der Tatort in einem Drittstaat liegt, nach der Definition kein Auslandsbezug vorliegt. Zum Beispiel: Wird einem Deutschen zur Last gelegt, in Belgien einen Franzosen getötet zu haben und nun begehrt Frankreich mittels Europäischem Haftbefehl seine Auslieferung. Würde man das Gesetz in der jetzigen Form anwenden, läge hier keine Tat mit Auslandsbezug vor. Das scheint mir jedoch sehr widersinnig. Im Übrigen dürfte Deutschland in diesem Fall nach dem Rahmenbeschluss die Auslieferung gar nicht verweigern. Zweitens: Sowohl für den Auslands- als auch für den Inlandsbezug wird jeweils vorausgesetzt, dass sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort im Ausland bzw. im Inland liegt. Das passt auf die wenigen Tatbestände auch im Katalog des Art. 2 Abs. 2 RB, welche Erfolgsdelikte sind und bei der, wie zum Beispiel beim Tötungsdelikt, abgetrennt von der Handlung der Tötungserfolg erforderlich ist. Das passt nicht auf die vielen Fälle wie beispielsweise Rauschgifthandel, Mitgliedschaften in einer terroristischen Vereinigung, Kinderpornographie, Korruption etc. Dies sind alles Fälle aus dem Katalog, die überhaupt keinen Erfolg brauchen oder haben. Dieser Fall ist nicht geregelt und man müsste dann eigentlich sagen, dass etwa wenn jemand im Ausland Kinderpornographie verkauft oder konsumiert, dass das dann weder ein Fall mit Auslandsbezug, noch ein Fall mit Inlandbezug ist, weil der Erfolg überhaupt nicht vorkommt und deswegen weder im Aus- noch im Inland stattfindet. Es wäre also ein Mischfall, was eigentlich der Sache nach nicht richtig sein kann. Problematisch ist auch der Umstand, dass der In- und Auslandsbezug jedenfalls in

der Regel durch den jeweiligen Tatort hergestellt sein soll, wie das in den Ausnahmefällen sein soll, bleibt hingegen offen. Die Gesetzesbegründung sagt, das sollen Mischfälle sein, das passt aber auch nicht immer und stimmt in den Fällen auch nicht mit dem Rahmenbeschluss überein, bei denen der Tatort im Ausland liegt. Nach dem Rahmenbeschluss könnte man schlecht die Auslieferung verweigern, es könnte aber sein, dass dennoch ein Ausnahmefall vorliegt, der dennoch Inlandsbezug hat. Wie man überhaupt bei der Interessensabwägung bei den Mischfällen vorgehen soll, ist mir nicht recht klar geworden. Es herrschte in der Aufstellung der Interessen, die in die Gesamtabwägung eingehen sollten, eine große Fantasie und alles wurde bunt zusammen gemischt; angefangen bei den Interessen des Verfolgten bis hin zu den praktischen Interessen der Justiz usw., aber es fehlt das Bezugskriterium, worauf eigentlich abgestellt werden soll. Da ist die Rede vom schutzwürdigen Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung. Wo aber dieses Vertrauen herkommen soll, bzw. dass es hierfür keine klare Regelung gibt, bzw. was inwiefern schutzwürdig ist, erschließt sich mir nicht. Wenn also selbst die Ratio nicht erkennbar ist, dann weiß man auch nicht, worauf hin man eigentlich abwägen soll. Soviel zu dem § 80 IRG-E. Vielleicht noch ganz kurz zu der Frage der Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung. Da scheint mir zunächst das Grundübel des früheren Gesetzes nicht beseitigt zu sein, nämlich das des § 83b IRG-E, wo es um die Bewilligungskriterien geht, ganz unterschiedliche Dinge zusammen gemischt sind. Einiges dazu ist bereits gesagt worden. Ich stimme überein, dass einiges in die Zulässigkeitsentscheidung gehört, weil es die Interessen des Verfolgten betrifft, vor allem die Nr. 4, welche die Höhe des Strafmaßes betrifft. Anderes gehört sicher zum außenpolitischen Bereich, also etwa die Frage, wie zu verfahren ist, wenn mehrere Staaten die Auslieferung begehren. Aber das ist alles so durcheinander geworfen und mithin keine systematische Regelung. Problematisch erscheint mir, dass in § 79 Abs. 2 Satz 1 IRG-E zunächst mal eine Erklärung der Bewilligungsbehörde verlangt wird, was sie genau beabsichtige. Nun sind Absichten ja etwas, was man hat, ob man diese dann auch umsetzt, ist die zweite Frage. Es bleibt offen, wie zu verfahren ist, wenn die Bewilligungsbehörde, nachdem das Gericht entschieden hat, seine Absicht ändert. Das kann zu Gunsten des Verfolgten ausgehen, sofern dann doch ein Bewilligungshindernis bejaht wird, dann wird sich niemand darüber beschweren. Es kann aber dann doch zum Nachteil ausgehen, sprich zunächst erklärt die Behörde, es bestünde ein Bewilligungshindernis und wir

wollen nicht bewilligen. Was dann geschieht ist vom Gesetz nicht geregelt. Laut Begründung zum Gesetz wäre das Verfahren beendet und das Gericht wird gar nicht tätig. Ich meine, dies sollte aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit im Gesetz geregelt sein. Die Behörde muss sich also zunächst festlegen, indem sie sagt, sie werde ein Bewilligungshindernis annehmen oder auch nicht, und für den Fall, dass das Bewilligungshindernis angenommen wird, sollte ein gerichtlicher Beschluss darüber gehen, dass das Auslieferungsverfahren beendet ist. § 79 Abs. 3 IRG-E erfasst die Fälle, in denen nachträglich Anzeichen auftauchen, dass vielleicht doch ein Bewilligungshindernis bestehen könnte. Dann soll nachträglich doch noch wieder gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden können. Das scheint mir prinzipiell richtig zu sein, weil Art. 19 Abs. 4 GG gelten soll und muss. Das ist aber praktisch schwierig zu handhaben. Es wird also einmal eine gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung getroffen und dann taucht ein neuer Umstand auf, was zur Folge hat, dass die Sache nochmals vor Gericht gebracht würde. Das wäre auch eine gute Verzögerungsstrategie und insofern sehr einfach, als dass schon eine Selbstanzeige reichen würde, was zur Folge hätte, dass ein nachträgliches Ermittlungsverfahren im Sinne des 83b IRG-E eingeleitet werden müsste und schon wäre ein nachträglicher Umstand da, der eine zweite gerichtliche Überprüfung ermöglicht. Letzter Punkt: In § 74b IRG-E steht kategorisch drin, dass die Bewilligungsentscheidung unanfechtbar sei. Jedoch regelt § 79 Abs. 3 IRG-E auch, was genau noch anfechtbar ist, demnach müsste in § 74b IRG-E stehen, dass § 79 Abs. 3 IRG-E unberührt bleibt und dieser Widerspruch beseitigt würde.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Weigend. Jetzt schlage ich vor, dass wir zunächst mit einer Fragerunde beginnen, wir die Fragen sammeln und die Sachverständigen diese anschließend beantworten.

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP): Recht herzlichen Dank für Ihre Stellungnahmen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf. Ich möchte mit einem Punkt anfangen, der nur zum Teil von Ihnen, Herr Prof. Dr. Böse, angesprochen worden ist, und zwar die Problematik der Rücküberstellung, die ja in Ihren schriftlichen Stellungnahmen auch überall eine wichtige Rolle spielt. Das war ja auch ein Punkt, der beanstandet worden war vom Bundesverfassungsgericht und jetzt das gesicherte

Anbieten im Gesetzentwurf in § 80 Abs. 1 aufgenommen worden ist. Aber im Zusammenhang mit der Rücküberstellung treten Probleme auf. Da wollte ich gerade ja an Sie noch mal, Herr Prof. Böse, aber auch an Sie, Herr Prof. Herdegen, folgende Frage richten: Wenn die Rücküberstellung erfolgen sollte und es liegt ein Fall vor, so wie es in der Begründung des Gesetzentwurfes angenommen wird, dass ein Fall der beiderseitigen Strafbarkeit nicht gegeben ist, dann sagt der Gesetzentwurf, soll aus rechtsstaatlichen Gründen nicht rücküberstellt werden. Das heißt, derjenige, der dann verurteilt ist, aber in Deutschland wegen dieser Tat nicht hätte verurteilt werden können, bleibt im Ausland und Sie sagen, Herr Dr. Böse, da muss die Möglichkeit - Sie haben drei Alternativen genannt - der Rücküberstellung möglich sein. Sie haben einen Punkt hier in Ihrer mündlichen Ausführung nicht gebracht, nämlich, dass in diesen Fällen möglicherweise auf das Europaratsübereinkommen der Umwandlung Bezug genommen werden könnte und danach eine Rücküberstellung mit dann einer Umwandlung erfolgen sollte. Meine Frage an Sie: Wäre unter Berücksichtigung auch rechtsstaatlicher Gründe, wenn ich mal die Annahme im Gesetzentwurf der Bundesregierung in der Begründung für richtig halte nur danach dann rechtsstaatlich eine Rücküberstellung überhaupt möglich, was bedeutet das? Gibt es überhaupt heute schon die Anwendung dieses Europaratsübereinkommen mit dieser Umwandlung in der Praxis und ist das dann ein rechtsstaatlich möglicherweise gangbarer Weg, oder hieße das nicht, dass das schon viel früher, nämlich im Zusammenhang mit der Bewilligungsentscheidung und der Zulässigkeitsentscheidung eigentlich schon geprüft werden müsste. Und dass es möglicherweise schon gar nicht zu der ersten Entscheidung kommen dürfte. Dazu hätte ich gerne, weil ich das für einen problematischen Punkt halte, gern von Ihnen eine Antwort. Der zweite Punkt, Herr Rechtsanwalt Rosenthal, Sie haben sehr klar hier die Zweistufigkeitsregelung kritisiert. Andere nicht ganz so deutlich wie Sie, bis dahin, dass Sie ja im Hinblick auf die dort eingebaute so genannte Rechtsschutzmöglichkeit sehr klare Worte gebraucht haben. Meine Frage noch mal an Sie. Wie wäre aus Ihrer Sicht unter Beachtung von Artikel 19 Abs. 4 GG und einer ausgeprägteren Rechtsschutzmöglichkeit des Verfolgten denn das Verfahren auszugestalten? Eine Zulässigkeitsprüfung, in die nach Ihren Vorstellung welche Kriterien eingebaut werden müssten, mit welchen Konsequenzen für den Verfolgten? Also eine Umkehr der bisherigen Praxis und auch des bisherigen Verfahrens, wie wir es auch in der alten Fassung des IRG gekannt haben. Dann hätte ich gerne, Herr

Prof. Albrecht, an Sie noch eine Frage gerichtet. Sie haben ja sehr grundsätzlich das Demokratiedefizit hier beklagt und ich wollte Sie fragen vor dem Hintergrund auch anderer Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, die sich mit der Bindungswirkung und Durchgriffsmöglichkeit von Rahmenbeschlüssen auf den nationalen Gesetzgeber befassen, ich denke an dieses Pupino-Urteil des Europäischen Gerichtshofes, dass möglicherweise eine viel stärkere unmittelbare Durchgriffsmöglichkeit des Rahmenbeschlusses auf den nationalen Gesetzgeber vorliegt und damit die nationalen Befugnisse doch sehr viel mehr eingeschränkt werden, als das in manch Äußerungen und Bewertungen eben der Gutachter hier zum Ausdruck kam. Ich möchte es eigentlich bei diesen paar Punkten zunächst mal in der ersten Runde bewenden lassen.

Siegfried Kauder (Villingen-Schwenningen) (CDU/CSU): Herr Prof. Herdegen, Sie haben dankenswerter Weise darauf hingewiesen, dass der Gesetzentwurf sich mit einer schlichten Verweisung auf den Rahmenbeschluss begnügt, ohne die Katalogtaten zu benennen. Was schlagen Sie stattdessen vor? Zweite Frage an Herrn Prof. Dr. Brenner. Insbesondere Herr Dr. Ahlbrecht hat diese unbestimmten Rechtsbegriffe maßgeblicher Inlandsbezug, maßgeblicher Auslandsbezug, Mischfälle kritisiert. Nun waren wir vielleicht nicht schlecht beraten, genau diese vom Bundesverfassungsgericht kreierten Begriffe in den Gesetzentwurf zu übernehmen. Sind diese Begriffe, die sicher ausfüllungsbedürftig sind, grundgesetzlich problematisch oder nicht?

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Danke, Herr Vorsitzender. Ich habe jetzt in der ersten Runde zwei Fragen. Die eine ganz konkrete an Sie, Herr Böhm. Wenn ich es richtig verstanden habe, haben Sie hier in Ihren mündlichen Ausführungen gesagt, dass der Rahmenbeschluss über den europäischen Haftbefehl, insbesondere dann, wenn es um deutsche Staatsangehörige gehe, es ermögliche die Auslieferung von der gegenseitigen Strafbarkeit doch abhängig zu machen. Wir sind bisher davon ausgegangen, dass dies zumindest für den Bereich der Deliktgruppen des Artikels 2 auch bei Deutschen nicht mehr geprüft werden soll. Also, wenn ich Sie richtig verstanden habe, wäre das eine Position, die ich Sie zu erklären bitte, weil ich sie dann nicht verstehen würde. Und meine zweite Frage richtet sich an die beiden Kollegen Rosenthal und Dr. Ahlbrecht. Wir haben im

bisherigen Gesetz, und das wiederholt der neue Entwurf, bei der Frage der Pflichtverteidigerbestellung in § 40 eine Beschränkung der Notwendigkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers lediglich auf die Fälle des europäischen Haftbefehls, die sich nach Wertung des Gerichts als besonders schwierig in der Sach- oder Rechtslage darstellen und das Gesetz expliziert einen solchen Fall der besonderen Sach- und Rechtslage mit dem Wörtchen ‚insbesondere‘, nämlich, wenn im konkreten Einzelfall die Subsumption der im Haftbefehltext dargestellten Tat unter eine Deliktsgruppe sich als schwierig erweist. Nun haben wir inzwischen auf dem Tisch einen weiteren Vorschlag für einen Rahmenbeschluss aus Brüssel, wo einige wenige grundlegende Beschuldigtenrechte einheitlich festgelegt werden sollen. Und in diesem Vorschlag aus Brüssel schreibt der Vorschlag selbst das Erfordernis einer Pflichtverteidigerbestellung in allen Fällen des europäischen Haftbefehls vor. Meine konkrete Frage an Sie ist deswegen: Würden Sie es für sinnvoll oder gar für notwendig erachten, dass man in das Gesetz für alle Fälle des europäischen Haftbefehls, zumindest für die Fälle, wo sich der Beschuldigte nicht mit dem vereinfachten Verfahren einverstanden erklärt, eine notwendige Verteidigung ins Gesetz hinein schreibt?

Dr. Carl-Christian Dressel (SPD): Ich habe vor dem Hintergrund des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 18. Juli 2005 zwei Fragen. Das erste nur zur Verständlichkeit. Ich habe Sie beide, Herrn Böse und Herrn Brenner, so verstanden, dass Sie die Entscheidung so interpretieren, dass in jedem Fall Probleme hinsichtlich des Rahmenbeschlusses und dessen Gültigkeit für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht bestehen und dass Ihrerseits Änderungsbedarf aufgrund dieses Urteils nur hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung Deutscher und des Rechtsschutzes bestehen und aufgrund dieser Grundlage richtet sich der zweite Teil meiner Frage an die Praktiker, an Herrn Böhm und Herrn Ettenhofer. Es gibt ja von dem Gesetz eine einjährige Praxis, nämlich vom Inkrafttreten 2004 bis zur vorbezeichneten Entscheidung 2005. Sehen Sie über die vom Bundesverfassungsgericht genannten tragenden Gründe hinaus überhaupt Änderungsbedarf im Rahmen des Gesetzes, das Sie ein Jahr lang vollzogen haben?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Dressel. Ich sehe jetzt keine weiteren Fragen. Dann schlage ich vor, dass wir die erste Antwortrunde

beginnen. Ich schlage ich dass wir mit Herrn Dr. Ahlbrecht beginnen. Ihnen liegt eine Frage von Herrn Montag vor. Bitte schön.

SV Dr. Ahlbrecht: Herr Montag, Sie hatten zu Recht angesprochen die Frage der Pflichtverteidigerbestellung. Kurzer Blick zurück. Schon bei der ersten Anhörung war das einer der Vorschläge, grundsätzlich in diesem Verfahren beim europäischen Haftbefehl eine Pflichtverteidigerbestellung vorzusehen, wenn sich der Verfolgte nicht mit der vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärt. Problem an der Geschichte: Der Verfolgte wird vor dem Amtsgericht vorgeführt, ihn befällt ein extremer Mitteilungsdrang. In der Situation wird er gefragt, wird er außerdem auch noch gefragt, ob er sich denn nicht lieber mit der vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärt oder nicht. Sprich, wenn man darauf abstellen würde, erst nach dieser Frage, die er ja mit ja oder nein zu beantworten hat, dann ist es schon zu spät. Weil zu dem Zeitpunkt kriegt man ja so schnell keinen Pflichtverteidiger zum Amtsgericht. Ich bin deshalb grundsätzlich dafür, das habe ich auch in meiner Stellungnahme oder als eine meiner Thesen aufgenommen, für eine zwingende und sofortige Pflichtverteidigerbeordnung vor der ersten amtsgerichtlichen Anhörung bei Auslieferung Deutscher in § 40 Abs. 2. Und zwar deswegen, weil das Bundesverfassungsgericht ganz deutlich ausgeführt hat, dass die deutsche Staatsangehörigkeit eine besondere Schutzverpflichtung des Staates begründet. Meines Erachtens ist diese Schutzverpflichtung auch auf die privilegierten Ausländer zu erstrecken, privilegierte Ausländer, wie sie im Sinne der Vorgängervorschrift des alten Gesetzes abzuleiten ist. In diesem Zusammenhang, und das ist hier auch noch nicht richtig betont worden, die deutsche Staatsangehörigkeit soll einen besonderen Schutz bewirken. Das soll beachtet werden. Das ist meiner Meinung nach nur dann umsetzbar, wenn zumindest in diesem Kreis die beiderseitige Strafbarkeit bei Auslieferungsersuchen gegen Deutsche geprüft wird. So oft kommt das nicht vor und ich erinnere an einige Oberlandesgerichte, die in ihre Entscheidungen auch sinngemäß noch folgenden Passus immer mit aufnehmen und im übrigen besteht auch die beiderseitige Strafbarkeit, weil sich einige Oberlandesgerichte ja der Problematik der Vorgängervorschrift nämlich sehr bewusst waren. Ich kann das noch nachreichen, welche Oberlandesgerichte das waren. Aber es waren einige Oberlandesgerichte, die immer noch sicherheitshalber die beiderseitige Strafbarkeit geprüft haben. Bei Deutschen meiner Meinung nach zu Recht. Also im Sinne Ihrer

Frage, ja auf jeden Fall Pflichtverteidiger beordnen, zumindest für Deutsche und privilegierte Ausländer.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt Herr Professor Albrecht auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger.

SV Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht: Es ging um den Durchgriff auf die nationalen gesetzgeberischen Rahmenbeschlüsse, ich will jetzt keine Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Relevanz dieses europäischen Rechtsinstituts machen. Das ist nicht meine Profession. Ich will nur sagen, was diese Rahmenbeschlüsse für das Strafrecht bedeuten. Und das ist eine problematische Betrachtungsweise, die sich da aufdrängt, die man vorher vielleicht gar nicht hatte. Dieser Rahmenbeschluss prägt das deutsche Strafrecht in neuer Weise. Und zwar anders, als im ersten Blick meint. Es ist eben nicht nur Verfahrensrecht, was geprägt wird, sondern da man sozusagen einen Grundsatz maximaler Punität eingeführt hat, das heißt, in jedem europäischen Land wird die schärfste Strafandrohung und das schärfste Gesetz zugrunde gelegt. Das eint uns jetzt in Europa, dass wir uns jetzt die schärfsten Gesetze gegenseitig anerkennen. Ganz anders, als die Richtlinienpraxis eigentlich das vorher vorsah, dass dieser Rahmenbeschluss in anderen Fällen den Warenverkehr betraf. Da sollte sozusagen das liberalste Modell im Warenverkehr durchschlagen. Kann man sagen, prima Europa. Nun im Strafrecht, da geht es ja nur um Lumpen. Da kriegt man die Bevölkerung immer auf die Seite. Da nimmt man jetzt die schärfsten Normen und diese Art von Technik, dass man auf dieser Ebene verklammert den Rahmenbeschluss mit offenen Kategorien und ein scharfes exekutives Haftbefehlsverfahren, entsteht eine neue Qualität von Recht, die das nationale Strafrecht betreffen wird. Da sind die These und die Forderung eigentlich eindeutig. Das muss vor dem Hintergrund des Artikel 103 Abs. 2 GG Gültigkeit haben. Und dann rauschen alle Katalogtaten durch, die hier heute schon angesprochen wurden. Die halten diesem 103 Abs. 2 GG, dem Bestimmtheitsgebot, nicht stand. Und ich meine, wir sollten auch nicht ohne Not diese rechtstaatlichen Minima aufgeben und Europa einigen vor dem Verzicht auf rechtstaatliche Prinzipien. Das sehe ich als kontraproduktiv an und würde dem Einigungsverlangen Europas auch in keiner Weise Genüge tun. Vielleicht im Vordergrund. Auf Sie kommt vermutlich demnächst neues zu, nämlich die europäische Beweisanordnung. Das wird ja noch schöner,

wenn da das gleiche Prinzip durchdringt. Dann heißt es, wir erkennen jeweils die schärfsten strafprozessualen Maßnahmen an und dann ist es so, dass Länder wie beispielsweise, - jetzt haben sie es wohl geändert, in Belgien -, die keinen Presseschutz kennen, die deutsche Justiz auffordern werden, in den Schreibtischen der Journalisten nachzufassen, um dort Beweismittel zu beschaffen und wir müssen ja sagen, weil wir uns die schärfsten exekutiven Durchgriffe gegenseitig anerkennen. Also auch hier wird uns nichts anderes übrig bleiben zu sagen, Moment, das geht auf Kosten des deutschen Grundrechtstatus und das sind Standards und da müssen wir Halt sagen. Ich meine, das ist erreicht und die Grundrechte verwehren einen Eingriff dieser Art. Und das wirkt sich eben auf die Rahmenbeschlüsse aus.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt erteile ich das Wort Herrn Böhm auf die Fragen von Herrn Montag und Herrn Dressel.

SV Klaus Böhm: Herr Montag, zunächst einmal vielen Dank, dass Sie mir Gelegenheit geben, das noch ein bisschen zu erläutern. Es ist in der Tat ein bisschen kompliziert, weshalb ich der Meinung bin, dass ich bei Deutschen die beiderseitige Strafbarkeit prüfen darf. Wenn man die Vorschriften Artikel 4 Nr. 7 liest, bekommt man ein bisschen Anhalt. Nach a), nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates also, das sind die Inlandsfälle. Die kann ich, obwohl es da nicht auf die Frage der beiderseitigen Strafbarkeit ankommt, da kann ich das Kriterium dort einstellen; b) .... (nicht verständlich) außerhalb des Hoheitsgebietes des Ausstellungsmitgliedstaates begangen wurden und die Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates von Straftaten gleicher Art nicht zulassen. Das sind, wenn man es genau sieht, eigentlich nur Taten mit maßgeblichem Auslandsbezug. Aber da fängt ja das Problem schon an wie in dem Fall aus Belgien, den ich schon geschildert habe. Es war teilweise in Deutschland begangen, teilweise in Belgien. Da hätte ich Spielraum, die Mischfälle rein zu nehmen. Und dann habe ich die Taten mit rein maßgeblichem Auslandsbezug und da gebe ich Ihnen Recht. Da habe ich mich nicht ganz deutlich ausgedrückt. Das können Sie allein aus dem Rahmenbeschluss natürlich schwer rausnehmen. Aber da hat natürlich das Bundesverfassungsgericht gesagt, dass der Rahmenbeschluss deutsche Grundrechte nicht obsolet macht. Und in wie weit der Gesetzgeber den Schutz des Artikel 16 GG, also gerade bei Deutschen ausprägt, hat er meiner Meinung nach, einen gewissen Spielraum,

durchaus sagen zu können, eben weil es auch ausgesprochen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gibt bei Deutschen. Meine persönliche Auffassung, auch mit Auslandsbezug lassen wir das nur im Fall der beiderseitigen Strafbarkeit zu. Also, ich denke, dass sowohl der Rahmenbeschluss wie auch das Grundgesetz, Artikel 16, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes den Gesetzgeber dazu ermächtigen würde. Meine Auffassung. Die zweite Frage, ob sich sonstige Bedenken ergeben haben. Da bin ich sehr dankbar wegen der Frage. Das gibt mir noch mal die Gelegenheit auf die Schwachstellen, ich hatte schon in meinem Vortrag darauf hingewiesen, einzugehen, sie ganz klar und deutlich zum Ausdruck bringen. Erstens Verhältnismäßigkeitsklausel. So eine muss in § 73 auch bei Ausländern aufgenommen werden. Wir haben beim Oberlandesgericht Fälle heutzutage, die es früher nicht gegeben hätte. Das hängt einerseits zusammen mit der Kleinkriminalität, Auslieferung wegen 200 Euro. Also Minimalfälle, wo ein europäischer Haftbefehl beantragt wird und wir stehen dann vor der Frage, sollen wir ausliefern? Dann kommt folgendes Problem: Würden wir das nach deutschem Recht prüfen, würden wir sagen, eine Auslieferung wegen 200 Euro ist rechtstaatswidrig? Ganz herrschende Praxis. Aber da muss ich fragen, wie ist es in Europa zu fassen, ob 200 Euro eine Haftstrafe rechtfertigt. Das ist sehr schwierig und es wird noch viel schwieriger, wenn Sie das andere Extrem sehen. Die exorbitant hohen Strafen. Also beispielsweise für ein Gramm Heroin 7 Jahre Haft in Portugal. Würde ich das nach deutschem Recht beurteilen, würde ich sagen, und das ist gängige Rechtsprechung aller Oberlandesgerichte, derart hohe Sanktionen sind unverhältnismäßig nach deutschem Recht. Jetzt prüfe ich das aber nach europäischem ordre public. Also, ich prüfe jetzt, ob in Polen oder nach europäischen Maßstäben für 1 Gramm Besitz Heroin 7 Jahre Strafe angemessen sind. Und da hat das Bundesverfassungsgericht ganz deutlich gesagt, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch nach deutschem Recht ein Kriterium. Deswegen mein Vorschlag, in § 73 IRG-E noch einzufügen: „Liegt dem Ersuchen ein europäischer Haftbefehl zugrunde, so ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn die Erledigung unverhältnismäßig wäre oder zu dem Artikel 6 des Vertrages im Widerspruch stünde“. Das ist meiner Meinung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes an sich schon vorgegeben.

Das zweite Problem, ich kann es nur noch mal sagen, machen Sie sich bitte Gedanken über diese Meistbegünstigung. Das ist ein wirkliches Problem.

Meistbegünstigung bedeutet, wenn das Oberlandesgericht zur Auffassung kommt, eine Auslieferung sei unzulässig nach dem europäischen Haftbefehlsgesetz. Weil es sich z.B. um einen gleichgestellten Ausländer handelt. Weil z.B. die Rücküberstellung nicht gesichert ist. Dann würde nach der Meistbegünstigung folgende Regelung eingreifen: wir müssten ergänzend prüfen, ob das nach dem europäischen Auslieferungsübereinkommen zulässig wäre. Aber früher gab es diese Schutzmechanismen nicht. Also sind all die Diskussionen, die hier geführt werden über gleichgestellte Ausländer, über Fluchtfälle, es gibt noch eine Vielzahl von Sonderproblemen, eigentlich inhaltsleer, obsolet, wenn ich mehrstufig prüfen muss. Alle Oberlandesgerichte, meine Damen und Herren, haben diese Regelung als nicht wirksam betrachtet. Es gibt mehrere Entscheidungen. Das Kammergericht hat es dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Der hat nicht mehr drüber entschieden. Aber das Problem kommt wieder, deshalb würde ich sagen, würde ich dafür plädieren, streichen Sie die Regelung des 1 Abs. 4. IRG-E. Wir haben ein verrechtliches Verfahren. Es kann nicht angehen, einem Verfolgten Schutzrechte zu gewähren, ausdrücklich durch den Gesetzgeber und sie ihm auf der anderen Seite gleich wieder weg zu nehmen. Das kann nicht Recht sein und ich kann mir auch nicht vorstellen, dass so eine Regelung vor dem Verfassungsgericht Bestand haben könnte. Rechtsanwalt Ahlbrecht hat noch einmal darauf hingewiesen, abschließend Belehrung von Deutschen und gleichgestellten Ausländern über ihre Rechte. Das sollte aufgenommen werden. Ich habe schon darauf hingewiesen, da einen Formulierungsvorschlag zu § 80 IRG zu machen. Da habe ich diese Frage aufgenommen. Ich habe auch die Frage der Rücküberstellung aufgenommen aufgrund der Bundesratslösung und auch noch mal gesagt, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allgemein, wird auch bei Deutschen ständig zu prüfen sein, auch bei Taten mit maßgeblichem Auslandsbezug, wenn man die Entscheidung des Verfassungsgerichts genau nimmt. In aller Regel wird sich bei Taten mit maßgeblichem Auslandsbezug eine Frage sich nicht stellen. Es wird immer Einzelfälle geben und das sollte vielleicht aufgenommen werden. Ich denke, das sind die maßgeblichen Punkte.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Böhm. Jetzt Herr Prof. Böse auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger und Herrn Dressel.

SV Prof. Dr. Böse: Vielen Dank Herr Vorsitzender. Zunächst zur Frage der Rücküberstellung und zur Frage der Umwandlung. Das ist sicherlich ein gangbarer Weg, wie man Härtefällen Rechnung tragen kann, denke ich. Das Problem ist natürlich, dass in diesem Europaratsübereinkommen die beiderseitige Strafbarkeit gefordert ist als Voraussetzung. Das heißt, man müsste dem Rahmenbeschluss -ich denke, dass kann man für diese Fälle -, einen Dispens gewissermaßen von dieser völkerrechtlichen Regel entnehmen und das in nationales Recht umsetzen. Das weitere Problem, das damit zusammen hängt ist natürlich, dass man dann, wenn man eine Tat hat, die nach deutschem Verständnis nicht strafbar ist, auch keinen Strafrahmen für eine Umwandlung zur Entscheidung hat. Das heißt, man müsste dann auch regeln, was für ein Strafrahmen umzuwandeln wäre. Im vertragslosen Rechtshilfeverkehr, ich hatte das mit den Ordnungswidrigkeiten schon angesprochen, hat man ein ähnliches Problem. Da sagt man Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. So eine Regelung könnte man ja in unserem Falle auch treffen. Man könnte auch mit dem Rahmen weiter runter gehen, das ist ein Akt der politischen Entscheidung, würde ich mal sagen. Aber damit könnte man sicherlich Härten mildern und das wäre von daher ein gangbarer Weg. Verfassungsrechtlich gefordert, denke ich, ist es nicht unbedingt, denn nach meiner Ansicht ist die Vollstreckungshilfe, und um einen solchen Fall handelt es sich ja, wiederum um einen Fall der Rechtshilfe. Das heißt in einem Fall, bei der Auslieferung haben wir gewissermaßen Verfolgungshilfe und bei der Rücklieferung, Rücküberstellung haben wir dann Vollstreckungshilfe. Das heißt, wenn man in dem einen Bereich bereit ist, auf das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit zu verzichten, dann ist es, denke ich, auch zulässig, das in diesem anderen Bereich zu tun. Mal jenseits der Fragen, wie sich dann Europarecht zum nationalen Verfassungsrecht verhält. Es ist ja in der 90er Jahren schon mehrfach gefordert worden, dass man in dem Auslieferungsverkehr Abstriche macht bei dem Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit und es ist ja zum Teil auch schon vor dem Rahmenbeschluss erfolgt. Für bestimmte Deliktgruppen etwa, auch die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen.

Zu der anderen Frage von Herrn Dressel. Da bin ich mir nicht ganz sicher, ob ich sie richtig verstanden habe. Meinten Sie, in wie weit jetzt sozusagen Widersprüche zwischen Verfassungsrecht und dem Rahmenbeschluss bestehen und in wie weit man die dann auflösen müsste? Also, ich denke, den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts kann man nachkommen, ohne gegen den

Rahmenbeschluss zu verstoßen. Es ist ja letzten Endes auch eine der Aussagen des Bundesverfassungsgerichts gewesen. Der Gesetzgeber hat den Umsetzungsspielraum, den der Rahmenbeschluss einräumt, nicht genutzt. Insbesondere die Möglichkeiten nach Artikel 4 Nr. 7 RbEUHb . Eine Frage, die hier verschiedentlich auch schon diskutiert worden ist, sind diese Deliktgruppen. Wieweit da Spannungen oder möglicherweise sogar Verletzungen des Artikel 103 Abs. 2 Grundgesetz bestehen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage ja letztes Endes offen gelassen bzw. gesagt, das muss hier nicht entschieden werden, da ein solcher Verstoß auf jeden Fall vermieden wird, wenn diese Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug, wenn wegen dieser Tat nicht ausgeliefert wird. Deshalb denke ich, ist in allen anderen Bereichen das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit verfassungsrechtlich nicht gefordert. Bei diesen Deliktgruppen, der europäische Gesetzgeber, der Rat hat da ja nicht in den Himmel gegriffen und sich irgendwelche Begriffe ausgedacht, sondern das sind ja alles Begriffe, die haben irgendwo ihren Ursprung. Das sind zum Teil europarechtliche Harmonisierungsmaßnahmen, das sind zum Teil internationale Übereinkommen. Etwa Cyber-Kriminalität, an die dort angeknüpft wird und die von daher mit einem gewissen Begriffsinhalt auch versehen werden können. Ich denke, das ist nicht Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, das jetzt hier im Einzelnen zu konkretisieren, denn die Strafnorm, aus der sich die Strafbarkeit dann ergibt, ist ja das nationale Strafgesetz des Mitgliedstaates, der dann verfolgt. Und dort sind die einzelnen Voraussetzungen dann ja genannt.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Herr Prof. Brenner jetzt auf die Fragen von Herrn Kauder und Herrn Dressel.

SV Prof. Dr. Brenner: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Herr Kauder, Sie hatten nach den unbestimmten Rechtsbegriffen gefragt und meinten damit vor allem die Tat mit maßgeblichem Auslandsbezug und maßgeblichem Inlandsbezug. Ihre Frage ging dahin, ob die Verwendung solcher Begriffe im Gesetz verfassungsrechtlich problematisch ist. Ich würde meinen: Nein. Es ist hier zugegebenermaßen ein gewisses Abstraktionsniveau vom Gesetzgeber verwendet worden bei der Wahl dieser Begriffe. Andererseits ist es im Niveau, meine ich, dann doch wieder erheblich heruntergezoomt worden dadurch, dass der Gesetzgeber etwa im § 80 Abs.1 Satz 2 IRG-E versucht hat, doch deutlich zu formulieren, was eine solche Tat mit

maßgeblichem Auslandsbezug ist. Wenn ich hier lese, dass eine solche Tat in der Regel vorliegt, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Hoheitsgebiet des ausländischen Staates begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, dann frage ich mich, wie viel konkreter der Gesetzgeber hier denn noch werden kann, wenn er nicht in eine Aufzählung aller möglichen Konstellationen abdriften wollte, die faktisch gar nicht zu leisten wäre. Also es ist mir schwer vorstellbar, welche Alternative hier zu dem Gesetzgeber sich böte. Das gleiche gilt im Hinblick auf den § 80 Abs. 2 IRG-E, wo die Tat mit maßgeblichem Inlandsbezug doch in erheblichem Maße eingegrenzt wird. Und wenn man dazu noch liest, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts liest, das noch mal drauf abstellt, dass eine Tat mit maßgeblichem Inlandsbezug vor allem dann vorliegt, wenn der Einzelne nicht damit rechnen musste, durch eine andere Staatsgewalt bestraft zu werden. Wenn das Gericht im Hinblick auf die Auslandsstraftaten sagt, dass derjenige, der in einer anderen Rechtsordnung handelt, auch damit rechnen muss, dort zur Verantwortung gezogen zu werden, dann meine ich, wenn man diese beiden Vorgaben, das Gesetz und die Entscheidung des Gerichts übereinander legt und liest, eine verfassungsrechtlich hinreichende Bestimmtheit erreicht ist. Also, es wäre für mich schwer vorstellbar und auch unter Praktikabilitätsgesichtspunkten schwer vorstellbar, noch weiter gehende Konkretisierungen hier vorzunehmen, wenn man nicht abdriften wollte in eine Art der Aufzählung, wie wir sie aus dem Steuerrecht kennen. Also, das meine ich, wäre hier fast nicht leistbar. Im Übrigen werden wir dann ja auch die Aufgabe der Gerichte, das Gesetz anzuwenden, vor uns haben und dann im Laufe der Zeit natürlich auch Fallgruppen durch die Rechtsprechung entwickelt haben. Aber ich meine, dass durch den Gesetzgeber eine weiter gehende Konkretisierung hier nicht möglich ist und dass aber andererseits auch die jetzt verwendete Formulierung im Gesetz unter verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgesichtspunkten keinen Bedenken begegnet.

Herr Dressel, Ihre erste Frage ging dahin, ob der Rahmenbeschluss in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts Geltung hat. Ich meine, das kann man dem Urteil des Verfassungsgerichts entnehmen, und zwar doch relativ deutlich. Zum einen hat das Bundesverfassungsgericht an vielen Stellen auf den Rahmenbeschluss Bezug genommen und hat in keiner Weise sich irgendwie kritisch oder zurückhaltend gegenüber dem Beschluss geäußert. Es ging konkludent von dessen Anwendbarkeit aus. Im Übrigen findet sich etwa auch an einer Stelle der Entscheidung, ich habe es

gerade noch einmal nachgeschaut, die Formulierung des Gerichts, dass der Gesetzgeber beim Erlass des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss verpflichtet war, das Ziel des Rahmenbeschlusses umzusetzen. Wenn das Gericht sagt, das Ziel des Rahmenbeschlusses muss umgesetzt werden, und das gewissermaßen als Verdikt an den nationalen Gesetzgeber vorgibt, erschließt sich für mich nicht, dass das Gericht gleichzeitig Zweifel an der Gültigkeit dieses Rahmenbeschlusses gehabt hat. Ich meine dem Urteil doch recht deutlich entnehmen zu können, dass das Gericht keine Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Rahmenbeschlusses hat.

Und die zweite Frage, die Sie gestellt hatten, betraf die Reichweite der Änderungen. Sie haben gefragt, ob der Änderungsbedarf nur im Rahmen der Maßgaben des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils erforderlich war. Aus meiner Sicht ja. Es hat das Gericht seinerzeit im Jahre 2005 das damalige Gesetz umfassend geprüft. Das war das erste europäische Haftbefehlsgesetz aus dem Jahre 2004 und hat Gelegenheit gehabt, sich zu allen Bestimmungen dieses Gesetzes zu äußern. Es hat die von mir eingangs erwähnten drei Punkte heraus gegriffen, wo es eine Verfassungswidrigkeit gesehen hat und deswegen ist aus der Sicht des Verfassungsrechts mein Rückschluss der, wenn das Gericht damals das gesamte Gesetz geprüft hat, aber diese drei Punkte nur herausgegriffen hat, dass es davon ausging, dass die anderen Bestandteile des Gesetzes verfassungskonform waren. Das sagt, wie gesagt, nichts über die Frage der Praktikabilität aus oder über die Frage der verfassungspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Es wäre aufgrund dieses Urteils sicherlich auch möglich gewesen, das IRG komplett neu zu fassen, von der Zweistufigkeit abzusehen oder was immer. Es kamen ja hier auch einige Vorschläge. Aber das war jedenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten. Und wenn der Gesetzgeber an der bisherigen Ausgestaltung festgehalten hat, nur die drei erwähnten Punkte geändert hat, so ist dagegen aus Sicht des Verfassungsrechts nicht einzuwenden.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Prof. Brenner. Jetzt Herr Oberstaatsanwalt Ettendorfer zur Beantwortung der Frage von Herr Dressel.

SV Joachim Ettendorfer: Herr Dressel, zu den Änderungswünschen der Praxis. Zunächst ist auszuführen, dass sich das Gesetz gut bewährt hat. Also, die Auslieferungsverfahren liefen gut, schnell und zügig. Es sind eigentlich nur vier

Punkte, die zwei mit der Ausländerklausel und den Abwesenheitsurteilen; Fluchtfälle, die ich vorhin schon erwähnt habe, die man ändern könnte. Dann sollte man die Rücküberstellung sichern, wovon auch schon die Rede war. Dieser Vorschlag im 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG-E eine entsprechende Änderung dahin gehend zu machen, dass eben die beiderseitige Strafbarkeit nicht erforderlich ist für die Rücküberstellung und dann bietet sich natürlich auch an, dass man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch ins Gesetz aufnimmt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist aber meines Erachtens ohnehin immer zu berücksichtigen, so dass es nicht wirklich darauf ankommt, ihn aufzunehmen, weil man ihn in der Praxis sowieso berücksichtigen muss. Danke.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Nun Herr Prof. Herdegen auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger und Herrn Kauder.

SV Prof. Dr. Herdegen: Ihre Frage betrifft ein Petitum des Bundesverfassungsgerichts, das ausdrücklich gesagt hat, der Gesetzgeber ist aufgefordert, sich über die Frage der Rücküberstellung zur Strafvollstreckung im Inland Gedanken zu machen und das vor dem Hintergrund einer Regelung, die nicht nachgebessert worden ist. Hier hat der rechtliche Nachvollzug, das Bundesverfassungsgericht, in soweit versagt. Der Gesetzgeber hat hier aus meiner Sicht zwei Möglichkeiten. Er kann entweder am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festhalten oder aber er verzichtet für die Fälle der Rücküberstellung auf diese Bedingung. Hält er am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit fest, bewegt er sich im bisherigen Rahmen, im Rahmen des Übereinkommens von 1983. Er würde dann allerdings im Hinblick auf die Katalogtaten seine europarechtliche Verpflichtung aus dem Rahmenbeschluss verletzen. Er würde in soweit Europarecht missachten, vorbehaltlich einer Entscheidung des europäischen Gerichtshofes zum Fortbestand des Rahmenbeschlusses. Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht ja deutlich gemacht, dass es den Rahmenbeschluss aus verfassungsrechtlicher Sicht gar nicht prüft. Es hat ihn weder bestätigt noch verworfen. Es hat nur pikanterweise gesagt, der Gesetzgeber behält voll seine Gestaltungsmacht, die er auch durch Verweigerung der Umsetzung betätigen kann. Das ist aus verfassungsrechtlicher Sicht schlüssig, aus europarechtlicher Sicht vielleicht nicht ganz so befriedigend. Das kommt immer auf die Perspektiven an. Ich

darf mal sagen, wir sind hier in einem Bereich, wo der Gesetzgeber eben jedenfalls voll an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist und der Gesetzgeber muss eine Entscheidung treffen. Wenn es so ist, wie das Bundesverfassungsgericht es andeutet, wie ich es für richtig halte, dass man demjenigen, der sich im Inland nicht strafbar gemacht hat, dieses Benefiz nicht versagen kann. Schon vor dem Hintergrund des Artikel 3 Abs. 1 des Grundgesetzes muss hier nachgebessert werden. In europarechtskonformer Weise geht das, nur dass man auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet. Dann muss man die Details näher gesetzlicher Konkretisierung zuführen, und zwar ohne auf den nächsten Rahmenbeschluss und dessen Umsetzung zu warten. Das muss jetzt geschehen. Ich sehe im Übrigen keine durchschlagenden Bedenken, dass der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Es ist ja ein Benefiz für den Betroffenen, das nicht gegen seinen Willen verwirklicht werden kann. Also durchschlagende rechtstaatliche Bedenken sehe ich nicht. Würden sie aber bestehen, dann kämen wir in Schwierigkeiten mit dem Europarecht. Aber aus meiner Sicht bestehen sie gar nicht.

Zur Frage von Herrn Abg. Kauder, Ihre Frage scheint mir von zentraler Bedeutung zu sein. Und dies vor dem Hintergrund mehrerer Überlegungen. Einmal war der § 80 Abs. 1 und Abs. 2 IRG-E so außerordentlich schwer einer griffigen Anwendbarkeit zuzuführen. Wir wissen z. B. nicht einmal, was die schweren Taten mit typisch grenzüberschreitendem Charakter sind. Da wäre der Gesetzgeber auch gut beraten, hier zumindest Regelbeispiele zu geben, um dem Richter zumindest in der Typik Anleitungen zu geben. Ihre Frage ist auch deswegen wichtig, weil der Entwurf vielleicht ein bisschen unbefangen gewesen ist, indem er sagt, ja wir sehen auf die Tathandlung und den Erfolg. Herr Kollege Weigend hat das schon angesprochen. Es ist ja der ausländische Gesetzgeber, der festlegt, was Erfolg und Erfolgsort ist, und was Tathandlung ist. Und die Kriterien des ausländischen Gesetzgebers müssen keineswegs denen des allgemeinen deutschen Strafrechts entsprechen. So dass schon aus rechtstaatlichem Gesichtspunkt gefordert ist, dass die Katalogtaten des 81 Nr. 4 des Gesetzentwurfes einer Konturierung zugeführt werden. Ich darf noch einmal daran erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht gesagt hat, das Gesetz muss aus sich heraus verständlich sein, das heißt, nicht durch Verweisung, auf andere Rechtsakte, - das hat den Hintergrund im Gang der Verhandlung, Herr Rosenthal und ich könnten das noch etwas näher ausformulieren -, und dass auch

die Rechtsanwendung in ihren Ergebnissen prognostizierbar sein muss. Davon kann nach dem gegenwärtigen Wortlaut keine Rede sein.

Nun ist die Frage, wie wäre eine rechtstaatliche Konkretisierung zu leisten, die dem Rechtsgedanken des Artikel 100 Abs. 2 Rechnung trägt. Man kann natürlich sagen, der Artikel 100 Abs. 2 findet nicht unmittelbar Anwendung, weil es hier um ein Auslieferungsregime geht. Aber wegen der verhaltensleitenden Bedeutung dieses ganzen Regimes und das ist ja die Essenz der verfassungsgerichtlichen Erkenntnis, ist jedenfalls der Rechtsgedanke den Artikel 100 Abs. 3 als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ernst zu nehmen. Und er verlangt, dass der Gesetzgeber dies konkretisiert. Er muss also die Katalogtaten nennen und er muss sie mit einem Mindestmaß an verlässlicher Konkretisierung versehen. Wenn der Gesetzgeber selbst keine Vorstellung hat, was mit diesen Deliktgruppen gemeint ist, ist das der klarste Ausweis der rechtstaatlich nicht hinnehmbaren Unbestimmtheit. Hat er aber klare Vorstellungen, ist er gehalten, diese umzusetzen. Es gibt hier noch ein Problem aus europarechtlicher Sicht. Es gibt ja derartige Versuche in anderen Mitgliedstaaten, in dem man sagt, die Tötung bezieht sich nur auf die Tötung an geborenen Menschen beispielsweise. Und da meint die Kommission, das verstoße gegen den Geist des Rahmenbeschlusses. Weil es nicht in den Händen des einzelnen Staates liegen kann, diese Konkretisierung zu leisten. Nun gut, wenn es auf europäischer Ebene Klarheit gibt, wenn wir aus Rechtsakten, die bereits bestehen, eine solche Konkretisierung vornehmen können, was bei einzelnen Deliktfällen so ist, bei anderen nicht, dann mag man diesem Petitum der Kommission Rechnung tragen. Soweit aber auf europäischer Ebene keiner genaue Vorstellungen hat, dann muss eben der einzelne staatliche Gesetzgeber diese Aufgabe in die Hand nehmen. Und ich meine auch, dass dies letztlich höherrangigen Grundsätzen des Europarechts selbst entspricht. Das heißt, diese verfassungsrechtliche Petitum ergibt sich auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Europarechts, die jetzt der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung auf die Vorlage des Belgischen Verfassungsgerichts zugrunde legen wird. Und daraus ergibt sich das gleiche. Der Gesetzgeber muss in verlässlicher Weise diese Deliktgruppen fixieren.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Jetzt folgt Herr Rechtsanwalt Rosenthal auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger und Herrn Montag.

SV Michael Rosenthal: Ich beginne mit der Frage des Kollegen Montag, weil mich die von Frau Leutheusser-Schnarrenberger in echte Schwierigkeiten bringt. Das mit dem Pflichtverteidiger ist einfacher. Herr Kollege Ahlbrecht hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass man den Pflichtverteidiger ja im Auslieferungsverfahren im Augenblick der ersten Vorführung braucht. Wenn die erste Belehrung stattfindet, wenn die ersten nicht widerruflichen Zustimmungen kommen zum vereinfachten Verfahren, zum Verzicht auf die Spezialität und ähnliche Dinge mehr. Ob das wirklich zu leisten ist, wäre noch sehr die Frage. Ob man da gar nicht anfangen darf ohne Verteidiger. Generell ist es wohl richtig, dass man in allen Fällen des europäischen Haftbefehls einen Pflichtverteidiger bestellen sollte. Nicht nur deswegen, weil es im Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über gewisse Verfahrensgrundrechte enthalten ist, sondern deshalb, weil alle Erfahrung zeigt, dass frühe Verteidigung auch zur Haftvermeidung führt. Vor dem Hintergrund der Beobachtung von Herrn Böhm, die andere Praktiker auch haben, dass immer mehr Bagatellfälle kommen mit einem europäischen Haftbefehl, ist es sinnvoll, einen Verteidiger zu haben. Nicht, weil der Beschuldigte dadurch sehr viel mehr ausrichten könnte, aber weil der Verteidiger vielleicht in der Lage ist, im Heimatland, im Verfolungsstaat einen Kollegen zu finden, der an die Grundlagen des Haftbefehls ran geht. Dann hat die liebe Seele auch Ruhe. Wir wissen, dass frühe Verteidigerbestellungen zur Haftvermeidung beitragen und es ist allemal billiger, einen Pflichtverteidiger zu bestellen für das ganze Verfahren als zwei Tage Haftkosten. Frau Leutheusser-Schnarrenberger, wenn man die Dinge im Zulässigkeitsverfahren prüft, vom Oberlandesgericht, dann geht alles nach dem alten auslieferungsrechtlichen Schema. Das Oberlandesgericht wägt ab und entscheidet und dann ist Ende der Fahnenstange. Das gilt so. Wenn Sie wissen wollen, welche Art der Überprüfung Artikel 19 Abs. 4 GG standhält, wenn Abwägungsfehler der Bewilligungsbehörde geprüft werden sollen, dann bin ich ratlos. Deswegen bin ich auch so gegen die Zweistufigkeit. Denn, es ist ja Außenpolitik mit drin und ich bin ich kein Verwaltungsrechtler. Aber ich kann mir nicht vorstellen, dass außenpolitische Fragen justiziabel sind, so dass, selbst wenn man im Übrigen noch volle Ermessenskontrolle zulässt, immer ein unüberprüfbarer Teil bleibt und mir ist nicht klar, wie das funktionieren soll.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Rosenthal. Nun sind die Fragen aus der ersten Runde beantwortet. Frage an meine Kolleginnen, ob es weiteren Fragebedarf gibt?

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP): Ich hätte einmal noch eine Frage an Herrn Professor Herdegen, an Herrn Professor Albrecht und auch an Herrn Böse und an Herrn Weigend: Was spricht eigentlich dagegen, abzuwarten bis der EuGH über die Vorlage der belgischen Justiz entschieden hat, über den Rahmenbeschluss und seine Vereinbarkeit mit den EU-vertraglichen Grundlagen und der Frage auch einer möglichen Überdehnung, die ja da mit zu entscheiden ist, unterstellen Sie mal den Fall, es wäre nicht gedeckt. Man kann ja die Auffassung vertreten es sei in jedem Fall gedeckt, kratzt uns nicht. Aber unterstellen Sie mal die andere Alternative, die man nicht von vornherein ausschließen kann, es käme dort eine Kritik von Seiten des europäischen Gerichtshofes an der Grundlage für diesen Rahmenbeschluss zum europäischen Haftbefehl, was denn dann? Und dann wird jetzt Druck gemacht, das möglichst alles schnell umsetzen, um dann hinterher alle neu anfangen zu müssen, natürlich die EU an erster Stelle. Was spricht denn dagegen, dass man vielleicht das erstmal abwartet. Da hätte ich doch gerne Ihre Einschätzung dazu und dann noch einmal ganz konkret: Ich hätte gerne noch mal die Frage gestellt, ob auch in dem Gesetzentwurf noch eine konkretere Regelung für die Fälle, wir haben ja Inlandsbezug/Aussagebezug - Sie alle haben schon was dazu gesagt - so für die Fälle mit Doppelbezug vorgenommen werden sollte und wenn ja, in welcher Form? Vielleicht auch an die Praktiker diese Frage gerichtet, können Sie uns da noch eine Empfehlung geben? An Herrn Böhm und auch Herr Albrecht.

Dr. Carl-Christian Dressel (SPD): Danke, wir haben von Herrn Böhm ja den Vorschlag, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich aufzunehmen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ja sowohl auf europäischer Ebene, vom EuGH hergeleitet, als auch Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Mich würde die Ansicht, Herr Brenner, von Ihnen interessieren wie Sie das aus verfassungsrechtlicher Sicht beurteilen ob es einer einfach gesetzlichen Konkretisierung hier bedarf. Ferner habe ich an Sie noch die zweite Frage, die ich aber, um die Praktiker auch zu Wort kommen zu lassen, gleichzeitig an Herrn Böhm stelle und zwar betrifft das den § 80 Absatz 4 des Entwurfs. Der Bundesrat hat ja, soweit ich gesehen habe, einstimmig

die ersatzlose Streichung dieses Absatzes gefordert. Wie würden Sie aus verfassungsrechtlicher Perspektive sowie aus praktischer Perspektive diese Forderung beurteilen?

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich kann an die letzte Frage ganz nahtlos anschließen. Auch mir geht es um den § 80 Absatz 4 IRG-E und ich frage, bitte mir nachzusehen wenn ich jetzt nicht alle treffe, einige der Praktiker, Herrn Ettenhofer und Herrn Böhm auf der einen Seite, Dr. Ahlbrecht auf der anderen Seite. Folgende Frage: Wir haben im ersten Gesetz einige Inländergruppen unter das Deutschenprivileg gestellt und haben bei der Bestimmung dieser Ausländergruppen uns an gängige ausländerrechtliche Beschreibungen, Normgebungen gehalten. Vom Inhalt her haben wir uns an den Lebensmittelpunkt und Lebensverfestigung gehalten, grob gesprochen: Die, die sehr lange oder schon lebenslang in Deutschland leben, sollen dieses Privileg genießen. Und nun hören wir, dass es angeblich konkrete Fälle gegeben habe, wo Gerichte in dieser Zwischenzeit von einem Jahr mit unserem Gesetz 80 Absatz 4 Schwierigkeiten gehabt hätten. Bei der Bestimmung, bei der Subsumption, die so groß gewesen wären, dass jetzt keine Möglichkeit mehr besteht, daran festzuhalten und dass man zu der Regelung kommt, nur noch auf den Gesichtspunkt der Verheiratung oder Verpartnerung abzustellen. Ich wollte gerne wissen von den Praktikern, das ist meine erste Frage, ob Ihnen solche konkreten Fälle bekannt sind, wo solche Schwierigkeiten aufgetreten wären und ob Sie sie mir benennen könnten. Ich habe auch die Bundesregierung nach solchen Fällen gefragt, aber noch keine Antwort erhalten. Und meine zweite Frage geht in folgende Richtung, das ist hier auch schon in einer ähnlichen Form angesprochen worden. Das Bundesverfassungsgericht hat, obwohl es im Wesentlichen zwei Gesichtspunkte gerügt hat, man kann sagen drei, jedenfalls wenige, bezifferbare erkennbare Teile gerügt hat, trotzdem das gesamte Gesetz aufgehoben und dem Gesetzgeber, also uns die Aufgabe gestellt, uns noch einmal auf Null zu setzen und von Anfang an anzufangen. Es ist in der mündlichen Verhandlung zu einem seltsamen Wortwechsel gekommen. Als einer unserer Kollegen sagte, bei der Umsetzung hätten wir uns in einem Zustand relativer normativer Unfreiheit befunden, kam vom Verfassungsgericht die forsche Entgegnung, das würde man überhaupt nicht verstehen, immerhin gebe es doch für die Nichtumsetzung in nationales Recht keine

Sanktion und das sei doch auch eine probate Möglichkeit vorzugehen. Deswegen meine ganz konkrete Frage. Vielleicht etwas unkonventionell in erster Linie an Sie, Herr Prof. Albrecht, aber eigentlich an alle Sachverständigen. Professor Albrecht, gibt es unter Ihnen einen, der uns ernsthaft den Vorschlag machen würde, von der Umsetzung Abstand zu nehmen?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Also, wir sind ja nicht kleinlich, aber Fragen an alle Sachverständigen haben wir noch nie zugelassen. Wenn das so ausufert, haben wir ein Problem.

Siegfried Kauder (Villingen-Schwenningen) (CDU/CSU): Professor Herdegen, ich beiße mich nur mal an der Verweisung auf den Rahmenbeschluss fest. Es gibt im Umweltstrafrecht Strafvorschriften, die auf Rechtsverordnungen Bezug nehmen, die ein normaler Bürger auch nicht kennt. Wieso geht es dort und hier beim Rahmenbeschluss nicht?

Dr. Jürgen Gehb (CDU/CSU): Eine Frage an Herrn Rechtsanwalt Ahlbrecht, Sie hatten auch schon in Ihrer schriftlichen Stellungnahme die beschränkte Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheide gerügt. Ich gebe gerne zu, dass es fast ein ... (unverständlich) des Bundesverfassungsgerichts in § 4 zu beschreiben, die Bewilligungsentscheidung ist nicht anfechtbar, obwohl das eines der Haupt-Monita war, aber das ist eine gesetzes-systematische Frage, wenn dann im § 79 IRG-E das gleichwohl zugelassen wird. Nur was spricht eigentlich, abgesehen davon, dass es bisschen schwerfällig wirkt, wenn die Bewilligungsentscheidung so lautet, dass man sagt, es wird gar nicht bewilligt, wer soll denn dann beschwert sein? Es ist doch nur für den Fall, dass von der Geltendmachung von Bewilligungshindernissen abgesehen wird. Nur damit ist ja der Verfolgte beschwert. Und warum soll da nicht uno acto vom Oberlandesgericht praktisch mit der Zulässigkeitsprüfung diese Verneinung von Bewilligungshindernissen gegen 19 Absatz 4 widersprechen?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Gibt es weitere Fragen? Ich schlage vor, dass wir dann abschließen, weil es einige Kollegen gibt, die wegmüssen. Wir sind ja auch schon ganz gut in der Zeit. Ich würde vorschlagen,

dass wir jetzt in anderer Reihenfolge beginnen, dass jetzt Herr Professor Weigend beginnt auf die Frage von Frau Leutheusser-Schnarrenberger, zu antworten.

SV Prof. Dr. Thomas Weigend: Vielen Dank. Die Frage ist eigentlich mehr eine praktische, wenn ich das sehe, also ob man abwarten soll wie über den Europäischen Rahmenbeschluss entschieden wird. Grundsätzlich ist sie einfach zu beantworten. Wenn man völkerrechtlich an einen solchen Vertrag gebunden ist, dann muss man den auch umsetzen. Und bei allen Rechtsakten besteht immer die Möglichkeit, die Gefahr, dass sie irgendwie aufgehoben werden. Das entbindet zunächst einmal nicht davon umzusetzen. Das praktische Problem, über das ich nur berichten kann ist, wie offensichtlich der Auslieferungsverkehr erheblich erschwert ist, schon durch den jetzigen Rechtszustand mit den europäischen Nachbarstaaten, weil wir eben die Dokumente, die als europäische Haftbefehle gekennzeichnet sind, schwer anerkennen und umgekehrt, unsere Dinge, die dann keine europäischen Haftbefehle sind, von dort wieder schwer anerkannt werden. Schon diese praktische Erwägung spricht dafür, relativ schnell, sich dem europäischen Geleitzug anzupassen, um da keine Binnenfriktionen herzustellen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt Professor Herdegen auf die Frage von Frau Leutheusser-Schnarrenberger und Herrn Kauder.

SV Prof. Dr. Matthias Herdegen: Vielleicht darf ich die Frage von Herrn Kauder kurz vorziehen, weil sie der Komplettierung einer bereits gegebenen Antwort dient. In der Tat ist es interessant, dass wir Verweisungen im Strafrecht ...(unverständlich) Aufnahme des sekundären Gemeinschaftsrechts haben. Deswegen ist das ein wichtiger Gesichtspunkt, der mir Gelegenheit gibt, noch einmal zu differenzieren zwischen den einzelnen Akten des europäischen Gemeinschaftsrechts. Die Verordnungen haben ja unmittelbare Wirkung und binden unmittelbar die Einzelnen, so steht's ja im EG-Vertrag drin. Diese Wirkung hat man ja, als man den Maastrichter Unionsvertrag gezimmert und nachgebessert hat, dann im Amsterdamer Vertrag ausschließen wollen. Es steht im Artikel 34 ja ausdrücklich drin, der Rahmenbeschluss hat keine unmittelbare Wirkung, d. h. er äußert keine Rechtswirkungen im innerstaatlichen Recht, er ist voll und ganz auf Umsetzung im innerstaatlichen Recht angelegt, d. h. der Bürger hat auch aus europarechtlicher

Sicht die Gewissheit, dass sich das Maß seiner Rechte und Pflichten vollständig aus dem innerstaatlichen Recht ergibt. Das wäre bei der Verordnung anders. Bei der Verordnung könnte man dann noch darüber spekulieren, wie weit der Gesetzgeber auf Verordnungsrecht verweisen kann, sicher nicht im Sinne einer schlichten Blankettnorm. Er darf aber wohl den Tatbestand gewissermaßen ergänzen durch den Verweis auf Verordnungsrecht, aber dieser wichtige Gesichtspunkt, auf den Sie Herr Kauder, hingewiesen haben, gibt aus meiner Sicht, meinem Petitum, noch zusätzliche Kraft, weil der Rahmenbeschluss eben bewusst nicht auf unmittelbare Wirksamkeit angelegt ist. Deswegen genügt auch der Verweis auf das Amtsblatt der europäischen Gemeinschaft nicht. Ihre Frage, Frau Leutheusser-Schnarrenberger, warum warten wir eigentlich nicht, hat ja sowohl eine rechtliche wie eine normative Dimension. Die rechtliche Dimension will ich hier als Staats- und Europarechtler nicht abschließend erörtern, hängt ein bisschen damit zusammen, wie man rechtlich und rechtspolitisch zu dem Rahmenbeschluss steht. Wenn man meint, dass er ein wichtiges Vehikel ist mit all seinen Defiziten, dann spricht das sicher für eine zügige Umsetzung, zumal wir ja in Beziehung der Reziprozität stehen mit anderen EU-Mitgliedstaaten. Wenn man meint, das sei ein Rechtsakt, der mit so vielen rechtsstaatlichen Problemen behaftet sei wie sonst kein Rahmenbeschluss oder sonst kein Rechtsakt der vergangenen Jahrzehnte und es gibt Leute, die das so sehen, dann könnte man natürlich darüber nachdenken, die Entscheidung des EuGH abzuwarten. Ich spreche hier auch ein bisschen mit zwei Seelen in meiner Brust, einmal als Verfassungsrechtler, der die verfassungsrechtliche Problematik stark sieht, und als Europarechtler, dem natürlich der Vollzug europarechtlicher Pflichten ein ganz wichtiges Anliegen ist. Wir sind zunächst einmal gehalten, diesen Rahmenbeschluss in innerstaatliches Recht umzusetzen. Das ist eine Verpflichtung aus dem EU-Vertrag. Und wenn wir es nicht tun, verletzen wir unsere Verpflichtungen aus diesem Vertragswerk. Die Verpflichtung ist sanktionslos, weil es keinen Mechanismus gibt, die Bundesrepublik Deutschland hier vor den Europäischen Gerichtshof zu ziehen, das so genannte Vertragsverletzungsverfahren haben die Mitgliedsstaaten ganz bewusst ausgeschaltet in diesem Mechanismus. Das war auch eine bewusst gesetzte politische Option. Wenn ich sage, dass eine vertragliche Pflicht verletzt wird, gilt das mit einer auflösenden Bedingung und diese auflösende Bedingung würde dann eintreten, wenn der europäische Gerichtshof diesen Rahmenbeschluss ganz oder in wesentlichen Zügen für unvereinbar mit

höherrangigem Gemeinschaftsrecht erklären würde. Dann wäre er auch aus europarechtlicher Sicht unwirksam und könnte keine Befolgungspflicht begründen. Also, die Frage hängt auch ein bisschen mit einer normativen Prognose zusammen. Ich kann nur sagen, im Augenblick haben wir, solange wir keine Entscheidung des EuGH haben, diese völkervertragliche Verpflichtung mit der genannten Bedingung. Jetzt ganz kurz zur rechtlichen Sicht, was würde mit einem Umsetzungsgesetz passieren? Gesezt den Fall, dieses Gesetz tritt in Kraft innerstaatlich und gesezt den Fall, der Europäische Gerichtshof käme zu dem geschilderten Szenario, von dem wir nicht genau wissen, ob es eintreten wird. Dann haben wir aus meiner Sicht genau die gleiche Situation wie bei einem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag. Der EU-Vertrag ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Der Rahmenbeschluss ist so genanntes sekundäres Völkervertragsrecht, hat also den gleichen Rang wie ein völkerrechtlicher Vertrag, wie der EU-Vertrag insoweit selbst. Der Umsetzungsakt erschöpft sich in seiner Zielrichtung in der Umsetzung der Verpflichtung nach dem Vertragsrecht. Fällt die Verpflichtung auf internationaler Ebene weg, verliert auch das Umsetzungsgesetz seine Wirkung, weil es ja auf der Überlegung beruht, dass wir einen Gleichklang zwischen Europarecht, Rahmenbeschluss und innerstaatlichem Recht herstellen. Ohne einen Rahmenbeschluss hätten wir das Umsetzungsgesetz nicht, weil es nichts zum umsetzen gäbe.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Professor Herdegen. Jetzt Herr Oberstaatsanwalt Ettenhofer auf die Frage von Herrn Montag.

SV Joachim Ettenhofer: Herr Montag, Schwierigkeiten bei der Subsumtion unter § 80 Abs. 3 alt und des § 80 Abs. 4 neu. Das sind weniger Schwierigkeiten der Subsumtion. Subsumtion ist übliche juristische Tätigkeit. Die Schwierigkeit ist eher in der Ermittlung der Voraussetzungen des § 80 Abs. 3, jetzt des § 80 Abs. 4. Es kann zu Schwierigkeiten führen, zeitraubenden Ermittlungen, ob die Voraussetzungen vorliegen oder nicht. Ist damit etwas kontraproduktiv der Zielsetzung des Rahmenbeschlusses. Das ist die Schwierigkeit, nicht die Subsumtion, sondern einfach die Schwierigkeit und Zeitdauer von Ermittlungen der Voraussetzungen. Zur praktischen Relevanz des Ganzen: Im Bereich OLG München hatten wir in diesen 11 Monaten zwei Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 tatsächlich dann

vorlagen. In einem Fall zur Vollstreckung, das wurde abgelehnt, in einem Fall zur Verfolgung, es wurde dann wegen der Bedingung der Rücküberstellung ausgeliefert.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Jetzt Herr Professor Brenner auf die Frage von Herrn Dressel.

SV Prof. Dr. Michael Brenner: Herr Dressel, Sie hatten gefragt nach der Notwendigkeit, das Verhältnismäßigkeitsprinzip einfachgesetzlich zu verankern. Ich würde mich hier der Meinung von Herrn Ettenhofer anschließen, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip in jedem Fall gilt, gleichgültig ob es ausdrücklich im einfachen Gesetz enthalten ist oder nicht. Das wird auch daran deutlich, dass jedes Gericht eine Verwaltungsentscheidung für rechtswidrig erklären kann, wenn gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen wurde, auch wenn der nicht ausdrücklich im jeweiligen Gesetz, Bauordnungsrecht, in der Bauordnung enthalten ist. Daraus mag die Erkenntnis folgen, dass in deklaratorischer Absicht der Gesetzgeber natürlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip ins Gesetz hinein schreiben kann und es vielleicht auch wünschenswert ist, einfach um den Rechtspraktikern immer wieder vor Augen zu führen: Du musst das Prinzip anwenden. Aber verfassungsrechtlich notwendig oder geboten ist dies nicht. Ihre zweite Frage betraf § 80 Absatz 4 des Gesetzentwurfs. Ich meine, dass die jetzt gefundene Ausgestaltung in Ordnung geht. Sie trägt Artikel 6 des Grundgesetzes Rechnung und auch dem Lebens-Partnerschaftsgesetz. Im Übrigen trägt sie auch der Maxime des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, dass der Einzelne, der im Land lebt, ob nun Deutscher oder den Deutschen gleichgestellter Ausländer, Vertrauen entfaltet hat in der Vergangenheit in die jeweilige Rechtsordnung, in die deutsche Rechtsordnung und das trifft ja auch für den Ausländer zu, der zumindest eine gewisse Zeit in Deutschland gelebt hat. Deswegen würde ich meinen, dass die jetzt gefundene Lösung eine Lösung ist, die verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wird.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Herr Professor Böse auf die Frage von Frau Leutheusser-Schnarrenberger.

SV Prof. Dr. Martin Böse: Vielen Dank. Ich denke auch, es besteht momentan eine Pflicht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses. Die kann nicht sanktioniert werden, nimmt sozusagen Bezug auf Ihre Frage. Aber im Übrigen ist das ja auch kein

Unterschied zur ersten Säule, auch wenn es ein Vertragsverletzungsverfahren gibt und eine Verurteilung gibt, ein Zwangsgeld gibt. Sie können sich als Gesetzgeber, als nationaler Gesetzgeber immer noch querstellen und sagen, Sie setzen nicht um. Diese faktische Freiheit bleibt Ihnen in jedem Falle, aber ich denke eine rechtliche Pflicht zur Umsetzung besteht. Warum nicht zuwarten? Ich denke dazu hat Herr Weigend das Nötige gesagt. Es geht darum, dass man sozusagen Anschluss behält und zum anderen, dass jetzt auch schon, das haben ja die kurzen Erfahrungen mit dem alten Gesetz gezeigt, Verbesserungen im Auslieferungsverkehr, insbesondere Beschleunigung der Auslieferungsverfahren, erzielt worden sind, der Rahmenbeschluss also nicht nur Nachteile mit sich bringt, sondern auch Vorteile. Wenn jetzt auf Seiten des Gesetzgebers die Bedenken so groß sind, dass man sagt, es ist damit zu rechnen, dass der Rahmenbeschluss in Teilen für nichtig erklärt wird vom Europäischen Gerichtshof, dann bietet sich ja immer noch der Ausweg an, dass man teilweise das Gesetz umsetzt. Also die Aspekte, die ohne Weiteres positiv sind, was etwa das Verfahren angeht, umsetzt, und von den Bereichen Abstand nimmt, die man selber für bedenklich hält, wobei ich sagen muss, dass ich diese Bedenken nicht teile und auch nicht glaube, dass der EuGH jetzt Teile des Rahmenbeschlusses für mit dem Primärrecht nicht vereinbar erklären wird. Aber nun gut, das ist Kaffeesatzleserei, da kann man natürlich letzten Endes nichts sagen, aber ich denke, da gilt das Prinzip, solange ein Rechtsakt nicht für nichtig erklärt worden ist, ist er verbindlich und bindet die Mitgliedsstaaten dann auch entsprechend. Was jetzt die Folgen einer solchen Nichtigerklärung angeht, da bin ich nicht ganz einverstanden mit dem, was der Kollege Herdegen gesagt hat, denn das würde ja letzten Endes bedeuten, dass mit einer Nichtigerklärung auch das nationale Umsetzungsgesetz hinfällig wäre. Das würde bedeuten, unmittelbare Wirkung entfaltet der Rahmenbeschluss nicht, aber wenn der EuGH ihn für nichtig erklärt, schlägt das unmittelbar auf das nationale Umsetzungsrecht durch und das hielte ich doch für bedenklich. Dann würde man ja den Spielraum, den das Verfassungsgericht ja so betont hat, vielleicht hab ich Sie falsch verstanden, aber dann würde man diesen Spielraum ja letzten Endes nicht anerkennen, dem ja dann auch notwendigerweise eine eigenständige Entscheidung zugrunde liegt.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Professor Böse. Jetzt Herr Böhm auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger, Herrn Dressel und Herrn Montag.

SV Klaus Böhm: Erste Frage, § 80 IRG in der Entwurfsfassung, was ich davon halte. Aus Sicht der Praxis. Einerseits bin ich der Meinung, verfassungsrechtlich würde man sich damit sicher auf sicherer Seite bewegen. Man hat letztendlich die Wertung des Bundesverfassungsgerichtes übernommen. Wenn man das so ins Gesetz rein schreibt, wird das Bundesverfassungsgericht daran nicht rütteln, auch wenn man sich an der Bestimmtheit vielleicht von dem einen oder anderen Begriff stören könnte. Das ist die eine Seite. Die andere Seite, ob der Gesetzgeber gut beraten wäre, das zu tun oder ob er nicht der Praxis da Steine statt Brot gibt. Das ist halt meine Meinung des praktischen Rechtsanwenders, der mit so einem Gesetz arbeiten muss. Wir haben, meine Damen und Herren in § 80 Absatz 1 IRG-E eine Definition, was ein maßgeblicher Bezug zum Inland und ein maßgeblicher Bezug zum Ausland ist. Es finden sich also Sätze, die Tat zum Ersuchen liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen Erfolg hat. Das gleiche finden Sie bei der Inlandstat. Also, bei beiden Fällen habe ich immer ganz erhebliche Wertungsspielräume. Ich habe mir vorhin erlaubt, den Fall zu bringen der Betrugsanbahnung in Belgien, der Übergabe in Hamburg und der wohnt in Belgien. So bitte, wo soll man das fassen? Ein Gesetz ist meiner Meinung nach ein schlechtes Gesetz, wenn den gleichen Fall zwei Oberlandesgerichte unterschiedlich beurteilen würden. Weil ein derart hoher Wertungsspielraum drin ist. Da kann sich weder der Betroffene einstellen, noch der Anwalt. Es gibt eine Vielzahl von Wertungsmöglichkeiten. Die Fassung des Bundesrates ist rechtstechnisch klarer, weil sie auf den Begriff der Tat abstellt. Auf den Tatortbegriff in § 9 StGB. Der ist seit vielen Jahren in der Rechtsprechung durchdrungen, wo der Begriff der Ort der Tat ist, ist geklärt. Da kann man sagen, aha, der ist vollständig entweder im Inland oder vollständig im Ausland oder liegt in wesentlichen Teilen hier. Das hätte eine dogmatisch klare Lösung. Die Lösung vom Verfassungsgericht hat auch, wenn Sie es mir noch gestatten, es zu sagen, eine Problematik, die ich nie verstanden habe. Und zwar sagt das Verfassungsgericht, eine Tat mit maßgeblichem Inlandsbezug soll deswegen nicht strafbar sein, weil ein Deutscher, der im Inland lebt, die Rechtsordnung im Ausland nicht mit gestalten konnte. Wer hier im Inland lebt und handelt, der braucht sich nicht auf eine ausländische Strafverfolgung einrichten. Wenn Sie aber etwas weiter unten lesen, da steht plötzlich drin, man muss aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung machen, wenn man in Inland handelt und der Erfolg im

Ausland eintritt. Wenn ich aber ins Internet hier eine Äußerung einstelle und sie wird in Spanien gelesen, dann muss ich dann doch die spanische Rechtsordnung kennen. Insofern ist das Verfassungsgericht meiner Meinung nach, meiner Bewertung nach dogmatisch. Und klar, der Gesetzgeber soll eine klare Meinung finden. Ich habe einen Vorschlag gemacht aufgrund der Bundesratsfassung. Ich kann Ihnen nur ans Herz legen, geben Sie den Richtern eine klare Regelung an die Hand, mit der sie auch arbeiten können.

Die zweite Frage § 80, Abs. 4 IRG-E , gleichgestellte Ausländer. Meiner Meinung nach eine rein politische Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutz Deutscher an einen besonderen Status geknüpft. Gleichwohl ist es eine politische Entscheidung, ob man hier lebende Ausländer, ob sie jetzt verheiratet sind oder ob sie hier aufgewachsen sind, den Deutschen gleich stellt. Es ist eine Entscheidung des Gesetzgebers, die Sie zu treffen haben. Zu dieser Frage von Herrn Montag ganz kurz. Wir beim Oberlandesgericht Karlsruhe haben mit der früheren Gesetzesfassung keine Probleme gehabt. Und zwar deswegen nicht, weil wir eine Vereinbarung mit der Generalstaatsanwaltschaft getroffen haben. Die Verfahren nach dem europäischen Haftbefehlsgesetz müssen schneller abgewickelt werden. Das war klar schon bei der Inhaftierung eines „gleichgestellten Ausländers“ war zu klären, in welchen Lebensverhältnissen lebt er, wann hat er die Aufenthaltserlaubnis, lebt er mit einer Deutschen zusammen, wie ist sein Status? Klär ich das rechtzeitig ab und auch die Polizeibehörden, die ja in die Wohnung gehen und jemanden festnehmen, dann sind die Fälle minimal. Wir haben keinen Fall gehabt, wo das tatsächliche problematisch war. Problematisch war das Rechtliche. Was heißt im Inland aufgewachsen? Wie lange muss er hier sein? Das waren Rechtsfragen, die hätten sich aber sicher klären lassen. Also, dass die alte Fassung im Tatsächlichen Probleme hatte, kann ich nicht bestätigen. Allerdings ist es eine politische Entscheidung, wie Sie sich da entscheiden. Nur eins bitte ich noch zu bedenken. Wenn ich einen hier lebenden Ausländer aufnehme, der im Ausland eine Straftat begangen hat und dort dafür rechtskräftig abgeurteilt wurde, und zwar durch ein rechtmäßiges, ordnungsgemäßes Verfahren und nicht durch Abwesenheitsurteile oder Fluchtfälle, ist das der GAU eines jeden Richters. Wenn er in einem rechtsordnungsgemäßen Verfahren abgeurteilt wurde, und jetzt sagt man, er soll aber nicht ausgeliefert werden, weil er hier mit einer Deutschen verheiratet ist, weil er hier aufgewachsen ist. Kann man machen. Dann muss ich aber auch

schauen, dass ich die Strafe hier vollstrecken kann. Kann auch nicht sein, dass er im rechtstaatlichen Verfahren in Frankreich, in Belgien, zwei, drei Jahre Haft wegen einer Vergewaltigung bekommt und dann hier lebt und er die Strafe nicht zu verbüßen braucht. Dann muss wenigstens eine Inlandsvollstreckung möglich sein. Auf das habe ich in meinen schriftlichen Ausführungen hingewiesen. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Böhm. Jetzt Herr Professor Albrecht auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger und Herrn Montag.

SV Prof. Dr. Albrecht: Ich bin ja von Herrn Montag jetzt als Sachverständiger für Unkonventionelles ernannt worden. Dann nehme ich das gerne mal an. Ich hätte überhaupt nichts dagegen, das aufzuhalten und das nicht umzusetzen. Jetzt, weil die Fülle auch der negativen Argumente, die Ihnen ja heute ausgebreitet wurde, zeigt, dass wir so weit noch gar nicht sind, das Ganze verfassungs- und grundrechtskonform ausgeprägt eigentlich zu verabschieden. Aber das ist jetzt eine sehr staatstragende Bemerkung gewesen. Ich möchte die Gelegenheit, dass ich hier mal wieder bin, zu dieser allgemeinen Bemerkung zur Rechtsentwicklung noch mal machen und noch mal bekräftigen.

Wir müssen den anderen europäischen Partnern bei der Bestätigung des Grundsatzes, dass wir ein gemeinsames Europa wollen, sagen, man kann nicht erst Vollstreckungsrecht bilden und ausbilden und später das Strafrecht regeln. Das ist nicht nur das Pferd von hinten aufgezäumt, das ist schlichter Unsinn. Bizarrer Unsinn rechtstheoretisch. Machen wir erst mal ein gemeinsames Recht und dann kann ich mir überlegen, wie ich das vollstrecke und durchsetze. Und das müsste man doch den europäischen Bürgern, ich weiß nicht, ob Politikern, das weiß ich nicht, aber den europäischen Bürgern klar machen können, dass man erst mal ein gemeinsames harmonisiertes Strafrecht braucht. Und das heißt, es müsste eine europäische Debatte über den Sinn und Zweck des Strafrechts in Europa geben und ich habe eine Hoffnung, dass sich irgend wann einmal auch Fortschritt abzeichnen wird über den Konsens europäischer Bürger, was denn überhaupt strafrechtlich auch bewehrt sein soll. Wenn man diese Debatte führt, ernsthaft führt, dann bekommt man auch die Bürger auf seine Seite und kann ihnen sagen, dann brauchen wir auch eine gemeinsame schnelle Vollstreckung. Aber das ist die Voraussetzung dafür. Und ich

verstehe nicht, wie man immer auf dieses Pferd setzen kann. Wir brauchen für die Einheit den Preis gemeinsamer Regelungen. Am besten wäre es noch gewesen, man hätte mit dem Strafvollzug angefangen. Um sich dann hinterher zu überlegen, was soll denn strafbar sein? Mir fehlt in der ganzen Debatte diese Grundlogik, dass man der folgt und auch das klar zum Ausdruck bringt. Und da wäre, Herr Montag, meine ich jetzt ein guter politischer Anlass, zu sagen, wir sagen nur nein, um mit Euch zu diskutieren, wie wir es generell besser machen. Ich habe aber den Eindruck, auf gesamteuropäischer Ebene ist das so ähnlich wie im Kindergarten. Wie war das mit Spanien? Als das Verfassungsgericht bei uns gesagt hat, das ist nichtig, wir sehen das als verfassungswidrig an, da hat Spanien gesagt, dann liefern wir überhaupt keinen mehr aus. Und das ist Kindergarten. Das muss in Europa auch möglich sein, zu akzeptieren, dass Verfassungsgerichte Bedenken haben und den Gesetzgeber zur Nachbesserung auffordern und man nicht dann gleich zum Trotz sagt, wir liefern überhaupt niemanden mehr aus. Ich verstehe, dass Sie dort politisch gesehen unter starkem Druck sind, aber ich fände es für die Entwicklung des Rechts in Europa, für die Rechtsentwicklung des Strafrechts besser, man würde die systematische Debatte anfangen, sie hat noch überhaupt nicht angefangen, das corpus juris-Modell, was hier gehandelt hat, das ist ja mehr ein Witz. Das ist das Interesse der Kommission gewesen, die wirtschaftsstrafrechtlichen Zusammenhänge auf dem Verwaltungsrechtswege zu regeln. Es findet keine Debatte über Prinzipien des Strafrechts in Europa statt. Und die Europäer hätten allen Anlass und allen Grund, die rechtlichen Prinzipien, die hier seit Jahrhunderten erkämpft sind und die Europa einigen eigentlich, heraus zu stellen und zu sagen, wir sind für ein starkes Gesetzlichkeitsprinzip, wir sind für ein starkes Legalitätsprinzip, wir sind für Prinzipien des fair trial im Verfahren und darüber muss erst einmal Einigkeit bestehen und eine Debatte angehen. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Professor Albrecht. Jetzt abschließend Herr Dr. Ahlbrecht auf die Fragen von Frau Leutheusser-Schnarrenberger, von Herrn Montag und von Herrn Gehb.

Dr. Heiko Ahlbrecht: Zunächst auf die Frage von Frau Leutheusser-Schnarrenberger, wie man den § 80 IRG-E praktikabel handhaben kann. Also, jeder, der mit Auslieferungsverfahren ein bisschen zu tun hat, weiß, dass das natürlich der

Kernpunkt sein wird, wo man sich darüber streitet, Inlandsbezug, Auslandsbezug und Mischfälle. Mischfälle vielleicht deswegen gerne, weil man dann wieder an die beiderseitige Strafbarkeit rankommt, was auch ein eleganter Weg wäre. Aber Spaß beiseite. Ich meine, dass der Ansatz über § 9 StGB der richtige Ansatz ist. Genauer, sogar noch der Ansatz über die Tathandlung und nicht über den Taterfolg. Damit müsste man eigentlich gut arbeiten können. Mir kam die Idee, die hatte ich erst letzte Nacht, und deshalb müsste man die eigentlich noch einmal überdenken, ob das machbar ist, bei § 9 StGB nur auf die Tathandlung und nicht auf den Taterfolg abzustellen, wenn man herausfinden will, wo ist die Tat begangen worden. Also, das bitte ich unter dem Vorbehalt zu sehen, diese Einschätzung. Das wird natürlich dann schwierig, wenn die von Ihnen angeführten oder thematisierten Taten mit Doppelbezug zu beurteilen sind, darüber habe ich nämlich im Moment gerade nachgedacht, das bleibt dann immer noch schwierig.

Zu Herrn Montag. Zur Ausländerregelung. Ich habe gerade noch einmal nachgesehen. Ich kenne keine Entscheidung, wo es großartige Probleme gab. Es gab nur einen Ausreißer, einen Münchener Eigenweg, in dem zwischenzeitlich mal behauptet wurde, ich zitiere: Insbesondere ist die kinderlose Lebensgemeinschaft mit einer deutschen Staatsangehörigen keine familiäre Lebensgemeinschaft. Na ja, aber ich glaube, das war auch eine einzelne Singulärentscheidung, es gab OLG-Richter, die mir diese Entscheidung gar nicht zur Verfügung stellen wollten, weil sie ihnen selbst peinlich war, selbst wenn es nicht das eigene OLG war. Aber gut. Ansonsten sind mir keine Schwierigkeiten mit dieser Art bekannt. Wir hatten schon mal darüber gesprochen, dass man die Novellierung im Ausländerrecht natürlich sprachlich anpassen müsste. Aber letztlich ist es auch eine politische Entscheidung. Ich habe schon das Argument der Frage der Integration gehört. Es ist vielleicht wirklich am Ende eine politische Entscheidung. Aber Schwierigkeiten sind mir nicht bekannt.

Zweiter Punkt. Die normative Ungebundenheit. Ich möchte an dieser Stelle als allererstes, als Prolog, noch eine Lanze für die Vertreter im Bundesjustizministerium brechen, die der Auffassung waren, dass man hier nicht mit diesem Entwurf vorwärts kommt, sondern mit anderen, umfassender geänderten Entwürfen und auch mit solchen Entwürfen, die möglicherweise die Abschaffung des Bewilligungsverfahrens vorsehen. Wenn man nämlich, und da leite ich, glaube ich, ein bisschen auf Ihre Frage über, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Wenn man das Bewilligungsverfahren abschafft, die fakultativen Bewilligungshindernisse in

Zulässigkeitsverfahren übernimmt, habe ich keine Probleme mit der Abschaffung des Bewilligungsverfahrens erstens und zweitens, wenn es noch ein Bewilligungsverfahren geben sollte, dann wüsste ich nicht, woran ich dann noch Interesse habe an der Entscheidung. Ich sehe aber auch keine außenpolitischen Aspekte. Und ich weiß, dass im Bundesjustizministerium, die Auffassung vertreten wurde, dass man das so handhabt. Ich meine, das wäre ein praktikablerer Weg gewesen. Nochmals zu der normativen Ungebundenheit. Man muss sich mal vergegenwärtigen, Deutschland ist der Musterknabe mit seinem Umsetzungsgesetz bis zur Aufhebung gewesen. Es gibt Länder, die machen die dubiosesten Geschichten. Das stellt die Kommission in ihren Zwischenberichten auch regelmäßig fest. Also Angst hätte ich als deutscher Gesetzgeber nicht davor, hier eigene Regelungen einzuführen. Überhaupt nicht. Italien ist ein gutes Beispiel. Die prüfen bei italienischen Staatsangehörigen natürlich die beiderseitige Strafbarkeit. Aber das ist ein Riesenkatalog an objektiv feststellbaren Abweichungen, Verschärfungen gegenüber dem Rahmenbeschluss. Also dann könnte eigentlich fast jeder EU-Mitgliedstaat sanktioniert werden. Also davor hätte ich keine Angst als Gesetzgeber. Aber ich kann nicht beurteilen, wie scharf die Sanktionen da ausfallen. Das kann ich europarechtlich nicht so gut beurteilen. Ich weiß nicht, ob ich Ihre Frage damit abschließend beantwortet habe.

Dr. Jürgen Gehb (CDU/CSU): Wenn man die Bewilligungsentscheidung ganz weg haben will. Im Grunde genommen ist es doch so, das ist ja eine zweite Möglichkeit, dass nicht ausgeliefert wird. Im Grunde ist es ja per se eine Besserstellung. So, und was macht es eigentlich aus, wenn ich im Vorfeld schon sage, Bewilligungshindernisse, die gibt es nicht und sie praktisch in einem Aufwasch vom Oberlandesgericht zusammen mit der Entscheidung über die Zulässigkeit prüfen lassen? Wenn Sie sagen, lassen sie sie ganz wegfallen, da gibt es natürlich auch keinen Verstoß gegen Artikel 19 Abs. 4 GG, dass man sagt, das muss anfechtbar sein, wenn es gar nicht so eine Entscheidung gibt. Aber sie ist ja an sich angelegt auf eine Besserstellung, dass man sagt, eigentlich ist die Auslieferung zulässig, aber es gibt Bewilligungshindernisse und deswegen frage ich mich, weil Sie das in Ihrem Kurzgutachten geschrieben haben, wo Sie sozusagen, außer dass es vielleicht ein bisschen dilettantisch formuliert ist oder so, wo Sie die Probleme sehen?

SV Dr. Heiko Ahlbrecht: Es kommt darauf an, worüber man sich jetzt genau unterhält. Die eine Variante ist die, die wir jetzt im Gesetz haben. Da wird die beabsichtigte Bewilligungsentscheidung vorweg genommen oder avisiert gegenüber dem Oberlandesgericht und diese wird dann später möglicherweise auch so vollzogen. Es sei denn, es treten dann noch irgendwelche Umstände ein. Das einzige, was mich daran stört ist, dass die Entscheidung der Bewilligungsbehörde, die ja die fakultativen Bewilligungshindernisse betrifft, dass diese Entscheidung durch das OLG möglicherweise nur auf Ermessensfehler zu überprüfen ist. Das ist für mich zu wenig, das entspricht in meinen Augen nicht der Rechtsschutzgarantie. Ein anderes Argument, dass nur ein Richtervorbehalt eingefügt wird. Nun gut, ich fühle mich bei den OLG's normalerweise in den Auslieferungssachen gut aufgehoben. Es kommt immer darauf an. Grundsätzlich aber ja und man kann dort auch richtig diskutieren, das ist auch das Gute daran und man hat da auch kompetente Ansprechpartner, die sich auch Zeit nehmen. Aber ich glaube, das OLG würde sich auch etwas beschnitten fühlen, wenn sie bei § 83 b IRG nur auf Ermessensfehler überprüfen könnten. Und weil nun mal dort individual schützende Aspekte angesprochen sind, sollte es meines Erachtens ins Zulässigkeitsverfahren überführt werden oder die Bewilligungsentscheidung komplett, also von der Pike auf durch das OLG überprüft werden können. Das ist mein Monitum.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Dr. Ahlbrecht. Meine Herren, ich danke Ihnen für diese insgesamt kompakten zweieinhalb Stunden. Sie haben uns Ihren Sachverstand zur Verfügung gestellt, den wir uns in den weiteren Beratungen nutzbar machen werden. Herzlichen Dank. Ich schließe die Sitzung.

Ende der Sitzung: 16.37 Uhr

  
Andreas Schmidt (Mülheim), MdB  
Vorsitzender

## Zusammenstellung der Stellungnahmen

		Seite
Dr. Heiko Ahlbrecht	Rechtsanwalt, Düsseldorf	56
Prof. Dr. jur. Peter-Alexis Albrecht	Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie	58
Klaus Böhm	Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe	79
Prof. Dr. Martin Böse	Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht	94
Prof. Dr. Michael Brenner	Friedrich-Schiller-Universität Jena	106
Joachim Ettenhofer	Oberstaatsanwalt, Generalstaatsanwaltschaft München	115
Prof. Dr. Matthias Herdegen	Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	122
Michael Rosenthal	Rechtsanwalt, Karlsruhe	128
Prof. Dr. Thomas Weigend	Universität zu Köln, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht	138

## Stellungnahme zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes (BT-Drs. 16/544)

Der Gesetzesentwurf ist dem umfassenden Prüfungs- und Änderungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts durch die Änderung lediglich dreier Vorschriften (§§ 79, 80 und 83a IRG-E) nicht gerecht geworden. Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Kritik und Fragen an den zentralen Vorschriften (1./2.) und zeigt Unterlassungen (3.) sowie Grundsatzkritik (4.) auf.

### 1. § 79 IRG-E Beschränkte Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung

- Nach § 74b IRG-E bleibt die Bewilligungsentscheidung unanfechtbar. Lediglich der Teil der *beabsichtigten* Bewilligungsentscheidung über fakultative Bewilligungshindernisse des § 83b IRG-E soll nach § 79 IRG-E vorab durch das OLG überprüft werden, da nur diese als rechtsschutzrelevant interpretiert werden.
- Durch die Vorverlagerung der Bewilligungsentscheidung gewinnt der Verfolgte lediglich die Einführung eines Richtervorbehalts und die Überprüfung von Ermessensfehlern der Bewilligungsbehörde, nicht aber die vom BVerfG geforderte Rechtswegeröffnung nach Art. 19 Abs. 4 GG.
- Das (Vor-)Bewilligungsverfahren ist zeitlich nicht reglementiert. § 79 Abs. 3 IRG-E enthält keine Bestimmung darüber, wie und in welcher Frist der Verfolgte von geänderten bewilligungserheblichen Umständen zu informieren ist.

### 2. § 80 IRG-E Auslieferung deutscher Staatsangehöriger

- Die Norm enthält keine klare Regelungstechnik und ist praktisch nicht handhabbar, weil eine Differenzierung zwischen Auslandsfällen und den sog. Mischfällen anhand des Gesetzestextes nicht möglich ist.
- Was bedeutet „maßgeblicher“ Bezug zum In- oder Ausland?
- Wann wurde eine Tat in „wesentlichen“ Teilen im In- oder Ausland begangen?
- Was ist eine „schwere Straftat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter“?
- Völlig verfehlt ist eine Tatortfeststellung anhand der Kriterien des § 80 Abs. 2 S. 3 IRG-E. Ein Tatort ist anhand objektiver Maßstäbe zu bestimmen und lässt sich weder durch den „Tatvorwurf“, „praktische Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung“ und „grundrechtlich geschützte Interessen des Verfolgten“ noch durch die „Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele“ verschieben oder anders interpretieren. Eine Feststellung des relevanten Tatortes sollte anhand des Handlungsortes im Sinne des § 9 StGB erfolgen, nicht anhand des Erfolgsortes.

### 3. Unterlassungen - Schutz deutscher Staatsangehöriger

Das Bundesverfassungsgericht hat geurteilt, dass die deutsche Staatsangehörigkeit eine besondere Schutzverpflichtung des Staates begründet (Urteil des BVerfG v. 18.07.2005, Rdn 84ff.). Hieraus ergeben sich folgende Ableitungen, die der Entwurf nicht umsetzt:

- Zwingende und sofortige Pflichtverteidigerbeordnung vor der ersten (amts)gerichtlichen Anhörung bei Auslieferung Deutscher in § 40 Abs. 2 IRG
- Zwingende Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit bei Auslieferungersuchen gegen Deutsche (wie in Italien)
- Umfassende Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung
- Wenn der ersuchende Staat eine Rücküberstellungsgarantie zur Verbüßung einer durch ihn verhängten Strafe gibt, ist eine Auslieferung Deutscher nur dann zulässig, wenn eine Verbüßung in Deutschland rechtlich überhaupt möglich ist.

### 4. Grundsatzkritik

- *Der Deliktgruppenkatalog des Art. 2 II des Rahmenbeschlusses (Laeken-Katalog)*  
Es gibt kein harmonisiertes europäisches Verständnis des materiellen Strafrechts innerhalb der EU. Der Deliktgruppenkatalog genügt dem Bestimmtheitsgebot in weiten Teilen nicht. Das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit kann nicht durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ersetzt werden, da letzteres der Rechtsprechung des EuGH zum freien Dienstleistungsverkehr entlehnt ist, es bei dem Europäischen Haftbefehl aber um die Beschränkung von Freiheitsrechten geht. Sollte an dem Katalog festgehalten werden, ist dieser in den Gesetzestext zu integrieren. Sonst könnte wegen des Blankettverweises in § 81 Nr. 4 IRG-E Änderungen am Rahmenbeschluß wie eine Erweiterung der Deliktgruppen durch EU-Ministerratsbeschluß die Zustimmung des deutschen Parlaments unterlaufen könnten.
- *Rückwirkungsverbot*  
Der Rahmenbeschluss erlaubt eine beschränkte Rückwirkung auf Taten nach dem 07.08.2002 (Art. 32), die der Entwurf nicht umsetzt, obwohl das BVerfG eine Beachtung des Rückwirkungsverbots explizit für die Fälle angesprochen hat, in denen sich ein bislang vor Auslieferung absolut geschützter Deutscher für Taten im EU-Ausland verantworten muss, die keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweisen und zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Deutschland straffrei waren.

*Prof. Dr. iur. Peter-Alexis Albrecht  
Professur für Kriminologie und Strafrecht  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Johann Wolfgang Goethe-Universität  
Frankfurt am Main*

*Senckenberganlage 31-33  
60325 Frankfurt am Main  
Telefon: 069 / 798 – 2 24 36  
Fax: 069 / 798 – 2 84 30  
Email: P.A.Albrecht@jur.uni-frankfurt.de*

## **Stellungnahme**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses  
über den Europäischen Haftbefehl und  
die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union  
(Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)**

**BT-Drucksache 16/544**

**Gliederung:**

- A. Prolegomena für ein Europa des Rechts**
- B. Prinzipielle rechtsstaatliche Bedenken**
- C. Normatives Mängelprofil**

## Gliederung

### **A. Prolegomena für ein Europa des Rechts**

- I. Europäische Integration durch Recht
- II. Rechtsstaatliches europäisches Strafrecht kann nur durch die Vordertür demokratischer Legitimation auf die europäische Bühne gelangen
- III. Die Forderung: Ein europäisches Strafrecht der Strafgesetzlichkeit
- IV. Nivellierung der Bürgerrechte und das Prinzip maximaler Punitivität als Preis einer europäischen Einigung „um jeden Preis“

### **B. Prinzipielle rechtsstaatliche Bedenken**

- I. Verstoß gegen das Prinzip begrenzter Ermächtigung
- II. Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung: Verpolizeilichung europäischer Kriminaljustiz
- III. Demokratiedefizit der Dritten Säule
- IV. Verletzung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EG)

### **C. Normatives Mängelprofil des Entwurfs eines Europäischen Haftbefehlsgesetzes (EuHbG, BT-Drs. 16/544)**

- I. Erwartungen an den Gesetzgeber nach der Entscheidung des BVerfG vom 18. Juli 2005
- II. Das Problem der Unbestimmtheit der Katalogtaten (Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss)
- III. ‚Auslieferungsschutz als Freiheitsrecht‘ (BVerfG): Fehlende konkret-normative Anhaltspunkte für die Verhältnismäßigkeitsprüfung
- IV. Rücküberstellung zum Strafvollzug im Inland
- V. Reduktion des Rechtsschutzes auf Ermessensfehler bei der Prüfung des Bewilligungsentscheides (Art. 19 Abs. 4 GG)
- VI. Rückschritt bei der Gleichstellung im Inland wohnender Ausländer

## **A. Prolegomena für ein Europa des Rechts**

### **I. Europäische Integration durch Recht**

Eine kritische rechtsstaatliche Position wendet sich nicht gegen die europäische Integration. Es wäre verfehlt hierin gar fundamentalistischen Anti-Europäismus zu sehen oder Vernarrtheit in nationale Strafrechtsdogmatik. Ein kritisches rechtsstaatliches Kernstrafrecht zielt geradezu auf ein zu entwickelndes europäisches Kernstrafrecht, welches durch demokratische Legitimation ein Bekenntnis zur Herrschaft des Rechts auf europäischer Ebene möglich und notwendig macht. Es ist die Überzeugung einer rechtsstaatlichen Strafrechtswissenschaft, dass ein europäisches Kernstrafrecht europaweit zentrales Unrecht kenntlich machen kann und durch öffentliche Reaktion gemeinsames und loyales Rechtsbewusstsein und damit europaweite einheitliche Rechtsgeltung schafft.

### **II. Rechtsstaatliches europäisches Strafrecht kann nur durch die Vordertür demokratischer Legitimation auf die europäische Bühne gelangen**

Ein europäisches Strafrecht schleicht sich zur Zeit präventiv-gubernativ durch die Hintertür in den europäischen Rechtsalltag ein. Es ist ausschließlich exekutivisch und polizei-orientiert, grundrechtsfern und nahezu rechtsschutzlos. Ein zu entwickelndes europäisches Strafrecht muss durch die Vordertür die Bühne der Rechtswirklichkeit betreten, d.h. es muss demokratisch legitimiert und erst einmal europaweit öffentlich diskutiert werden. Dieser Prozess ist mühselig, langsam, dafür aber überzeugend, loyalitätsstiftend und damit im Hinblick auf europäische Einigung höchst integrativ – was man vom exekutivisch-gubernativen Recht in keiner Weise sagen kann. Die Ablehnung der bislang vorgelegten europäischen Verfassungsentwürfe durch demokratische Plebiszite belegt diese Vermutung eindrucksvoll. Europa braucht eine öffentliche Debatte über den Zweck und die Reichweite strafrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten eines rechtsstaatlichen Strafrechts. Es kann dabei auf das Erbe europäischer Aufklärung und die demokratische Tradition strafrechtlicher Grundprinzipien im jahrhundertelangen europäischen Kampf um Freiheit und Recht zurückgreifen.

### III. Die Forderung: Ein europäisches Strafrecht der Strafgesetzlichkeit

Europa blickt auf eine lange und überzeugende Debatte eines rechtsstaatlichen Strafrechts zurück. Das Kernstrafrecht europäischer Strafgesetzlichkeit gilt es aus dieser Tradition heraus zu entwickeln. Das kann nur ein Strafrecht sein, das von

- Systemschutz-Anforderungen (Wirtschaft, Umwelt, Strukturprobleme der Gesellschaften) entlastet ist,
- verzerrenden symbolischen Strafrechtsanforderungen befreit ist und
- gewaltenteilend ein rechtsstaatliches Kriminaljustizsystem ermöglicht.

Diese drei Anforderungen an ein rechtsstaatliches Strafrecht bieten Anlass genug, eine europaweite Diskussion um ein Kernstrafrecht der Strafgesetzlichkeit öffentlich zu führen.

Dieses Kernstrafrecht gründet auf wenigen, aber unverzichtbaren und größtenteils abwägungsfesten Prinzipien, die es zu sichern gilt. Europa braucht vor dem Hintergrund zurückliegender deprimierender Erfahrungen ein Strafrecht der Strafgesetzlichkeit, auf das die europäische Aufklärung hinaus wollte:

- eng,
- präzise,
- gesetzesgebunden,
- freiheitssichernd
- und vor allem: als Bestandteil europäischer Verfassung.

Genau das Gegenteil ist das derzeitige, gegenwärtig ohne breites theoretisches Fundament praktizierte europäische Sanktionenrecht, das als Zwangs- und Steuerungsinstrument für die ökonomischen Interessen der Europäischen Union entworfen wurde. Von einem Strafrecht der Strafgesetzlichkeit muss dieses Sanktionenrecht klar abgegrenzt werden.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003.

**Sanktionenrecht im technischen Sinne** zur Regelung ökonomischer Krisen vermag durchaus als rechtsstaatlich geregeltes Instrument der Intervention Anerkennung finden. Mit einem Strafrecht der Strafgesetzlichkeit hat dies nichts zu tun. Man muss sich sogar davor hüten, das europäische Sanktionenrecht als Vorbild für ein rechtsstaatliches europäisches Strafrecht anzusehen. Leider ist derzeit das Gegenteil zu beobachten. Aktuelle Rechtspolitik arbeitet gerade an der Einebnung dieser Grenzlinie zwischen administrativem Sanktionenrecht und dem Strafrecht der Strafgesetzlichkeit. Diesem Produktionsprozess eines europäischen Verwaltungsstrafrechts fehlt nicht nur inhaltliche, sondern auch formelle, d.h. demokratische Legitimation. Es gibt keine Ermächtigungsgrundlage für europäische Institutionen zur Schaffung von Strafrecht. Es gibt aber den leider sehr erfolgreichen Versuch, über andere Ermächtigungsgrundlagen, die in Zusammenhang mit der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes stehen, also einer rein wirtschaftsbezogenen Ermächtigungsgrundlage, sich die strafrechtliche Legitimation zu verschaffen, die man nicht hat. Bislang hat ein durch das Volk legitimierter parlamentarischer Gesetzgeber keine Kompetenz für Strafgesetzgebung der EU geschaffen. Das hindert die Brüsseler Administration indes nicht, vollendete Teilsysteme strafrechtlichen Zugriffs zu schaffen und die Inhalte eines europäisierten Strafrechts maßgeblich zu bestimmen.

Ein entkriminalisiertes europäisches Interventionsrecht, das durchaus die finanziellen Interessen der EU schützen soll, kann höchstens neben ein **transstaatliches Strafrecht der Strafgesetzlichkeit** treten. Diese Trennung kann sogar Modell für nationale Rechtsentwicklungen sein: Freiheitsschützendes Strafrecht der Strafgesetzlichkeit als einzig legitimes Strafrecht auf der einen Seite und Sanktionenrecht im technischen Sinne als Instrument der Krisenintervention auf der anderen Seite. So verstanden könnte eine derartige europäische Rechtsentwicklung Anlass für eine grundsätzliche Neubestimmung der Grenzen und der Wirksamkeit des Strafrechts insgesamt sein. Eine derartige Diskussion, die heute leider noch nicht einmal in Ansätzen stattfindet, muss sowohl die traditionsreichen europäischen Strafrechtsprinzipien als auch praktische Konsequenzen für eine Entwicklung der Kriminaljustizsysteme in Europa unerschrocken in den Blick nehmen.

Was derzeit fehlt, ist die demokratische Verständigung auf ein gemeinsames, für Europa verallgemeinerungsfähiges Niveau aufgeklärter Strafrechtsprinzipien. Werden freiheitliche Strafrechtsprinzipien in Zukunft – wie derzeit zu befürchten ist – dem nationalen Gesetzgeber qua Mehrheitsbeschluss von EU-Gremien entzogen und den Beliebigkeiten und den zwangsläufigen Minima der Mehrheitsbeschlüsse ausgesetzt, wird ein Strafrecht und Strafprozessrecht herauskommen, das vom Bürgerstrafrecht kaum noch etwas übrig lässt, vom Feindstrafrecht dagegen weitgehend geprägt sein dürfte. Dieses verallgemeinerungsfähige Niveau durch bloße Harmonisierung herstellen zu wollen erscheint verfehlt, weil der kleinste gemeinsame Nenner für den Schutz der Freiheit und des Rechts nicht ausreicht. Verallgemeinerung setzt einen öffentlichen europaweiten Diskurs über Prinzipien voraus. Sie verlangt nach der Reflexion historischer Erfahrungen und nach der Grundlegung eines neuen Gesellschaftsvertrages, das heißt nach einer Verfassung, die diesen Namen auch verdient.

#### **IV. Nivellierung der Bürgerrechte und das Prinzip maximaler Punitivität als Preis einer europäischen Einigung „um jeden Preis“**

Dynamik und Vielfalt einer exekutivischen und gubernativen Strafrechtsentwicklung durch die Hintertür (Dritte Säule) prägen den Gesetzgebungsalltag europäischer Institutionen. Vom Verdacht bis zum Urteil, von der Sanktion bis zu deren Vollstreckung und computergestützter Registrierung, überall stößt das Strafrecht auf das Gestaltungsinteresse europäischer Institutionen. Insofern fungiert das Medium des Strafrechts als eine Art Alleskleber europäischer Integration.<sup>2</sup>

Europäischer Staatenverbund und Nationalstaaten teilen sich die Zuständigkeiten der Strafgesetzgebung (die die EU formell nicht hat) und die Bestimmung der Inhalte der Kriminalpolitik. Die evidenten Grundprobleme demokratisch-rechtsstaatlicher Defizite werden im Alltag der normativen EU-Praxis vernebelt durch den Wunsch zur Bildung politischer europäischer Einheit. Dem Souverän – dem europäischen Bürger – traut man konstruktive Aktivitäten hierzu nicht zu. Er soll sogar auf Bürgerrechte verzichten und das Recht verliert seinen Stellenwert als ein Bollwerk gegen politische Macht. Die europäische Gesetzgebungsdynamik dient als Scharnier für europäisches

<sup>2</sup> Vgl. *Braum*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung – Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung, GA 2005, 681, 682.

Integrationsstreben, sie symbolisiert politische Handlungsfähigkeit politischer Institutionen und sie fungiert als Mittel lückenloser Strafverfolgung.

Die Attraktivität dieser politischen Funktionalität lässt den **Bürger** für die Exekutive nur noch zum **Objekt strafrechtlichen Zugriffs** werden – eine Entwicklung, der das Bundesverfassungsgericht im deutschen Nationalstaat nur mit Mühe entgegenjudizieren kann. Die exekutivische Missachtung von Schuldprinzip und Bestimmtheitsgebot,<sup>3</sup> die exekutivische Usurpation sogar eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung<sup>4</sup> für Zwecke präventiver Sicherheit, der flächendeckende präventive Lauschangriff ohne jeglichen Tatverdacht<sup>5</sup> und der exekutivische Verzehr von Menschenwürde zur Sicherung von Lufthoheit und zur scheinbaren Produktion von Sicherheit<sup>6</sup> sind die deprimierenden Belege eines Verlustes von Bürgerrechten zugunsten systemischer Allmacht.

Die Normgenese des Europäischen Haftbefehls ist ein europarechtliches Protobeispiel für diese Fehlentwicklungen im Bereich Inneres und Justiz.

## B. Prinzipielle rechtsstaatliche Bedenken

### I. Verstoß gegen das Prinzip begrenzter Ermächtigung

Das Gesetz zum Europäischen Haftbefehl verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Rahmen des Europarechts: das *Prinzip begrenzter Ermächtigung*. Verfassungsrechtlich ist dies aus der Sicht des BVerfG klar und unverrückbar<sup>7</sup>. Der Verstoß gegen das europäische *Grundprinzip begrenzter Ermächtigung* ist für den Laien nicht auf den ersten Blick erkennbar, er muss die juristische Umleitung verstehen.

Diese liegt im **Prinzip gegenseitiger Anerkennung** (als Kehrseite des **Prinzips gegenseitiger Strafbarkeit**) begründet, die sich seit der Sonderkonferenz des Rates in Tampere 1999 als wichtigste Leitlinie gesamteuropäischer Innen- und Rechtspolitik

<sup>3</sup> BVerfGE 105, 135 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 109, 279 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 (1 BvR 668/04) = NJW 2005, 2603 ff.

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 15.02.2006 (1 BvR 357/05).

<sup>7</sup> BVerfGE 89, 155, 176.

entwickelt hat. Der Europäische Haftbefehl, die europäische Beweisanordnung, das Bestreben, Geldstrafen und Geldbußen gegenseitig anzuerkennen und die Forderung nach einem europäischen Zentralregister sind die konkreten Gesetzgebungsaktivitäten.<sup>8</sup>

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung war ursprünglich im EU-Recht als Erweiterung wirtschaftlicher Freiheiten europäischer Bürger konzipiert. Das Prinzip des europäischen Binnenmarkts – die Waren- und Verkehrsfreiheit – besagt, dass jeder Mitgliedstaat die Waren und Verfahren der anderen EU-Staaten anerkennt, auch wenn diese den Vorgaben des eigenen Rechts nicht vollumfänglich entsprechen.<sup>9</sup> Alles, was in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig ist, muss im Rechtsraum der Europäischen Union frei zirkulieren können. Im europäischen Wirtschaftsrecht hat sich eine positive Integrationsleistung durch die Erweiterung wirtschaftlicher Freiheiten entwickelt, indem Einfuhrbeschränkungen innerhalb der EU grundsätzlich unzulässig sein sollen. Die normative Botschaft lautete: Grenzübergreifende Freiheit für Waren und Personen unter justizförmiger Kontrolle durch europäische Gerichtsbarkeit.

Ganz anders im Bereich des Strafrechts. Der Rahmenbeschluss ist als Gegenstück zu den europäischen Grundfreiheiten konzipiert. Nicht maximale Freiheiten werden gegenseitig anerkannt, sondern maximale Freiheitsbeschränkungen. Wäre die Parallellität zur Warenverkehrsfreiheit und die dort geschaffene Integrationsfreundlichkeit im Ziel europäischer Rechtspolitik, dann müsste das Prinzip lauten: Eine Handlung, die in einem Staat erlaubt ist, ist in allen Staaten erlaubt. Dann wäre ein **Kernstrafrecht** die Folge, das nicht nur beiderseitiger, sondern allseitiger Strafbarkeit entspräche.<sup>10</sup> Dieser europaweite illiberale Effekt hat eine Nivellierung der Bürgerrechte auf das jeweils niedrigste Niveau im Querschnitt aller Mitgliedstaaten zur Folge. So ergibt sich ganz von selbst auf europäischer Ebene das *Prinzip der maximalen Punitivität*.<sup>11</sup> Mit *Schünemann* kann man deshalb den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung „zum Totengräber eines auf der Idee der Ausbalancierung von Verfahrensrollen be-

<sup>8</sup> Vgl. hierzu umfassend *Braum*, (Fn. 2), 681 ff.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 651

<sup>10</sup> *Unger*, Schutzlos ausgeliefert? Der Europäische Haftbefehl – Ein Beispiel für die Missachtung europäischer Bürgerrechte, 2005, S. 92.

<sup>11</sup> *Schünemann*, Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene – Die Schranken des Grundgesetzes, ZRP 2003, 185, 187.

ruhenden fair trial erklären".<sup>12</sup> Das Beispiel, das *Schünemann* aufführt, ist überzeugend: Wenn in einem Mitgliedstaat umfassenden Zeugnisverweigerungsrechte umfassende Abhörbefugnisse gegenüberstehen und im anderen Staat eine genau umgekehrte Kombination mit Hilfe des Prinzips gegenseitiger Anerkennung zu einer Gesamtbalance zusammengefügt werden, zerbricht diese augenblicklich zu Lasten des Freiheitsschutzes, wenn man minimale Zeugnisverweigerungsrechte mit maximalen Abhörrechten der Polizei kombiniert.<sup>13</sup> Inwieweit ein derart durch gegenseitige Anerkennung produziertes europaweites Verfahrensrecht europäische Integrationsleistungen produzieren könnte, bleibt unerfindlich.

Der europäische Gesetzgeber schafft zwar außerhalb des Wirtschaftsrechts nicht unmittelbar europarechtliche Straftatbestände, sondern bedient sich eines Rahmenbeschlusses, mittels dessen die **jeweils schärfste Strafrechtspflege** aller 25 Mitgliedstaaten zum **Maßstab der europaweiten Rechtspraxis** erhoben wird. Alle Mitgliedstaaten sind damit verpflichtet, die jeweils schärfste Strafrechtspflege zu unterstützen, an einer Aburteilung mitzuwirken und sogar noch die Vollstreckung durchzuführen, obwohl das nach den Maßstäben der innerstaatlichen Strafrechtspraxis untersagt sein dürfte. Den 25 Kriminaljustizsystemen eine derart mit innerstaatlichen Rechtsprinzipien kollidierende Rechtspraxis zuzumuten, ist rechtsstaatlich schlechthin unerträglich. Auf europäischer Ebene wird – ohne explizite Schaffung von Straftatbeständen – eine Art **maximal-punitives Phantomstrafrecht** gebildet. Dieses hat auch faktische Auswirkungen auf die innerstaatlichen Kriminaljustizsysteme, weil kein Rechtsanwender materiell und formell konfligierende Rechtssysteme gleichermaßen und parallel beherrschen kann. Wie man sich von einem solchen nahezu gespaltenen Rechtssystem normstabilisierende Auswirkungen auf die Bürgerinnen und Bürger versprechen kann, bleibt ebenso unerfindlich.

Mit dieser Produktion **maximal-punitiver Strafrechtsstandards** in Europa verstößt der europäische Gesetzgeber gegen die Kompetenz-Kompetenz-Schranke des Prinzips begrenzter Ermächtigung, der nationale Gesetzgeber gegen die Mitwirkungsschranke des Art. 23 GG, indem er explizit rechtsstaatliche Grundsätze zugunsten der Formaleinheit aufgibt.

<sup>12</sup> *Schünemann*, (Fn. 11), 187.

<sup>13</sup> *Schünemann*, (Fn. 11), 186.

## II. Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung: Verpolizeilichung europäischer Kriminaljustiz

Die Konzentration der europäischen Rechtsentwicklung auf Polizei und Staatsanwaltschaften stellt eine einseitige Fixierung auf die Exekutive dar. Vor dem Hintergrund einer exekutivischen Informalisierung zum Zweck des Erreichens formaler europäischer Einheit liegt darin zugleich ein Verstoß gegen das europaweit geltende Prinzip der Gewaltenteilung. In einem Europa des Rechts muss eine unabhängige Judikative parallel zu exekutivischen Institutionen entwickelt werden. Das fehlt zur Zeit gänzlich. Die europäische Exekutive schafft und kontrolliert sich selbst. Dieses rechtsstaatliche Defizit macht deutlich, dass es an der normativen und institutionellen Konstruktion einer europäischen *wirksamen* Rechtskontrolle fehlt. Dadurch wird deutlich, dass die aktuellen Prozesse einer europäischer Rechtsvereinheitlichung den Hauptaspekt einer europäischen Gewaltenteilung – nämlich die wirksame Kontrollfunktion einer wirksamen Judikative – zur Zeit bewusst verfehlen.

Die Einrichtung eines Europäischen Gerichtshofes ist kein angemessenes judikatives Gegengewicht der Dritten Gewalt. Der EuGH kontrolliert keine strafrechtliche Rechtsanwendung im Einzelfall, sondern – wenn überhaupt – Rechtsakte im Hinblick auf einzuhaltende Gesetzgebungszuständigkeiten auf europäischer Ebene. Im übrigen: Die Konstruktion eines nationalen Richters vor Ort ist kein Gegengewicht einer angemessenen und gleichermaßen verstärkten Dritten Gewalt, dieser gerät schon institutionell unter die Walze des hochgerüsteten Zugriffs europäischer Strafverfolgung.

## III. Demokratiedefizit der Dritten Säule

Der Rahmenbeschluss für den Europäischen Haftbefehl ist ein Rechtsakt innerhalb der „Dritten Säule“ der EU. Er ist eine Entscheidung auf Ministerebene, also eine Entscheidung der Exekutive. Anders als die vergemeinschafteten Normen der „Ersten Säule“, die mit ihrer Schaffung unmittelbare Verbindlichkeit für alle EU-Staaten entfalten, müssen Rechtsakte der „Dritten Säule“ von den Einzelstaaten durch einen Umsetzungsakt in nationales Recht transformiert werden. Die Inhalte werden auf administrativer EU-Beamten-Ebene ausgehandelt, von Regierungen beschlossen

und durch die staatlichen Parlamente nur noch exekutiert. Formal ist die Parlamentszustimmung zwar eine Legitimation durch Parlamentsbeschluss. Diese Formalie ist aber vor dem Hintergrund des weitreichenden Grundrechtsverzehr der Bürger keine wirkliche Legitimation. Das Demokratieprinzip erfordert für legislative Akte, die im Prinzip untersagte nationale Kompetenzdelegationen betreffen, nicht nur eine formale sondern eine materielle Legitimation. Der Gesellschaftsvertrag erfordert, dass staatlicher Zwang nur durch Gesetze legitimiert ist, die sich die im Staat organisierten Bürger selbst gegeben haben. Hieraus versteht sich das *anspruchsvolle Programm partizipatorischer Demokratie*.<sup>14</sup> Dieses Programm wird durch die Attribute *öffentlich* und *deliberativ* gekennzeichnet. **Öffentlich** setzt eine öffentlich geführte, kritische und verständliche Diskussionsarena voraus, in der um den Gegenstand der Regelung heftig gestritten wird. Demokratie ist aus dieser Sicht primär öffentlicher Prozess. **Deliberativ** ist dieser Prozess, weil der Gesetzgeber Standards der Gesetzgebung einhalten muss: Beleg von Erfahrung, Beleg normativer Vertretbarkeit, Abschätzung von Folgewirkungen. Insgesamt also ist mit diesem Kriterium die Möglichkeit öffentlicher Kontrolle institutioneller Macht verbunden.

Zusammengefasst: Im Programm partizipatorischer Demokratie hat das Parlament die zentrale Aufgabe, Gesetzgebung aktiv zu gestalten – erst recht im Bereich der intergouvernementalen „Dritten Säule“. Das Gegenteil ist der Fall. Bei Rahmenbeschlüssen versagt schon das Europäische Parlament als Kontrollorgan. Seine Beteiligung am Zustandekommen eines Rahmenbeschlusses erschöpft sich gemäß Art. 39 Abs. 1 EU in einem bloßen Anhörungsrecht. Hier ist nicht einmal ansatzweise parlamentarische Kontrolle und ein demokratisches Gegengewicht erkennbar.

Ist dieses Demokratiedefizit auf europäischer Ebene schon evident, zeigen sich verstärkende Defizite bei der Umsetzung in nationales Recht. Hier geht es nicht im Entferntesten um das „Ob“ sondern höchstens noch um das „Wie“. Der deutsche Gesetzgeber hat sich beim ersten Gesetz zum Europäischen Haftbefehl noch nicht einmal die möglichen Einschränkungen vorbehalten, die der Rahmenbeschluss selbst vorsieht (Einschränkung des Verzichts auf beiderseitige Strafbarkeit, Normierung restriktiver Gründe, aus denen die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden kann, Restriktionen der Rückwirkung). Die Passivität des deutschen

<sup>14</sup> Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, S. 117, Braum, (Fn. 2), 689

Gesetzgebers hat den Staatsrechtler *Herdegen* im EU-Haftbefehlsverfahren vor dem BVerfG die Mahnung verlauten lassen, dass nur Deutschland den Eindruck erwecke, als wolle es alles vermeiden, was die Grundrechtssubstanz schone.<sup>15</sup>

Der deutsche Gesetzgeber befindet sich also in einem zweifachen Dilemma: Ist der Gestaltungsspielraum schon durch die europäische und nationale Exekutive stark beschränkt, würde der notwendig exzessive Gebrauch parlamentarischer Kontroll- und Gestaltungsmöglichkeiten gegen die Umsetzungspflicht von Maßnahmen des Rates der EU verstoßen (vgl. Art. 34 Abs. 2 lit. b EU) – mithin politisch und rein äußerlich das europäische Einheitsstreben konterkarieren. Von Parlamentariern wurde vor dem Bundesverfassungsgericht insofern nachvollziehbar beklagt, bei der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl in „normativer Unfreiheit“ gehandelt zu haben.<sup>16</sup>

Insgesamt kann man nach alledem die Missstände der parlamentarisch formellen Legitimation des Europäischen Haftbefehls als *Entleerung des Demokratieprinzips* bezeichnen.<sup>17</sup>

#### IV. Verletzung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EG)

Das Demokratiegebot (Art. 6 Abs. 1 EU) kann innerhalb der EU nur dann erfüllt werden, wenn der kleineren Einheit durch die ihr verbleibende Souveränität ausreichend Raum für die Mitgestaltung von Bürgerinnen und Bürgern gelassen wird. Das ist – wie gerade festgestellt – im Bereich der „Dritten Säule“ nicht der Fall. Das Subsidiaritätsprinzip (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG) kann das Demokratiegebot allein zwar nicht gewährleisten. Jenes nimmt primär die „bessere Zweckerreichung“ durch die untere Ebene in den Blick. Der Grundsatz der Subsidiarität steuert über diese aber zugleich die Kompetenz- und Aufgabenzuweisung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten – mit einer grundsätzlichen Präferenz für die untere Ebene. Die kleinere und damit bürgernähere soziale Einheit soll den Vorrang genießen. Der jeweils größere Verband tritt erst dann ein, wenn der kleinere bürgernähere nicht oder weniger wirk-

<sup>15</sup> FAZ vom 04.11.2005.

<sup>16</sup> Beleg bei Braum, (Fn. 2), 690 (Fn. 51).

<sup>17</sup> Braum, (Fn. 2), 690; Unger, (Fn. 10), 79-89 und Schönemann, (Fn. 11), 186.

sam zur Aufgabenbewältigung in der Lage ist.<sup>18</sup> Aus der Sicht des Verfassungsrichters *Broß* kann die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger an Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Zwecke der Strafverfolgung nur dann in Betracht kommen, wenn eine Verwirklichung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs durch die deutsche Justiz scheitern würde. Infolge des im deutschen StGB geltenden aktiven Personalitätsprinzips (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 StGB) können Strafbarkeitslücken schon deshalb nicht entstehen, weil im Ausland straffällige Deutsche auch im Inland verfolgt werden können. Bisher ist nicht ersichtlich, dass das dem Kriminaljustizsystem der Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stehende Strafverfolgungsinstrumentarium für diese Zwecke nicht ausreichend oder nicht hinreichend effektiv wäre.<sup>19</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber vor allem im Bereich der „Dritten Säule“, Beweise für den „Integrationsmehrwert“ von Gesetzgebungsvorhaben zu präsentieren. Im Gesetzgebungsverfahren ist bislang nicht der Nachweis angetreten worden, dass die Verfolgung im Ausland begangener Delikte von deutschen Staatsbürgern die Leistungsfähigkeit der Justiz von Bund und Ländern übersteigt und nur auf Unionsebene – durch Auslieferung – effektiv zu bewältigen ist.<sup>20</sup>

### **C. Normatives Mängelprofil des Entwurfs eines Europäischen Haftbefehlsgesetzes (E-EuHbG, BT-Drs. 16/544)**

Eine strikt rechtsstaatlich-europarechtliche Ausrichtung (Teil A.) und die prinzipiellen rechtsstaatlichen Bedenken gegen die derzeitige illegale europäische Strafrechtsentwicklung (Teil B.) machen eine *Kritik en detail* an dem dennoch stattfindenden Versuch, das Auslieferungsrecht maximaler Punitivität erneut zu verrechtlichen, eigentlich überflüssig. Die Alternativen, die sich dem deutschen Gesetzgeber allenfalls bieten, zielen auf eine mutige rechtsstaatliche Lösung unter Wahrung zentraler Strafrechtsprinzipien aus der europäischen Rechtsgeschichte. Nimmt er sie wahr?

<sup>18</sup> *Broß*, Abweichende Meinung zum Urteil des BVerfG vom 18.07.2005 (2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 ff.), Rz. 132-153 (Rz. 137).

<sup>19</sup> *Broß*, (Fn. 18), Rz. 141.

<sup>20</sup> *Broß*, (Fn. 18), Rz. 149.

## I. Erwartungen an den Gesetzgeber nach der Entscheidung des BVerfG vom 18. Juli 2005

Aus der Sicht eines rechtsstaatlichen Strafrechts war nach dem Nichtigkeitsurteil mit einer Neuregelung die Hoffnung verbunden, dass der Gesetzgeber rechtsstaatlich unverfügbare Schutzprinzipien in ein neues Europäisches Haftbefehlsgesetz einfügt. Einem rechtsstaatlichen Strafrecht angemessen wäre unter Wahrung des Prinzips der Strafgesetzlichkeit die Berücksichtigung des **Bestimmtheitsgebotes**, des **Rückwirkungsverbotes** und des **fair trial-Prinzips** (z. B. konsequentes rechtliches Gehör) (II.). Das BVerfG fordert in seinem Nichtigkeitsurteil konkret zweierlei: Gesetzlich bestimmte Auslieferungsvoraussetzungen als Ausdruck eines rechtsstaatlich erforderlichen – spezifischen – **Auslieferungsschutzes** (III., IV.) und einen **effektiven Rechtsschutz** (V.) im Rahmen des Auslieferungsverfahrens.

## II. Das Problem der Unbestimmtheit der Katalogtaten (Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss)

Das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) als Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips könnte als nicht berührt angesehen werden, da im Auslieferungsrecht keine Strafen verhandelt werden, sondern dieser Rechtsbereich Bestandteil des Strafverfahrens ist, für das das Bestimmtheitsgebot aus traditioneller Sicht keine Gültigkeit besitzt. Allerdings wäre diese Betrachtungsweise zu kurz gegriffen, da der EU-Rahmenbeschluss und das Haftbefehlsgesetz einen „*kontingenten Zwischenzustand des Strafrechts*“<sup>21</sup> darstellen. Diese neuartige **Verklammerung** von EU-Normen und innerstaatlichen Normen<sup>22</sup> zeigt eine neue Qualität von Strafrecht an, das nicht mehr dem Verfahrensrecht auf der einen oder dem materiellen Recht auf der anderen Seite zugewiesen werden kann.<sup>23</sup> Durch das Urteil des BVerfG wurde der von der Rechtshilfe Betroffene zudem vom Objekt zum Subjekt gemacht, was ebenso die neue Rechtsqualität verklammerter supra-nationaler und innerstaatlicher Normgebilde zum Ausdruck bringt. In diesem Zustand einer offenen Verfasstheit des Strafrechts darf man den Bürger der Europäischen Union nicht schutzlos stellen. Individu-

<sup>21</sup> Braum, (Fn. 2), 691.

<sup>22</sup> § 81 Nr. 4 E-IRG

<sup>23</sup> Albrecht/Braum, Kontingentes „Europäisches Strafrecht“ in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite, KritV 2001, 312 ff.

alrechtliche Prinzipien – das Bestimmtheitsgebot ebenso wie das Rückwirkungsverbot – müssen in einem rechtsstaatlichen Strafrecht in diesem normativ neuartigen Konglomerat ihre individualschützende Wirkung entfalten.

Art. 103 Abs. 2 GG muss damit einen unmittelbaren Schutzbereich für die im Rahmenbeschluss pauschal bezeichneten „Straftaten“ entfalten. Dabei handelt es sich nur bei einem geringen Teil der aufgeführten Deliktsbereiche um solche, die einer Strafnorm innerhalb des StGB eindeutig zugeordnet werden können, z.B. Geldfälschung, Vergewaltigung. Der größte Anteil wird indes durch unspezifische kriminologische Bezeichnungen gebildet, welche nur vage Oberbegriffe oder Umschreibungen für unterschiedliche Phänomene sind. Was sind z.B. „Sabotage“, „Betrugsdelikte“, „Rassismus“, „Cyberkriminalität“? All das sind literarische Begriffe, die mit dem Grundsatz der Bestimmtheit von Normen, die tief in Grundrechte eingreifen, nicht vereinbar sind. Dabei handelt es sich nicht um Normkataloge, sondern um Kataloge mit Schlagworten, die *Schünemann* zu Recht als „Karikatur einer rechtsstaatlichen Regelung“<sup>24</sup> bezeichnet.

Nimmt man beispielsweise den scheinbar präzisen Begriff der „vorsätzlichen Tötung“, wird schnell deutlich, welche Probleme auf die Bürger der EU darüber hinaus zukommen. Während in einigen Ländern der Suizid und die Teilnahme daran nicht strafbar sind, kommen z.B. Dänemark, England, Griechenland, Irland, Österreich und Portugal zur Strafbarkeit von Teilnahme am Suizid.<sup>25</sup> In vergleichbarer Weise divergieren in verschiedenen Mitgliedstaaten die strafrechtlichen Regelungen für die Bereiche Euthanasie/aktive Sterbehilfe und den Schwangerschaftsabbruch. Wird vor dem Hintergrund dieser Probleme das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit zugunsten des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung aufgegeben, wird schnell deutlich, dass hiermit den Bürgern der Bundesrepublik Deutschland das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot unter den Füßen weggezogen wird.

Man kann also unter der Perspektive der Verklammerung von EU-Rahmenbeschluss und nationalem Haftbefehlsgesetz nicht einwenden, dass Bestimmtheitsgebot nach deutscher Tradition habe auf EU-Ebene keine Gültigkeit beziehungsweise handele es sich beim deutschen Auslieferungsgesetz um Verfahrensrecht. Die neue Qualität

<sup>24</sup> *Schünemann*, (Fn. 11), 188.

<sup>25</sup> *Unger*, (Fn. 10), S. 109 mwN.

des „*kontingenten Zwischenzustands*“ der miteinander verklammerten Rechtsmaterien (RB/Art.2 + EuHbG) lässt unter rechtsstaatlicher Perspektive das Gesetzlichkeitsprinzip als verletzt ansehen.

Das betrifft im übrigen auch die wiederum **fehlende Rückwirkungs-Begrenzung**, die der Rahmenbeschluß in verfassungsrechtlich angemessener Form ermöglichen würde.

### III. **„Auslieferungsschutz als Freiheitsrecht“ (BVerfG): Fehlende konkret-normative Anhaltspunkte für die Verhältnismäßigkeitsprüfung**

Eine Auslieferung deutscher Staatsbürger bei reinen Inlandstaaten hat der Gesetzentwurf – dem BVerfG folgend – nunmehr ausgeschlossen. Folgerichtig differenziert der Entwurf einerseits zwischen **reinen Auslandsdelikten**, für die nach Maßgabe der Prüfung von Verhältnismäßigkeit Deutsche wie Ausländer an Drittstaaten ausgeliefert werden können. Bei sog. **Mischdelikten** andererseits (die Handlung findet ganz oder teilweise im Inland statt, der Erfolg ganz oder teilweise im Ausland) wird eine *Einzelfallabwägung* – auch nach Maßgabe gegenseitiger Strafbarkeit und Verhältnismäßigkeit – normiert (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3).

Nach wie vor lässt der neue Entwurf es offen, wie die aus der Staatsangehörigkeit abgeleitete Schutzpflicht konkret – d.h. justitiabel – zu definieren ist. Für Straftaten mit „*maßgeblichem Auslandsbezug*“ hat sich – für die gemäß der Verfassungsrechtsprechung selten übrig bleibenden Fälle – die Schutzpflicht auf eine rein deklaratorische Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne konkretes Prüfprogramm reduziert. Nach Auffassung des Verfassungsrichters *Broß* hat schon der Mehrheitssenat hier den Bürgerinnen und Bürgern Steine statt Brot gegeben. Diese Steine transportiert auch der neue Gesetzentwurf.

Gesetzestechnisch befremdet die nicht eindeutige Abgrenzungssystematik. § 80 Abs. 2 unterfallen Mischdelikte, die weder einen „*maßgeblichen Bezug*“ zum ersuchenden Staat (§ 80 Abs. 1 Nr. 2) noch einen „*maßgeblichen Bezug*“ zum Inland (§ 80 Abs. 2 Nr. 2) haben. Laienhaft könnte man aufgrund dieser Systematik annehmen, dieser Art Delikte (wenn sie denn überhaupt zuweisbar sind) finden im Niemandsland oder

in Drittstaaten statt. Die Entwurfsbegründung stellt aber offensichtlich auf „Mischfälle“ ab, wonach Handlung und Erfolg gleichermaßen in- und ausländische „Bezüge“ haben können (sogenannte Distanzdelikte), ohne dass diese aber „maßgebliche“ Schwerpunkte haben sollen. Schon gedanklich, aber auch praktisch ist kaum vorstellbar, dass Tatbezüge weder im In- noch im Ausland „maßgebliche Bezüge“ haben. Der Rechtsanwender muss prozentual das Verhältnis 50 zu 50 ermitteln, andernfalls kommt § 80 Abs. 1 in Betracht (= Auslieferung ohne Einzelfallabwägung) bzw. es liegt ein privilegiertes Inlandsdelikt vor (= Auslieferung untersagt). Eine nicht herstellbare Genauigkeit – also eine Scheingenauigkeit – soll zukünftig über die Realisierung des verfassungsrechtlich zugesprochenen Freiheitsschutzes entscheiden.

Anstatt klare normative Kriterien für die angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung des Einzelfalles vorzugeben, hat der Entwurf lediglich den Text des Gerichtsurteils eingefügt.<sup>26</sup> Das Gericht fordert in diesen Passagen durch den Gesetzgeber zu schaffende Normmerkmale des „*Gewichts des Tatvorwurfs*“ und der „*praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung*“. Was „*grundrechtlich geschützte Interessen des Verfolgten*“ sind, hätte man in einem handwerklich angemessenen Entwurf operationalisieren müssen. Hierfür lediglich den Urteilstext in das Gesetz 1 : 1 einzufügen, lässt eher den Eindruck von trotziger Reaktion eines zu-rechtgewiesenen Exekutivorgans als sachgerechte Produktion von Gesetzestexten entstehen. Der Rechtspraxis wird damit eine erhebliche Verantwortung zugewiesen, der die Oberlandesgerichte im Rahmen von Ermessensüberprüfungen der Exekutive nur schwer werden gerecht werden können.

Unbestimmt bleibt im Entwurf auch, was überhaupt Fälle mit „maßgeblichem Auslandsbezug“ sind. Es bleibt zudem fraglich, was ein „typisch grenzüberschreitender Charakter“, der den Auslandsbezug einer Tat begründen soll, ist. Es ist weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Begründung zu entnehmen, ob das Merkmal des grenzüberschreitenden Charakters abstrakt (also deliktstypisch) oder am konkreten Einzelfall zu bestimmen ist. Gleiches gilt für die Voraussetzung der „Schwere der Tat“. Soll das anhand des Strafrahmens, anhand des Tatbeitrags des Verfolgten oder

<sup>26</sup> Vgl. § 80 Abs. 1 und Abs. 2 des Entwurfs und BVerfG, (Fn. 17), Rz. 87.

einer Gesamtschau bestimmt werden? Sollen inländische Maßstäbe oder die des ersuchenden Staates heranzuziehen sein?<sup>27</sup> Zu alledem schweigt der Entwurf.

#### IV. Rücküberstellung zum Strafvollzug im Inland

Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil die bloße „Zusage“ eines EU-Mitgliedstaates für die Rücküberstellung zur Vollstreckung einer verhängten freiheitsentziehenden Sanktion als nicht hinreichend angesehen<sup>28</sup>. Gleichwohl begegnet der Entwurf dieser Kritik nicht. Es reicht dem Entwurf das „gesicherte Anbieten“ eines Mitgliedstaates, einen Verfolgten zurück zu überstellen. Damit will er dem inländischen Resozialisierungsgebot gerecht werden. Der schlichte Hinweis auf einen in Aussicht gestellten Rahmenbeschluss der EU, der hierzu Rechtssicherheit erwarten lasse, ist vor dem Hintergrund des verfassungsgerichtlichen Judikats nicht hinnehmbar.

Es ist ferner im Entwurf unberücksichtigt geblieben, dass eine inländische Vollstreckung einer im Ausland verhängten Strafe für Delikte, die in Deutschland nicht strafbar sind, zur innerstaatlichen Rechtsordnung in einem unaufhebbaren rechtsstaatlichen Widerspruch steht. Auch hierzu verhält sich die Entwurfsbegründung nur insoweit, als für diese verfassungsrechtliche Problematik in dem abermals in Aussicht gestellten Rahmenbeschluss zur Vollstreckungshilfe eine Lösung erhofft wird. Eine derartige Argumentation in einem deutschen Gesetzgebungsverfahren bestätigt die in den vorangestellten Abschnitten (vergleiche oben Teil A. und B.) getroffene Feststellung der **Kapitulation der deutschen Gesetzgebung** in der europäischen Strafrechtsentwicklung.

<sup>27</sup> Unger, *Alter Wein in neuen Schläuchen: Stete Legitimationsdefizite in der Neuauflage des Europäischen Haftbefehlsgesetzes*, in: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 100. Band des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 2006

<sup>28</sup> BVerfG (Fußnote 18), Rz 100.

## V. Reduktion des Rechtsschutzes auf Ermessensfehler bei der Prüfung des Bewilligungsentscheides (Art. 19 Abs. 4 GG)

Die Anerkennung des Rechtsschutzes im Auslieferungsverfahren stellt sich – nach Maßgabe des Urteils des BVerfG – als grundsätzlicher Fortschritt dar. Den von der Rechtshilfe Betroffenen wurde durch die Möglichkeit der Überprüfung der exekutiven „vorläufigen“ Bewilligungsentscheidung Rechtsschutz eingeräumt. Eine neu einzurichtende Vorbewilligung ist nunmehr zu begründen und soll zukünftig – zusammen mit der Zulässigkeitsentscheidung – nach § 29 IRG der Überprüfung durch das Oberlandesgericht unterliegen.

Es liegt auf der Hand, dass mit dieser Verfahrensweise Rechtsschutz jedoch nur eingeschränkt gewährt wird. Bei der nunmehr normierten Verfahrensweise hätte der Entwurf das Bewilligungsverfahren besser ganz entfallen lassen können.<sup>29</sup> Dann hätten die Oberlandesgerichte eine eigene Überprüfungscompetenz, wobei der Regelungsentwurf ihnen gegenüber der Exekutive lediglich eine Ermessenskontrolle einräumt. Dem Verfolgten steht damit im Grunde nur ein Richtervorbehalt zu, aber kein angemessener Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Angesichts des weiten Ermessens der Bewilligungsbehörde steht dem Gericht keine eigene Sachentscheidungskompetenz zu. Es steht zu befürchten, dass der Entwurf insofern nur einen schwachen, aber keinen effektiven Rechtsschutz gewähren will: Das Oberlandesgericht hat nach der Entwurfsbegründung das sehr weite Ermessen der Bewilligungsbehörde zu berücksichtigen. Deren Entscheidung stelle „im Kern immer noch eine außenpolitische Entscheidung der Bundesrepublik dar, die inhaltlich nur sehr eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist“.<sup>30</sup> Der vom BVerfG intendierte Rechtsschutz ist durch den Entwurf also nur eingeschränkt eingeräumt worden.

Das betrifft zugleich die vom BVerfG mit der staatsanwaltschaftlichen Einleitung von Ermittlungsverfahren intendierte „*zusätzliche individualrechtsschützende Funktion*, die bei der innerstaatlichen Umsetzung des Rahmenbeschlusses hätte beachtet werden müssen“.<sup>31</sup> Der Entwurf verweist lapidar auf die **Kann-Bestimmung** des § 83b Nr. 1 E-IRG, wonach die Führung eines Ermittlungsverfahrens keineswegs zwingend

<sup>29</sup> so auch *Unger*, (Fn. 27).

<sup>30</sup> BT-Drs. 16/544, S. 31.

<sup>31</sup> BVerfG, (Fn. 18), Rz. 95.

zur Unzulässigkeit der Auslieferung führe.<sup>32</sup> Die individualrechtsschützende Funktion eines eingeleiteten Ermittlungsverfahrens ist also eine rein deklaratorische. Der Rahmenbeschluss würde weitaus mehr ermöglichen.

## **VI. Rückschritt bei der Gleichstellung im Inland wohnender Ausländer**

Gegenüber dem nichtigen Haftbefehlsgesetz verschlechtert der Entwurf ohne verfassungsgerichtliche Vorgabe die Situation der deutschen Staatsbürgern gleichgestellten Ausländer, die in Deutschland leben.

Der Grund für die rechtliche Verschlechterung wird darin gesehen, dass sich die normative Ausgestaltung im Haftbefehlsgesetz von 2004 nicht bewährt habe, da die Ermittlung konkreter Lebensverhältnisse in der Praxis zu zahlreichen Schwierigkeiten geführt habe und erheblicher Ermittlungsaufwand die Folge gewesen sei. Deshalb sollen in Zukunft nur noch Lebensgemeinschaften ausländischer Bewohner privilegiert sein, die vom Schutz des Art. 6 GG (Ehe und Familie) und vom Lebenspartnerschaftsgesetz erfasst sind. Dagegen sollen nichteheliche Lebensgemeinschaften oder nicht eingetragene Lebenspartnerschaften in Zukunft nicht mehr unter die gesetzlichen Privilegien fallen. Eine tatsächliche Verbundenheit mit inländischen Lebensverhältnissen soll in Zukunft keine Rolle mehr spielen, nur noch formalrechtlich gesicherte Verhältnisse werden den Rechten deutscher Staatsbürger gleichgestellt.

Diese Verschlechterung von im Inland lebenden Ausländern ist rechts- und sozialstaatlich unvertretbar. Das Haftbefehlsgesetz opfert einerseits dem abstrakten formalen Einheitsstreben der EU zentrale rechtsstaatliche Prinzipien der deutschen Rechtsordnung, fällt aber andererseits in nationalstaatlich überkommene Traditionen einer Integrationsfeindlichkeit zurück – sobald es konkret wird. Diese Widersprüchlichkeit ist nicht vermittelbar.

Die Entwurfsbegründung stellt allein auf die Ermittlungsschwierigkeiten ab, ohne dies in concreto zu belegen. Aber auch, wenn das so ist, wird dadurch der in Deutschland lebende Ausländer, der keine formellen Partnerbindungen nachweist, aufgrund exekutiver Ermittlungsschwierigkeiten zum Objekt degradiert (Würde-Verstoß/Art. 1 GG),

---

<sup>32</sup> BT-Drs. 16/544, S. 39.

was im übrigen gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstößt, und auch unter dem Gesichtspunkt der Ungleichbehandlung gleicher Lebensverhältnisse verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist.



## OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE

1. Strafsenat

**RIOLG Klaus Michael Böhm**

Hoffstrasse 10, 76133 Karlsruhe

Tel.: 0721/926 2707 oder 0160 - 901 25 803 (Handy)

e-mail: Boehm@olgkarlsruhe.justiz.bwl.de

Oberlandesgericht • Hoffstraße 10 • 76133 Karlsruhe

Heidelberg/Karlsruhe, den 28. März 2006

## Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz - EuHbG) anlässlich der Sachverständigenanhörung beim Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 05.04.2006 in Berlin.

- BT-Drs.16/544 -

### I. Allgemeines

Mit Urteil vom 18.07.2005 hat das BVerfG<sup>1</sup> das zum 23.08.2004 in Kraft getretene EuHbG vom 21.07.2004 auch bezüglich Ausländern für nichtig erklärt und hierdurch ohne verfassungsrechtliche Not erheblich in eine wegen der aufgetretenen Haftverkürzungseffekte rechtsstaatlich begrüßenswerte neue Auslieferungspraxis mit den Staaten der Europäischen Union eingegriffen<sup>2</sup>.

Mit der vorliegenden Stellungnahme soll nicht nur im Lichte dieses Verdikts auf den von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD am 07.02.2006 eingebrachten Gesetzentwurf<sup>3</sup> sowie die hierzu ergangenen Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates vom 24.02.2006<sup>4</sup> eingegangen, sondern aus forensischer Sicht auch auf aufgetretene Schwachstellen des Gesetzes hingewiesen werden. Insgesamt ist aber - von den Beanstandungen des BVerfG abgesehen - festzustellen, dass bereits dem EuHbG vom 21.07.2004 trotz vielfacher Kritik

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2005, 2289 ff. – hier im weiteren zitiert nach Randnummern der Originalentscheidung

<sup>2</sup> vgl. hierzu näher Böhm NJW 2005, 2588 ff.; vgl. auch Hackner NStZ 2005, 311 ff.

<sup>3</sup> BT-Drs. 16/544

<sup>4</sup> BR-Drs. 70/1/06

aus der Wissenschaft<sup>5</sup> der Spagat zwischen der angestrebten Beschleunigung des Auslieferungsverkehrs und der Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze gelungen ist. Die festzustellende Straffung<sup>6</sup> ist verfahrensrechtlich neben dem strengen Fristenregime bei der Überstellung von Verfolgten (§ 83 c IRG-E) vorwiegend darauf zurückzuführen, dass bereits das Vorliegen eines Europäischen Haftbefehls (§ 83 a Abs. 1 IRG-E) oder eines Fahndungsersuchens im Schengener Informationssystem (§ 83 a Abs. 2 IRG-E) zum Erlass eines Auslieferungshaftbefehls genügt und es der Vorlage der in Art. 12 EuAIÜbk angeführten herkömmlichen Unterlagen<sup>7</sup> und des Erlasses einer vorläufigen Haftanordnung<sup>8</sup> nicht mehr bedarf. Reicht eine solche Ausschreibung zur Beurteilung der Zulässigkeit des Ersuchens nicht aus, so ist es dem zur Entscheidung berufenen Oberlandesgericht weiterhin möglich<sup>9</sup>, beim ersuchenden Staat die vollständigen Auslieferungsunterlagen anzufordern, weshalb allein die verfahrensrechtliche Erleichterung nicht zu einer grundlegenden Einschränkung von Rechten führt.

Daneben trägt aber auch die Reduzierung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes, insbesondere der weitgehende Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit<sup>10</sup>, zur Beschleunigung bei. Die in der Wissenschaft hieran und an der Unbestimmtheit der in Art. 2 Abs. 2 RbEuHb i.V.m. § 81 Nr. 4 IRG-E angeführten Deliktgruppen geäußerte Kritik<sup>11</sup> gibt zu keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken Anlass, weil nicht die Ahndung einer im Inland begangenen Straftat in Rede steht, sondern eine ausländische Strafverfolgung unterstützt werden soll<sup>12</sup>. Allerdings leidet der auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Justizentscheidungen<sup>13</sup> beruhende Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit daran, dass weder das europäische

<sup>5</sup> vgl. hierzu Schünemann StV 2003, 532 ff.; Lagodny StV 2005, 515 ff.

<sup>6</sup> Verkürzung der durchschnittlichen Verfahrensdauer von neun Monaten auf 43 Tage, vgl. BT-Drs. 16/544, Seite 26

<sup>7</sup> hierzu gehört vor allem die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift des Haftbefehls oder des Urteils sowie die Mitteilung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen im Wortlaut

<sup>8</sup> der Erlass eines solchen auf 40-Tage befristeten vorläufigen Auslieferungshaftbefehls ist ohne Vorlage der Auslieferungsunterlagen schon aufgrund eines polizeilichen Fahndungsersuchens möglich, Art. 16 EuAIÜbk, § 16 IRG

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe StV 2005, 402

<sup>10</sup> daneben ist vor allem noch der weitgehende Verzicht auf die Prüfung der Einhaltung des Grundsatzes der Spezialität und der inländischen Verjährung zu nennen

<sup>11</sup> vgl. hierzu Böhm NJW 2005, 2590

<sup>12</sup> OLG Stuttgart StV 2005, 144 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> vgl. hierzu näher Jeckewitz GA 2005, 625 ff.; Braum GA 2005, 681 ff.

Strafrecht noch das Verfahrensrecht zureichend harmonisiert sind und deshalb durch den RbEuHb und ihm folgend § 81 Nr. 4 IRG-E anders als im Warenverkehr keine innerstaatlichen „Freiheiten“, sondern „Unfreiheiten“ gegenseitig anerkannt werden<sup>14</sup>. Dieser grundsätzliche „Webfehler“ einer auf Zusammenwachsen angelegten Wertegemeinschaft hat jedoch wenig praktische Relevanz, weil ein Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit nur selten festzustellen ist. Auch hat die Rechtsprechung das in Art. 2 Abs. 2 RbEuHb enthaltene Postulat der Bestimmung einer „Listentat“ allein durch den ersuchenden Staat nicht vollumfänglich umgesetzt und im Sinn einer Schlüssigkeitsprüfung bereits den Fall einer offensichtlich fehlerhaften Bezeichnung ausgenommen<sup>15</sup>.

Neben der Auslieferung eigener Staatsangehöriger bereiten in der forensischen Praxis vor allem Abwesenheitsurteile erhebliche Probleme, führen wegen der Notwendigkeit von Nachfragen zu erheblichen Dilationen und zeigen die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Mitgliedstaaten an die Gewährung rechtlichen Gehörs auf. Gleichwohl stellt die in Art. 5 Nr. 1 RbEuHb getroffene und in § 83 Nr. 3 IRG-E erneut vorgesehene Regelung einen Meilenstein der Rechtsstaatlichkeit dar. Danach ist bei Abwesenheitsurteilen eine Auslieferung - von der Möglichkeit der Gewährung eines Nachverfahrens abgesehen - grundsätzlich nur zulässig, wenn der Verfolgte zu dem Termin zur Hauptverhandlung geladen oder auf andere Weise hiervon unterrichtet wurde. Auf diese rechtsstaatlichen Mindeststandards ist nicht zu verzichten<sup>16</sup>. Vielmehr sollte auf Ebene der Mitgliedstaaten, etwa durch Einberufung einer Kommission oder über EUROJUST, auf eine Harmonisierung<sup>17</sup> der in Art. 5 Nr. 1 RbEuHb vorgesehenen Kriterien hingewirkt werden.

Das EuHbG vom 21.07.2004 hat aber nicht nur zu einer Beschleunigung des Auslieferungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch zu einer Zunahme der Eingänge geführt. So ist etwa die Anzahl der beim Oberlan-

<sup>14</sup> vgl. auch BVerfG, Rn.122

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2005, 4 Ausl. 68/03; vgl. auch OLG Karlsruhe StraFo 2005, 166 f. (SIS-Ausschreibung)

<sup>16</sup> so aber die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates vom 24.02.2006, vgl. BR-Drs. 70/1/06, Seite 9 f.

<sup>17</sup> anders als nach deutschem Recht (vgl. hierzu OLG Karlsruhe StV 2004, 547 ff.) ist es in anderen Rechtsordnungen teilweise nicht erforderlich, dass der Verfolgte sichere Kenntnis von dem Termin zur Hauptverhandlung hat, vielfach reicht bereits die Zustellung einer Ladung durch Niederlegung an einem früheren Wohnsitz oder durch Übergabe an Dritte aus

desgericht Karlsruhe anhängigen Verfahren von durchschnittlich 37 Vorgängen in den Jahren 2000 bis 2004 im Jahre 2005 auf 60 und damit um beinahe 70% angestiegen. Dabei ist zu vermerken, dass zunehmend auch um Auslieferung wegen Delikten ersucht wird, welche nach deutschem Strafrecht entweder überhaupt nicht zu einer Ahndung durch eine Freiheitsstrafe oder jedenfalls zu einer wesentlich niedrigeren Sanktion führen würden. Teilweise müssen Androhungen sogar als unverhältnismäßig angesehen werden, wie etwa bei Europäischen Haftbefehlen aus Polen wegen des Vorwurfs eines Betruges in Höhe von 200 Euro oder aus Portugal wegen Besitzes von einem Gramm Heroin bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von sieben Jahren. Der Grund für diese Veränderung ist nicht nur in dem erleichterten und unmittelbar zwischen den Justizbehörden abzuwickelnden Auslieferungsverkehr zu suchen, sondern hat seine Ursache auch darin, dass ein Europäischer Haftbefehl derzeit verfahrensrechtlich leichter erwirkt werden kann, als einem Verdächtigen amtliche Schriftstücke auf dem Rechtshilfegeweg zuzustellen. Neben rechtspolitischen Maßnahmen ist insoweit eine Ergänzung des § 73 IRG-E geboten (vgl. unten III.).

## **II. Zum Gesetzentwurf - Grundsätzliches**

Der Gesetzentwurf wird den Vorgaben des BVerfG im Urteil vom 18.07.2005 weitgehend gerecht, einzelne Vorschriften sollten jedoch überdacht werden.

### **1. Die Auslieferung Deutscher**

Im Gegensatz zu Ausländern können bei Deutschen Auslandsstraftaten grundsätzlich im Inland verfolgt werden (§ 7 Abs. 1 StGB, § 1 VStGB), weshalb es nicht in jedem Fall der Auslieferung zur Wahrung des Strafverfolgungsinteresses bedarf. Die forensischen Erfahrungen mit dem EuHbG vom 21.07.2004 haben jedoch gezeigt, dass vielfach berechnete Belange eigener Staatsangehöriger im gerichtlichen Zulässigkeitsverfahren nicht berücksichtigt werden konnten und die Bewilligungsbehörde außenpolitischen Aspekten den Vorrang eingeräumt hat. So erscheint durchaus zweifelhaft, ob die Überstellung von blinden oder nachweislich suizidgefährdeten Deutschen<sup>18</sup> in für sie fremde Rechtsordnungen wirklich erforderlich ist, wenn das Strafverfolgungsinteresse dies nicht gebietet. Zu Recht hat das BVerfG im Urteil vom 18.07.2005 deshalb

---

<sup>18</sup> mit einer Wiederaufnahme der beim OLG Karlsruhe anhängig gewesenen Verfahren ist zu rechnen

darauf hingewiesen, dass sich aus der Staatsangehörigkeit eine besondere Schutzverpflichtung des Staates<sup>19</sup> begründet und der Gesetzgeber jedenfalls die im Rahmenbeschluss vorgesehenen Umsetzungsspielräume in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen hat<sup>20</sup>.

Solche schutzwürdigen Belange Deutscher können auch bei Straftaten mit maßgeblichem Auslandsbezug auftreten, weshalb § 80 IRG-E durch eine Verhältnismäßigkeitsklausel ergänzt werden sollte<sup>21</sup>. Auch würde es Art. 4 Nr. 7 RbEuHb ermöglichen, die Auslieferung Deutscher grundsätzlich vom Vorliegen der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig zu machen<sup>22</sup>. Schließlich ist rechtspolitisch zu bedenken, dass Art. 32 RbEuHb dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit der Ausscheidung von Altfällen einräumt<sup>23</sup>. Zwar dürfte nach den Ausführungen des BVerfG bei Straftaten mit maßgeblichem Auslandsbezug eine Kollision mit dem sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Rückwirkungsverbot ausscheiden<sup>24</sup>, gleichwohl sollte im Sinne einer Rechtsklarheit<sup>25</sup> dem Vertrauensschutz deutscher Staatsgehöriger Rechnung getragen und zumindest bei „Mischfällen“ (§ 80 Abs. 2 IRG-E) die Möglichkeit der Überstellung erst für den Zeitraum ab Änderung des Grundgesetzes am 29.11.2000<sup>26</sup> vorgesehen werden.

## 2. Die Anfechtbarkeit von Bewilligungsentscheidungen

Das BVerfG hat die in § 74 b IRG i.d.F.v. 21.07.2004 enthaltene und historisch bedingte Nichtanfechtbarkeit von Bewilligungsentscheidungen als verfassungswidrig angesehen, weil das Europäische Haftbefehlsgesetz das Bewilligungsverfahren in § 83 b IRG i.d.F.v. 21.07.2004 um dem Schutz der Verfolgten

<sup>19</sup> BVerfG, Rn. 87 f.,

<sup>20</sup> BVerfG, Rn. 80 ff, 83,90, 94

<sup>21</sup> Zur Fassung einer entsprechenden Vorschrift, vgl. den unter Rn. 61 angeführten Formulierungsvorschlag (Fettdruck)

<sup>22</sup> zur Fassung, vgl. Rn. 61 (Fettdruck)

<sup>23</sup> vgl. hierzu BT-Drs. 15/1718 Seite 26,28 f., 31; Bubnoff, EuhbG, 2005, S. 76

<sup>24</sup> BVerfG, Rn. 98 a.E.

<sup>25</sup> So liegt etwa in einem beim OLG Karlsruhe anhängigen Verfahren einem deutschen Staatsangehörigen die Zugehörigkeit zu einer die Hinterziehung von Mehrwertsteuer in Polen planenden Verbrechensgruppe im Jahr 1998 zur Last. Da eine entsprechende Verbrechensverabredung im Inland erst seit 1.10.2002 strafbar ist (§ 30 Abs. 2 StGB i.V.m. § 370 a AO), stellt sich neben der Frage der Rückwirkung auch das Problem der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit

<sup>26</sup> Bis zur Einführung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG war ein deutscher Staatsangehöriger aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich vor einer Auslieferung geschützt

dienende Ermessenstatbestände erweitert hat<sup>27</sup>. Hierdurch wurde zumindest eine durch Gesetz begründete und damit gerichtlich überprüfbare Rechtsposition geschaffen<sup>28</sup>. Die nach Art. 19 Abs. 4 GG damit zu erfolgende Gewährleistung rechtlichen Gehörs kann entweder, wie in § 79 Abs. 2, 3 IRG-E vorgesehen, durch eine gerichtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung (sog. Bewilligungs- oder Ermessenslösung<sup>29</sup>) oder durch Vorverlagerung in das Zulässigkeitsverfahren<sup>30</sup> (sog. Zulässigkeitslösung) erfolgen. Beide Wege sind verfassungsrechtlich unbedenklich, unterscheiden sich jedoch durch die Intensität des hierbei gewährten Rechtsschutzes.

- a. Die in § 79 Abs. 2 IRG-E vorgesehene Vorabentscheidung der Bewilligungsbehörde, keine Hindernisse nach § 83 b IRG-E geltend zu machen, kann vom Oberlandesgericht letztendlich nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern hin überprüft werden. Hierzu gehört vor allem die vollständige Abwägung der in Betracht kommenden Belange, was im Hinblick auf etwaige Begründungsmängel wegen des strengen Fristenregime des § 83 c IRG-E zu verfahrensrechtlichen Bedenken Anlass gibt. Kommt eine mögliche Sperre nach § 83 b IRG-E in Betracht, so spricht vieles dafür, dass sich die zu erstellende Erklärung nicht auf diesen Grund beschränken darf, sondern in die Abwägung auch andere Aspekte mit einbezogen werden müssen. So muss etwa die Begründung auch auf eine schwere Erkrankung des Verfolgten eingehen, wenn dieser trotz Einstellung eines im Inland gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren mangels Tatverdachts (§ 83 b Nr. 2 IRG-E) ausgeliefert werden soll. Auch ist zu sehen, dass eine gerichtliche Korrektur der von der Generalstaatsanwaltschaft zu treffenden Bewilligungsentscheidung nur in den im Auslieferungsrecht äußerst selten vorkommenden Fällen einer „Ermessensreduzierung auf Null“<sup>31</sup> möglich wäre.

---

<sup>27</sup> BVerfG, Rn. 110 ff.

<sup>28</sup> BVerfG, Rn. 105

<sup>29</sup> BVerfG, Rn. 112 ff.

<sup>30</sup> Böhm NJW 2005, 2589; vgl. auch vgl. BT-Drs. 16/544, Seite 30

<sup>31</sup> vgl. hierzu Grützner/Pötz-Vogel, IRG, vor § 1 Rn. 106, 138; BGHSt 34, 256 ff.

b. Eine teilweise Vorverlagerung<sup>32</sup> der sich vorwiegend aus Art. 4 RbEuHb ergebenden Versagungsgründe in das Zulässigkeitsverfahren würde demgegenüber zu einer rechtstechnisch klaren Regelung führen, weil subjektive öffentliche Rechte des Verfolgten, wie auch die Regelung des § 80 Abs. 2 Satz 4 IRG-E zeigt, im Auslieferungsrecht grundsätzlich im gerichtlichen Verfahren geprüft werden. Hinzu kommt, dass eine solche Lösung auch im Einklang mit dem Rahmenbeschluss steht, welcher die Ersetzung des herkömmlichen Auslieferungsverkehrs durch ein (rein) justizielles Verfahren vorsieht (vgl. Einl. Nr. 5 RbEuHb: System der Übergabe zwischen Justizbehörden). Auch sind in der forensischen Praxis die in § 83 b IRG-E aufgeführten Kriterien bei Ausländern eher selten, wohingegen bei eigenen Staatsangehörigen wegen der grundsätzlichen Geltung des deutschen Strafrechts (§ 7 Abs.1 StGB, § 1 VStG) jedenfalls die in § 83 b Nrn.1,2 IRG-E aufgeführten Ablehnungsmöglichkeiten<sup>33</sup> der „inländischen Strafverfolgung“ stets zu beachten sind. Insoweit würde die „Zulässigkeitslösung“ auch bei einer eher restriktiven Gesetzesfassung<sup>34</sup> einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. Einl. Nr. 8 RbEuHb) eröffnen und könnte im Lichte der Entscheidung vom 18.07.2005 der vielfach geäußerten Besorgnis unberechtigter Mehrfachverfolgung und „Durchsetzung des punitivsten Strafrechts innerhalb Europas“ entgegenwirken. Bei lediglich außenpolitischer Betroffenheit<sup>35</sup> verbliebe die Entscheidung ohne zwingende Notwendigkeit einer Kodifikation bei der Bewilligungsbehörde. Die Abweichung vom herkömmlichen Auslieferungsverfahren rechtfertigt sich verfassungsrechtlich unbedenklich aus der im RbEuHb vorgesehenen weitgehenden Verrechtlichung und der grundsätzlichen Pflicht zur Überstellung (§ 79 Abs. 1 IRG-E).

<sup>32</sup> bei dem in § 83 b Nr. 4 IRG-E angeführten fakultativen Bewilligungshindernis der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe handelt es sich ohnehin bereits um ein Auslieferungshindernis, weil es zu den elementaren und auch im vertraglichen Auslieferungsverkehr zu beachtenden rechtsstaatlichen Anforderungen der Menschenwürde gehört, dass der Verfolgte bei Verhängung einer lebenslangen oder langjährigen Freiheitsstrafe grundsätzlich die konkrete und auch realisierbare Chance haben muss, deutlich vor Vollstreckungsende wieder in die Freiheit zurückzukehren; ebenso Grützner/Pötz-Böse, IRG, § 83 b Rn. 9, vgl. auch BVerfGE 45, 187 ff.; OLG Stuttgart StV 2001, 198 f.

<sup>33</sup> allerdings begründet weder die Einleitung oder die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens noch dessen Einstellung ein Auslieferungshindernis, vgl. OLG Braunschweig NJW 2005, 1138; OLG Karlsruhe StV 2005, 32

<sup>34</sup> den in § 83 b Nr. 1,2, 4, 5 aufgeführten Fallgruppen könnte folgender Nachsatz angefügt werden:

„... **und bei Abwägung der widerstreitenden Belange das Interesse des Verfolgten an seiner Nichtauslieferung das Strafverfolgungsinteresse des ersuchenden Staates deutlich überwiegt**

<sup>35</sup> hierzu dürfte vor allem die Regelung des § 83 b Nr. 3 IRG-E gehören

### III. Zu den einzelnen Vorschriften

#### § 1 Abs. 4 Satz 2 IRG-E

Auf die Regelung sollte verzichtet werden. Das hierin verankerte Meistbegünstigungsprinzip<sup>36</sup> besagt, dass zwar die Vorschriften des achten Teils des IRG anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen (§ 1 Abs. 3 IRG) vorgehen, diese jedoch hilfsweise anwendbar bleiben, „soweit sie die Möglichkeit bieten, über die Ziele des Europäischen Haftbefehls hinauszugehen, zu einer Vereinfachung und Erleichterung der Verfahren beitragen und der betreffende Mitgliedsstaat sie ebenfalls anwendet“<sup>37</sup>. Danach wären eingehende Auslieferungersuchen innerhalb der Europäischen Union grundsätzlich mehrstufig zu prüfen, um dadurch eine „möglichst auslieferungsfreundliche Unterstützung ausländischer Strafverfahren“ zu erreichen. Scheidet eine Erledigung nach dem achten Teil des IRG mangels Zulässigkeit aus, so könnte hiernach ergänzend auf bestehende völkerrechtliche Vereinbarungen zurückgegriffen werden<sup>38</sup>. Bei konsequenter Anwendung dieses Prinzips würden aber wesentliche Teile des EuHbG zu inhaltsleeren Floskeln verkümmern und letztendlich leer laufen, was vom Gesetzgeber so nicht gewollt sein kann. So wäre etwa die gesetzliche Neuregelung der Auslieferung sog. gleichgestellter Ausländer, welche etwa zur Strafvollstreckung nur mit ihrem Einverständnis (§ 80 Abs. 3,4 IRG-E) und zur Strafverfolgung nur bei Rücküberstellung (§ 80 Abs. 1,4 IRG-E) ausgeliefert werden dürfen, im Ergebnis bedeutungslos, da das EuAIÜbk solche Schranken nicht kennt.

Zu Recht hat die Rechtsprechung deshalb die Neuregelung als abschließend angesehen und eine ergänzende Anwendung des EuAIÜbk in solchen Fällen abgelehnt<sup>39</sup>. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint die Norm nicht unbedenklich, da die entsprechenden Vorschriften (§§ 80, 83 Nr. 3 IRG) subjektive öffentliche Rechte des Verfolgten begründen, die nicht durch

<sup>36</sup> vgl. hierzu krit. Hackner NSTZ 2005, 311 f.

<sup>37</sup> Schreiben des BMJ vom 14.09.2004 an die Generalstaatsanwaltschaft Celle zu Az. II B 6 - 9351 E - 7 C 654/2004 unter Zitierung der von der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 31 RbEuHb gegenüber dem Rat und der Kommission der Europäischen Union abgegebenen Erklärung

<sup>38</sup> BT-Drs. 15/1718 Seite 14 f.

<sup>39</sup> OLG Celle StraFo 2005, 36 f. (Strafvollstreckung); OLG Karlsruhe NJW 2005, 838 f. (Strafverfolgung); OLG Karlsruhe StV 2004, 547 f. (Fluchtfall); KG, Beschluss vom 20.12.2004, 4 Ausl 766/02 (Fluchtfall, Vorlagebeschluss)

ergänzende Heranziehung anderer Bestimmungen unterlaufen werden dürfen<sup>40</sup>. Auch der RbEuHb gebietet eine solche Handhabung nicht, weil er grundsätzlich von einer „Ersetzung“ anderer völkerrechtlicher Vereinbarungen ausgeht (Art. 32 Abs.1 RbEuHb).

#### **§ 40 Abs. 2 Nr. 1 IRG-E**

Auf die Vorschrift kann entsprechend der Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates<sup>41</sup> mangels praktischer Relevanz verzichtet werden.

#### **§ 41 IRG-E**

Die Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung hat weitreichende Konsequenzen. Der Verfolgte kann eine solche unwiderrufliche Erklärung bereits unmittelbar nach seiner Festnahme bei der ersten Anhörung vor einem Richter abgeben. In diesem Stadium werden die zumeist Rechtsunkundigen nur selten durch einen Rechtsbeistand vertreten. Es erscheint deshalb geboten, deutsche Staatsangehörige ausdrücklich über die ihnen verfassungsrechtlich gewährten besonderen Schutzrechte aus § 80 IRG-E zu belehren. Dies gilt auch für gleichgestellte Ausländer. Der bereits in § 80 Abs. 3 Satz 1,2 IRG-E für den Bereich der Strafvollstreckung verankerte Hinweis sollte ausgedehnt werden<sup>42</sup>. Dies steht auch im Einklang mit den Vereinbarungen der Mitgliedstaaten im Rahmenbeschluss, weil dieser eine Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Folgen vorsieht (Art. 27 Abs. 3 f, 28 Abs. 2 b RbEuHb).

#### **§ 73 IRG-E**

Eine Auslieferung ist nach § 73 Satz 1 IRG unzulässig, wenn dem Verfolgten eine unerträglich harte und unter jedem Gesichtspunkt unangemessen erscheinende Strafe droht<sup>43</sup> oder die bereits verhängte bzw. zu erwartende Strafe außer Verhältnis zur Tat steht - etwa, wenn für die Abgabe von 2,5 Gramm Haschisch

---

<sup>40</sup> so auch Bubnoff, EuHbG, Seite 10,77; a.A. die auf den Vorlagebeschluss des KG vom 23.12.2005 erfolgte Antragschrift des Generalbundesanwaltes vom 06.04.2005 - BAusl. 1/05 - an den Bundesgerichtshof

<sup>41</sup> BR-Drs. 70/01/06 Seite 1 f.

<sup>42</sup> vgl. hierzu den Formulierungsvorschlag unter Rn. 61 (Fettdruck)

<sup>43</sup> OLG Bamberg StV 1997, 649 f.; OLG Zweibrücken StV 1996, 105 f.; OLG Stuttgart Justiz 2003, 454 f.; Wolff StV 2004, 154 ff., 158

eine Mindeststrafe von zehn Jahren<sup>44</sup> oder für ein geringes Zollvergehen eine Sanktion von acht Jahren droht<sup>45</sup>. Gleiches gilt, falls lediglich eine geringfügige Geldstrafe in Betracht kommen würde<sup>46</sup>.

Während sich im herkömmlichen Auslieferungsverfahren die Beurteilung der Frage der Verhältnismäßigkeit nach deutschem Recht (sog. ordre public) richtet, verweist § 73 Satz 2 IRG-E auf die in Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Grundsätze (sog. europäischer ordre public<sup>47</sup>). Dies führt wegen der differierenden Strafpraxis innerhalb Europas zu schwierigen und oftmals unterschiedlichen Bewertungen. Nachdem das BVerfG im Urteil vom 18.07.2005 den (sich aus deutschem Rechtsverständnis ergebenden) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Auslieferungsverkehr mit den Mitgliedstaaten für anwendbar erklärt hat<sup>48</sup>, erscheint eine gesetzliche Klarstellung angezeigt<sup>49</sup>.

Auch die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates haben - jedenfalls bei der Auslieferung Deutscher - die Problematik erkannt und auf Einfügung einer solchen Verhältnismäßigkeitsklausel angetragen<sup>50</sup>. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Feststellung, ob „nach deutschem Strafrecht die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe offenkundig nicht zu erwarten wäre“, sich nicht abstrakt beurteilen lässt, sondern von den Vorstrafen des Verfolgten abhängen wird.

### § 79 Abs. 2 IRG-E

Sollte sich der Gesetzgeber, wie in § 79 Abs. 2 Satz 1 IRG-E vorgesehen, für die Bewilligungslösung (vgl. oben I. 2) entscheiden, so empfiehlt sich ein Festhalten an der Entwurfsfassung. Das BVerfG hat im Urteil vom 18.07.2005 verdeutlicht, dass sich ein subjektives öffentliches Recht nicht nur aus einem Grundrecht

<sup>44</sup> OLG Karlsruhe StV 1997, 368 f.

<sup>45</sup> OLG Hamm StraFo 2001, 239 f.

<sup>46</sup> OLG Karlsruhe NStZ 2005, 351 f.

<sup>47</sup> vgl. auch BT-Drs. 16/544, Seite 35

<sup>48</sup> BVerfG, Rn. 82; BT-Drs. 16/544, Seite 42

<sup>49</sup> die Vorschrift könnte wie folgt lauten:

#### § 73 IRG Satz 2

... . Liegt dem Ersuchen ein Europäischer Haftbefehl zugrunde, so ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn die Erledigung **unverhältnismäßig** wäre oder zu den in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Grundsätzen in Widerspruch stünde.

<sup>50</sup> BR-Drs. 70/1/06, Seite 2

(z.B. Art. 16 GG) oder einer grundrechtsgleichen Gewährleistung ergeben, sondern auch durch Gesetz begründet werden kann<sup>51</sup>. Eine solche Regelung dürften die in § 83 b IRG-E vorgesehenen Bewilligungshindernisse darstellen, weshalb entgegen den Empfehlungen des Bundesrates<sup>52</sup> die unabdingbare Rechtsschutzmöglichkeit nicht auf Deutsche beschränkbar ist.

### **§ 80 Abs. 1,2 IRG-E**

Der Entwurf unterscheidet bei der Auslieferung Deutscher danach, ob die Tat einen maßgeblichen Inlandsbezug (§ 80 Abs. 2 Satz 2 IRG-E), einen maßgeblichen Auslandsbezug (§ 80 Abs.1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 1 Satz 2 IRG-E) aufweist oder es sich um einen „Mischfall“ (§ 80 Abs. 2 IRG-E) handelt. Er lehnt sich insoweit an die Formulierungen im Urteil vom BVerfG an, hält sich damit verfassungsrechtlich auf sicherer Seite und zeigt aufgrund der Wortwahl die Besonderheit des Abwägungsmaßstabes auf. Allerdings leidet die Gesetzesvorlage an der dogmatischen Unklarheit der Vorgabe und der dort verwendeten, erhebliche Wertungsspielräume zulassenden Begrifflichkeiten.

#### **1. Die Entwurfsfassung**

Die vom BVerfG eingeforderte Obhut für Deutsche beruht nicht auf dem Schutz vor Bestrafung, vielmehr sollen Bürger unseres Staates nicht gegen ihren Willen und nur in besonderen Ausnahmefällen aus ihrer vertrauten Rechtsordnung entfernt werden<sup>53</sup>. Dieses Vertrauen ist besonders schutzwürdig, wenn die dem Auslieferungersuchen zugrunde liegende Handlung auf deutschem Staatsgebiet erfolgt. Wer als Deutscher im eigenen Rechtsraum eine Tat begeht, braucht danach grundsätzlich nicht mit seiner Auslieferung an eine andere Staatsgewalt zu rechnen, weil er fremde Rechtsordnungen nicht kennen muss und diese auch nicht demokratisch mitgestalten konnte<sup>54</sup>. Nach diesen Ausführungen wäre aber die vom Boden der Bundesrepublik aus erfolgte Einstellung von nach hiesigen Maßstäben der Meinungsfreiheit unterliegenden Äußerungen ins Internet unabhängig von Fragen der beiderseitigen Strafbarkeit (§ 81 Nr. 4 IRG-E, Art. 2

---

<sup>51</sup> BVerfG, Rn. 105

<sup>52</sup> BR-Drs. 70/1/06, Seite 2

<sup>53</sup> BVerfG, Rn. 65

<sup>54</sup> BVerfG, Rn. 84 f.

Abs. 2 RbEUHb) nicht auslieferungsfähig<sup>55</sup>. Auf den Ort des Erfolges käme es nicht an, wenn allein schon die Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist. Gleichwohl fordert das BVerfG an anderer Stelle eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn „der Täter ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist“<sup>56</sup>.

Auch lässt die Entwurfsfassung in bedenklichem Umfang Bewertungsspielräume zu. Indem § 80 Abs. 2 Satz 2 IRG-E im Anschluss an die Formulierung des BVerfG einen maßgeblichen Bezug zum Inland in der Regel annimmt, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen wurde und der Erfolg zumindest dort in wesentlichen Teilen eingetreten ist, eröffnet sie durch das Merkmal der „Wesentlichkeit“ eine rechtlich nicht fassbare Abwägung nach dem „Schwerpunkt des Geschehens“. So wäre eine Tat mit maßgeblichem Inlandsbezug an sich auch bei mehraktigen Distanzdelikten möglich, wie etwa der betrügerischen Anbahnung eines Geschäftes im Ausland und dessen späterer Abwicklung im Inland. Eine entsprechend weite Spanne sieht § 80 Abs.1 Satz 2 IRG-E auch für Taten mit maßgeblichem Auslandsbezug vor. Welche Fallgestaltungen von der Rechtsprechung noch als „Mischfälle“ nach § 80 Abs. 2 IRG-E angesehen werden, lässt sich deshalb nicht beurteilen. Aufgrund der Unklarheit einer solchen Vorgabe dürfte mit einer erheblich differierenden gerichtlichen Anwendungspraxis zu rechnen sein.

## 2. Die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates

Die sich nur mittelbar an die Formulierungen des BVerfG anlehrende Fassung des Bundesrates (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG-Empf.)<sup>57</sup> bietet eine weitaus höhere Rechtsklarheit, weil sie auf den dogmatisch durchdrungenen Begriff des „Ortes der Tat“ i.S.d. § 9 StGB abstellt. Nach diesem Vorschlag ist eine Auslieferung Deutscher nur zulässig, „wenn der Ort der Tat (§ 9 StGB<sup>58</sup>) weder vollständig

<sup>55</sup> Böhm NJW 2005, 2883; a.A. Ranft wistra 2005, 361 ff, 365

<sup>56</sup> BVerfG, Rn. 87

<sup>57</sup> BR-Drucks. 70/1/06 Seite 5

<sup>58</sup> § 9 StGB: (1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach den Vorstellungen des Täters eintreten sollte. (2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer

noch in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder eines Drittstaates liegt,...". Diese Formulierung würde zunächst das Ausscheiden derjenigen Fälle erlauben, in welchen nur der Handlungsort<sup>59</sup> im Inland, der Erfolgsort<sup>60</sup> aber im Ausland liegt. Auch ermöglicht sie ohne Rückgriff auf das Konstrukt der „Mischfälle“ die angestrebte Schwerpunktbetrachtung.

Der im Gesetzentwurf für diese Fallgruppe vorgesehene besondere Schutz Deutscher sollte jedoch der Sache nach beibehalten<sup>61</sup> und an Stelle der vom Bundesrat vorgeschlagenen und keinen effektiven Rechtsschutz gewährenden Formulierung übernommen werden<sup>62</sup>. Eine solche Fassung würde auch die vom

gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat hätte begangen werden sollte. ....

<sup>59</sup> **Handlungsort** ist zunächst der Tätigkeitsort, d.h. der Ort, an welchem der Täter körperlich anwesend ist, also in welchem er die auf die Tatbestanderfüllung gerichtete Handlung i.d.R. durch positives Tun vornimmt. Bei mehreren Tätigkeitsakten sind mehrere Tätigkeitsorte möglich. Vorbereitungsakte sind nur tatortbegründend i.S.d. § 9 StGB, wenn sie selbständig mit Strafe bedroht sind, vgl. hierzu näher Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 9 Rn. 3

<sup>60</sup> **Erfolgort** ist der Ort, an welchem der zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Handlungserfolg eintritt oder sich die zum Tatbestand gehörende Gefahr verwirklicht, vgl. hierzu näher Tröndle/Fischer, a.a.O., § 9 Rn. 4 ff.

<sup>61</sup> Die Vorschrift könnte danach insgesamt wie folgt lauten:

**§ 80 IRG**

- (1) Die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zum Zwecke der Strafverfolgung ist nur zulässig, wenn
1. der Ort der Tat (§ 9 StGB) weder vollständig noch in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder eines Drittstaates liegt, es sei denn, es handelt sich um eine schwere Tat mit typischerweise grenzüberschreitendem Charakter,
  2. **es sich um eine Tat handelt, die auch nach deutschem Recht den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht oder bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre,**
  3. gesichert ist, dass der Verfolgte nach Verhängung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion zur Vollstreckung in den Geltungsbereich dieses Gesetzes zurück überstellt wird, wenn er dies wünscht und
  4. **bei konkreter Abwägung das Strafverfolgungsinteresse des ersuchenden Staates das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung überwiegt.**
- (2) Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafvollstreckung ist nur zulässig, wenn der Verfolgte nach Belehrung zu richterlichem Protokoll zustimmt. § 41 Abs. 3 u. 4 gilt entsprechend. **Wird um die Auslieferung eines Deutschen zur Strafverfolgung ersucht, so ist dieser zu richterlichem Protokoll über die Vorschrift aus § 80 IRG und über die Rechtsfolgen der Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung zu belehren. § 41 IRG gilt entsprechend.**
- (3) Die Absätze 1,2 und 4 sind auf einen Ausländer entsprechend anwendbar, der im Inland mit einem deutschen Familienangehörigen oder Lebenspartner in familiärer oder lebenspartnerschaftlicher Lebensgemeinschaft lebt.
- (4) Ging einem Ersuchen um Vollstreckung einer im Ausland rechtskräftig festgestellten Sanktion eine Auslieferung wegen der dem Erkenntnis zugrunde liegenden Tat voraus, so findet **§ 49 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 IRG** keine Anwendung.

BVerfG eingeforderte umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>63</sup> im Einzelfall und eine Berücksichtigung der im Gesetzentwurf in § 80 Abs. 2 IRG-E erwähnten Kriterien ermöglichen.

#### **§ 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG-E (Rücküberstellung)**

Insoweit sollte unter Berücksichtigung des Urteils des BVerfG<sup>64</sup> der Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates<sup>65</sup> gefolgt werden, weil das Anbieten der Rücküberstellung durch den ersuchenden Staat nicht besagt, dass eine Strafverbüßung im Inland auch tatsächlich möglich sein wird<sup>66</sup>. Der vorgeschlagenen Einfügung eines weiteren Absatzes ist zu folgen, jedoch sollte die Vorschrift wegen der nicht abweichend zu beurteilenden Schutzwürdigkeit auf alle Fälle der Inlandsvollstreckung nach § 49 Abs. 1 IRG ausgedehnt werden<sup>67</sup>.

#### **§ 80 Abs. 4 IRG-E (gleichgestellte Ausländer)**

Ob und in welchem Umfang hier lebende Ausländer Deutschen gleichgestellt werden (§ 80 Abs. 4 IRG-E; Art. 5 Nr. 3, Art. 4 Nr. 6 RbEuHb), ist eine politische Frage, zu welcher nicht Stellung genommen werden soll.

Im Falle einer solchen Gewährleistung wäre im Bereich der Strafvollstreckung allerdings zu bedenken, dass dann auch eine Verbüßung einer unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze im Ausland erfolgten Verurteilung im Wege der Vollstreckungshilfe im Inland möglich sein sollte. Es kann nämlich nicht angehen, dass sich ein ausländischer Straftäter allein durch Verlegung seines Wohnsitzes ins Inland und Heirat einer Deutschen sich einer verwirkten Strafe entzieht.

---

<sup>62</sup> Das dort verwendete Kriterium der Unverhältnismäßigkeit wird sich in der forensischen Praxis nur in Ausnahmefällen feststellen lassen

<sup>63</sup> BVerfG, Rn. 87 zit: „Während in den genannten Fallgestaltungen das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung **in aller Regel** vorgezeichnet ist, bedarf es der konkreten Abwägung im Einzelfall, wenn ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt worden, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist. In diesen Fällen werden insbesondere das Gewicht des Tatvorwurfs und die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines europäischen Rechtsraumes verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen sein“

<sup>64</sup> BVerfG, Rn. 101

<sup>65</sup> BR-Drucks. 70/1/06, Seite 5

<sup>66</sup> so auch OLG Stuttgart NJW 2005, 1522

<sup>67</sup> vgl. hierzu Fn. 63 (Fettdruck)

**§ 83 Nr. 3 IRG-E**

Die Vorschrift sollte in der vorgeschlagenen Form beibehalten werden. Der Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates ist nicht zu folgen. Auf die Ausführungen unter I. wird zunächst Bezug genommen.

Sog. Fluchtfälle sind in der forensischen Praxis selten. Ob sich ein Verfolgter einem laufenden Ermittlungsverfahrens bewusst entzogen hat, lässt sich nur durch zeitintensive Nachforschung beim ersuchenden Staat klären. Dessen erfolglose Fahndungsmaßnahmen erklären sich oftmals damit, dass der Verfolgte innerhalb Europas umgezogen ist, ohne dies den heimischen Behörden mitzuteilen. Wollte man unter Aufgabe der von den Mitgliedstaaten im Rahmenbeschluss vereinbarten und als „europäischer ordre public“<sup>68</sup> anzusehenden Mindeststandards den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates folgen, so müsste sich der Gesetzgeber entsprechend den Vorgaben des BVerfG<sup>69</sup> mit weiteren Rechtsfragen auseinandersetzen. So wäre insbesondere zu klären, ob in dem der deutschen Rechtsordnung weitgehend fremden Abwesenheitsverfahren rechtsstaatliche Mindestanforderungen eine angemessene Vertretung des Verfolgten durch einen Verteidiger seiner Wahl oder zumindest einen Pflichtverteidiger gebieten<sup>70</sup>. Bei der in § 83 Nr. 3 IRG-E im Anschluss an Art. 5 Nr. 1 RbEuHb vorgesehenen Regelung stellt sich diese Frage nicht, weil in dem bewussten Fernbleiben von der Hauptverhandlung unbeschadet der in vielen europäischen Rechtsordnungen eröffneten Möglichkeit der Vertretung durch einen Verteidiger ein ausdrücklicher Verzicht auf die Wahrnehmung rechtlichen Gehörs liegt<sup>71</sup>.

**§ 83 b IRG-E**

Auf die Ausführungen zu II. 2 wird verwiesen.

  
**Böhmer****RIOLG**

<sup>68</sup> vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.03.2006, 1 AK 50/05

<sup>69</sup> vgl. BVerfG NJW 1987, 830 ff.; OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1996, 30

<sup>70</sup> vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, Seite 784

<sup>71</sup> vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.01.2006, 1 AK 45/05



**RHEINISCHE FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN**  
Strafrechtliches Institut der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

Prof. Dr. Martin Böse

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Europäisches und Internationales Strafrecht

Strafrechtliches Institut Adenauerallee 24-42 53113 Bonn

Tel.: 0228/73 91 55  
Fax: 0228/73 2518  
e-mail: [martin.boese@uni-bonn.de](mailto:martin.boese@uni-bonn.de)

Bonn, 27. März 2006

## Stellungnahme

**zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union  
(Europäisches Haftbefehlgesetz - EuHbG) - Drucksache 16/544**

Zu dem vorstehenden Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

1. Der vorliegende Gesetzesentwurf setzt die Anforderungen des BVerfG zum gerichtlichen Rechtsschutz durch eine umständliche und wenig überzeugende Konstruktion um (§ 79 Abs. 2 IRG-E). Das mit der Regelung verfolgte Anliegen, an der (politischen) Bewilligungsphase des Auslieferungsverfahrens festzuhalten, ist mit dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb) nicht vereinbar. Der Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes in anderen Fällen (§ 74b IRG-E) begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken (Art. 19 Abs. 4 GG).
2. Soweit die Ausgestaltung des Schutzes deutscher Staatsangehöriger vor Auslieferung an dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festhält (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 IRG-E), ist dies ein systematischer Bruch (s. § 81 Nr. 4 IRG-E). Die Regelung geht zudem über die in Art. 4 Nr. 7 lit. a und b RbEuHb zugelassenen Ablehnungsgründe hinaus.

3. Das Problem der Rücküberstellung zur Strafvollstreckung in Deutschland bei fehlender beiderseitiger Strafbarkeit lässt der Entwurf ungelöst, obwohl das BVerfG auch in dieser Hinsicht eine Lösung angemahnt hat. Die im Ausland verhängte Strafe sollte in diesen Fällen auch dann in Deutschland vollstreckt werden, wenn die beiderseitige Strafbarkeit nicht gegeben ist.
4. Die im Vergleich zum § 80 Abs. 3 IRG a.F. vorgenommene Einschränkung der Gleichstellung von Ausländern mit deutschen Staatsangehörigen ist nicht gerechtfertigt.
5. Schließlich entspricht die Einschränkung der Spezialitätsbindung (§ 83h IRG-E) nicht in allen Punkten den Vorgaben des RbEuHb.

Meine Stellungnahme beruht auf folgenden Erwägungen:

### **1. Der Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Bewilligungsbehörde**

*a) Die Kontrolle einer „beabsichtigen“ Entscheidung (§ 79 Abs. 2 IRG-E) und das Festhalten an der Bewilligung als zweiter Stufe des Auslieferungsverfahrens*

Der Entwurf setzt die Vorgaben des BVerfG zum gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) in § 79 Abs. 2 IRG-E um: Das OLG überprüft die von der Bewilligungsbehörde noch nicht endgültig getroffene, aber bereits avisierte, mit Gründen versehene Entscheidung, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen. Die Notwendigkeit für diese umständliche Konstruktion einer Vorabkontrolle von Gründen für eine noch in der Zukunft zu treffende Entscheidung ist nicht ersichtlich. Die nahe liegende und vom BVerfG (Urteil vom 18.7.2005 - 2 BvR 2236/04, Rn. 121) angeführte Variante (Bewilligungsentscheidung mit anschließender gerichtlicher Kontrolle) wird im

Entwurf nicht erwähnt. Bei dieser Lösung wäre eine erneute Befassung der Bewilligungsbehörde entbehrlich.

Die Regelung in § 79 Abs. 2 IRG-E ist Ausdruck des Bestrebens, so weit wie möglich an dem traditionellen Auslieferungsverfahren festzuhalten, das neben der gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung eine zweite Stufe - die behördliche Bewilligung - vorsieht. Dieses Konzept, das auch dem EuHbG a.F. zu Grunde lag, wurde in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einhellig als Verstoß gegen den RbEuHb angesehen<sup>1</sup>, in dem eine einheitliche justizielle Entscheidung über die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls vorgesehen ist (s. Art. 6 Abs. 2, Art. 15 RbEuHb). In einer Empfehlung des Europäischen Parlaments wird das Festhalten an der politischen Bewilligungsphase ebenfalls als Verstoß gegen den RbEuHb kritisiert.<sup>2</sup>

Der Entwurf begründet die Notwendigkeit der Bewilligungsphase mit dem Hinweis auf das bei der Entscheidung über die Auslieferung auszuübende außenpolitische Ermessen (S. 28). Diese Begründung ist jedoch in Bezug auf die Bewilligungshindernisse nach § 83b Nr. 4 und 5 IRG-E nicht überzeugend.

Im Fall der drohenden lebenslangen Freiheitsstrafe (§ 83b Nr. 4 IRG-E) geht es nicht um (außen-)politische Belange, sondern um Grundrechte des Verfolgten. Das Gesetz sollte daher entweder auf einem entsprechenden Schutz des Verfolgten - ohne Ausnahme - bestehen und ein entsprechendes Bewilligungshindernis schaffen oder - ebenfalls ausnahmslos - die Auslieferung zulassen (so der Bundesrat in seiner Stellungnahme, Bundesrats-Drucks. 70/06, S. 9). In dem erstgenannten Fall sollte auch für den vertragslosen Auslieferungsverkehr ein entsprechendes Auslieferungshindernis geschaffen

---

<sup>1</sup> S. dazu *Böse*, in: *Vogler/Wilkitzki, IRG-Kommentar*, in: *Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2. Aufl., § 83b IRG Rn. 1 m.w.N.

<sup>2</sup> S. die Empfehlung an den Rat zur Bewertung des Europäischen Haftbefehls vom 15. März 2006, Dok. A6-0049/2006, Erwägung D. und Empfehlung 1.c).

werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (vgl. den entsprechenden Einwand des Bundesrates, a.a.O., S. 10).

Gleiches gilt für das Bewilligungshindernis der fehlenden Gegenseitigkeit (§ 83b Nr. 5 IRG-E). Für seine Abschaffung spricht, dass es aufgrund der Vorgaben des RbEuHb ohnehin nur noch einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich hat: Nur soweit der RbEuHb die Möglichkeit einräumt, die Auslieferung zu verweigern, und der deutsche Gesetzgeber kein entsprechendes Auslieferungshindernis geschaffen hat, kann er an dem Prinzip der Gegenseitigkeit festhalten. Die Auslieferung wird in diesen Fällen nicht deshalb verweigert, weil der deutsche Gesetzgeber das Auslieferungshindernis selbst für in der Sache begründet hält, sondern um den anderen Mitgliedstaat dazu zu bewegen, dieses Auslieferungshindernis zu beseitigen (s. die Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 15/1718, S. 22) - eine Erwartung, die wenig realistisch erscheint. Zudem steht diese Regelung im Widerspruch zu dem Ziel des RbEuHb, das Auslieferungsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen. Will der Gesetzgeber gleichwohl an dem Prinzip der Gegenseitigkeit festhalten, so stellt sich die Frage, warum dieses Prinzip im vertragslosen Auslieferungsverkehr ein zwingendes Auslieferungshindernis darstellt (s. § 5 IRG), innerhalb der EU aber nur nach Maßgabe des Einzelfalls einer Auslieferung entgegenstehen soll.

Auch die übrigen Bewilligungshindernisse können grundsätzlich - in Anlehnung an § 9 Nr. 1 IRG - in das gerichtliche Verfahren überführt werden, wie die Umsetzung des RbEuHb in Österreich zeigt (s. die §§ 7, 22, 23 des Bundesgesetzes über die justizielle Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der EU, öst. BGBl. 2004 Teil I, Nr. 36, S. 1 ff.). Dass die Entscheidung über einen Konflikt konkurrierender Strafgewalten nicht zwingend die Ausübung eines außenpolitischen Ermessens voraussetzt, belegt überdies auch die Möglichkeit, von der Verfolgung von Straftaten im Ausland abzusehen (§ 153c StPO).

Soweit eine Entscheidung der Bewilligungsbehörde gleichwohl als unverzichtbar angesehen wird, sollte sie jedenfalls vor dem gerichtlichen Verfahren ergehen und sich auf die Frage beschränken, ob in dem jeweiligen Verfahren Bewilligungshindernisse geltend gemacht werden. Dies entspricht dem Ziel des RbEuHb, das Auslieferungsverfahren zu verrechtlichen. Im gerichtlichen Verfahren könnte die Bewilligungsentscheidung anschließend auf Ermessensfehler überprüft werden.

*b) Der Umfang gerichtlichen Rechtsschutzes (§§ 79 Abs. 2, 74b IRG-E)*

Der Entwurf sieht gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Bewilligung nur für die Auslieferung an einen anderen EU-Mitgliedstaat vor, schließt im Übrigen aber gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung aus (§ 74b IRG-E). In der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf (a.a.O., S. 2 f.) wird sogar vorgeschlagen, nur deutschen Staatsangehörigen gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren. Diese Beschränkungen begegnen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlichen Bedenken.

Entgegen der Auffassung des Bundesrates ist gerichtlicher Rechtsschutz nicht nur bei der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger geboten. Das BVerfG stützt den Schutz des Verfolgten nicht allein auf Art. 16 Abs. 2 GG, sondern auch auf das Rechtsstaatsprinzip (a.a.O., Rn. 83) und auf andere Grundrechte und die Menschenwürde (a.a.O., Rn. 113 - zur lebenslangen Freiheitsstrafe): Die von der Bewilligungsbehörde vorzunehmende Abwägung dient allgemein „dem Schutz der Grundrechte des Verfolgten und darf [daher] richterlicher Nachprüfung nicht entzogen werden“ (BVerfG, a.a.O., Nr. 113). Aus diesem Grund hat auch der Verfolgte, der nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, nach Art. 19 Abs. 4 GG Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz.

Der Einwand des Bundesrates (a.a.O.), auf diese Weise werde der Auslieferungsverkehr innerhalb der EU Restriktionen unterworfen, die im Verhältnis zu anderen Staaten nicht gelten, erscheint demgegenüber wenig

überzeugend: Richtigerweise ist dem Verfolgten auch insoweit Rechtsschutz zu gewähren.<sup>3</sup> So weisen die Ausführungen des BVerfG in der Sache auch über den Europäischen Haftbefehl hinaus: Die Bewilligungshindernisse nach § 83b Nr. 1 und Nr. 2 IRG a.F. entsprechen inhaltlich den Art. 8 und Art. 9 S. 2 des Europäischen Auslieferungübereinkommens (EuAIÜbk). Soweit das BVerfG es als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG angesehen hat, dass § 74b IRG a.F. eine gerichtliche Überprüfung einer Entscheidung ausschließt, die von den Bewilligungshindernissen nach § 83b IRG a.F. nicht Gebrauch macht, lassen sich diese Ausführungen ohne Weiteres auf Art. 8 bzw. Art. 9 S. 2 EuAIÜbk übertragen.

## **2. Der Schutz deutscher Staatsangehöriger vor Auslieferung (Art. 16 Abs. 2 GG) und die beiderseitige Strafbarkeit (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 IRG-E)**

In § 80 Abs. 1 und Abs. 2 IRG-E werden die Vorgaben des BVerfG zum Schutz deutscher Staatsangehöriger umgesetzt. Der Entwurf lässt die Auslieferung in zwei Konstellationen zu, nämlich bei Auslandstaten mit einem maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Staat (s. § 80 Abs. 1 Nr. 2 IRG-E) und bei (sonstigen) Taten ohne maßgeblichen Inlandsbezug (s. § 80 Abs. 2 Nr. 2 IRG-E). In die letztgenannte Fallgruppe fallen sowohl „Mischkonstellationen“ (gleichermaßen Bezüge zum In- und Ausland) als auch Taten mit einem maßgeblichen Bezug zu einem Drittstaat (s. die Entwurfsbegründung, S. 40). Der Entwurf hält für diese Konstellationen an dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit fest (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 IRG-E).

Dies stellt insofern einen Systembruch dar, als die beiderseitige Strafbarkeit in dem nach § 81 Nr. 4 IRG-E bzw. Art. 2 Abs. 2 RbEuHb festgelegten Umfang<sup>4</sup> nicht mehr geprüft werden soll. Die Strafbarkeit nach deutschem Recht wird vom

---

<sup>3</sup> S. bereits *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. (1998), § 12 Rn. 22 ff.

<sup>4</sup> Im Übrigen findet eine entsprechende Prüfung unabhängig von § 80 Abs. 2 Nr. 3 IRG-E statt, s. § 81 IRG-E i.V.m. § 3 IRG.

BVerfG auch für die „Mischkonstellationen“ nicht gefordert (BVerfG, a.a.O., Rn. 87). Über § 80 Abs. 2 Nr. 2 IRG-E (Unzulässigkeit der Auslieferung bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug) wird dem Aspekt des Vertrauensschutzes bereits hinreichend Rechnung getragen: Sofern kein maßgeblicher Bezug zum Inland vorliegt, besteht kein Grund für ein schutzwürdiges Vertrauen des Verfolgten, dass auf sein Verhalten ausschließlich deutsches Strafrecht Anwendung findet. Dies gilt erst recht, sofern die Tat einen maßgeblichen Bezug zu einem Drittstaat aufweist: In einem solchen Fall genießt das Vertrauen in die strafrechtlichen Wertungen der eigenen Rechtsordnung - ebenso wie in den Fällen nach § 80 Abs. 1 IRG-E - keinen Schutz; das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit lässt sich in diesem Fall nicht plausibel begründen (vgl. dagegen die Entwurfsbegründung, S. 41).

Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verstößt darüber hinaus gegen die Vorgaben des RbEuHb. Der Gesetzgeber kann von der Option nach Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb auch teilweise Gebrauch machen, indem er die Auslieferung nicht ausnahmslos für unzulässig erklärt, sondern von Bedingungen abhängig macht. Es erscheint jedoch fragwürdig, wenn der nationale Gesetzgeber mit solchen Bedingungen Auslieferungshindernisse „reaktiviert“, die mit dem RbEuHb eingeschränkt werden sollten, wie in diesem Fall das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit (Art. 2 Abs. 2 RbEuHb). Dem entspricht die Kritik der Kommission<sup>5</sup> und des Europäischen Parlaments<sup>6</sup> an einer systematischen Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit bei der Auslieferung eigener Staatsangehöriger.

Darüber hinaus sind die Voraussetzungen des Vorbehalts nach Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb jedenfalls für Taten mit einem ausschließlichen Bezug zu einem Drittstaat nicht gegeben, denn nach Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb darf die Auslieferung nur verweigert werden, wenn die Tat ganz oder teilweise im Inland begangen worden ist. Daran fehlt es jedoch gerade bei Taten mit einem

---

<sup>5</sup> S. den Bericht der Kommission vom 24.1.2006, KOM (2006) 8 endg., S. 5 f.

<sup>6</sup> S. die Empfehlung an den Rat (Fußn. 2), unter Punkt 1.b).

ausschließlichen Bezug zu einem Drittstaat. Der im Entwurf (S. 40) herangezogene Vorbehalt trägt daher das (zusätzliche) Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nicht.

Die Voraussetzungen der Ausnahme nach Art. 4 Nr. 7 lit. b RbEuHb liegen ebenfalls nicht vor: Nach dieser Bestimmung ist erforderlich, dass das deutsche Strafrecht die Verfolgung von außerhalb seines Hoheitsgebietes begangenen Taten gleicher Art nicht zulässt. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Verfolgten setzt also voraus, dass auch nach „seiner“ Strafrechtsordnung die Verfolgung entsprechender Auslandstaten unzulässig ist. Angesichts der in weiten Bereichen zulässigen Anwendung des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten (s. §§ 5 - 7 StGB) wird man diese Voraussetzung nicht generell bejahen können.

Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend für den Vorschlag des Bundesrates, die Auslieferung bei einem maßgeblichen Bezug zu einem Drittstaat generell auszuschließen (a.a.O., S. 4, 5 f.). Im Ergebnis sollte die zu erlassende Regelung daher nicht zwischen Bezügen zum ersuchenden Staat und sonstigen Auslandsbezügen, sondern - wie das BVerfG (a.a.O., Rn. 84 ff.) - nur zwischen Inlands- und Auslandsbezügen der dem Verfolgten vorgeworfenen Tat unterscheiden.

### **3. Die Rücküberstellung des ausgelieferten Deutschen zur Strafvollstreckung und die beiderseitige Strafbarkeit**

Das Problem, dass die Rücküberstellung des ausgelieferten Deutschen unter Umständen an dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit scheitert, wird von dem Gesetzentwurf - entgegen der Aufforderung durch das BVerfG (a.a.O., Rn. 100) - mit Rücksicht auf eine bevorstehende Regelung auf der Ebene der EU nicht gelöst (s. die Entwurfsbegründung, S. 36).

Zustimmung verdient die Entwurfsbegründung (a.a.O.) darin, dass eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsverfahren nach den Vorgaben des RbEuHb ausscheidet. Dies entspricht der Einschätzung der Kommission.<sup>7</sup>

Vorzugswürdig erscheint die Lösung, bei der Rücküberstellung auf die beiderseitige Strafbarkeit als Voraussetzung der Vollstreckungshilfe zu verzichten; dies verstieße - entgegen der Entwurfsbegründung (a.a.O.) - weder gegen völkerrechtliche Pflichten noch gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung.<sup>8</sup> Der entsprechende Vorschlag in der Stellungnahme des Bundesrates (a.a.O., S. 8) verdient daher grundsätzlich Zustimmung, bedarf allerdings insoweit der Ergänzung, als Grundlage für die Überstellung deutscher Staatsangehöriger aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zur Vollstreckung einer dort verhängten Freiheitsstrafe das Überstellungsübereinkommen vom 21. März 1983 ist. Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit ergibt sich insoweit nicht aus § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG (vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O.), sondern aus Art. 3 Abs. 1 lit. e dieses Übereinkommens. Die Ausnahmeregelung sollte sich daher auch<sup>9</sup> auf diese Regelung erstrecken.

Ein vergleichbares Problem stellt sich bei der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zur Strafvollstreckung (§ 80 Abs. 3 IRG-E): Sofern der Verfolgte seiner Auslieferung widerspricht und aus diesem Grund nicht ausgeliefert werden kann, ist die Bundesrepublik Deutschland als ersuchter Staat verpflichtet, die Strafe zu vollstrecken (Art. 4 Nr. 6 RbEuHb). Der Vollstreckung des ausländischen Urteils in Deutschland kann wiederum das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit entgegenstehen.<sup>10</sup> Auch für diesen Fall sollte eine entsprechende Ausnahmeregelung geschaffen werden.

---

<sup>7</sup> S. den Bericht (Fußn. 5), S. 5 f.

<sup>8</sup> S. dazu im Einzelnen Böse (Fußn. 1), § 80 IRG Rn. 9.

<sup>9</sup> Für die Rücküberstellung von Ausländern (s. dazu sogleich im Text) ergibt sich das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit aus § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG.

<sup>10</sup> S. insoweit Böse (Fußn. 1), § 80 IRG Rn. 12.

#### 4. Der Schutz im Inland wohnhafter Ausländer (§ 80 Abs. 4 IRG-E)

Nach § 80 Abs. 4 IRG-E werden im Inland wohnhafte Ausländer nur noch in geringerem Umfang mit deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt, als dies in der Vorgängerregelung (§ 80 Abs. 3 IRG a.F.) vorgesehen war. Nach Ansicht des Bundesrates ist § 80 Abs. 4 IRG-E sogar gänzlich zu streichen (s. die Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O., S. 7 f.).

Entgegen der Auffassung des Bundesrates erschöpft sich die verfassungsrechtliche Problematik nicht in dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 GG. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl (a.a.O., Rn. 84) maßgeblich auf das Rechtsstaatsprinzip und das Vertrauen in die inländische Rechtsordnung abgestellt (s.o. unter 1.). Ein entsprechender Vertrauensschutz lässt sich auch bei in Deutschland ansässigen Ausländern mit einem gesicherten Aufenthaltsstatus begründen: Zumindest die aufgrund eines langjährigen Aufenthalts in Deutschland verwurzelten Ausländer dürfen - unabhängig von familiären Bindungen - in gleicher Weise in die Wertungen der inländischen Rechtsordnung vertrauen wie ein deutscher Staatsangehöriger. Entsprechendes gilt für das mit der Rücküberstellung verfolgte Ziel der Resozialisierung (s. insoweit den Bericht des Rechtsausschusses zum EuHbG a.F., BT-Drucks. 15/2677, S. 6). Dementsprechend haben sich die meisten anderen Mitgliedstaaten - der Regelung in Art. 5 Nr. 3 RbEuHb entsprechend - für eine Gleichbehandlung der in ihrem Hoheitsgebiet wohnhaften Ausländer mit ihren eigenen Staatsangehörigen entschieden.<sup>11</sup>

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Staatsangehörigkeit als ausschließliches Kriterium mit EU-Recht vereinbar ist oder nicht vielmehr im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 2 der Grundrechte-Charta der Europäischen Union als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nach Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag eine Gleichstellung mit den

---

<sup>11</sup> S. den Bericht der Kommission (Fußn. 5), S. 5.

Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Union geboten ist, sofern diese dauerhaft in Deutschland leben und auf dieser Grundlage ein vergleichbares Vertrauen in die Maßgeblichkeit der deutschen Rechtsordnung besteht. In Bezug auf Unionsbürger dürften wegen des grundsätzlich bestehenden Aufenthaltsrechts jedenfalls die im Entwurf (S. 22) angeführten praktischen Schwierigkeiten kaum auftreten.

Die Zweifel des Bundesrates, ob gegen den nicht ausgelieferten Ausländer ein inländisches Strafverfahren geführt werden kann (a.a.O., S. 8), sind ebenfalls nicht begründet. Zwar verlangt § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB außer der Ablehnung des Auslieferungersuchens, dass „das Auslieferungsgesetz eine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe“. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Voraussetzung jedoch ohne Bedeutung: Liegen die materiellen Auslieferungsvoraussetzungen vor, ist ein inländisches Verfahren nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zulässig. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so ist bereits aus diesem Grund eine Auslieferung abzulehnen; der besondere Schutz des Verfolgten nach § 80 Abs. 4 IRG-E kann in diesem Fall ein Bedürfnis für ein Strafverfahren in Deutschland nicht begründen.

#### **5. Die Bindung an den Spezialitätsgrundsatz (§ 83h IRG-E)**

Die von einem anderen Mitgliedstaat nach Deutschland ausgelieferte Person darf nur in Bezug auf die Tat Strafverfolgungs- bzw. Strafvollstreckungsmaßnahmen unterworfen werden, wegen der sie ausgeliefert worden ist (sog. Spezialitätsgrundsatz). § 83h IRG-E normiert die Bindung an den Spezialitätsgrundsatz für die Ausübung der deutschen Strafgewalt (§ 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG-E) und für die Übergabe des Verfolgten zur Strafverfolgung in einem Drittstaat (§ 83h Abs. 1 Nr. 2 IRG-E). Anstatt insoweit entsprechend Art. 27 und 28 RbEuHb zu differenzieren, wird die Spezialitätsbindung in beiden Fällen den gleichen Einschränkungen unterworfen (s. § 83h Abs. 2 IRG-E).

Dies führt dazu, dass die Bindung an den Spezialitätsgrundsatz bei der Weiterlieferung an einen Drittstaat in den in § 83h Abs. 2 Nr. 2 - 4 IRG-E genannten Fällen aufgehoben wird, obwohl Art. 28 RbEuHb keine entsprechenden Ausnahmen vorsieht, also die entsprechenden Interessen des ausliefernden (von Deutschland ersuchten) Staates verletzt werden. Der Gesetzgeber sollte daher ausdrücklich festlegen, dass - den Vorgaben des RbEuHb entsprechend - die Spezialitätsbindung in diesem Fall bestehen bleibt.



06

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. M. Brenner, FSU Jena, D-07740 Jena

Rechtswissenschaftliche Fakultät

An den  
Vorsitzenden des Rechtsausschusses  
des Deutschen Bundestages  
Herrn Andreas Schmidt (Mülheim), MdB  
Deutscher Bundestag  
Platz der Republik 1

Lehrstuhl  
für Deutsches und Europäisches  
Verfassungs- und  
Verwaltungsrecht

Carl-Zeiß-Str. 3  
D-07743 Jena

Telefon: 0 36 41 - 94 22 40  
Telefax: 0 36 41 - 94 22 42

Universitätsprofessor  
Dr. Michael Brenner

E-Mail Sekretariat:  
S.Hammon@recht.uni-jena.de

11011 Berlin

Jena, den 4. April 2006

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den  
Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten  
der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)**

**BT-Drucks. 16/544 vom 7. Februar 2006**

**1. Das Anliegen des Gesetzentwurfs**

Der Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 veranlaßt wurde, hält an der Auslieferungssystematik des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) fest. Daher sieht er gegenüber dem Gesetz vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1748) nur eine Änderung derjenigen Bestimmungen vor, deren Inhalt vom Bundesverfassungsgericht 2005 für verfassungswidrig angesehen wurde; hierbei handelt es sich um die §§ 79, 80 und 83 a IRG a. F.. Alle anderen Bestimmungen des vormaligen Gesetzes werden durch den nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf unverändert in die Neuregelung übernommen. Diese „kleine Lösung“ ist verfassungspolitisch legitim und entspringt dem legislativen Gestaltungsermessen des Gesetzgebers.

## **2. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch das Urteil vom 18. Juli 2005**

In seinem Urteil vom 18. Juli 2005 (BVerfG, NJW 2005, S. 2289) hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, daß es – ungeachtet der Frage, ob ihm eine dahingehende Prüfungskompetenz überhaupt zukommt und unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten zukommen kann – keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13. Juni 2002 (ABIEG Nr. L 190/S. 1 v. 18. Juni 2002) hegt. Daneben hat das Gericht aber v. a. deutlich gemacht, daß der deutsche Gesetzgeber verpflichtet war und ist, die ihm durch den Rahmenbeschluß belassenen Gestaltungsspielräume verfassungskonform zu nutzen, und zwar in einer „grundrechtsschonenden“ – d. h. letztlich verhältnismäßigen – Art und Weise. Es darf mit anderen Worten der Gesetzgeber nicht unverhältnismäßig in die Auslieferungsfreiheit des Art. 16 Abs. 2 GG eingreifen. Nur dann wird, so das Gericht, dem Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG hinreichend Rechnung getragen.

a. Dies bedeutet nach Auffassung des Gerichts, daß der Gesetzgeber die ihm durch den Rahmenbeschluß belassenen Spielräume zur Begrenzung der Auslieferung Deutscher dann verfassungskonform nutzen muß, wenn eine Tat mit maßgeblichem Inlandsbezug bzw. eine Tat in Rede steht, bei der ganz oder teilweise im Inland gehandelt wurde, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist (BVerfG, NJW 2005, S. 2289/2292). Letztlich folgt dies aus dem Vertrauen des Betroffenen in die eigene Rechtsordnung, das durch Art. 16 Abs. 2 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip in besonderer Weise geschützt ist. Diese Spielräume sind tatbestandlich zu konkretisieren bzw. mit Hilfe eines gesetzlichen Prüfungsprogramms zu auszugestalten, daß die das Gesetz ausführenden Stellen in einem Auslieferungsfall in eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen eintreten können (BVerfG, aaO., S. 2292 f.). Diese widerstreitenden Positionen bestehen im Gewicht des Tatvorwurfs und den praktischen Erfordernissen und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung auf der einen und den grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele auf der anderen Seite (BVerfG, aaO., S. 2292).

Im Ergebnis laufen die Ausführungen des Gerichts darauf hinaus, daß der Gesetzgeber für Deutsche einen hinreichenden Auslieferungsschutz sicherstellen muß, um Art. 16 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen. Diese Möglichkeit ist indes durch den Rahmenbeschluß gegeben. So sieht zum einen Art. 4 Nr. 7 lit. a und b des Rahmenbeschlusses vor, daß die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls verweigert werden kann, wenn sich dieser auf Straftaten erstreckt, die nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsstaates ganz oder zum Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem diesem gleichgestellten Ort begangen worden sind, oder die außerhalb des Ausstellungsmitgliedstaates begangen wurden und die Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates die Verfolgung von außerhalb seines Hoheitsgebiets begangenen Straftaten gleicher Art nicht zulassen. Zum anderen enthält Art. 4 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses die Möglichkeit, die Auslieferung zu verweigern, wenn wegen derselben Handlung, aufgrund deren der Europäische Haftbefehl ausgestellt worden ist, der Vollstreckungsmitgliedstaat den Betroffenen strafrechtlich verfolgt, oder die Ermittlungsbehörden beschlossen haben, wegen der Straftat, aufgrund deren der Europäische Haftbefehl ausgestellt worden ist, kein Verfahren einzuleiten oder das Verfahren einzustellen (Art. 4 Nr. 3 Rahmenbeschluß).

b. Des weiteren hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung moniert, daß die fehlende Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in einem Verfahren betreffend die Auslieferung in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoße. Dies folge aus der Tatsache, daß die Bewilligungsentscheidung die gesetzliche Einschränkung eines Grundrechts konkretisiere (BVerfG, aaO., S. 2294 f.).

Die Bewilligung stelle, so das Gericht, die Entscheidung der Exekutive dar, dem Ersuchen eines ausländischen Staates auf Auslieferung einer gesuchten Person stattzugeben. Wenn indes das Bewilligungsverfahren bei Auslieferungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union neben unbenannten außen- und allgemeinpoltischen Aspekten um benannte Ablehnungsgründe erweitert werde, so müsse die Bewilligungsbehörde in einen Abwägungsprozeß eintreten. Das wiederum habe zur Folge, daß den zuständigen deutschen Behörde einerseits ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugewiesen werde, andererseits die Aufgabe, die verfassungsrechtlich begründete Schutzpflicht gegenüber deutschen Staatsangehörigen zu wahren. Diese Verrechtlichung der Bewilligung einer Auslieferung in einen Mitgliedstaat der

Europäischen Union erfülle die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG (BVerfG, aaO., S. 2295 f.).

c. Schließlich ist es aus der Perspektive effektiven Rechtsschutzes nach Ansicht des Gerichts unabdingbar, daß die Auslieferungsunterlagen bzw. ein ihnen gleichstehender Europäischer Haftbefehl eine den Grundrechten angemessene gerichtliche Überprüfung erlauben (BVerfG, aaO., S. 2296). Dies setzt voraus, daß die Auslieferungsunterlagen bestimmte Mindestangaben zwingend enthalten müssen, mithin deren Vorliegen nicht lediglich in Form einer „Soll-Bestimmung“ gefordert sein kann (BVerfG, aaO., S. 2296).

### **3. Der Gesetzentwurf vom 7. Februar 2006 (BT-Drucks. 16/544) im Lichte der Vorgaben der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung**

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes aus dem Jahr 2004 mit den unter 2. genannten Punkten begründet hat, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Frage, ob der neue Gesetzentwurf diesen Vorgaben des Gerichts gerecht wird. Daher konzentrieren sich diese Ausführungen auf die Frage, ob die §§ 79, 80 und 83 a IRG in der nunmehr vorgelegten Fassung den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht werden. Die vom Gericht unbeanstandet gelassenen Teile des Gesetzes aus dem Jahr 2004 werden indes im folgenden nicht näher beleuchtet.

#### **a. Die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger, § 80 IRG n. F.**

Die Bestimmung sieht die Voraussetzungen vor, unter denen ein Deutscher an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgeliefert werden kann, und zwar zum Zwecke der Strafverfolgung (Abs. 1 und 2) und der Strafvollstreckung (Abs. 3).

Die maßgebliche Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts in diesem Zusammenhang geht dahin, sicherzustellen, daß ein Eingriff in Art. 16 Abs. 2 GG schonend, d. h. verhältnismäßig zu erfolgen hat. Diese Vorgabe, die das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung schützen soll, macht es erforderlich, eine Differenzierung zwischen Straftaten mit maßgeblichem Inlandsbezug, Straftaten mit maßgeblichem Auslandsbezug und solchen Straftaten

vorzunehmen, bei denen ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt wurde, der Erfolg aber in Deutschland eingetreten ist.

Dieser Vorgabe wird § 80 IRG n. F. in differenzierter Weise gerecht. So sieht – neben der Vorgabe, daß sichergestellt sein muß, daß der ersuchende Mitgliedstaat den Verfolgten auf seinen Wunsch zur Vollstreckung in die Bundesrepublik Deutschland zurücküberstellt (§ 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG n. F.) – § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG n. F. vor, daß die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung nur zulässig ist, wenn die Tat einen maßgeblichen (Auslands-)Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist – und damit nicht zur Bundesrepublik Deutschland. Wann ein solcher maßgeblicher Bezug der Tat zum ersuchenden Mitgliedstaat gegeben ist, wird unter Wahrung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben in § 80 Abs. 1 S. 2 IRG n. F. näher konkretisiert.

Mit Hilfe dieser gesetzlichen Ausgestaltung wird gleichzeitig eindeutig sichergestellt, daß in Fällen eines maßgeblichen Inlandsbezuges – d. h. in den Fällen, in denen die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf deutschem Staatsgebiet begangen wurde und der Taterfolg auch hier eingetreten ist – die Auslieferung eines Deutschen aufgrund eines Auslieferungshindernisses nicht in Betracht kommt. Damit wird der betroffene Deutsche davor geschützt, an eine andere Staatsgewalt ausgeliefert zu werden, obgleich er im eigenen Rechtsraum eine Tat begangen hat. Gleichzeitig wird damit das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung in der Weise geschützt, daß Straftatvorwürfe gegen einen tatverdächtigen deutschen Staatsangehörigen in Fällen eines maßgeblichen Inlandsbezuges im Regelfall auch durch deutsche Strafermittlungsbehörden aufzuklären sind (vgl. hierzu die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG, aaO., S. 2292). Gleichzeitig wird damit der Maßgabe Rechnung getragen, daß derjenige, der eine Tat mit maßgeblichem Auslandsbezug begeht, auch damit rechnen muß, daß er durch eine andere Rechtsordnung zur Verantwortung gezogen wird.

Weist die Tat weder einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat noch zum Inland auf – d. h. ist ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt worden, trat indes der Erfolg im Ausland ein –, ist gesichert, daß der ersuchende Mitgliedstaat nach Verhängung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion anbieten wird, den Verfolgten auf seinen Wunsch zur Vollstreckung in die Bundesrepublik Deutschland zurückzuüberstellen,

und ist zudem die beiderseitige Strafbarkeit gegeben, so ist die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung nur zulässig, wenn bei einer konkreten Abwägung der widerstreitenden Interessen das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung nicht überwiegt (§ 80 Abs. 2 S. 1 IRG n. F.). Für diese Kategorie der sog. Mischfälle sieht § 80 Abs. 2 S. 3 IRG n. F. in nahezu wortwörtlicher Umsetzung des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils (BVerfG, aaO., S. 2292) vor, daß bei der Abwägung „insbesondere der Tatvorwurf, die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung und die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen“ sind.

Die in § 80 Abs. 2 S. 4 Hs. 1 IRG n. F. enthaltene Maßgabe, daß eine auf den Gegenstand des Auslieferungersuchens bezogene Entscheidung einer Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts vorliegt, ein deutsches strafrechtliches Verfahren einzustellen oder nicht einzuleiten, in die Abwägung mit einzubeziehen ist, berücksichtigt die Konstellation, daß sich der Betroffene bereits in Deutschland mit verfahrensabschließenden Entscheidungen zu verantworten hatte; damit wird dem verfassungsrechtlich gebotenen Auslieferungsschutz in verfassungskonformer Weise genügt und werden die Optionen, die Art. 4 Nr. 2 und 3 des Rahmenbeschlusses ermöglichen, in grundgesetzgemäßer Weise ausgeübt, nicht zuletzt deshalb, weil dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren auch eine zusätzliche individualrechtsschützende Funktion zukommt (vgl. hierzu auch BVerfG, aaO., S. 2293). Folgerichtig ist es, auch die von Hs. 2 umschriebenen Konstellationen in die Abwägung mit einzubeziehen.

Die Bestimmung des § 80 Abs. 4 IRG stellt im Hinblick auf die Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung Ausländer Deutschen gleich, wenn diese im Inland mit einem deutschen Familienangehörigen oder Lebenspartner in familiärer oder lebenspartnerschaftlicher Lebensgemeinschaft leben. Damit wird Art. 6 Abs. 1 GG sowie der gesetzlichen Anerkennung von Lebenspartnerschaften Rechnung getragen.

Festzuhalten ist im Hinblick auf § 80 IRG, daß die Neuregelung eine den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht werdende Unterscheidung zwischen Straftaten mit Inlands- und solchen mit Auslandsbezug vornimmt. Die Bestimmung ist hinreichend bestimmt; zudem hält sie für sog. Mischfälle hinreichende Kriterien für die konkrete Abwägung bereit. Dadurch

wird sie insbesondere dem Schutzanspruch gerecht, den Art. 16 Abs. 2 GG für Deutsche entfaltet.

**b. Grundsätzliche Pflicht zur Bewilligung und Vorabentscheidung, § 79 IRG n. F.**

§ 79 Abs. 1 S. 1 IRG n. F. stellt eine Folge des Rahmenbeschlusses dar und verhindert letztlich dessen Aushöhlung durch zu weitgehende mitgliedstaatliche Ablehnungsoptionen. Nicht zu beanstanden ist auch, daß der Gesetzgeber an der überkommenen Zweiteilung des Verfahrens in eine Zulässigkeits- und eine Bewilligungsentscheidung festhält. Dieses Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, daß das Zulässigkeitsverfahren dem präventiven Rechtsschutz des Verfolgten dient, während das Bewilligungsverfahren – mithin die Entscheidung der Exekutive, dem Ersuchen eines ausländischen Staates auf Auslieferung einer gesuchten Person stattzugeben – die Berücksichtigung außen- und allgemeinpolitischer Aspekte des jeweiligen Falles ermöglichen soll.

Durch die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung vorgegeben ist die Vorgabe, die Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in einem Verfahren betreffend die Auslieferung in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union sicherzustellen; die fehlende Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung im IRG a. F. aus dem Jahr 2004 begründete einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG (vgl. BVerfG, aaO., S. 2294 ff.).

Die Tatsache, daß das Bewilligungsverfahren mit § 83 b IRG n. F. um benannte Ablehnungsgründe erweitert wurde, führt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dazu, daß die Bewilligungsbehörde in einen Abwägungsprozeß einzutreten hat. Dies bedingt, daß die zuständige Behörde einerseits über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum verfügt, sie andererseits aber zugleich eine verfassungsrechtlich begründete Schutzpflicht gegenüber deutschen Staatsangehörigen wahrzunehmen hat. Da die Abwägungsentscheidung dem Schutz der Grundrechte des Verfolgten dient, darf sie richterlicher Überprüfung nicht entzogen werden. Insbesondere die in § 83 b IRG n. F. genannten Bewilligungshindernisse sind solche, die nicht Ausfluß außenpolitischer Beurteilungsfreiheit und damit gewissermaßen klassisches Kennzeichen einer Bewilligungsentscheidung sind. Sie stellen vielmehr eine Frage dar, die in gravierender Weise den Grundrechtsschutz des Verfolgten bis hin zur Garantie der Menschenwürde betrifft (vgl. BVerfG, aaO., S. 2296); daher „aktivieren“ sie gewisser-

maßen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht neigt sogar dazu, die Bewilligung in die Nähe des klassischen Verwaltungsakts zu rücken.

Die in dem Gesetzentwurf vorgesehene Ausgestaltung, daß vor der Zulässigkeitsentscheidung des Oberlandesgerichts die für die Bewilligung zuständige Stelle entscheidet, ob sie beabsichtigt, Bewilligungshindernisse geltend zu machen, bedeutet die faktische Vorverlagerung der Bewilligungsentscheidung vor die Zulässigkeitsentscheidung – wogegen aus der Sicht des Verfassungsrechts und auch aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts indes nichts einzuwenden ist. In diesem Zusammenhang kreiert der Gesetzgeber in dem durch den Gesetzentwurf vorgesehenen Verfahren das Institut der „Entscheidung, zu beabsichtigen, Bewilligungshindernisse nach § 83 b IRG n. F. geltend zu machen“, mithin eine vorläufige bzw. eine Vorabentscheidung. Dabei unterliegt die Entscheidung, zu beabsichtigen, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen – d. h. die Auslieferung oder Durchlieferung zu ermöglichen –, der Überprüfung durch das Oberlandesgericht im Verfahren der Zulässigkeit nach § 29 IRG n. F. In diesem Verfahren ist es dem Gericht möglich, die Entscheidung, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen, aufgrund der in diesem Fall erforderlichen Begründung zu überprüfen. Dabei wird das Gericht seine Entscheidung auch daran auszurichten haben, daß der entscheidenden Behörde insoweit ein weiter, auch außenpolitisch bedingter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt, gleichzeitig aber auch eine verfassungsrechtlich begründete Schutzpflicht gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen; das Gericht wird damit jedenfalls in die Lage versetzt, dem Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 GG zu umfassender Wirkung zu verhelfen. Dabei wird vom Gericht auch zu berücksichtigen sein, daß es im Falle einer zulässigen Auslieferung einen Anspruch auf Nichtauslieferung nicht gibt.

Für den Fall, daß ungeachtet der Vorabentscheidung, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen und damit die Auslieferung zu ermöglichen, in der endgültigen, nach der Zulässigkeitsentscheidung getroffenen Bewilligungsentscheidung Bewilligungshindernisse geltend gemacht werden, mithin die Auslieferung abgelehnt wird, bedarf es keiner erneuten gerichtlichen Überprüfung, da der Betroffene im deutschen Rechtsraum verbleibt und damit in dem ihm bekannten Rechtsraum. Mündet hingegen die vorläufige Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung in eine endgültige Bewilligungsentscheidung, so ist diese Entscheidung bereits einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt worden. Nur in dieser Perspektive ist

es auch vertretbar, in § 74 b IRG n. F. die Bewilligungsentscheidung für nicht anfechtbar zu erklären.

§ 79 Abs. 3 IRG n. F. regelt schließlich den Fall, daß nach der Vorabentscheidung Umstände, die geeignet sind, Bewilligungshindernisse geltend zu machen, eintreten oder bekannt werden. Führen diese Umstände nicht zu einer Ablehnung der Bewilligung und damit nicht zu einem Verbleiben des Betroffenen im Geltungsbereich des Grundgesetzes, so unterliegt die Bewilligungsentscheidung auf Antrag des Betroffenen hin der Überprüfung durch das Oberlandesgericht – wodurch gleichfalls der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts Genüge getan wird.

Im Ergebnis bedeutet die in dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Lösung, daß der bundesverfassungsrechtlich vorgegebenen Maßgabe, daß die Bewilligungsentscheidung insbesondere zum Schutz der Grundrechte des Betroffenen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt wird, hinreichend Rechnung getragen wird. Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Überprüfung der Bewilligungsentscheidung wird den Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG gerecht.

#### **c. Die Auslieferungsunterlagen, § 83 a IRG n. F.**

Der Gesetzentwurf trägt der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, wonach aus Gründen der – die Grundrechtsperspektive einschließenden – Effektivität des Rechtsschutzes die erforderlichen Angaben des Europäischen Haftbefehls eine angemessene gerichtliche Überprüfung ermöglichen müssen; daher darf das Vorliegen der für den Europäischen Haftbefehl erforderlichen Mindestangaben nicht als Sollvorschrift ausgestaltet sein. Dieser Vorgabe trägt der Gesetzentwurf Rechnung, indem die erforderlichen Angaben nunmehr zwingend vorliegen müssen.

#### **4. Fazit**

Zusammenfassend gilt, daß der Entwurf eines Europäischen Haftbefehlsgesetzes den Vorgaben gerecht wird, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 18. Juli 2005 aufgestellt hat. Gegen ihn bestehen daher aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken.

115

**Generalstaatsanwaltschaft  
München**Generalstaatsanwaltschaft München • 80097 München

## Stellungnahme

### zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwi- schen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)

#### Allgemeines:

Das Instrument des Europäischen Haftbefehls hat sich im Laufe seiner etwa 11-monatigen Anwendung in der Bundesrepublik Deutschland in der Praxis sehr bewährt.

Wie vom Rahmenbeschluss beabsichtigt, hat das Instrument des Europäischen Haftbefehls zum einen zu einer Vereinfachung des Verfahrens durch die Verwendung eines einheitlichen Formulars geführt und zum anderen eine deutliche Beschleunigung von Auslieferungsverfahren bewirkt.

Jedenfalls dann, wenn die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung durch landesrechtliche Regelung im jeweiligen Bundesland auf die Generalstaatsanwaltschaft übertragen ist, und die Ausschreibung im Schengener Informationssystem SIS entsprechend § 83 a Abs. 2 als Europäischer Haftbefehl gilt, besteht von der Verfahrensdauer regelmäßig kein Unterschied mehr zu Auslieferungsverfahren bei denen sich der Verfolgte mit einer vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärt hat.

Diese Beschleunigung des Verfahrens dient im Ergebnis auch dem Verfolgten, da die Dauer der Auslieferungshaft dadurch wesentlich reduziert wird, ohne sich andererseits nachteilig auf die Rechte des Verfolgten auszuwirken.

16<sup>-2-</sup>

Wenn man die Verfahren betrachtet, die aufgrund des für nichtig erklärten Europäischen Haftbefehlsgesetzes vom 21. Juli 2004 im Zuständigkeitsbereich der Generalstaatsanwaltschaft München geführt wurden, so ist festzustellen, dass in all diesen Verfahren – von den Verfahren betreffend die Auslieferung Deutscher und gleichgestellter Ausländer abgesehen – bei einer Durchführung des Verfahrens unter Anwendung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens eine Auslieferung im Ergebnis in gleicher Weise erfolgt wäre, aber unter Inanspruchnahme eines längeren Zeitraums.

Zu den Katalogtaten des Artikels 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten ist anzumerken, dass in sämtlichen hier geführten Verfahren auch eine Strafbarkeit nach deutschem Recht gegeben war.

Erfahrungsgemäß scheitern Auslieferungen in Auslieferungsverfahren auf der Grundlage des Europäischen Auslieferungseinkommens auch nicht an einer fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit sondern vielmehr am Grundsatz „ne bis in idem“, einer verspäteten Übersendung der Auslieferungsunterlagen (jedoch nicht bei EU-Mitgliedsstaaten) oder unzureichenden Garantien bei Abwesenheitsentscheidungen.

Es handelt sich also nicht um Hindernisse, die durch die Regelungen des Europäischen Haftbefehlsgesetzes in einer für den Verfolgten nachteiligen Weise verändert werden.

Im Auslieferungsverfahren gehen die Einwendungen des Verfolgten, so überhaupt konkrete Einwendungen erhoben werden, auch zumeist dahin, dass sich der Verfolgte nicht strafbar gemacht habe. Der Schuldverdacht ist im Auslieferungsverfahren gemäß § 10 Abs. 2 IRG jedoch ohnedies nur in Ausnahmefällen nachzuprüfen.

Der Beschleunigungseffekt durch das Instrument des Europäischen Haftbefehls ist nicht nur bei Auslieferungen aus der Bundesrepublik Deutschland ins Ausland zu verzeichnen sondern in besonderer Weise auch bei Einlieferungen aus dem Ausland in die Bundesrepublik Deutschland.

Beispielhaft sei nur Spanien erwähnt. Unter der Geltung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens war regelmäßig mit Verfahrensdauern von über 1 Jahr zu rechnen, während bei Anwendung der Regelungen des Europäischen Haftbe-

fehls diese Verfahren nunmehr in den durch den Rahmenbeschluss vorgegebenen Fristen ablaufen.

Zur zahlenmäßigen Bedeutung ist folgendes anzumerken:

Im Zeitraum vom 23. August 2004 bis zum 18. Juli 2005 wurden im Zuständigkeitsbereich der Generalstaatsanwaltschaft München 76 Verfahren nach dem Europäischen Haftbefehlsgesetz vom 21. Juli 2004 bearbeitet. 20 Verfahren betrafen deutsche Staatsangehörige. Von diesen 20 Verfahren waren 15 Verfahren zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abgeschlossen. Die abgeschlossenen Verfahren endeten in 6 Fällen mit einer Auslieferung, in 9 mit einer Ablehnung der Bewilligung der Auslieferung. In weiteren 5 Fällen wurde nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Bewilligung der Auslieferung abgelehnt.

Darüber hinaus wurden im Jahre 2004 aufgrund von Anfragen des Bundeskriminalamts betreffend bestehende Fahndungen nach Deutschen im Schengener Informationssystem zur Festnahme, welche im Inland als Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung eingestellt waren, 18 Vorgänge überprüft. Von diesen 18 Vorgängen wurde in 10 Fällen eine Aufhebung der Kennzeichnung, das heißt eine Umstellung der Fahndung von Aufenthaltsermittlung auf Festnahme abgelehnt. Dies beruhte zumeist darauf, dass gegen die betreffenden deutschen Staatsangehörigen Ermittlungs- oder Strafverfahren wegen der der Ausschreibung zugrunde liegenden Taten in Deutschland geführt wurden.

#### Anmerkungen zu Einzelvorschriften:

##### § 40 Abs. 2 Nr. 1 IRG – E

Die beabsichtigte Änderung der Regelungen zur Bestellung eines Pflichtbeistandes ist nicht erforderlich.

Zum einen ist die Einordnung von Straftaten unter die Artikel 2 Abs. 2 aufgeführten Deliktgruppen von den den Europäischen Haftbefehl ausstellenden Behörden eigenverantwortlich vorzunehmen und im Auslieferungsverfahren nicht zu überprüfen.

Zum anderen wäre bereits nach geltendem Recht, wenn man eine Überprüfung der Einordnung unter die Deliktgruppen durch deutsche Gerichte für möglich und erforderlich halten würde, die Bestellung eines Pflichtbeistandes wegen Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage nahe liegend.

#### § 74 b IRG – E

Diese Regelung ist zur Klarstellung, dass keine Anfechtbarkeit gegeben ist, sinnvoll.

Der Rechtsschutz des Verfolgten wird durch § 29 IRG in Verbindung mit § 79 Abs. 2 IRG – E gewährleistet.

#### § 79 IRG – E

Die Regelung des Absatzes 2 der Vorabentscheidung über Bewilligungshindernisse ist sehr zu begrüßen.

Auf diese Weise kann der Sinn des Europäischen Haftbefehls, eine Beschleunigung des Auslieferungsverfahrens herbeizuführen, erreicht werden unter gleichzeitiger Gewährleistung der Rechte des Verfolgten auf eine gerichtliche Überprüfung der Bewilligungsentscheidung.

Würde die Entscheidung Bewilligungshindernisse nicht geltend zu machen erst nach der Zulässigkeitsentscheidung fallen, würde dies, wegen der dann zu schaffenden Möglichkeit der anschließenden gerichtlichen Überprüfung, zu unnötigen Zeitverzögerungen führen.

Die vorweggenommene Entscheidung über Bewilligungshindernisse dient auch dem Verfolgten, da in diesem Fall die Überprüfung der Entscheidung der Generalstaatsanwaltschaft betreffend Bewilligungshindernisse nach § 83 b zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen kann und somit auch mögliche Beanstandungen durch das Gericht.

Die Generalstaatsanwaltschaft muss ohnedies vor Herbeiführung einer Zulässigkeitsentscheidung durch das Oberlandesgericht prüfen, ob Bewilligungshindernisse geltend zu machen sind, denn nur wenn sie die Auslieferung nach einer Zulässigkeitsentscheidung auch bewilligen will, ist überhaupt eine Vorlage der Akten an das Oberlandesgericht notwendig.

Wenn die Generalstaatsanwaltschaft die Auslieferung nicht bewilligen will, ist sie gehalten, dies zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu tun und den Verfolgten aus der Auslieferungshaft zu entlassen.

Es sollte klargestellt werden, dass eine Begründung der Entscheidung keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen bei einer vereinfachten Auslieferung nicht erforderlich ist. Im Verfahren der vereinfachten Auslieferung findet auch regelmäßig eine Vorlage der Akten an das Oberlandesgericht nach § 29 IRG nicht statt.

### § 80 Abs. 1 und 2 IRG-E

Die Regelungen des Entwurfs sind unübersichtlich.

Es sollte versucht werden, die Kriterien für die Zulässigkeit der Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung griffiger zu gestalten und in einem Absatz zusammenzufassen.

Auch ist zu erwägen, die Regelung bezüglich der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zum Zwecke der Strafverfolgung so zu fassen, dass eine Auslieferung an den ersuchenden Staat wegen Straftaten, die in Drittstaaten begangen wurden, nur bei schweren Taten mit typisch grenzüberschreitendem Charakter erfolgt. Bei Straftaten, die diesen Charakter nicht aufweisen, kann die Strafverfolgung auch im Inland stattfinden. Vorteile einer Strafverfolgung in dem ersuchenden Staat sind nicht ohne weiteres erkennbar.

Es ist überflüssig in der geschehenen Breite die bei der Abwägung zu beachtenden Umstände aufzulisten.

Die nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in die Abwägungsentscheidung einzubeziehenden Umstände können dem Urteil entnommen werden und müssen nicht im Einzelnen im Gesetz dargelegt werden. Solches geschieht bei anderen gesetzlichen Regelungen ebenso wenig.

Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellte Entscheidungskriterien werden auch in anderen Rechtsbereichen von den Gerichten bei der Entscheidung berücksichtigt ohne dass diese im Gesetz einzeln aufgeführt sind.

Bzgl. der Zusicherung der Rücküberstellung nach § 80 Abs.1 Nr.1 IRG-E sollte der Gesetzestext dahingehend gestaltet werden, dass eine Rücküberstellung zur Strafvollstreckung auf Wunsch des Verfolgten nicht nur angeboten wird, sondern tatsächlich gesichert ist.

Im Hinblick auf die in der Begründung des Gesetzentwurfs dargestellte Problematik des Erfordernisses der beiderseitigen Strafbarkeit bei Vollstreckungshilfe, liegt es nahe zur Lösung des Problems auch § 49 Abs.1 Nr.3 IRG abzuändern.

Zu der Regelung des § 80 IRG-E ist anzumerken, dass bei den im hiesigen Zuständigkeitsbereich geführten Auslieferungsverfahren betreffend deutsche Staatsangehörige die Entscheidungen auch unter Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien in gleicher Weise ausgefallen wären.

#### § 80 Abs. 4 IRG – E

§ 80 Abs. 4 IRG – E sollte gestrichen werden. Es ist nicht ersichtlich, warum die in § 80 Abs. 4 aufgeführten Ausländer eines besonderen Schutzes bedürften.

Die Regelung des § 80 Abs. 4 IRG – E führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung bestimmter Personengruppen und zu Widersprüchlichkeiten im Hinblick auf Auslieferungsersuchen aus Nicht-EU-Mitgliedsstaaten.

Die Regelung des § 80 Abs. 4 IRG – E führt zu dem Ergebnis, dass zwar ein Ausländer der nicht Staatsangehöriger eines EU-Mitgliedsstaats ist nur eingeschränkt in einen EU-Mitgliedsstaat ausgeliefert werden kann, eine Staatsangehöriger eines EU-Mitgliedsstaats bei dem eine Auslieferung in sein EU-Heimatland wegen § 80 Abs. 4 IRG – E nur eingeschränkt möglich wäre, wegen der gleichen Straftat ohne Einschränkung in einen Nicht-EU-Mitgliedsstaat ausgeliefert werden kann und muss.

Die Regelung des § 80 Abs. 3 IRG alt hat in einem konkreten Fall bei der Generalstaatsanwaltschaft München dazu geführt, dass der Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaats, der wegen einer in seinem Heimatland begangenen Straftat dort zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, zur Strafvollstreckung nicht ausgeliefert werden konnte, da er wenige Wochen vor seiner Festnahme in Deutschland eine Deutsche geheiratet hatte und zu dieser gezogen war und sich mit einer Auslieferung nicht einverstanden erklärt hatte.

Darüber hinaus belastet die Regelung des § 80 Abs. 4 IRG – E das Auslieferungsverfahren mit Prüfungserfordernissen, die zu einer spürbaren Verzögerung des Auslieferungsverfahrens führen können. Die Prüfung, ob tatsächlich eine familiäre Lebensgemeinschaft besteht oder nicht, kann im Einzelfall aufwändige Ermittlungen erfordern.

### § 83 IRG – E

Die Regelung in Nr. 3. betreffend Abwesenheitsurteile sollte so gefasst werden, dass die Auslieferung auch in den so genannten „Fluchtfällen“ ermöglicht wird. Nach dem Entwurfstext kann eine Auslieferung in „Fluchtfällen“ nicht erfolgen, auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Auslieferung in derartigen Fällen möglich wäre. Dies führt dazu, dass bei der Auslieferung zur Strafvollstreckung wegen Abwesenheitsurteilen an einen EU-Mitgliedsstaat strengere Anforderungen gestellt werden müssen, als wenn die Auslieferung an einen Nicht-EU-Mitgliedsstaat erfolgen würde.

Der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl steht einer Erstreckung der Auslieferung bei Abwesenheitsurteilen auf „Fluchtfälle“ nicht entgegen.

Der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl und die vom Bundesverfassungsgericht geforderte gerichtliche Überprüfung von Bewilligungsentscheidungen zwingen nicht zur Änderung des gebräuchlichen Systems der Zweiteilung des Auslieferungsverfahrens in Zulässigkeits- und Bewilligungsentscheidung.

Der gewählte Weg der vorweggenommenen Entscheidung über Bewilligungshindernisse mit gerichtlicher Überprüfung im Zulässigkeitsverfahren sowie die anschließende Entscheidung über die Bewilligung durch die Generalstaatsanwaltschaft ermöglichen auch ohne Umstellung des Systems ein schnelles und dabei die Rechte des Verfolgten wahrendes Verfahren.

  
Joachim Ettenhofer  
Oberstaatsanwalt

**Stellungnahme  
für die**

**Öffentliche Anhörung  
zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD  
„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen  
Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen  
Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)“**

**am 5. April 2006**

**von  
Professor Dr. Matthias Herdegen**

**I.**

1. Für die Umsetzung des Europäischen Haftbefehls und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb)<sup>1</sup> ergeben sich aus dem Urteil des BVerfG vom 18.7.2005, Az. 2 BvR 2236/04 zum EuHbG vom 21.7.2004 (EuHbG a.F.) bestimmte Anforderungen, welchen das EuHbG genügen muss (dazu unten II.).

2. Der Gesetzgeber hat seinem Entwurf vom 7.2.2006 (BT-Drs. 16/544) das vom BVerfG insgesamt für nichtig erklärte EuHbG a.F. zu Grunde gelegt und sich auf diejenigen Änderungen oder Ergänzungen beschränkt, die sich aus dem verfassungsgerichtlichen Urteil konkret ergeben (BT-Drs. 16/544, S. 22). Darüber hinausgehende Änderungen oder Ergänzungen sieht der Gesetzgeber als „aus grundgesetzlichen Sicht nicht zwingend“ an (BT-Drs. 16/544, S. 21). Demgegenüber ist zu betonen, dass der Gesetzentwurf jenseits der berücksichtigten verfassungsgerichtlichen Vorgaben noch grundrechtlichen Bedenken begegnet (dazu unten III.).

Das EuHbG ist **in vollem Umfang** am Maßstab der deutschen Grundrechte messbar, d.h. auch dort, wo das EuHbG wörtlich den RbEuHb wiederholt oder zwingende Vorgaben des RbEuHb übernimmt. Das BVerfG hat sich zwar darauf beschränkt, das EuHbG a.F. auf die schonende Ausfüllung von vom RbEuHb belassenen Umsetzungsspielräumen hin zu prüfen (Abs.-Nr. 80). Es hat aber auch betont, dass der Gesetzgeber „die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, notfalls auch durch die Verweigerung der Umsetzung“ behält (Abs.-Nr. 81; vgl. auch Abs.-Nr. 118). Dass das BVerfG „keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Rahmenbeschlusses“ geäußert hat (BT-Drs. 16/544, S. 20), entbindet nicht von einer in vollem Umfang mit den deutschen Grundrechten

---

<sup>1</sup> ABl. Nr. L 190 vom 18.7.2002, S. 1.

konformen Umsetzung des Rahmenbeschlusses, auch soweit sich darin Zweifel des deutschen Gesetzgebers an der Vereinbarkeit des Rahmenbeschlusses mit (Unions-)Grundrechten ergeben sollten. Denn der Rahmenbeschluss ist überhaupt nicht Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung gewesen. Der Grund dafür liegt auch darin, dass es sich bei Rechtsakten „3. Säule“ **nicht** um eine „vergemeinschaftete“ Materie handelt, in der der Vorrang des Europarechts gilt. Vielmehr gilt bei der Umsetzung ohne jede Einschränkung der **Vorrang der Verfassung** nach Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG.

## II.

1. Die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger unterliegt mit Rücksicht auf das grundsätzliche Auslieferungsverbot aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG besonderen, gesteigerten Anforderungen. Diese Anforderungen hat das BVerfG in seinem Urteil zum EuHbG a.F. konkretisiert (vgl. Abs.-Nr. 77, 90).

Es muss sichergestellt sein, „dass ein Deutscher, der die Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen und sich nach deutschem Recht nicht strafbar gemacht hat, auch nicht ausgeliefert wird“ (Abs.-Nr. 95). Eine besondere Schutzwürdigkeit ergibt sich für den Deutschen bei „nicht ohne weiteres erwartbaren Fernwirkungen seines Handelns in Deutschland“ oder bei „sachlich und personell ausgedehnten Strafverfolgungsansprüchen einzelner Mitgliedstaaten“, die dann „noch verstärkt“ wird, wenn die Tat „nach deutschem Recht straflos ist“ (Abs.-Nr. 93). Nach den Gründen des Urteils des BVerfG lässt sich die Annahme vertreten, dass eine i.S. von Art. 103 Abs. 2 GG verbotene „materielle rückwirkende Rechtsänderung“ vorliegt, wenn Taten „keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweisen und zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Deutschland straffrei waren“ (Abs.-Nr. 98).

Nach dem Urteil des BVerfG besteht mithin eine „verfassungsrechtlich notwendige Unterscheidung zwischen einer ... Straftat mit Inlandsbezug von einer solchen mit maßgeblichen Auslandsbezug“ (Abs.-Nr. 98). Bei „maßgeblichem Inlandsbezug“ muss der Gesetzgeber „die tatbestandliche Möglichkeit und die Rechtspflicht schaffen, die Auslieferung Deutscher zu verweigern“ (Abs.-Nr. 94). Etwas abgeschwächt formulierte das BVerfG in Abs.-Nr. 85, dass bei maßgeblichen Inlandsbezug „regelmäßig“ ein Auslieferungshindernis besteht. Die Schutzwürdigkeit eines Deutschen entfällt dagegen, „wenn die vorgeworfene Tat einen maßgeblichen Auslandsbezug hat“ (Abs.-Nr. 86). Dann darf auch ein Deutscher „in aller Regel“ (d.h. sofern nicht doch ein atypischer Fall besondere Schutzwürdigkeit vorliegt) ausgeliefert werden (Abs.-Nr. 86). Insgesamt ergibt sich daraus,

dass das Grundgesetz „die konkrete Prüfung in jedem Einzelfall [fordert], ob die ... Rechte des Verfolgten gewahrt sind“ (Abs.-Nr. 88).

2. Vorgeschlagen hat das BVerfG zwei Regelungsansätze: entweder eine „tatbestandliche Konkretisierung“ oder ein „gesetzliches Prüfungsprogramm“, welches den Gesetzes ausführenden Stellen vorgibt, „in einem Auslieferung Wahl in eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen ein[zu]treten“ (Abs.-Nr. 88, 97).

Den vorgenannten Anforderungen soll mit § 80 Abs. 1 und 2 IRG n.F. Rechnung getragen werden. Der Gesetzgeber hat sich dabei für den Regelungsansatz eines „gesetzlichen Prüfungsprogramms“ entschieden (vgl. BT-Drs. 16/544, S. 23, 33). Allerdings bezieht sich der Regelungsansatz des „gesetzlichen Prüfungsprogramms“ im Urteil des BVerfG entgegen der Annahme des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 16/544, S. 40) nicht nur auf die sog. „Mischfälle“, in denen nicht nur ein klarer Bezug allein zum Inland oder allein zum Ausland festzustellen ist.

a) Der Gesetzesentwurf differenziert nur zwischen Fällen mit maßgeblichem Auslandsbezug (§ 80 Abs. 1 IRG n.F.) und Fällen ohne maßgeblichen Bezug zum Inland (§ 80 Abs. 2 IRG n.F.). Die Fälle eines **Doppelbezuges** erfahren keine besondere Regelung. Dies ist in all den Fällen von „Katalogtaten“ des Art. 2 Abs. 2 RbEuHb verfassungsrechtlich problematisch, in denen die **beiderseitige Strafbarkeit** nicht zu prüfen ist (§ 81 Nr. 4 IRG n.F.). Hierauf beziehen sich die nachfolgenden Bemerkungen.

b) Der Inlandsbezug wird in § 80 Abs. 2 Satz 2 IRG n.F. allzu eng definiert. Dies gilt insbesondere für die kumulative Voraussetzung des (teilweisen) **Erfolgseintritts** im Inland (in Anlehnung an Formulierungen des BVerfG). Dies ist in all den Fällen problematisch, in denen die deutsche (Straf-)Rechtsordnung den **gesamten** Tatvorgang zum Anknüpfungspunkt für eine umfassende rechtliche Wertung macht und das Tatgeschehen als erlaubt oder als strafrechtlich gerechtfertigt einstuft. Hier muss sich das Vertrauen in die Wertung der eigenen (deutschen) Rechtsordnung durchsetzen. Es ist nicht anzunehmen, dass das BVerfG hier bewusst eine Einschränkung des geschützten Vertrauens vornehmen wollte. Dies gilt insbesondere für all die Fälle eines in Deutschland grundrechtlich geschützten Verhaltens.

c) Bei der Definition des „maßgeblichen Bezugs der Tat zum ersuchenden Mitgliedstaat“ (= „maßgeblicher Auslandsbezug“) in § 80 Abs. 1 Satz 2 IRG n.F. sollte der Gesetzgeber erwägen, die vom BVerfG beispielhaft für Taten mit einer „typischen grenzüberschreitenden Dimension“ genannten Fälle des „internationalen Terrorismus“ oder des „organisierten Drogen- oder Menschenhandels“ (ABs.-Nr. 86) als Regelbeispiele in die Legaldefinition aufzunehmen.

d) Unbefriedigend ist die Regelung der Fälle, in denen die Tat einen maßgeblichen Bezug **sowohl zum Inland als auch zum ersuchenden Mitgliedstaat** aufweist. Dies liegt etwa in vielen Fällen der Internetkriminalität nahe. Aber auch bei anderen Deliktsformen (unter Einschluss der in manchen EU-Mitgliedstaaten als Tötungsdelikt qualifizierten Abtreibung) ist ein solcher Doppelbezug ohne weiteres denkbar. Hier begründet jedenfalls bei Deutschen und ihnen gleichzustellenden Gebietsansässigen das Vertrauen in die Wertung der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich ein Auslieferungshindernis von Verfassungs wegen, soweit es um das vom maßgeblichen Inlandsbezug getragene Tatgeschehen geht (z.B. in Deutschland geleistete Beihilfe zu einem nach deutschen Maßstäben nicht strafbaren Schwangerschaftsabbruch im EU-Ausland). Anders liegt es in den Fällen „schwerer Taten mit typischem grenzüberschreitendem Charakter“, bei denen eine Person bewusst aus dem Schutz der eigenen Rechtsordnung heraustritt. Hier ist aber in aller Regel die beiderseitige Strafbarkeit gegeben.

Die Regelung des § 83b Nr. 1 IRG n.F. trägt diesen Bedenken nur höchst unvollkommen Rechnung. Der Auslieferung ausgesetzt bleibt gerade derjenige, bei dem nach deutschem Recht die Rechtmäßigkeit des Verhaltens so offensichtlich ist, dass es nicht einmal zu einer staatsanwaltschaftlichen Befassung kommt.

e) Die bloße Sicherstellung des Angebots einer Rücküberstellung (§ 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IRG n.F.) sagt noch nichts über die Möglichkeit der Strafverbüßung in Deutschland aus, die auch aus Sicht des Gesetzgebers aus Gründen der Resozialisierung grundsätzlich geboten ist (vgl. BT-Drs. 16/544, S. 35, 42). Die Strafvollstreckung in Deutschland könnte nämlich scheitern, wenn im Zeitpunkt der Vollstreckungshilfe lediglich die Strafbarkeit nach ausländischen, nicht aber nach deutschem Recht gegeben ist. Darauf hat auch das BVerfG (Abs.-Nr. 100) ausdrücklich aufmerksam gemacht. Jedenfalls in Bezug auf die Auslieferung *Deutscher* zum Zwecke der Strafverfolgung muss sichergestellt sein, dass die

Rücküberstellung nicht nur angeboten, sondern auch tatsächlich erfolgen wird. Der Gesetzgeber muss danach vorsehen, dass die spätere Bewilligung der Vollstreckungshilfe nicht davon abhängig gemacht wird, dass die beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist. Gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung (vgl. die Bedenken in BT-Drs. 16/544, S. 36) kann schon deshalb nicht verstoßen werden, weil mit einer solchen Regelung gerade der in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten besonderen Schutzbedürftigkeit Deutscher Rechnung getragen wird. Dass „die Frage der Bewilligungsfähigkeit einer späteren Vollstreckungshilfeersuchens als gerichtlich nachprüfbares Ermessenskriterium des Bewilligungshindernisses nach § 83b Nr. 1 und 2 zu berücksichtigen [ist]“ (BT-Drs. 16/544, S. 36 f., 31) leuchtet nach dem Wortlaut dieser Vorschriften erstens nicht ein und ist zweitens im Lichte des Urteils des BVerfG nicht hinreichend. Ist die Bewilligungsfähigkeit des späteren Vollstreckungshilfeersuchens nicht gesichert, dann muss darin ein Zulässigkeitshindernis oder ein absolutes Bewilligungshindernis gesehen werden.

f) Ferner steht die Auslieferung nicht unter einem möglichen weiteren Vorbehalt, dass die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaats nicht auf sachlich und personell überdehnten Strafverfolgungsansprüchen beruht (siehe BVerfG Abs.-Nr. 93).

g) Schließlich fehlt auch eine Abwägungsklausel (vgl. demgegenüber § 80 Abs. 2 Satz 3 IRG n.F.), welche die Möglichkeit der Nichtauslieferung in atypischen Fallgestaltungen erlaubt. Entgegen der Gesetzesbegründung wird aus § 80 Abs. 1 IRG n.F. nicht deutlich, dass die „Verhältnismäßigkeit einer Auslieferung ... in jedem Falle zusätzlich ... zu prüfen [ist]“ (BT-Drs. 16/544, S. 33). Nach dem Urteil des BVerfG (Abs.-Nr. 87-88, 97, 118) bedarf die Entscheidung über die Auslieferung stets einer Abwägung. Das Ergebnis der Abwägung ist in den Fällen mit maßgeblichem Inlandsbezug bzw. maßgeblichem Auslandsbezug lediglich „in aller Regel vorgezeichnet“. Daraus folgt, dass auf eine Abwägung nicht von vornherein verzichtet werden darf.

h) Als **zwingendes** Zulässigkeits- oder Bewilligungshindernis müssen für den Fall der Auslieferung *Deutscher* die als fakultative Bewilligungshindernisse ausgestalteten Tatbestände des 83b Nr. 1 und 2 IRG n.F. normiert werden. Dies ergibt sich aus den Gründen des BVerfG (Abs.-Nr. 92, 95).

2. Die Erstreckung der für Deutsche geltenden Zulässigkeitshindernisse auf Ausländer beschränkt sich auf die Fälle der Familien oder lebenspartnerschaftlicher Lebensgemeinschaften mit Deutschen. Damit wird verkannt, dass auch **sonstigen Ausländern** mit Wohnsitz im Inland ein aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip folgender Schutz des Vertrauens in die Wertungen des deutschen Rechts zustehen kann. Dies gilt vor allem auch für Unionsbürger und Staatenlose mit Inlandswohnsitz sowie hier in Deutschland geborene und aufgewachsene Kinder von Ausländern, die nicht für die deutsche Staatsangehörigkeit optiert haben. Hier ergibt sich auch das Problem der Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) gegenüber privilegierten Ausländern, deren Lebensgemeinschaft nicht unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fällt.

### III.

Folgende weitere Erwägungen sollte der Gesetzgeber aus grundrechtlichen Gründen in Rechnung stellen:

1. An erster Stelle ist hier die dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (folgend aus dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. auch Art. 103 Abs. 2 GG) genügende Konkretisierung der Listendelikte des Art. 2 Abs. 2 RbEuHb zu nennen. Der Gesetzesentwurf nennt nicht einmal ausdrücklich die jeweiligen „Katalogtaten“, sondern verweist schlicht auf den RbEuHb, der innerstaatlich nicht anwendbar ist (Art. 34 Abs. 2 *lit. b* EU). Offen ist dabei auch, ob das deutsche Recht die Tatbestandskonkretisierung ganz dem Recht des ersuchenden Staates überlässt (etwa: bei als „Tötung“ qualifizierter Abtreibung). In diesem Fall bleibt vom Gebot der Normenklarheit bei verhaltensleitenden Vorschriften wenig übrig.

2. Im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG und des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips liegt es nahe, nur solche Taten zu erfassen, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen worden sind.

## Öffentliche Anhörung

des Rechtsausschusses des Bundestages am 5. April 2006  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses  
über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren  
zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union  
(Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG) – BT-Drucksache 16/544

**1. In normativer Freiheit ?**

Der Europäische Haftbefehl ist ein Ersuchen um Festnahme und Übergabe, kein Haftbefehl. Das zentrale Anliegen des Rahmenbeschlusses besteht darin, die herkömmlichen Auslieferungsverfahren mit ihren diplomatisch/ministeriellen Ersuchen durch ein rein justizielles Übergabeverfahren zu ersetzen<sup>1</sup>. Im liegt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen zugrunde<sup>2</sup>; das zwingend die Anerkennung der generellen Regeln impliziert, auf denen diese Entscheidungen beruhen. Dies gilt auch und gerade für den Bereich des materiellen Strafrechts<sup>3</sup>. Die Anerkennung zementiert nationale *Unterschiede*, Rahmenbeschlüsse sieht Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV aber nur zur *Angleichung* der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vor. Der Belgische Schiedshof<sup>4</sup> hat die Frage dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt.

Auch innerstaatlich stellen sich Grundsatzfragen. Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses ist dem Gesetzgeber zur Entscheidung "*in normativer Freiheit*"<sup>5</sup> aufgetragen. Um das zu ermöglichen, hat das BVerfG das ganze Gesetz für *nichtig* erklärt. Ein Gesetzentwurf, der sich dennoch darauf beschränkt, am wichtigen – und trotz rechtsstaatlicher Bedenken quer durch alle Parteien verabschiedeten – Gesetz begrenzten *Ergänzungsbedarf* auszumachen, ist deshalb von vornherein suspekt. Der Gesetzgeber darf an die ihm gestellte Aufgabe nicht in dem Sinne "*geschichtslos*" herangehen, daß er außer Betracht läßt, was zur Nichtigkeit des Ersten Umsetzungsgesetzes geführt hat.

- a) Der Rahmenbeschluß beschwört als *"Grundlage für den Mechanismus des Europäischen Haftbefehls ... ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten"*<sup>6</sup>, aber daran fehlt es der Praxis. Deshalb sind die Rechtsfigur des Europäischen Haftbefehls – rahmenbeschlußwidrig<sup>7</sup> – in das eingespielte System der Rechtshilfe des IRG integriert, die Zweistufigkeit beibehalten und der Schutz von Individualrechtsgütern in der Form fakultativer *Bewilligungshindernisse* den *Behörden* übertragen worden (§ 83b IRG). Der gesetzgeberische Einfall zur Regelungstechnik ist von den EuHB-Skeptikern begrüßt worden, auch von mir<sup>8</sup>.

Daß die Ermittlungs- und Bewilligungsbehörde im ersten schwierigen Fall versagen und lapidar erklären könnten, sie wollten von dem ihnen eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch machen, war unbedacht geblieben. Durch diese Ermessensverweigerung wurde nicht nur das Tor für die Verfassungsbeschwerde aufgestoßen<sup>9</sup>, sondern auch deutlich, daß individualrechtsschützende Mechanismen bei den Bewilligungsbehörden denkbar schlecht aufgehoben sind.

Das hat vermutlich innere Gründe: Das Strafrecht hat in den vergangenen Jahrzehnten auch präventive Aufgaben übernommen<sup>10</sup>. Letztlich entscheiden Strafverfolgungsbehörden darüber, welches Gewicht einem inländischen Verfahren bei der Auslieferung zukommt. Nur *ihre* Einschätzung kann Grundlage der Ermessensentscheidung der Bewilligungsbehörden werden. Deshalb ist ohne weiteres damit zu rechnen (der Fall des Beschwerdeführers hat es gezeigt), daß die Ermessensentscheidung von dem (selbstverständlich unausgesprochenen) Bemühen geleitet sein kann, einen unliebsamen Fall loszuwerden.

Damit ist der wenigstens potentielle Interessenkonflikt mit dem Individualrechtsschutz des Verfolgten schon vorprogrammiert, weil die Struktur der Entscheidungsfindung bei der gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung dazu führen (muß), daß man *"in der Praxis nur sehr selten eine Verletzung subjektiver Rechte des Verfolgten durch eine ermessensfehlerhafte Entscheidung feststellen können"* wird<sup>11</sup>. Fakultative Versagungsgründe lassen sich auch in einem justiziellen Verfahren befriedigend lösen. Sie gehören systematisch ohnehin auf die Zulässigkeitsebene<sup>12</sup>. Der Verweis auf *"wohl-erwogene Gründe"*<sup>13</sup> für die Zweistufigkeit in BT-Drs. 15/1718, S. 10 zum ersten Umsetzungsgesetz trägt deshalb nicht, denn ohne den individualrechtsschützenden Kontext sind sie von geringem Gewicht (*"... daß die Praxis mit den Begriffen des IRG vertraut ist und die Verwendung gleichlautender*

*Begriffe mit unterschiedlicher Bedeutung im internationalen Rechtshilfeverkehr zur Verwirrung bei der Zusammenarbeit führen würde“).*

- b) Der neue Entwurf läßt indessen den Webfehler des ersten Gesetzes unberührt.

Die Bewilligungsentscheidung soll nach dem Konzept des Entwurfs weiterhin im Kern eine *außenpolitische* Entscheidung der Bundesregierung bleiben<sup>14</sup>. Doch allein schon der Gedanke eines *außenpolitischen* Ermessens ist rahmenbeschlußwidrig. Das zusammenwachsende Europa will mit dem Europäischen Haftbefehl gerade erreichen, daß der einheitliche Rechtsraum nicht durch *außenpolitische* Überlegungen gestört wird<sup>15</sup>.

Ein behördlicher Ermessensvorbehalt wird nur noch für die Fälle benötigt, in denen tatsächlich eine *politische* Ermessensentscheidung zu treffen ist, etwa bei dem Ersuchen mehrerer Staaten. Darüber hinaus ist die Zweistufigkeit nichts weiter als ein funktionsloses Relikt, dessen einziger Vorzug darin besteht, daß sich die Praxis daran gewöhnt hat.

## 2. Gesetzgebungstechnik

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, den Rahmenbeschluß grundrechtsschonend in nationales Recht zu übertragen. Der Regierungsentwurf hat sich entschlossen, durch Abschreiben zu erledigen, was als Denkaufgabe gedacht war.

- a) Für die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger ist ein neues Zulässigkeitskriterium in § 80 IRG aufgenommen worden: Die Tat soll *“einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedsstaat“* aufweisen. Das steht auch so im Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>16</sup>: *“Anders fällt die Beurteilung aus, wenn die vorgeworfene Tat einen maßgeblichen Auslandsbezug hat“*.

Für den Fall, daß die Tat *keinen* maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedsstaat hat, sieht der neue § 80 Abs. 2 (*“Mischfälle“*) vor, daß die Auslieferung zur Verfolgung nur dann zulässig ist, wenn die Tat *“keinen maßgeblichen Bezug zum Inland“* aufweist und auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat wäre, notfalls nach der üblichen auslieferungsrechtlichen sinngemäßen Umstellung des Sachverhalts und außerdem der Verfolgte nicht in schutzwürdiger Weise auf seine Nichtauslieferung vertrauen durfte. Was ist jetzt ein maßgeblicher Inlandsbezug? Da hat das Bundes-

verfassungsgericht zum Glück im Absatz vorher etwas gesagt: *"Ein maßgeblicher Inlandsbezug liegt jedenfalls dann vor, wenn wesentliche Teile des Handlungs- und Erfolgsortes auf deutschem Staatsgebiet liegen"*.

Das hat der Gesetzgeber dankbar aufgegriffen: *"Ein maßgeblicher Bezug der Tat zum Inland liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist"*. Das ist der völlig gleiche Satz, nur etwas geschwollener formuliert.

Auch dazu, wie in Mischfällen die Abwägung vorzunehmen sei, macht das Gesetz einen Vorschlag (§ 80 Abs. 2 Satz 3): *"Bei der Abwägung sind insbesondere der Tatvorwurf, die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung und die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Liegt wegen der Tat, die Gegenstand des Auslieferungersuchens ist, eine Entscheidung einer Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts vor, ein deutsches strafrechtliches Verfahren einzustellen oder nicht einzuleiten, so sind diese Entscheidung und ihre Gründe in die Abwägung miteinzubeziehen; Entsprechendes gilt, wenn ein Gericht das Hauptverfahren eröffnet oder einen Strafbefehl erlassen hat."*

Damit sind haargenau die Mindestanforderungen des Bundesverfassungsgerichts erfüllt: Die dem Gesetzgeber auferlegte Abwägung zwischen den grenzüberschreitenden Strafverfolgungsinteressen und dem aus dem Statusrecht als Deutscher folgenden Schutzanspruch wird nicht abstrakt erledigt, sondern in die Einzelfallprüfung verschoben. Dem steht die Vorgabe im Urteil gegenüber, der Gesetzgeber habe *"die Vollstreckungsbehörde mit rechtsstaatlich bestimmten Tatbeständen zumindest in den Stand"* zu setzen, *"das insoweit geschützte Vertrauen des Staatsangehörigen in die deutsche Rechtsordnung im Einzelfall entsprechend diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu gewichten"*.<sup>17</sup>

- b) Das Verfassungsgericht hat zwei mögliche Wege aufgezeigt. Die durch Art. 4 Nr. 7 Buchst. a des Rahmenbeschlusses eröffneten Spielräume können durch tatbestandliche Konkretisierungen genutzt werden. Soweit dies nicht geschieht, muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß die das Gesetz ausführenden Stellen in eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen eintreten. Weil die Grundrechtsgarantien gelten nicht abstrakt und generell gelten, genügt die bloße Beteuerung rechts-

staatlicher Konkordanz nicht<sup>18</sup>. Der Entwurf geht darüber aber kaum hinaus.

Der vom Verfassungsgericht ersichtlich als der bessere Weg angesehene Versuch, die Spielräume durch *tatbestandliche Konkretisierungen* zu nutzen, ist anscheinend überhaupt nicht unternommen worden. Wenn es in der Entwurfsbegründung heißt, der Gesetzgeber habe die durch Artikel 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb eröffneten Spielräume *"bewusst nicht durch eine umfassende tatbestandliche Konkretisierung ... umgesetzt, da sich die Vielzahl der Einzelfälle weitgehend nur sehr abstrakt katalogisieren ließe und ansonsten das Risiko erheblicher Regelungslücken bestände"*<sup>19</sup>, dann ist das erkennbar eine substanzlose Schutzbehauptung. Mit Grundsätzen und Ausnahmen jeweils für Deutsche und Nichtdeutsche läßt sich das Spektrum lückenlos abdecken: Wer in seiner Gruppe keinen Ausnahmetatbestand gegen sich gelten lassen muß oder für sich geltend machen kann, fällt unter den Grundsatz.

Statt dessen bietet der Entwurf ein sogenanntes Prüfprogramm, das sich in Verhältnismäßigkeitsüberlegungen erschöpft, die ohne große Mühe unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden können; es besagt alles und nichts<sup>20</sup>. Ein Münchener Strafrechtslehrer hat dieses "Abwägungsprogramm" deshalb neulich in einem zutreffenden Bild als *"Pizza mit Alles"* bezeichnet.

### 3. Unklare Abgrenzungskriterien

Im Verfassungsbeschwerdeverfahren hatten der Beschwerdeführer und die Freie und Hansestadt Hamburg darauf hingewiesen, daß Kollisionen mit dem materiell-rechtlichen Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) auftreten können. Das Verfassungsgericht hat geantwortet, eine Auslieferung sei verfassungsrechtlich dann unbedenklich, wenn die vorgeworfene Tat einen Auslandsbezug von einer Qualität aufweise, die Kollisionen mit dem Rückwirkungsverbot von vornherein ausschließt. Umgekehrt könne es einer materiell rückwirkenden Rechtsänderung gleichstehen, wenn sich ein Deutscher in einem Mitgliedsstaat für eine Tat verantworten müsse, die zur Zeit ihrer Begehung in Deutschland straffrei war und die gerade keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweist.

Die *Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens* muß der tragende Leitgedanke eine Neuregelung sein. Die Bürger sollen *"nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden. Jeder Staatsbürger soll – soweit er sich im*

Staatsgebiet aufhält – vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren Verhältnissen bewahrt werden“<sup>21</sup>. Da Deutsche für Auslandstaten ohne weiteres (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) im Inland verfolgt werden können, ließe sich jede Grundrechtskollision von vornherein dadurch vermeiden, daß die Auslieferung Deutscher an klar umrissene Voraussetzungen gebunden wird, etwa dadurch, daß der Verfolgte im Verfolgungsstaat gehandelt haben *und* auch dort der Erfolg eingetreten sein muß. Unbedenklich ist die Auslieferung regelmäßig nur dann, wenn die *Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens* nicht zu bezweifeln ist. Dieser Anforderung genügt der Entwurf nicht: Sein Wortlaut läßt alle Möglichkeiten der Handlungs- und der Erfolgzurechnung offen:

- Wer aus der Bundesrepublik Deutschland heraus zu einer ausländischen Tat Hilfe leistet, fällt dem Wortlaut nach unter § 80 Abs. 1 IRG, denn die Tathandlung ist (auch) dort begangen, wo die Haupttäter gehandelt haben. Richtig wäre, die Tathandlung des Verfolgten entscheiden zu lassen. Die Ausführungen des Verfassungsgerichts legen das zwar nahe; es sollte gleichwohl klargestellt werden.
- Wo der Erfolg eintritt, ist nur in Schulbeispielen leicht vorherzusagen. Aber schon bei einer Mehrzahl von Geschädigten in unterschiedlichen Mitgliedsländern kommt man auch zu einer Mehrzahl von Erfolgsorten. Was ein Erfolg ist, können die Nationalstaaten jeweils für sich definieren. So genügt der Bundesrepublik Deutschland zur Begründung ihrer Jurisdiktionsgewalt bei abstrakten Gefährdungsdelikten ein potentieller Erfolgsort, der sich durch nichts von irgendeinem anderen Ort der Welt unterscheidet<sup>22</sup>.
- Der maßgebliche Inlands- oder Auslandsbezug ist nur in klaren Fällen ein taugliches Kriterium. Aber die klaren Fälle sind nicht die Problemfälle.

Die schwere Tat *„mit typisch grenzüberschreitendem Charakter“* ist kaum zu definieren. Eine Straftat kann man schon dann für durch ihren *„grenzüberschreitenden Charakter“* geprägt halten, wenn Mittäter (oder Teilnehmer) in verschiedenen Ländern handeln oder in wenigstens einem anderen Land ein Erfolg eintritt. Ein Auslandsbezug soll bereits vorliegen, wenn eine solche Tat *„zumindest teilweise auch“* auf dem Hoheitsgebiet des ersuchenden Mitgliedsstaats *„begangen“* wurde – das heißt, es genügt die Tathandlung oder der Taterfolg auch nur eines Tatbeteiligten. Das Gesetz entfaltet mit dieser Formulierung das Problem. Eine Lösung bietet es nicht an. Der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber ist an dieser Stelle vollständig verfehlt worden.

#### 4. Tatbeschreibung

- a) Die europarechtliche Anbindung des EuHB an Menschenrechte oder rechtsstaatliche Garantien schwächtelt. Der Mechanismus darf – als Konsequenz aus dem "hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten" – nur ausgesetzt werden, wenn eine *schwere und anhaltende* Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EUV<sup>23</sup> durch einen Mitgliedstaat vorliegt und sie vom Rat gemäß Art. 7 festgestellt wird. Es also viel passieren, um das Regime der Artt. 6 und 7 EUV in Gang zu setzen.

Indessen: Der Verfolgte wird einem fremden Land und einem fremden Rechtssystem überantwortet, das herausfinden soll, ob er sich strafbar gemacht hat. Art. 16 Abs. 2 GG bindet die Auslieferung Deutscher ausdrücklich an die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze. Die Auslieferung ist nur dann möglich, wenn sich aus dem Vorwurf ergibt, daß der Verfolgte kein schutzwürdiges Vertrauen in die eigene Rechtsordnung für sich geltend machen kann.

Dafür muß nicht die beiderseitige Strafbarkeit wieder eingeführt werden. Es genügt m.E. eine **Konkretisierung des Tatvorwurfs**, die die Zugehörigkeit zum Deliktskatalog des Art. 2 Abs. 2 RbEuHb indiziert. Wenn man versteht, daß ein Rechtsstaat das vorgeworfene Verhalten unter Strafe stellen darf, und wenn es einsichtige Gründe dafür gibt, daß sich der Verfolgte dafür im Verfolgungsstaat verantworten muß, dann sollte das genügen.

- b) Zur Beurteilung des Auslands- oder Inlandsbezuges ist es ohnehin unerläßlich, daß die Auslieferungsunterlagen eine **Tatbeschreibung** enthalten, die eine entsprechende Prüfung auch zuläßt. Die Zugehörigkeit der Tat zu einer Deliktgruppe des Laeken-Kataloges muß nachvollziehbar dargetan werden, denn sie indiziert die Auslieferungsverbindlichkeit. Die Unterstützung des Verfolgungsstaats ist nicht ohne weiteres rechtsstaatswidrig, wenn es an der beiderseitigen Strafbarkeit fehlt<sup>24</sup>. Die bisherigen Erfahrungen mit Tatbeschreibungen sind aber beklagenswert.

Beispiel: Der spanische Haftbefehl gegen *Darkazanli* enthält eine geschwätzigte Tatbeschreibung von über 27 Seiten. Man erfährt aus ihr indessen nur, daß der Beschwerdeführer häufig nach Spanien reist, dort oft den gleichen Mann besucht und dann bei ihm wohnt, daß er die Telefonnummer im Telefon gespeichert hat und sich mit dessen Freunden trifft. Genannt werden ein paar Geldbewegungen, die aber

keinen illegalen Zusammenhang erkennen lassen. Drei abgrenzbare Ereignisse lassen sich immerhin herauskristallisieren: 1993 soll er sich am Kauf eines Schiffs für Osama bin Laden und dessen Verwaltung beteiligt haben. Er hat die Hochzeit von Said Bahaji in Hamburg besucht, der zu den Verschwörern des 11. September gerechnet wird. Und er soll Ende 2000 einen Krankenwagen in den Kosovo überführt haben. An diesem letzten Punkt mußte sich dann das HansOLG Hamburg festklammern, weil sonst nichts Greifbares da war – aber damit fehlte nicht nur der Bezug zum Terrorismus, sondern auch zum Verfolgungsstaat Spanien.

Allerdings darf keine Tatverdachtsprüfung durch die Hintertür eingeführt werden. Ein sinnvoller Maßstab könnte aber sein, ob – nach gedanklicher Umstellung des Sachverhalts – zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bestünden<sup>25</sup>.

## 5. Rechtsweggarantie

Zur Rechtsweggarantie gehört der *effektive* Rechtsschutz. Der Entwurf bietet dagegen nur einen formalen Rechtsschutz: Die Möglichkeit, ein Gericht anzurufen, das nichts überprüfen darf. Das wird der verfassungsgerichtlichen Kontrolle (Art. 19 Abs. 4 GG) wieder nicht standhalten.

Diese Konsequenz aus der Zweistufigkeit läßt sich nur dann vermeiden, wenn man die Auffassung aufgibt, die Entscheidung über die Auslieferung sei im Kern eine *außenpolitische* Entscheidung (nur so ist eine unvorbelastete Abwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft möglich) und außerdem den Abwägungsvorgang der vollen gerichtlichen Kontrolle unterwirft.

## 6. Ausländer

Die Ausländerregelung führt zu teilweise echten (Rücküberstellung), teilweise scheinbaren (im Vergleich zum EuAIÜbK) Widersprüchen. Die Problematik tritt – abgewandelt – bei der Ausführung des Zweiten Zusatzprotokolls zum Überstellungsübereinkommen auf. Hier hatte der Gesetzentwurf der vergangenen Legislaturperiode den Gleichklang mit dem Umsetzungsgesetz zum Haftbefehlsgesetz hergestellt.

Die Strafvollstreckung im Ausland kann durchaus resoziialisierungsfeindlich sein. Wenn (im Fall des 2. ZP) an der Ausreise kein Weg vorbeiführt, ist eine inländische Resozialisierung und Integration dennoch keine Vollzugsaufgabe, die den Bedürfnissen des Verurteilten gerecht wird. Er kann wahrscheinlich – ganz praktisch gedacht – nicht einmal eine Ausbildung machen, weil in den Anstalten sehr wohl darüber nachgedacht wird, ob sich eine solche Ausbildung für die (einheimische) Gesellschaft "lohnt". Vollzugslockerungen bekommt er auch nicht. Eine Ausnahme gibt es aber auch dort: Das sind die Ausländer mit deutscher Familie, Frau und/oder Kindern. Ihnen kann die Eingliederung im Heimatstaat leichter fallen, wenn sie von hier aus betrieben wird. Gerade durch den Strafvollzug werden Ehe und Familie ohnehin besonders gefährdet. Vollzug im Ausland würde die Belastung dramatisch verschärfen: Besuche in ausländischen Vollzugsanstalten werden sich in vielen Fällen nur selten, unter schwierigen Bedingungen und mit hohem finanziellem Aufwand bewerkstelligen lassen. Das wäre ebenso familienfeindlich wie resozialisierungsschädlich.

Diese Überlegungen gelten "erst recht" für hier integrierte Ausländer, die nur zur Vollstreckung einer im Ausland verhängten Strafe dorthin überstellt werden sollen.

Weil in der Sache eher eine ausländerrechtliche Regelung vorgenommen wird als eine auslieferungsrechtliche Regelung, könnte es sich empfehlen, den Schutz von Ehe und Familie der hier verwurzelten Ausländer an zentraler Stelle in einem anderen Gesetz zu regeln.

- 
- 1 Seitz, EuHbG, NJW 2004, 546; vgl auch den Evaluierungsbericht der Kommission vom 24.1.2006 KOM(2006)8 endgültig und Europäisches Parlament, Plenarsitzungsdokument A6-0049/2006 vom 27.3.2006 (s. Fn. 15).
  - 2 das Vertragsrang erhalten soll, vgl. Art. III 171 Abs. 2 Buchst. a des Verfassungsentwurfs
  - 3 Unger, Schutzlos ausgeliefert?, S. 112ff.
  - 4 Vorlagefragen abgedruckt in NJW 2005, 3312; Volltext unter [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)
  - 5 BVerfG, Urt. v. 18. Juli 2005, BGBl I 2005, 2300, Abs. 116.
  - 6 Vorerwägung 10
  - 7 von Bubnoff, Der Europäische Haftbefehl, S. 63, 81; Jekewitz GA 2005, 625, 634; Lagodny, StV 2005, 515
  - 8 "... die Struktur des Entwurfs, die Rechtsfigur des Europäischen Haftbefehls in das eingespielte System der Rechtshilfe zu integrieren[,] ... verbindet die angestrebte weitere Beschleunigung des Übergabeverfahrens mit einem angemessenen Schutz der Beschuldigten." Stellungnahme 17/03 des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins,

<http://www.anwaltverein.de/03/05/2003/index.html>. Die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer vom 13.3.2003 ist (insoweit) ähnlich positiv gewesen.

- 9 Die individualrechtsschützende Ausgestaltung der Bewilligungsentscheidung ließ sich mit ihrer Unanfechtbarkeit nicht vereinbaren.
- 10 durch zahlreiche "Bekämpfungsgesetze"; von *Jakobs* stammt gar der Begriff "Feindstrafrecht"
- 11 aaO, S. 33
- 12 so völlig richtig schon zum ersten Umsetzungsgesetz von *Bubnoff* (Fn. 7), Der Europäische Haftbefehl, S. 64, 77.
- 13 BT-Drs. 16/544, S. 21
- 14 aaO, S. 31 unten
- 15 Das Europäische Parlament hat dem Rat soeben (27.3.2006; Plenarsitzungsdokument A6-0049/2006) empfohlen "zu gewährleisten, dass keine Einflussnahme politischer Stellen auf das Anwendungsverfahren des Europäischen Haftbefehls möglich ist, da diese beim Auslieferungsverfahren Probleme bereitet hat; erinnert daran, dass künftig die zentrale Behörde ihre unterstützende Rolle in dem Übergabeverfahren beschuldigter oder verurteilter Personen nicht überschreiten darf ..."
- 16 StV 2005, 505, 509 = Absatz 86 des Umdrucks.
- 17 Absatz 97
- 18 Absatz 88
- 19 BT-Drs. 16/544, S. 42/43
- 20 und schon gar nicht, daß dieses Prüfprogramm "dabei neben die ohnehin in allen Fällen verfassungsrechtlich gebotene Prüfung der Verhältnismäßigkeit" treten könnte, aaO (Fn. 19).
- 21 Absatz 65
- 22 weswegen eine ganze Reihe von Literaturstimmen dafürhält, bei abstrakten Gefährdungsdelikten könne es keinen Erfolgsort geben (vgl. die Nachweise in BGHST 46, 212, 222f). Praktisch sieht das so aus, daß ein Haftbefehl des AG Mannheim formuliert, der Erfolg sei "weltweit, mithin auch in Mannheim" eingetreten (mit dem auf diesen Haftbefehl gestützten EuHB ist ein Belgier von den Niederlanden ausgeliefert worden, nachdem Belgien die Übergabe abgelehnt hatte, weil es die Sache selbst verfolgen wollte).
- 23 »Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.«
- 24 Vgl. hierzu von *Bubnoff* (Fn. 7), S. 67f.
- 25 *Unger* (Fn. 3), S. 180f weist darauf hin, daß der Legalitätsgrundsatz die Einleitung inländischer Verfahren aus Anlaß unsubstanziierter Angaben in einem EuHB nicht gestattet und der Mechanismus des § 83b Nr. 2 IRG-E deshalb in diesen Fällen leerlaufen muß.

## Stellungnahme

zur Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Europäischen Haftbefehlgesetz (EuHbG) (BT-Drs. 16/544) am 5. April 2006

### 1. Einleitung

Ziel des Gesetzentwurfes ist es, die Vorgaben des Rahmenbeschlusses des Rates der EU vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) (im Folgenden: RB) in verfassungskonformer Weise in deutsches Recht umzusetzen. Dabei ist insbesondere den verfassungsrechtlichen Einwendungen Rechnung zu tragen, die zur Aufhebung des EuHbG vom 21.7.2004 durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.2005 (BVerfGE 113, 273) geführt haben.

Diese Einwendungen beziehen sich im Kern auf zwei Punkte:

- (1) Die Auslieferung Deutscher aufgrund eines Europäischen Haftbefehls war in § 80 IRG a.F. ohne Einschränkung zugelassen worden, obwohl die Vollstreckung eines Haftbefehls nach Art. 4 Nr. 7(a) RB verweigert werden kann, wenn die Straftat ganz oder zum Teil auf dem Hoheitsgebiet des ersuchten Staates begangen wurde;
- (2) Die Bewilligungsentscheidung der zuständigen Stelle war in § 74b IRG a.F. für unanfechtbar erklärt worden.

Der Gesetzentwurf versucht, diese beiden Probleme auszuräumen. Dabei ist eine überaus komplizierte Regelung entstanden, die zwar voraussichtlich den in der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Anforderungen genügt, aber eine Reihe von Interpretationsproblemen aufwirft und nicht leicht anzuwenden sein wird. Im Folgenden wird nur auf die wesentlichen Neuregelungen gegenüber der früheren Fassung des Gesetzes eingegangen, und zwar zunächst (2.) auf die Möglichkeit der Auslieferung Deutscher und gleichgestellter Ausländer (§ 80 IRG) und sodann (3.) auf die Frage der gerichtlichen Überprüfung der Bewilligungsentscheidung (§§ 74b, 79 IRG).

### 2. Auslieferung Deutscher

In Bezug auf die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger bemüht sich der Gesetzentwurf, möglichst genau die differenzierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage zu übernehmen. Das Gericht unterscheidet in seinem Urteil vom 18.7.2005 zwischen Straftatvorwürfen mit „maßgeblichem Inlandsbezug“, solchen mit „maßgeblichem Auslandsbezug“ und solchen, bei denen „ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt worden, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist“ (BVerfGE 113, 302 f.). Im erstgenannten Fall soll in der Regel eine Auslieferung – wegen des mit ihr verbundenen unverhältnismäßigen Eingriffs in das Grundrecht nach Art 16 Abs. 2 Satz 1 GG – abgelehnt werden, im zweiten Fall soll sie gewährt werden; in „Mischfällen“ soll über die Frage aufgrund einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall entschieden werden. Dieses wegen seiner Differenziertheit kaum in einen Gesetzestext umsetzbare Programm hätte der Gesetzentwurf nicht unbedingt übernehmen müssen. Eine einfachere – und verfassungsrechtlich wohl nicht anfechtbare – Lösung hätte darin bestanden, die in Art. 4 Nr. 7 RB vorgesehenen Verweigerungsgründe in das deutsche Gesetz zu transformieren, also immer dann, wenn die Tat ganz oder teilweise in Deutschland begangen wurde (und eventuell auch bei exorbitanter Erstreckung der nationalen Zuständigkeit durch den ersuchenden Staat, wie in Art. 4 Nr. 7 (b) RB geregelt), jedenfalls bei deutschen Staatsangehörigen und ihnen gleichgestellten Ausländern die Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls

vorzusehen oder wenigstens zu ermöglichen. Damit hätte man eine leicht anwendbare Regelung geschaffen, die sich in Übereinstimmung mit der EU-rechtlichen Vorgabe befunden und gleichzeitig auch den Bedenken des Bundesverfassungsgerichts umfassend Rechnung getragen hätte. Eine Auslieferung Deutscher bei „maßgeblichem Inlandsbezug“ der Tat wäre danach ausgeschlossen oder (im Falle einer Ermessenslösung) immerhin vermeidbar gewesen.

Der Versuch des Gesetzgebers, statt dessen die vagen Begriffe des „maßgeblichen“ Inlands- bzw. Auslandsbezugs der Tat selbst in einen neu gefassten § 80 IRG<sup>1</sup> aufzunehmen und dort zu definieren, hat demgegenüber zu einer kaum noch durchschaubar verschachtelten Gesetzesfassung<sup>2</sup> geführt, die mit ihrer Vielzahl an unbestimmten Begriffen letztlich die Auslieferungsentscheidung unprognostizierbar macht und gleichzeitig die faktische Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung stark reduziert. Außerdem enthält die Gesetzesfassung Wertentscheidungen, die nicht in allen Punkten überzeugend sind. Hierzu im Einzelnen:

a) Das für die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Kriterium des „**maßgeblichen**“ **Inlands- bzw. Auslandsbezugs** wird – ebenso wie in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – letztlich allein durch den Begehungs- und Erfolgsort ausgefüllt (§ 80 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 IRG). Das ist schon im Grundsatz zweifelhaft, da sich ein naher Bezug einer Straftat zu einem Staat nicht allein aus dem Begehungsort, sondern z.B. auch aus dem beeinträchtigten Rechtsgut (vgl. § 5 StGB) oder aus der Staatsangehörigkeit der verletzten Person (vgl. § 7 Abs. 1 StGB) ergeben kann. Insofern weckt auch Art. 4 Nr. 7 (a) RB Zweifel, da auch diese Vorschrift die Möglichkeit, die Auslieferung zu verweigern, allein auf den Begehungsort stützt. Mag man in dem Rahmenbeschluss die pauschalierende Reduktion auf den Begehungsort aus Gründen der Vereinfachung der Rechtsanwendung noch akzeptieren, so scheint sie aber in einem Gesetzentwurf deplaciert, in dem (zunächst) auf den umfassenderen Begriff des „maßgeblichen“ Inlands- bzw. Auslandsbezugs abgestellt wird.

b) Der „maßgebliche Auslandsbezug“, der in der Regel die Auslieferung Deutscher legitimieren (bzw. nach § 79 Abs. 1 IRG zu ihr verpflichten) soll, wird nach § 80 Abs. 1 IRG allein dann angenommen, wenn der **Tatort in dem ersuchenden Staat** liegt. Das erscheint auch im Lichte der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 113, 303) nicht plausibel, da dort der besondere Auslieferungsschutz schon dann reduziert wird, wenn der Täter „in einer anderen Rechtsordnung“ gehandelt hat. Das ist auch dann der Fall, wenn der Tatort nicht im ersuchenden Staat, sondern in einem Drittstaat liegt. (*Beispiel*: Einem Deutschen wird zur Last gelegt, in Belgien einen Franzosen getötet zu haben, und Frankreich begehrt mit Europäischem Haftbefehl seine Auslieferung.) In diesem Fall dürfte Deutschland auch nach Art. 4 Nr. 7 RB die Auslieferung nicht verweigern, während nach § 80 Abs. 2 S. 3 IRG hier eine ergebnisoffene Abwägung vorzunehmen wäre. Dies zeigt, dass der Begriff des maßgeblichen Auslandsbezugs in § 80 Abs. 1 IRG zu stark, nämlich allein auf den Fall reduziert ist, dass der Tatort im *ersuchenden* Staat liegt.

c) Problematisch ist die Definition des Auslands- wie auch des Inlandsbezugs in § 80 IRG auch insofern, als jeweils **sowohl** die Vornahme der tatbestandlichen **Handlung** als auch der Eintritt des **Erfolgs** in dem jeweiligen Land vorausgesetzt wird. Damit ist die Definition nur

<sup>1</sup> Gesetzesangaben mit der Bezeichnung „IRG“ beziehen sich auf das IRG in der Fassung des vorliegenden Gesetzentwurfs.

<sup>2</sup> In gesetzestechnischer Hinsicht wenig geglückt ist insbesondere § 80 Abs. 2 IRG. Die wesentliche Aussage dieser Vorschrift – dass die Auslieferung von Deutschen bei maßgeblichem Inlandsbezug der Tat ausgeschlossen ist – erschließt sich nur indirekt, und die Kreuz-und-quer-Behandlung der Fälle mit „maßgeblichem“ Inlandsbezug und der „gemischten“ Fälle in ein und demselben Absatz lässt den Regelungsgegenstand kaum noch erkennen. Besser wäre es, den Absatz in zwei getrennte Regelungen aufzuteilen.

auf Erfolgsdelikte anwendbar, denn es ist anzunehmen, dass auch in § 80 IRG „der zum Tatbestand gehörende Erfolg“ iSv § 9 Abs. 1 StGB gemeint ist. Damit bleibt die praktisch bedeutsame Frage offen, wie die zahlreichen Straftatbestände einzuordnen sind, bei denen ein von der Tathandlung abzutrennender Erfolg nicht vorausgesetzt ist, wie etwa – aus dem Katalog von Art. 2 Abs. 2 RB – die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, die Kinderpornographie, der illegale Handel mit Drogen, die Korruption oder „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“. Wendet man die Definition von § 80 Abs. 1 S. 2 IRG streng an, so kann keine dieser Taten eine solche mit maßgeblichem Bezug zum ersuchenden Staat sein, da es auch dann, wenn die Tathandlung vollständig im Ausland begangen wurde, an der notwendigen Voraussetzung des *Erfolgseintritts* im Ausland fehlt. Aus demselben Grund könnte aber z.B. auch ein Fall des Handelstreibens mit Rauschgift, der sich allein in Deutschland abspielt, nicht als Tat mit maßgeblichem Bezug zum Inland iSv § 80 Abs. 2 S. 2 IRG eingeordnet werden, so dass in beiden Fällen die umfassende Abwägung nach § 80 Abs. 2 Satz 3 IRG notwendig wäre. Auch insoweit erscheint die einfachere Regelung in Art. 4 Nr. 7 (a) RB überlegen, die allein auf den Ort der (vollständigen oder teilweisen) *Begehung* abstellt.

d) Die Definitionen des „maßgeblichen Inlands- bzw. Auslandsbezugs“ in § 80 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 IRG sind in der Weise flexibel formuliert, dass sie nur „in der Regel“ den Begriff des Inlands- bzw. Auslandsbezugs ausfüllen sollen. Solche Ausnahmefälle können sich (am Beispiel des Auslandsbezugs) in zwei Formen ergeben: (a) der Tatort liegt zwar im Ausland, aber der Auslandsbezug wird dennoch nicht als „maßgeblich“ angesehen; (b) der Tatort liegt nicht im Ausland, aber ein anderweit begründeter Auslandsbezug wird dennoch als „maßgeblich“ angesehen. Der Umstand, dass das Gesetz solche Ausnahmen auf der Voraussetzungsseite der Norm vorsieht, erhöht zwar die Flexibilität der Rechtsanwendung, ist aber deshalb misslich, weil die Rechtsfolge in §§ 79 Abs. 1 und § 80 Abs. 1 IRG rigide festgelegt ist. Die Regelung wirft die Frage auf, wie in Ausnahmefällen verfahren werden soll. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/544 S. 38) soll in einem solchen Fall ein „Mischfall“ vorliegen, der eine Gesamtabwägung notwendig macht. Das erscheint als konsequent, da es etwa im Ausnahmefall (a) letztlich an einem maßgeblichen Bezug zum ausländischen Staat fehlt, aber auch kein inländischer Tatort gegeben ist. Allerdings würde eine Verweigerung der Auslieferung in dieser Konstellation gegen Art. 4 RB verstoßen, da der dort allein vorgesehene Ausnahmetatbestand der (vollständigen oder teilweisen) Tatbegehung im Inland (Art. 4 Nr. 7 (a) RB) nicht erfüllt ist. Im Fall (b) – der etwa gegeben sein kann, wenn dem Verfolgten vorgeworfen wird, dass er in Deutschland zusammen mit ausländischen Mittätern einen Ausländer geschädigt hat – wäre zwar eine Auslieferung trotz inländischen Tatorts nach Europäischem Recht selbstverständlich zulässig; problematisch könnte aber dann wieder die Einschränkung des Grundrechts nach Art Abs. 2 S. 1 GG sein, die das Bundesverfassungsgericht nur dann zulässt, wenn der Täter „in einer anderen Rechtsordnung handelt“ oder der Erfolg im Ausland eintritt (BVerfGE 113, 303). Besser und einfacher als die Verwendung von „Regel-Definitionen“ wäre daher möglicherweise eine flexiblere Regelung der Rechtsfolgenrechte.

e) Bei „Mischfällen“ setzt § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG für eine positive Auslieferungsentscheidung zum einen die Feststellung der „Doppelstrafbarkeit“ der vorgeworfenen Handlung, zum anderen eine Interessenabwägung zugunsten der Auslieferung<sup>3</sup> voraus. Jede dieser Voraussetzungen wirft Probleme auf.

<sup>3</sup> Die sprachlich unschöne doppelte Verneinung in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG („... das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung nicht überwiegt“) müsste sich vermeiden lassen – Beweislastabwägungen, die zu ihr zwingen, sind jedenfalls nicht ersichtlich.

Das Erfordernis der **Strafbarkeit der Tat sowohl im ersuchenden als auch im ersuchten Staat** soll nach der – so hinzunehmenden – Zielsetzung des Europäischen Haftbefehls jedenfalls bei den in Art. 2 Abs. 2 enumerierten Deliktgruppen gerade entfallen. Die Gesetzesbegründung führt für dieses Erfordernis in „Mischfällen“ den Gedanken an, dass „der Verfolgte hier in Deutschland rechtmäßig gehandelt hat und den besonderen Schutz des deutschen Rechts“ genießt (BT-Drs. 16/544 S. 40 f.). Das ist zwar zutreffend, widerspricht aber gerade der Intention des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl, der eine entlastende Wirkung der Straflosigkeit im Heimatstaat (jedenfalls bei Delikten nach Art. 2 Abs. 2 RB) ablehnt. Außerdem können „Mischfälle“ gerade auch dann gegeben sein, wenn der Verfolgte im Ausland gehandelt hat. Da sich der „maßgebliche Auslandsbezug“ nach § 80 Abs. 1 IRG immer auf den *ersuchenden* Staat beziehen muss, können „Mischfälle“ insbesondere dann auftreten, wenn ein Deutscher eine Straftat in einem Drittstaat begangen hat. (*Beispiel*: Ein Deutscher begeht in Belgien eine dort strafbare Handlung zum Nachteil eines Franzosen, Frankreich begehrt von Deutschland die Auslieferung.) Weshalb es in einem solchen Fall für die Auslieferung gerade auf die Strafbarkeit nach deutschem Recht ankommen soll, ist nicht einzusehen.

Hinsichtlich der nach § 80 Abs. 2 S. 3 IRG in „Mischfällen“ vorzunehmenden **Gesamtabwägung** bleibt die Frage offen, nach welchem Maßstab und an welchem Normzweck diese Abwägung vorgenommen werden soll. Soweit § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG als Leitkriterium das „schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung“ nennt, stellt sich die Frage, woraus sich – angesichts der konturlosen Regelung gerade bei „Mischfällen“ – ein „Vertrauen“ des Verfolgten auf seine Nicht-Auslieferung überhaupt ergeben soll und unter welchen Voraussetzungen es als „schutzwürdig“ gelten soll. Wenn die maßgeblichen Bezugspunkte der Abwägung ungeklärt bleiben, kann man eine Abwägung nicht sinnvoll vornehmen, weil man nicht weiß, in Bezug worauf die einzelnen – überaus heterogenen – Umstände, die das Gesetz im Rahmen seines wenig strukturierten „Prüfprogramms“ (vgl. BT-Drs. 16/544 S. 40) im Einzelnen nennt<sup>4</sup>, gegeneinander abgewogen werden sollen.

Nicht recht geklärt scheint auch die Bedeutung des Umstandes, dass gegen den Verfolgten wegen der fraglichen Tat **in Deutschland ein Strafverfahren eingeleitet und/oder eingestellt** worden ist. Dies ist einerseits ein – von der Bewilligungsbehörde nach § 79 Abs. 2 IRG vorab mitzuteilender – Grund dafür, dass die Auslieferungsbewilligung verweigert werden kann (§ 83b Nr. 1, 2 IRG), andererseits ein Umstand, der bei der Zulässigkeitsentscheidung zu berücksichtigen ist (§ 80 Abs. 2 S. 4 IRG). Von praktischer Bedeutung für die Zulässigkeitsentscheidung kann dieser Gesichtspunkt nach dem prozessualen Programm des IRG allerdings nur dann werden, wenn die Bewilligungsbehörde seine Relevanz für eine Verweigerung der Bewilligung *verneint* hat (vgl. BT-Drs. 16/544 S. 27). Das gesetzgeberische Konzept wäre jedenfalls durchsichtiger, wenn die Frage der parallelen Befassung deutscher Strafverfolgungsbehörden und Gerichte mit dem Fall nur an einer Stelle maßgeblich zu berücksichtigen wäre; dass bei einer Gesamtabwägung etwaige Stellungnahmen deutscher Staatsanwaltschaften und Gerichte zu dem konkreten Fall nicht außer Betracht bleiben, ist eine Selbstverständlichkeit, die nicht (wie jetzt in § 80 Abs. 2 S. 4 IRG) eigens geregelt werden muss.

f) Unklarheiten, die auch die Gesetzesbegründung nicht ganz ausräumt, wirft die Erstreckung der für deutsche geltenden Regelung des § 80 IRG auf manche **Ausländer** auf (§ 80 Abs. 4

<sup>4</sup> Rätselhaft bleibt im vorliegenden Kontext insbesondere die Bedeutung der „praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung“ – inwiefern können und sollen diese ein Gegengewicht gegenüber dem Vertrauen des Verfolgten auf seine Nicht-Auslieferung bilden?

IRG). Da diese Erstreckung weder durch Art. 16 GG noch durch den Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl gefordert ist, besitzt der deutsche Gesetzgeber insoweit Ermessen, und es ist nicht zu beanstanden, dass er die zu praktischen Anwendungsschwierigkeiten führende Regelung von § 80 Abs. 3 IRG a.F. durch eine „schlankere“ ersetzt, die allein auf das Bestehen einer Lebensgemeinschaft mit einem Deutschen im Inland abstellt. Allerdings ist die Abgrenzung des geschützten Personenkreises für die praktische Anwendung zu unbestimmt. Schon der Begriff des „Familienangehörigen“ ist nicht eindeutig und kann bei expansiver Auslegung (vgl. etwa § 52 Abs. 1 StPO) entgegen der Darstellung in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/544 S. 23 führt aus, dass „in aller Regel“ nur personenbesorgerechtigte Elternteile minderjähriger lediger Deutscher erfasst seien) auch entferntere Verwandte erfassen. Auch die Frage, wer mit einem Deutschen „in familiärer Lebensgemeinschaft“ lebt, kann zu Zweifeln Anlass geben, zumal nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/544 S. 23) dafür „nicht unbedingt eine häusliche Gemeinschaft“ erforderlich ist. Man könnte den Schutz von Ausländern wohl ohne Verfassungsverstoß auf solche Personen beschränken, die mit einem deutschen Ehegatten, Lebenspartner oder leiblichen Kind zusammenleben, und auf diese Weise die Zweifelsfragen ausräumen.

### 3. Gerichtliche Überprüfung der Bewilligungsentscheidung

Da die Verfasser des Gesetzentwurfs die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte, nach Art. 19 Abs. 4 GG notwendige gerichtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung nicht nachträglich gewähren möchten, sieht § 79 Abs. 2 IRG vor, dass die Bewilligungsbehörde ihre Absicht, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen, mit einer Begründung schon im Zulässigkeitsverfahren mitteilt und damit einer gerichtlichen Kontrolle unterwirft. Dies erscheint als ein umständlicher, im Prinzip aber im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verfassungskonformer Weg.

Er ändert freilich nichts an dem schon im EuHbG 2004 vorhandenen **systematischen Mangel**, dass auf der Ebene der Bewilligungsentscheidung nicht nur die allgemeinen außen- und justizpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland (§ 83b Nr. 3 und 5 IRG), sondern auch individuelle Interessen des Verfolgten (insbesondere § 83b Nr. 4 IRG, aber auch der Schutz vor mehrfacher Verfolgung wegen derselben Tat bei § 83b Nr. 1, 2 IRG) zu berücksichtigen sind, die eigentlich in die Zulässigkeitsentscheidung einbezogen werden sollten – und nach der Neufassung des Gesetzes über die Vorweg-Begründung der Bewilligungsbehörde auch tatsächlich in die Zulässigkeitsentscheidung einfließen. Im Ergebnis wird für alle diese Bereiche ein weiter Ermessensspielraum der Bewilligungsbehörde geschaffen und damit in gleichem Maße die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle stark reduziert. Es wäre wünschenswert, die Bereiche des Individualschutzes und der außenpolitischen Interessen deutlicher zu trennen – so wie dies auch im sonstigen Auslieferungrecht geschieht –, auch wenn in manchen Fällen beide Bereiche berührt sein können.

Wenn man dennoch die Grundentscheidungen des Entwurfs für die Beibehaltung einer „materiellen“ Bewilligungsstufe und die Vorab-Prüfung der dabei einzustellenden Erwägungen akzeptiert, bleiben drei kleinere Probleme der Gesetzesfassung:

a) Nach § 79 Abs. 2 S. 1 IRG hat die Bewilligungsbehörde zunächst zu entscheiden, ob sie „beabsichtigt“, Bewilligungshindernisse nach § 83b IRG geltend zu machen, und hat dies dann (wohl: dem Verfolgten) mitzuteilen. Damit entsteht die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Bewilligungsbehörde ihre Absicht nachträglich ändert. Falls sie entgegen der

ursprünglichen Absicht doch Bewilligungshindernisse geltend macht, hat das Zulässigkeitsverfahren überflüssigerweise stattgefunden, aber der Verfolgte wird durch den nachträglichen Sinneswandel der Bewilligungsbehörde jedenfalls nicht beschwert. Der umgekehrte Fall soll nach der Gesetzesbegründung ebenfalls unproblematisch sein, da schon gar kein Zulässigkeitsverfahren mehr stattfindet, wenn die Behörde erklärt, dass sie die Auslieferung nicht zu bewilligen beabsichtige (BT-Drs. 16/544 S. 27). Dies ergibt sich freilich nicht aus dem Gesetz. Es wäre besser, im Gesetzestext selbst zum Ausdruck zu bringen, dass sich die Bewilligungsbehörde verbindlich darüber zu erklären hat, ob sie die Auslieferung bewilligen wird oder nicht, und dass im letzteren Fall das Auslieferungsverfahren durch Beschluss des Gerichts zu beenden ist.

b) Die Regelung in § 79 Abs. 3 IRG, wonach im Falle später entstehender möglicher Bewilligungshindernisse auf Antrag des Verfolgten eine isolierte gerichtliche Kontrolle stattfindet, ist durch Art. 19 Abs. 4 GG geboten, zeigt aber zugleich die Kompliziertheit des in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Verfahrensmodells. Unklar bleibt auch, welche Umstände (abstrakt oder konkret?) „geeignet“ sein sollen, Bewilligungshindernisse geltend zu machen – soll es dabei auf die subjektive Bereitschaft der Bewilligungsbehörde ankommen oder auf die theoretische Möglichkeit, die Bewilligung nach § 83b IRG zu verweigern? Im Übrigen kann ein Verfolgter, der das Verfahren verzögern möchte, die Voraussetzung von § 79 Abs. 3 IRG ohne großen Aufwand selbst schaffen, indem er sich selbst wegen einer verfolgbaren Tat anzeigt und damit eine Entscheidung nach § 83b Nr. 1 oder 2 IRG herbeiführt.

c) Schließlich enthält das Gesetz einen (zumindest scheinbaren) Widerspruch, indem § 74b IRG die Bewilligungsentscheidung kategorisch für **unanfechtbar** erklärt, während § 79 Abs. 3 IRG doch zumindest die Anfechtung ihrer Gründe gestattet. Es sollte in § 74b IRG zumindest erklärt werden, dass § 79 Abs. 3 IRG unberührt bleibt.