

Bundesverfassungsgericht  
Zweiter Senat  
Schloßbezirk 3  
76131 Karlsruhe

**Kopie**

24. November 2004

**Mamoun Darkazanli**

wegen Auslieferung an das Königreich Spanien

Gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg vom 23. November 2004 – Ausl. 28/03 – erhebe ich für den von Frau Rechtsanwältin Gül Pinar aus Hamburg und mir vertretenen Beschwerdeführer Mamoun Darkazanli

### **Verfassungsbeschwerde**

ein und beantrage den Erlaß einer

### **einstweiligen Anordnung.**

Die einstweilige Anordnung richtet sich gegen die Bundesministerin der Justiz, Mohrenstraße 37, 10117 Berlin und gegen die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, Drehbahn 36, 20354 Hamburg. An die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg ist die Kompetenz zur Bewilligung der Auslieferung insoweit delegiert, als sie im Benehmen mit dem Bundesministerium der Justiz die Bewilligung erteilen darf.

Mit der einstweiligen Anordnung soll diesen Behörden aufgegeben werden,

die Vollziehung der Auslieferung des Antragstellers auszusetzen, bis das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsbeschwerde in dieser Sache entschieden hat.

Die Bewilligungsbehörde hat bereits angekündigt, daß sie von fakultativen Auslieferungshindernissen keinen Gebrauch machen werde (Schriftsatz vom 24. Oktober, 4. Anlage). Die Behörde hat weiter erklärt, zügig verfahren zu wollen.

Die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzt den Beschwerdeführer, der deutscher und syrischer Staatsbürger ist, 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. Zur Begründung fasse ich der Eile halber die bisher vorgebrachten und vom Oberlandesgericht in verfassungswidriger Weise zurückgewiesenen Einwendungen wie folgt zusammen (der Kernvortrag in diesem Schriftsatz soll noch ergänzt werden):

## I. Gesetzgebung

Dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses fehlt die demokratische Legitimation ebenso wie dem Rahmenbeschluß selbst. Sie fehlt ihm jedenfalls in dem Umfang, als der Souverän – das Parlament – nicht darüber entscheiden konnte, daß deutsche Bürger für Verhaltensweisen mit Kriminalstrafe belegt werden können, die nach deutschem Recht straflos sind. Die Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG durch seinen neuen Satz 2 steht unter dem Vorbehalt der Rechtsstaatlichkeit. Diese Rechtsstaatlichkeit ist nicht gewahrt.

Rahmenbeschlüsse erläßt der Rat. Er besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaates auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung dieses Mitgliedstaates verbindlich zu handeln (Art. 203 des EG-Vertrages). Das Europäische Parlament wird nur angehört (Art. 39 des EU-Vertrages). Gleichwohl sind Rahmenbeschlüsse für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich (Art. 34 Abs. 2 lit. b EU-Vertrag).

Mit dem Rahmenbeschluß wurde für den Bundestag verbindlich darüber beschlossen, daß sich ein Deutscher in Deutschland strafbar machen kann, obwohl die Tat in Deutschland nicht mit Strafe bedroht ist. *Schünemann* spricht in ZRP 2003, 185, vom "*Urgestein des demokratischen Gedankens*", nämlich vom Grundsatz *nulla poena sine lege*. Leges werden vom Parlament beschlossen und nicht von Vertretern von Regierungen erlassen, seien sie auch auf Ministerebene entsandt. Faktisch bringt die Figur des Rahmenbeschlusses im Bereich der "Dritten Säule" der Europäischen Union schwerwiegende Eingriffe in grundlegende bürgerliche Freiheiten. Nochmals *Schünemann*: Das demokratische Prinzip garantiert dem Bürger, daß er grundsätzlich »nur nach denjenigen Strafgesetzen als Feind der Gesellschaft ein-

gesperrt« wird, »an deren Entstehung er als Aktiobürger selbst mitwirken konnte«. Niemand hat die Hilflosigkeit des Souveräns in traurigere Worte gekleidet als der Abgeordnete Kauder (aaO):

*»Der Rahmenbeschluss ist geltendes Recht. Der Bundesrepublik Deutschland bleibt gar nichts anderes übrig, als diesen Rahmenbeschluss umzusetzen. ... Das heißt, der Deutsche Bundestag kann dem, was Brüssel veranstaltet hat, was einen Flurschaden für deutsche Strafoerfolgte bedeutet, nur murrend zustimmen. Ändern können wir nichts.«*

Das Oberlandesgericht greift bei weitem zu kurz und wird weder der Aufgabe noch der Rolle des Parlaments gerecht, wenn es sich unter diesen Umständen darauf beruft, die Vorschriften des Achten Teils des ERG seien vom Bundestag "ordnungsgemäß beschlossen" worden. Der Bundestag war gezwungen zu beschließen, und er war dazu durch Vorgaben der *Exekutive* gezwungen.

Gesetze werden vom Parlament beschlossen und nicht von Vertretern von Regierungen erlassen, seien sie auch auf Ministerebene entsandt. Faktisch bringt die Figur des Rahmenbeschlusses im Bereich der "Dritten Säule" der Europäischen Union schwerwiegende Eingriffe in grundlegende bürgerliche Freiheiten. Weil das Erfordernis der gegenseitigen Strafbarkeit nicht mehr geprüft wird, bedeutet das nichts anderes als die faktische Geltung ausländischen materiellen Strafrechts im Inland.

## II. Rückwirkung

Der bisherige Vortrag zur Rückwirkung hatte stets als Bezugspunkt, daß die Tat nicht auch im Ausland begangen worden sei. Das ist der wahrscheinlich falsche Ansatz und verstellt den Blick auf das eigentliche Rückwirkungsproblem.

Es kann im Augenblick nur beispielhaft formuliert werden: Bis vor einigen Jahren konnte man von Deutschland aus nicht nur im Ausland straflos bestechen, sondern diese nützlichen Aufwendungen auch noch steuermindernd geltend machen. Es steht außer Frage, daß der Bestechungserfolg auch damals im Ausland strafbar sein konnte. Gleichwohl durfte man sich als Deutscher in Deutschland vor Verfolgung sicher fühlen, weil man sich hierzulande rechtstreu verhalten hat.

Wenn es nun möglich wird, über den Europäischen Haftbefehl das damals hier geltende Strafrecht auszuhebeln, dann liegt darin eine nicht vorhersehbare Ver-

schlimmerung der Verhältnisse im Nachhinein. Der Einwand betrifft entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts einen Fall echter Rückwirkung. Es macht in der Sache für den Betroffenen keinen spürbaren Unterschied, ob der Heimatstaat seine eigenen Strafnormen rückwirkend ändert oder dem Betroffenen den durch sie gewährten Schutz im nachhinein entzieht.

Der Verzicht auf die Prüfung der gegenseitigen Strafbarkeit kann deshalb nur für zukünftige Fälle gelten – für solche Fälle, in denen der Bürger Gelegenheit hatte sich darauf einzurichten, daß ihn die Straflosigkeit seines Verhaltens in Deutschland im Europäischen Kontext nicht schützen werde.

### III. Rücküberstellung

#### 1. Rechtliche Probleme der Rücküberstellung stellen sich auf zwei Ebenen.

Die erste Ebene ist die fehlende Strafbarkeit des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verhaltens in seinem Heimatstaat Deutschland. Die Vollstreckung einer spanischen Strafe verstieße deshalb hier gegen den *ordre public*. Das zweite Problem liegt im Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses: Dort heißt es, die Auslieferung eines Deutschen sei schon dann zulässig, wenn gesichert sei, daß der ersuchende Staat anbieten werde, den Beschwerdeführer zur Vollstreckung zurückzuüberstellen. Dem Wortlaut nach scheint es also nur auf das Angebot des ersuchenden Staates anzukommen; ob es angenommen oder gar durchgeführt wird, könnte man für unerheblich halten. Insoweit leidet aber das Gesetz unter einem durchgreifendem Mangel: Es bleibt hinter dem Rahmenbeschuß zurück, der die tatsächliche Rücküberstellung verlangt und nicht bloß ein (unannehmbares) Angebot.

- a) Daß es bei der Rücküberstellung Probleme geben würde, wenn es an der gegenseitigen Strafbarkeit fehlt, hat schon die Begründung des Umsetzungsgesetzes geahnt. So heißt es dort (vgl. BT-Drs. 15/1718, S. 16):

*»... Das Erfordernis der Rücküberstellung entspricht dem Grundsatz der Resozialisierung. Diese kann zumeist nur in dem Staat erfolgreich durchgeführt werden, in dem der Betroffene soziale Bindungen hat. Hierbei ist der Umstand des Wohnortes vor der Inhaftnahme oder nach der Haftentlassung von besonderer Bedeutung. ... Ob Deutschland eine entsprechen-*

*de Forderung stellt, hängt davon ab, ob die Vollstreckungshilfe mutmaßlich zulässig ist und im Falle der Zulässigkeit bewilligt werden wird. In seltenen Einzelfällen besteht die Möglichkeit, dass ein Angebot zur Vollstreckungshilfe rechtlich nicht angenommen werden kann. ... Die Vollstreckung einer im Ausland verhängten Freiheitsstrafe in der Bundesrepublik Deutschland ohne die Wahrung der beiderseitigen Strafbarkeit verstößt nicht nur gegen die Regeln über die internationale Vollstreckungshilfe, sondern verstößt auch gegen wesentliche deutsche Rechtsgrundsätze.«*

So ist es. Von einer Strafvollstreckung im Heimatstaat kann nicht die Rede sein. In der zweiten und dritten Lesung des Gesetzentwurfes hat der CDU-Abgeordnete Siegfried Kauder die Schwierigkeiten treffend geäußert (97. Sitzung. 11. März 2004, S. 8747ff):

*»... Deutschland muss einen deutschen Staatsbürger auch dann in ein europäisches Ausland ausliefern, wenn er dort einer Straftat beschuldigt wird, die in Deutschland keine Straftat ist. Wir dürfen also keinen Abgleich mit deutschem Recht vornehmen. Wir müssen den deutschen Staatsbürger sehenden Auges ins Ausland ausliefern, obwohl die Tat bei uns nicht strafbar ist. Das mag noch angehen. Aber dieser deutsche Staatsbürger kann nach der Verurteilung im Ausland nicht einmal beantragen, die dort verhängte Strafe in Deutschland verbüßen zu dürfen. Das geht nämlich nur dann, wenn diese Tat auch in Deutschland eine Straftat ist. Deutsches Recht lässt nicht zu, dass wir Strafen, die im Ausland für hier nicht unter Strafe gestellte Taten verhängt worden sind, in Deutschland verbüßen lassen. ...*

*Sehenden Auges liefern wir deutsche Staatsbürger in ungeklärte Verhältnisse im Ausland aus.«*

So liegen die Dinge. Auch wenn Spanien anbietet, den Beschwerdeführer zur Strafvollstreckung zu überstellen: Die Bundesrepublik kann das Angebot gar nicht annehmen.

- b) Im Umsetzungsgesetz heißt es, die Auslieferung eines Deutschen sei schon dann zulässig, wenn gesichert sei, daß der ersuchende Staat *anbieten* werden, den Beschwerdeführer zur Vollstreckung zurückzuüberstellen. Insoweit leidet aber das Gesetz unter einem schwerwiegenden Mangel: Es bleibt hinter dem Rahmenbeschluß zurück, der in Art. 5 Nr.3 verlangt, daß der Beschwerdeführer nach Verhängung der Sanktion *»in den Vollstrek-*

*kungsmitgliedstaat rücküberstellt wird*« (in der englischen Fassung: »*is returned*«).

Der Recht auf Rücküberstellung ist ein subjektives Recht des Beschwerdeführers. Er ist in Anlehnung an die im Rahmen der Ratifizierung des EU-Auslieferungsübereinkommens vom 27. September 1996 abgegebenen Erklärungen so formuliert, und zwar seit dem ersten Entwurf des Rahmenbeschlusses (vgl. KOM(2001) 522 final). Die Möglichkeit soll Mitgliedstaaten, die »*Probleme mit der Auslieferung eigener Staatsangehöriger haben*«, die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls erleichtern. Die Probleme rühren daher, daß der Beschwerdeführer Anspruch auf Schutz durch seinen Heimatstaat hat.

2. Hierzu meinte das Oberlandesgericht, die Annahme des Verstoßes gegen den *ordre public* beruhe ausschließlich auf der unzutreffenden Prämisse, daß die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen in Deutschland nicht strafbar gewesen seien.

Warum die Prämisse nicht zutreffe, hatte das Oberlandesgericht jedoch weder untersucht noch dargelegt. Die Unterstützung einer *ausländischen* terroristischen Vereinigung war damals in Deutschland nicht strafbar, gleichgültig wo der Verfolgte behandelt hat. Für die Unterstützung einer *inländischen* terroristischen Vereinigung gibt es weder Anhaltspunkte noch wird sie von den spanischen Behörden behauptet.

Es bleibt deshalb dabei, daß der Beschwerdeführer Gefahr läuft, eine etwa verhängte Strafe auch im Ausland verbüßen zu müssen. Das stellt ihn schlechter als einen Deutschen, der wegen einer Tat ausgeliefert wird, die auch im Inland strafbar ist und verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Das Gesetz muß schon aus Gleichheitsgründen nicht bloß das Angebot des Verfolgersstaats zur Rücküberstellung enthalten, sondern eine Garantie bereitstellen. Zu Recht hat der Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer deshalb in seiner Stellungnahme vom 13. März 2003 die Forderung erhoben, die nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Behandlung müsse in § 83d i.S.d. des § 3 Abs. 3 IRG gelöst werden, so daß eine Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung nur dann zulässig sei, wenn die Rücküberstellung zum Zweck der Strafvollstreckung in der Bundesrepublik Deutschland rechtlich möglich und bei Zustimmung des Betroffenen garantiert ist.

Diesem Anliegen hat sich der Gesetzgeber verschlossen. Das Oberlandesgericht hat dem Problem der Ungleichbehandlung in keiner Weise Rechnung getragen.

#### **IV. Weiteres**

Gegen die Bewilligungsentscheidung soll ebenfalls Verfassungsbeschwerde eingelegt werden. Das IRG sieht nunmehr ausdrücklich Ermessensgründe vor, aus denen heraus die Auslieferung eines Deutschen abgelehnt werden kann. Weil die Auslieferung Deutscher an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden ist (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG), zu denen die Rechtsweggarantie gehört, bedarf die gesetzlich angeordnete Unanfechtbarkeit der Bewilligung der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung.

Eine Auslieferung des Beschwerdeführers zum aktuellen Zeitpunkt würde ihm nicht reparable Nachteile einbringen. Der Vorgang wäre nicht rückgängig zu machen. Es steht zu befürchten, daß die Auslieferung unmittelbar nach Ergehen der Bewilligungsentscheidung faktisch vollzogen wird und dem Antragsteller so ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht.

Die für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde erforderliche besondere Vollmacht wird nachgereicht. Die bisher – im Vorgriff – eingereichten Schriftsätze und Urkunden sind Bestandteil des Beschwerdevertretungs.

gez. Rosenthal  
Rechtsanwalt