

Bundesverfassungsgericht
– Zweiter Senat –
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Kopie

22. Dezember 2004

Mamoun **Darkazanli**

wegen Auslieferung an das Königreich Spanien

Aktenzeichen: 2 BvR 2236/04

Hiermit lege ich den bereits im Verfassungsbeschwerdeschriftsatz vom 24. November angekündigten weiteren Schriftsatz vor.

1. Gesetzgebungsverfahren

a) Bisherige Lage

Nach früherer Rechtslage stützte sich der Auslieferungsverkehr zwischen den europäischen Staaten im wesentlichen auf das europäische Auslieferungsübereinkommen von 1957, das Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom März 1995 ("Brüsseler Abkommen"), das Auslieferungsübereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom September 1996 ("Dubliner Abkommen") und das Durchführungsübereinkommen zum Übereinkommen von Schengen (SDÜ).

Ein Blick auf die von *Schomburg* geführte Tabelle bei der Bibliothek des Bundesgerichtshofes¹ zeigt, wie es um die Anwendung der Verträge bestellt war: Das Auslieferungsübereinkommen und das Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren wurden von einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vorläufig angewandt, mehr nicht. Weiter sind die Nationalstaaten nicht gekommen. Auch ohne den Europäischen Haftbefehl wäre ein effizientes Auslieferungsverfahren möglich gewesen. Es hätte genügt, die praktischen Probleme beim Einsatz des Schengen Informationssystems zu beseitigen und die Übereinkommen der Europäischen Union vorbehaltlos umzusetzen. Das ist nicht gelungen; aus den langwierigen Verhandlungen über die Harmonisierung des Auslieferungsrechts und den daraus entstandenen Kompromissen darf man ohne weiteres schließen, daß in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union immer noch erhebliche Unterschiede in der Vorstellung über eine gerechte Strafverfolgung bestehen.

Vor diesem Hintergrund haben die Beschwörungsformeln in den Vorwägungen des Rahmenbeschlusses ihre Berechtigung². Schon die Diskussion über den Rahmenbeschluß hat gezeigt, daß das hohe Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten – nämlich in die jeweils anderen Rechtsordnungen – in der Praxis nicht existiert.

b) Rahmenbeschlüsse in der dritten Säule

Bei dem Rahmenbeschluß des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13. Juni 2002 (ABl L 190/1) handelt es sich um einen Rahmenbeschluß nach Art. 34 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union. Danach kann der Rat Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten annehmen. Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichten Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

Der Rahmenbeschluß geht auf die Sondertagung des Rates im Oktober 1999 in Tampere und dort auf die Schlußfolgerung Nr. 35³ zurück – und

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de/bibliothek/rechtshilfe.php>

² insbesondere Nummer 10: *„Grundlage für den Mechanismus des Europäischen Haftbefehls ist ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten“.*

³ *„Im Bereich des Strafrechts vertritt der europäische Rat die Auffassung, dass zwischen den Mitgliedstaaten im Einklang mit Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Fe-*

über deren Vorgaben weit hinaus⁴. Zu seinen Zielen gehört der Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfeverkehr für Delikte, die im Katalog des Artikels 2 (des Katalogs von Laeken) aufgeführt sind, nämlich

- Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung,
- Terrorismus,
- Menschenhandel,
- sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie,
- illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Stoffen,
- illegaler Handel mit Waffen, Munition und Sprengstoffen,
- Korruption,
- Betrugsdelikte, einschließlich Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des Übereinkommens vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften,
- Wäsche von Erträgen aus Straftaten,
- Geldfälschung, einschließlich der Euro-Fälschung,
- Cyberkriminalität,

bruar 1992 formelle Auslieferungsverfahren bei Personen, die sich nach rechtskräftiger Verurteilung der Justiz durch Flucht entziehen, abgeschafft und durch eine einfache Überstellung derartiger Personen ersetzt werden sollen. Im Bereich der Auslieferung sollten – unbeschadet des Grundsatzes eines gerechten Gerichtsverfahrens – auch Eilverfahren in Erwägung gezogen werden.“

⁴ »Jean-Claude Juncker ist ein pfiffiger Kopf. "Wir beschließen etwas, stellen das dann in den Raum und warten einige Zeit ab, was passiert", verrät der Premier des kleinen Luxemburg über die Tricks, zu denen er die Staats- und Regierungschefs der EU in der Europapolitik ermuntert. "Wenn es dann kein großes Geschrei gibt und keine Aufstände, weil die meisten gar nicht begreifen, was da beschlossen wurde, dann machen wir weiter - Schritt für Schritt, bis es kein Zurück mehr gibt." So wurde bei der Einführung des Euro verfahren, als tatsächlich kaum jemand die Tragweite der ersten Beschlüsse 1991 zur Wirtschafts- und Währungsunion wahrnehmen mochte.

So ähnlich lief es jetzt wieder beim EU-Sondergipfel im finnischen Tampere, wo komplizierte Entscheidungen zur Justiz- und Rechtspolitik fielen. In wenigen Jahren werden die Mitgliedstaaten die Folgen spüren.« (Spiegel 1999, Heft 52)

- Umweltkriminalität, einschließlich des illegalen Handels mit bedrohten Tierarten oder mit bedrohten Pflanzen- und Baumarten,
- Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt,
- vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung,
- illegaler Handel mit Organen und menschlichem Gewebe,
- Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme,
- Rassismus und Fremdenfeindlichkeit,
- Diebstahl in organisierter Form oder mit Waffen,
- illegaler Handel mit Kulturgütern, einschließlich Antiquitäten und Kunstgegenstände,
- Betrug,
- Erpressung und Schutzgelderpressung,
- Nachahmung und Produktpiraterie,
- Fälschung von amtlichen Dokumenten und Handel damit,
- Fälschung von Zahlungsmitteln,
- illegaler Handel mit Hormonen und anderen Wachstumsförderern,
- illegaler Handel mit nuklearen und radioaktiven Substanzen,
- Handel mit gestohlenen Kraftfahrzeugen,
- Vergewaltigung,
- Brandstiftung,
- Verbrechen, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs fallen,
- Flugzeug- und Schiffsentführung,
- Sabotage

Das den Verfolgten vorgeworfene Handeln fällt unter die ersten beiden Spiegelstriche der Aufzählung. Es ist jedoch in der Bundesrepublik Deutschland nicht strafbar, weil zum Zeitpunkt der Handlung nur die Unterstützung einer *inländischen* terroristischen Vereinigung unter Strafe gestellt war, nicht aber die Unterstützung einer *ausländischen* Vereinigung.

c) Rechtssetzung im Inland

Schünemann (ZRP 2003, 185ff) ist darin zuzustimmen, daß der Verzicht auf die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit einen Akt materieller Strafrechtsgesetzgebung im Inland darstellt. Die Kritik von *Deiters* (ZRP 2003, 359) greift bei weitem zu kurz, wenn er die Problematik auf die sogenannten Inlandsdistanzdelikte beschränkt sehen möchte. Welche Prinzipien miteinander in Konflikt geraten können, läßt sich nicht allgemein beantworten. Jedenfalls ist für den Bürger damit auch unkalkulierbar geworden, wann er sich strafbar macht.

- aa) Probleme werden sich gewiß aus dem *Schutzprinzip* ergeben. Ob das niederländische Abtreibungsschiff *Aurora* in den Häfen von Dublin oder Cork, vor Lissabon oder als *Langenort* vor Gdansk unter Berufung auf die europäische Dienstleistungsfreiheit festmacht – rechtlich geschieht immer das Gleiche. Jedesmal geht es darum, nach nationalem Recht unerlaubte Abtreibungen vorzunehmen. In einem solchen Fall würde die Ärztin aber wissen, daß sie sich nach irischem, portugiesischem oder polnischem Recht strafbar macht; deshalb ist sie ja gekommen.

Schon schwieriger wird es, wenn der Arzt in "seiner" Klinik handelt, aber nicht weiß, daß die Patientin nach ihrem Heimatrecht nicht tun darf, was sie gerade tut. Einem Irrtum, der vor Strafe schützt, wird der Arzt dabei gleichwohl nur in seltenen Fällen unterliegen. Auch nach deutschem Recht würde es sich um einen bloßen Irrtum über die Strafbarkeit der Handlung handeln.

Noch weniger kalkulierbar wird die Strafbarkeit des eigenen Verhaltens, wenn man sich Fälle in "kleiner Münze" vorstellt. So könnten für ganz selbstverständlich gehaltene Handlungen gegenüber einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin gegen Verbote der (ethnischen oder geschlechtlichen) Diskriminierung im Heimatland des Mitarbeiters verstoßen.

Die aktive Sterbehilfe ist ein weiteres Beispiel. Erst im Januar ist der Bericht zur Sterbehilfe von der Tagesordnung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats genommen worden, nach Presseberichten vor allem, weil darin ein Passus enthalten ist, nach dem die Mitgliedstaaten des Europarats prüfen sollen eine Gesetzgebung einzu-

führen, die Mediziner unter bestimmten Bedingungen von Strafe freistellt. Daß bedeutet nichts anderes, als daß in einem Bereich, indem *politisch* wenig zu machen ist, das Strafrecht – die vermeintliche *ultima ratio* – Geltung beansprucht.

- bb) Probleme sind auch dort zu erwarten (ohne daß ich ein konkretes Beispiel bilden könnte), wo über *Zurechnungsnormen* eine Rechtsprechungsgewalt entsteht. Zu denken ist da an alle Formen der Täterschaft und der Teilnahme, aber auch an Schwierigkeiten mit dem Einheitstäterbegriff, wie ihn etwa Österreich kennt. So könnten Ausländer unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe in eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine inländische Untreue geraten, deren Grundlage die Abfindungszahlung an einen Manager sein könnte und die dem Ausländer als Selbstverständlichkeit gilt. Gerade die Untreue ist ein Tatbestand, dessen eigenartige Struktur ausländischen Kollegen oft nur mit Mühe zu verdeutlichen ist (obwohl sie mit einer veruntreuenden Unterschlagung selbstverständlich etwas anfangen können).

In der Assoziierungsdiskussion mit der Schweiz spielt die Geldwäsche (im strafrechtlichen Bereich) eine große Rolle: Nach schweizerischem Recht kann Vortat der Geldwäsche nur ein Verbrechen sein. Ein Bankangestellter deutscher Nationalität in der Schweiz wird sich vor schwierige Entscheidungen gestellt sehen.

d) Lösungen

Vorstellbar wäre, daß die für die Zulässigkeitsentscheidung zuständigen Oberlandesgerichte im jeweiligen Einzelfall prüfen, ob für den Verfolgten die Strafbarkeit seines Verhaltens noch vorhersehbar war oder nicht. Der Gedanke widerspricht aber nicht nur allen bekannten Strukturen der Rechtshilfe, die eben keine Tatverdachtsprüfung kennt, sondern auch dem Zweck des Europäischen Haftbefehls, die Übergabeverfahren zu beschleunigen.

Eine Anbindung an den jeweiligen Ort der Handlung kann nur helfen, wenn der Begriff nicht vom ersuchenden Staat bestimmt wird. Denn es steht dem nationalen Gesetzgeber frei, als Ort der Handlung auch jenen Ort anzusehen, an dem ein Erfolg eintritt (vgl. § 9 Abs. 1 StGB). Nationale Obergerichte sind auch nicht gehindert, es dem Bundesgerichtshof (BGHSt

46,212) gleichzutun und abstrakt-konkrete Erfolge zu erfinden, durch die der Erfolgsort von Tatsachen abgekoppelt und an die gerichtliche Definitionsmacht angebunden wird.

Deiters (ZRP 2003, 359, 361) schlägt vor, eine gesamteuropäische Regelung zu treffen, durch die die Probleme des Europäischen Haftbefehls – seiner Auffassung nach – eliminiert würden. Die Regelung hätte zwei zentrale Komponenten: Die Beschränkung entsprechend dem *Tatortprinzip* auf Inlandstaaten und die Verweigerung der Rechtshilfe für alle Taten, in denen nur der *Erfolg* im ersuchenden Staat eingetreten ist. Der Vorschlag hat etwas Bestechendes, aber man kann nicht sicher sein, ob er die Schwierigkeiten wirklich beseitigt.

- e) Die aktuelle, auch von *Deiters* als problematisch empfundene Rechtslage zeichnet sich indessen gerade dadurch aus, daß die Entscheidung eines Mitgliedstaates, ein bestimmtes Verhalten straflos zu stellen, durch die Strafrechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten *ausgehebelt* werden kann. Weil es so ist, folgt daraus unmittelbar, daß über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl in diesen Fällen materielles Strafrecht in Deutschland gilt, über das vom Parlament gerade nicht beschlossen worden ist. Die Annahme, bei der Abstimmung EuHbG hätten die Mitglieder des Bundestages die Strafrechtsordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten vor Augen gehabt, ist ein wenig abwegig. Bei der Aufnahme neuer Mitgliedstaaten würde über deren materielles Strafrecht und seine Geltung im Inland ohnehin nicht neu befunden.

Unter diesen Umständen kann nicht davon die Rede sein, daß der Bürger *voraussehen* könne, ob das, was er gerade tut, straflos ist oder nicht. Als die Verfasser des Rahmenbeschlusses der Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eingeräumt haben, in den nationalen Umsetzungen ein Rückwirkungsverbot zu implementieren für Taten, die bis spätestens kurz nach der Veröffentlichung des Rahmenbeschlusses begangen waren, haben sie sich wahrscheinlich von dem Gedanken leiten lassen, mit einem solchen Rückwirkungsverbot könne sich der EU-Bürger auf die europaweite Geltung nationaler Strafvorschriften einrichten. Eine derartige Erwartung läßt sich aber nicht einlösen, denn selbst wenn man eine ungefähre Vorstellung davon hätte, was in welchem Land strafbar ist, wüßte man doch immer noch nicht, wofür die Staaten Jurisdiktionsgewalt beanspruchen. Das Wissen, ob eine Norm anwendbar ist oder nicht, gehört indessen ebenfalls zur Vorhersehbarkeit.

2. Beiderseitige Strafbarkeit

Der Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit ist allenfalls in solchen Fällen akzeptabel, in denen die *Tathandlung* im ersuchten Staat stattgefunden hat. Denn es versteht sich von selbst, daß man sich an die Gesetze des Aufenthaltsorts zu halten hat.

Bedenklich sind dagegen – nicht nur im Umkehrschluß – alle Fälle, bei denen die Jurisdiktionsgewalt des ersuchenden Staates an Umstände anknüpft, die nicht die Tathandlung beschreiben und/oder nicht auf dem Territorium des ersuchenden Staates stattgefunden haben.

Doch auch diese Regel kann nicht ohne Ausnahme gelten. Der Rechtsstaat ist nicht frei in dem, was er unter Strafe stellt. Dabei ist vielleicht weniger an die Strafbewehrung von Verhaltensweisen zu denken, die im ersuchten Staat als normal empfunden werden; insoweit kann man von Fremden wahrscheinlich viel Anpassung verlangen. Es kann aber Strafvorschriften geben, die dem Bestimmtheitsgebot widersprechen, etwa, weil es sich um Gefährdungstatbestände mit weit vorverlagerten Gefährdungshandlungen handelt.

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren können deshalb nur gewahrt sein, wenn im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung untersucht wird, ob dem Verfolgten mit dem Europäischen Haftbefehl ein Verhalten zur Last gelegt wird, das ein Rechtsstaat mit einsichtigen Gründen unter Strafe stellen darf. Weil dies in der Regel der Fall sein wird, könnte die Prüfung auf solche Fälle beschränkt werden, in denen der Verfolgte einen entsprechenden Einwand erhebt.

Eine solche Prüfung wäre auch nicht übermäßig aufwendig. Die Oberlandesgerichte müßten lediglich untersuchen, ob man das im Haftbefehl beschriebene Verhalten in der Bundesrepublik Deutschland unter Strafe stellen könnte, ohne gegen verfassungsrechtliche Grundsätze zu verstoßen. Das entspricht gedanklich der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer inländischen Norm und fällt deshalb in die Prüfungskompetenz der Oberlandesgerichte.

3. Rückwirkung

Der Rahmenbeschluß hatte es den Mitgliedstaaten gestattet, eine Erklärung abzugeben, nach der Handlungen, die vor einem vom Mitgliedstaat festzulegendem Zeitpunkt begangen wurden, nach altem Auslieferungsrecht zu behandeln. Von dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland keinen Gebrauch gemacht. Der Gesetzentwurf geht – ebenso wie das Oberlandesgericht – davon aus, es handle sich um verfahrensrechtliche Regelungen, für die das Rückwirkungsverbot nicht gelte (BT-Drs. 15/1718 S. 26). Eine andere Regelung sei unpraktisch.

Unmittelbar kann das Rückwirkungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG tatsächlich nicht gelten. Im Kern verbietet es die Bestrafung aus einer Vorschrift, die zur Zeit der Tat nicht galt und also dem Täter nicht bekannt sein konnte (BVerfG 7, 111 [119]). Es gibt aber auch prozeßrechtliche Vertrauenspositionen, die nicht rückwirkend beseitigt werden dürfen. Der entscheidende Unterschied zu BVerfG 25, 269 (zur Verlängerung der Verjährungsfristen) liegt darin, daß ein von Anfang an strafbares Verhalten länger verfolgt werden konnte als ursprünglich angenommen, hier aber die Bundesrepublik Deutschland Hilfe leisten soll bei der Verfolgung einer Tat, vor deren Verfolgung sich der Betroffene im Inland sicher fühlen konnte.

In Rede steht damit auch nicht das allgemeine Rückwirkungsverbot (vgl. BVerfG 63, 343), sondern das strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

Nach früherem Recht wäre es auch kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gewesen, wenn das dem Verfolgten vorgeworfene Verhalten im Lauf des Auslieferungsverfahrens in Deutschland unter Strafe gestellt (und so die Auslieferungsfähigkeit hergestellt) worden wäre. Eine Rückwirkung käme dem neu geschaffenen Straftatbestand dadurch nicht zu; die Position des Verfolgten, sich in einem Land aufzuhalten, das zufällig dieses Verhalten unter keinem Gesichtspunkt unter Strafe stellt, wäre auch nicht schutzwürdig.

Anders liegt es jedoch in der vorliegenden Sache. Der Verfolgte genießt als deutscher Bürger unmittelbar die Rechte aus Art. 103 Abs. 2 GG. Er darf darauf vertrauen, daß ihn sein Staat nicht wegen eines Verhaltens verfolgt, das zur Tatzeit im Inland straflos gewesen ist. Die Konstellation läßt sich deshalb auch nicht mit jenen Fällen vergleichen, in denen rückwirkend ein Verfahrenshindernis entfällt (wie etwa die Umwandlung eines Antragsdeliktes in ein Offizi-

aldelik⁵). Entscheidend ist allein, daß sich der Verfolgte nach dem Recht seines Heimatstaats straflos verhalten hat und sich nicht darauf einstellen konnte, daß ihm sein Heimatstaat den Schutz der Kalkulierbarkeit staatlichen Strafens zu einem späteren Zeitpunkt entziehen würde.

4. Rücküberstellung

Ein weiteres zentrales Problem betrifft die Rücküberstellung zur Vollstreckung einer verhängten Strafe. Der Resozialisierungsanspruch gebietet es, dem Verurteilten eine solche Möglichkeit einzuräumen; von ihr muß er auch tatsächlich Gebrauch machen können. Im Gesetzgebungsverfahren ist erkannt worden, daß diese Möglichkeit keineswegs für alle deutschen Verfolgten gesichert ist. Der Rechtsausschuß des Bundestages hat das Problem (BT-Drs. 15/2677, S. 6) wie folgt zusammengefaßt:

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

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

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

⁵ vgl. etwa RGSt 77, 106 (zur Verunglimpfung eines Gefallenen). Die in BGHSt 20, 22, 27 (zum Wegfall der Voraussetzung eines Strafverlangens des Tatortstaats bei Auslandstaten von Neubürgern) in Bezug genommene Entscheidung RGSt 75, 306, 311 betrifft allerdings den umgekehrten Fall.

Der Rechtsausschuß hat allerdings geglaubt, der Schutz deutscher Staatsangehöriger sei gleichwohl gesichert – durch ein fakultatives Bewilligungshindernis (aaO, Hervorhebung von mir):

*Da jedoch aus dem Legalitätsprinzip der Strafprozessordnung folgt, dass regelmäßig beim Vorliegen eines Ersuchens um Auslieferung eines Deutschen wegen einer von ihm angeblich im Ausland begangenen Straftat die zuständige Staatsanwaltschaft wegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB mit der Sache befasst wird und in aller Regel ein eigenes Ermittlungsverfahren einleiten wird, wird es zu Bewilligungshindernissen nach § 83b Nr. 1 IRG-E kommen. **Die daraus resultierende Möglichkeit zur Ablehnung der Auslieferung sichert so den in § 80 IRG-E intendierten Schutz deutscher Staatsangehöriger vor einer Strafvollstreckung im Ausland.***

Der Gesetzgeber hat indessen die Bewilligungsentscheidung ausdrücklich als nicht anfechtbar bezeichnet (§ 74b IRG). In der Praxis wird den Verfolgten die Bewilligung auch nicht bekannt gegeben; vielmehr wird er regelmäßig ohne Vorankündigung aus seiner Zelle geholt, wegtransportiert und übergeben. Eine ernsthafte Möglichkeit, gegen einen Ermessensfehlgebrauch bei der Bewilligung vorzugehen, hat er nicht.

Mit dem Vollzug der Auslieferung sind die Würfel aber gefallen. Der ersuchende Staat kann den Verfolgten verurteilen, ohne daß der Verfolgte eine Möglichkeit hätte, zur Vollstreckung zurückzukehren. Auch das Überstellungsübereinkommen⁶ würde ihm nicht helfen, weil der *ordre public* der Bundesrepublik die Vollstreckung einer wegen dieser Tat verhängten Strafe nicht erlaubt. *Ahlbrecht* wird in einem Aufsatz im Heft 1 des Strafverteidigers 2005 von einem Kollateralschaden sprechen, den der Gesetzgeber *bewußt in Kauf genommen* habe. Das böse Wort vom Kollateralschaden ist gar nicht so fehl am Platz, denn Nachteile dieser Art dürfen dem Deutschen aus der Auslieferung gerade nicht erwachsen. Der Gleichheitsgrundsatz erlaubt es nicht, einen Deutschen, der sich nach deutschem Recht nicht strafbar gemacht hat, schlechter zu behandeln als einen Deutschen, bei dem die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit gegeben ist.

⁶ "an sich", da die Rücküberstellung nach der Auslieferung ebenfalls nach diesem Übereinkommen erfolgt.

5. Zusammenfassend

- a) Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl verstößt gegen die grundgesetzlich vorgesehene *Kompetenzverteilung* zum Erlaß materiellen Strafrechts: Der in Art. 34 EU-Vertrag vorgesehene Rahmenbeschluß ist eine Maßnahme der *Exekutive*.

Der Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl hat dem nationalen Parlament gleichwohl keinen Spielraum für die Entscheidung gelassen, welches Verhalten als strafwürdig anzusehen sei und welches nicht. Es gilt vielmehr, soweit es sich um Katalogdelikte handelt, das jeweils engherzigste materielle Strafrecht eines Mitgliedsstaates.

- b) Die Präzision der *Tatumschreibung* für Katalogtaten: Im konkreten Verfahren wird kein Verhalten geschildert, dessen Strafwürdigkeit auf der Hand liegt. Wenn Alltagshandlungen des Verfolgten von Hintergedanken begleitet gewesen sind, bedarf das der Darstellung. Daran fehlt es. Das gilt auch für die Fahrt mit einem Krankenwagen in den Kosovo.

Zu den von Verfassungen wegen zu fordernden Minimalia gehört aber die Beschreibung eines Verhaltens, von dem man einsieht, daß es von einem Rechtsstaat mit guten Gründen unter Strafe gestellt werden darf.

- c) Über das Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit hinaus besteht eine *Rückwirkungsproblematik*: Gegen den Verfolgten wird vom Generalbundesanwalt ein inhaltsgleiches Ermittlungsverfahren geführt, das nicht zu greifbaren Ergebnissen geführt hat. Für die Zeit vor 2002 fehlt es jedenfalls an der Unterstützung einer *inländischen* terroristischen Vereinigung. In der Zeit nach 2002 hat der Verfolgte sicher keine *ausländische* terroristische Vereinigung unterstützt (§ 129b StGB ist am 30. August 2002 in Kraft getreten).

Soweit der Verfolgte in Deutschland gehandelt hat, hat er sich deshalb in der Vergangenheit nach deutschem Recht nicht strafbar gemacht. Dies geht über die fehlende gegenseitige Strafbarkeit bei Katalogtaten hinaus, denn in dieser Konstellation kommt dem ausländischen materiellen Strafrecht auch noch im Inland materielle Rückwirkung zu. Es wird dem Verfolgten im nachhinein "übergestülpt".

- d) Der *Rücküberstellungsproblematik* ist weder im Einzelfall noch im Gesetz Rechnung getragen. Denn im Rahmenbeschuß ist vorgesehen, daß Bürger, die von ihrem Heimatstaat zur Strafverfolgung ausgeliefert werden, die Möglichkeit haben, zur Strafvollstreckung in ihren Heimatstaat zurückzukehren. Dies hat das IRG zu einem bloßen Angebot des Verfolgersstaats denaturiert. Es genüge, daß der Verfolgersstaat die Rücküberstellung *anbiete*.

Die Rücküberstellung kann scheitern, wenn es an der beiderseitigen Strafbarkeit fehlt und die Vollstreckungshilfe gegen wesentliche Rechtsgrundsätze verstößt. Um so mehr verstößt es aber gegen wesentliche Rechtsgrundsätze, einem Deutschen, der sich in Deutschland straflos verhalten hat, schlechter zu behandeln, als einen Deutschen, dessen Verhalten auch im Inland strafbar wäre.

- e) Die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 16 Abs. 2 GG. Sie verstößt außerdem gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

gez. Rosenthal
Rechtsanwalt