



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 BVerfG¹ 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 eingegriffen².

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 Gesetzentwurf³ sowie die hierzu ergangenen Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates vom 24.02.2006⁴ 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

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

² vgl. hierzu näher Böhm NJW 2005, 2588 ff.; vgl. auch Hackner NSTz 2005, 311 ff.

³ BT-Drs. 16/544

⁴ BR-Drs. 70/1/06

aus der Wissenschaft⁵ der Spagat zwischen der angestrebten Beschleunigung des Auslieferungsverkehrs und der Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze gelungen ist. Die festzustellende Straffung⁶ 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 Unterlagen⁷ und des Erlasses einer vorläufigen Haftanordnung⁸ nicht mehr bedarf. Reicht eine solche Ausschreibung zur Beurteilung der Zulässigkeit des Ersuchens nicht aus, so ist es dem zur Entscheidung berufenen Oberlandesgericht weiterhin möglich⁹, 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 Strafbarkeit¹⁰, 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 Kritik¹¹ 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 soll¹². Allerdings leidet der auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Justizentscheidungen¹³ beruhende Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit daran, dass weder das europäische

⁵ vgl. hierzu Schönemann StV 2003, 532 ff.; Lagodny StV 2005, 515 ff.

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

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

⁸ 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

⁹ OLG Karlsruhe StV 2005, 402

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

¹¹ vgl. hierzu Böhm NJW 2005, 2590

¹² OLG Stuttgart StV 2005, 144 ff. m.w.N.

¹³ 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 werden¹⁴. Dieser grundsätzliche „Webfehler“ einer auf Zusammenwachsen angelegten Wertegemeinschaft hat jedoch wenig praktische Relevanz, weil ein Fehlen der beiderseitigen Strabarkeit 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 ausgenommen¹⁵.

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 verzichten¹⁶. Vielmehr sollte auf Ebene der Mitgliedstaaten, etwa durch Einberufung einer Kommission oder über EUROJUST, auf eine Harmonisierung¹⁷ 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-

¹⁴ vgl. auch BVerfG, Rn.122

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

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

¹⁷ 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 Rechtshilfeweg 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 Deutschen¹⁸ 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

¹⁸ mit einer Wiederaufnahme der beim OLG Karlsruhe anhängig gewesenen Verfahren ist zu rechnen

darauf hingewiesen, dass sich aus der Staatsangehörigkeit eine besondere Schutzverpflichtung des Staates¹⁹ begründet und der Gesetzgeber jedenfalls die im Rahmenbeschluss vorgesehenen Umsetzungsspielräume in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen hat²⁰.

Solche schutzwürdigen Belange Deutscher können auch bei Straftaten mit maßgeblichem Auslandsbezug auftreten, weshalb § 80 IRG-E durch eine Verhältnismäßigkeitsklausel ergänzt werden sollte²¹. Auch würde es Art. 4 Nr. 7 RbEuHb ermöglichen, die Auslieferung Deutscher grundsätzlich vom Vorliegen der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig zu machen²². Schließlich ist rechtspolitisch zu bedenken, dass Art. 32 RbEuHb dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit der Ausscheidung von Altfällen einräumt²³. 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 ausscheiden²⁴, gleichwohl sollte im Sinne einer Rechtsklarheit²⁵ 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 29.11.2000²⁶ 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

¹⁹ BVerfG, Rn. 87 f.,

²⁰ BVerfG, Rn. 80 ff, 83,90, 94

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

²² zur Fassung, vgl. Rn. 61 (Fettdruck)

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

²⁴ BVerfG, Rn. 98 a.E.

²⁵ 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

²⁶ 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 hat²⁷. Hierdurch wurde zumindest eine durch Gesetz begründete und damit gerichtlich überprüfbare Rechtsposition geschaffen²⁸. 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 Ermessenslösung²⁹) oder durch Vorverlagerung in das Zulässigkeitsverfahren³⁰ (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“³¹ möglich wäre.

²⁷ BVerfG, Rn. 110 ff.

²⁸ BVerfG, Rn. 105

²⁹ BVerfG, Rn 112 ff.

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

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

- b. Eine teilweise Vorverlagerung³² 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 Ablehnungsmöglichkeiten³³ der „inländischen Strafverfolgung“ stets zu beachten sind. Insoweit würde die „Zulässigkeitslösung“ auch bei einer eher restriktiven Gesetzesfassung³⁴ 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 Betroffenheit³⁵ 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).

³² 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.

³³ 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

³⁴ 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

³⁵ 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 Meistbegünstigungsprinzip³⁶ 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“³⁷. Danach wären eingehende Auslieferungsersuchen 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 werden³⁸. 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 abgelehnt³⁹. 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

³⁶ vgl. hierzu krit. Hackner NSTZ 2005, 311 f.

³⁷ 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

³⁸ BT-Drs. 15/1718 Seite 14 f.

³⁹ 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 dürfen⁴⁰. 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 Bundesrates⁴¹ 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 werden⁴². 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 droht⁴³ oder die bereits verhängte bzw. zu erwartende Strafe außer Verhältnis zur Tat steht - etwa, wenn für die Abgabe von 2,5 Gramm Haschisch

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

⁴¹ BR-Drs. 70/01/06 Seite 1 f.

⁴² vgl. hierzu den Formulierungsvorschlag unter Rn. 61 (Fettdruck)

⁴³ 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 Jahren⁴⁴ oder für ein geringes Zollvergehen eine Sanktion von acht Jahren droht⁴⁵. Gleiches gilt, falls lediglich eine geringfügige Geldstrafe in Betracht kommen würde⁴⁶.

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*⁴⁷). 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 hat⁴⁸, erscheint eine gesetzliche Klarstellung angezeigt⁴⁹.

Auch die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates haben - jedenfalls bei der Auslieferung Deutscher - die Problematik erkannt und auf Einfügung einer solchen Verhältnismäßigkeitsklausel angetragen⁵⁰. 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

⁴⁴ OLG Karlsruhe StV 1997, 368 f.

⁴⁵ OLG Hamm StraFo 2001, 239 f.

⁴⁶ OLG Karlsruhe NStZ 2005, 351 f.

⁴⁷ vgl. auch BT-Drs. 16/544, Seite 35

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

⁴⁹ 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.

⁵⁰ BR-Drs. 70/1/06, Seite 2

(z.B. Art. 16 GG) oder einer grundrechtsgleichen Gewährleistung ergeben, sondern auch durch Gesetz begründet werden kann⁵¹. Eine solche Regelung dürften die in § 83 b IRG-E vorgesehenen Bewilligungshindernisse darstellen, weshalb entgegen den Empfehlungen des Bundesrates⁵² 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 werden⁵³. 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 konnte⁵⁴. 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

⁵¹ BVerfG, Rn. 105

⁵² BR-Drs. 70/1/06, Seite 2

⁵³ BVerfG, Rn. 65

⁵⁴ BVerfG, Rn. 84 f.

Abs. 2 RbEUHb) nicht auslieferungsfähig⁵⁵. 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“⁵⁶.

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.)⁵⁷ 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 StGB⁵⁸) weder vollständig

⁵⁵ Böhm NJW 2005, 2883; a.A. Ranft wistra 2005, 361 ff, 365

⁵⁶ BVerfG, Rn. 87

⁵⁷ BR-Drucks. 70/1/06 Seite 5

⁵⁸ **§ 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 Handlungsort⁵⁹ im Inland, der Erfolgsort⁶⁰ 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 beibehalten⁶¹ und an Stelle der vom Bundesrat vorgeschlagenen und keinen effektiven Rechtsschutz gewährenden Formulierung übernommen werden⁶². 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.

⁵⁹ **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

⁶⁰ **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.

⁶¹ 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 Verhältnismäßigkeitsprüfung⁶³ 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 BVerfG⁶⁴ der Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates⁶⁵ gefolgt werden, weil das Anbieten der Rücküberstellung durch den ersuchenden Staat nicht besagt, dass eine Strafverbüßung im Inland auch tatsächlich möglich sein wird⁶⁶. 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 werden⁶⁷.

§ 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.

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

⁶³ 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“

⁶⁴ BVerfG, Rn. 101

⁶⁵ BR-Drucks. 70/1/06, Seite 5

⁶⁶ so auch OLG Stuttgart NJW 2005, 1522

⁶⁷ 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“⁶⁸ anzusehenden Mindeststandards den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates folgen, so müsste sich der Gesetzgeber entsprechend den Vorgaben des BVerfG⁶⁹ 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 gebieten⁷⁰. 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 liegt⁷¹.

§ 83 b IRG-E

Auf die Ausführungen zu II. 2 wird verwiesen.

Böhm

RiOLG

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

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

⁷⁰ vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, Seite 784

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