

**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)¹ 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

¹ 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 Verfassungen 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 Zulässigkeithindernisse 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.