

J.M. Volz, Die Schule, 1823

# Die Hürden der Auslieferung

Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Europäischen Haftbefehl

von Bernd Brunn

*Zur Erwartbarkeit ausländischer Strafverfolgung wegen im Ausland eingetretener Rechtsguts-Verletzung als Kriterium, das die Auslieferung Deutscher eröffnet.*

Dieser Beitrag ist kein Besprechungsaufsatz im üblichen Verständnis. Er setzt die Lektüre des Urteils vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04 – sowie der drei abweichenden Meinungen voraus. Er enthält sich nahezu jeglicher Kritik an den Gründen der Senatsmehrheit; er schließt sich allerdings den erheblichen Zweifeln an der Aussage des Urteils an, dass der die Auslieferung Deutscher an die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft bzw. an die internationalen Gerichtshöfe erlaubende Gesetzgeber prüfen muss, ob die rechtsstaatlichen Voraussetzungen im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes von den er-suchenden Stellen erfüllt werden.

Der Beitrag ist durch die Sorge veranlasst, auch zukünftig seien die gesetzgebenden Organe mangels entsprechender ausreichender Prüfungsmöglichkeiten etwa auch durch Parlamentsdienste<sup>1</sup> nicht (mehr) in der Lage, unzureichend vorbereitete Gesetzgebungsvorhaben zu einem guten Ende zu führen. Denn wie auch immer berechtigt die Kritik vornehmlich der Richterin Lübke-Wolff und des Richters Gerhardt an den Gründen des Urteils vom 18. Juli 2005 sowie dem gefundenen Ergebnis sein mag, so kann nicht übersehen werden, dass die umfassende Nichtigerklärung des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21. Juli 2004<sup>2</sup> kein falsches Gesetz getroffen hat. Dieses Gesetz reiht sich nämlich ein

in eine Reihe unzureichender Gesetze, die in den letzten Jahrzehnten erlassen worden sind und die – und dies rechtfertigt den vorliegenden Beitrag gerade in der Zeitschrift „Betrifft JUSTIZ“ – bis zu ihrer (partiellen) Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> die Justizpraxis (Fachgerichtsbarkeiten) über Jahre hin vor so erhebliche Anwendungsschwierigkeiten gestellt haben, dass darüber wichtige andere Aufgaben der Gerichte zwangsläufig vernachlässigt werden mussten.

Was solche Erscheinungen besonders ärgerlich macht, ist ihre Vermeidbarkeit. Wäre das vorbezeichnete Gesetz des Jahres 2004 bereits im Vorfeld der Praxis (insbesondere Auslieferungsgewerkschaften) mit ausreichenden Zeitvorgaben zur Prüfung vorgelegt worden, so wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrschein-

lichkeit das Schlimmste verhindert worden.

Mithin will der Beitrag aufzeigen, dass die Gesetzesvorbereitende Verwaltung ein besseres Gesetz hätte vorschlagen können, wenn sie einschlägige ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sorgfältig auf ihre Bedeutung für die Hauptfragen des Gesetzgebungsvorhabens untersucht hätte (nachfolgend I.), Lehren aus teilweise unzureichender Gesetzgebungstätigkeit des verfassungsändernden Gesetzgebers gezogen hätte sowie den wenigen wirklich schwierigen, aber als Probleme auf der Hand liegenden Fragen nicht ausgewichen wäre (nachfolgend II.) und das Ergebnis der gebotenen Prüfungen in ein auch rechtstechnisch gesehen überzeugendes Gesetz umgesetzt hätte (nachfolgend III.). Abschließend wird untersucht, ob und wie der eingetretene Schaden wiedergutmacht werden könnte, was in den Vorschlag mündet, zukünftig maßgeblich darauf abzustellen, ob die jeweils in Rede stehende Rechtsgut-Verletzung im Ausland (Erfolgsort i. S. von § 9 StGB) eingetreten ist (nachfolgend IV.).

Weil das Urteil vom 18. Juli 2005 in einer ganz ungewöhnlichen Breite und Tiefe ausgelotet hat, wie der Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002<sup>4</sup> mit Bezug auf verfassungsrechtliche Vorgaben (auch) verstanden werden kann, bedarf es insoweit keinerlei Ergänzung mehr.

### Vermeidbarkeit der Nichtigerklärung

Ausdrücklich ist hier zu betonen, dass dem Beitrag keine dienstliche Befassung mit dem Thema vorangegangen ist; mir waren interne Stellungnahmen sowie Schriftsätze an das Bundesverfassungsgericht nicht zugänglich, und die nachfolgenden Darlegungen beruhen ausschließlich auf allgemein zugänglichen Erkenntnisquellen.

#### I.

Über ein halbes Jahrhundert hinweg hat, was das Thema Auslieferung von Deutschen angeht, der schlichte Satz in Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG), wonach kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden darf, die

## Zusammenfassung

Die Gesetzgeber schulden verfassungsgemäße Gesetze. Stattdessen werden zunehmend gerade auf verfassungsrechtlich wie politisch heiklen Gebieten eilig und unsorgfältig Gesetze „zusammengezimmert“, wie jüngst das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 zum Niedersächsischen Polizeigesetz belegt hat. Auch die Nichtigerklärung des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl wäre vermeidbar gewesen. Für das anstehende „Reparaturgesetz“ ist besondere Sorgfalt angezeigt.

Praxis gesteuert. Man wird dieses Recht in seiner ursprünglichen Form als ein *uneingeschränktes* (vorbehaltloses) Deutschen-Grundrecht qualifizieren dürfen, auch wenn eine solche Einstufung in der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – soweit ersichtlich – nicht vorgenommen worden ist.

1. Die Eigenschaft als „Deutscher“ war und ist mit der Erfüllung der Voraussetzungen von Artikel 116 des Grundgesetzes erfüllt<sup>5</sup>.

Aus der Grundrechtsqualität von Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich deshalb – wie selbstverständlich –, dass in *jedem* Auslieferungsverfahren von Amts wegen umfassend aufzuklären und festzustellen ist, dass der Auszuliefernde eindeutig kein Deutscher (sondern Nichtdeutscher) ist<sup>6</sup>; *insoweit* folgerichtig hat – worauf nachfolgend noch zurückzukommen sein wird – das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein Verfolgter, der auf Grund einer Durchlieferungsbewilligung der Bundesregierung von einem ausländischen Staat an eine zuständige deutsche Behörde zum Zwecke der Durchlieferung übergeben worden ist, an den übergebenden Staat nicht ohne Weiteres zurückgeführt werden darf, wenn sich vor Beendigung der Durchlieferung herausstellt, dass er in Wahrheit deutscher Staatsangehöriger ist<sup>7</sup>.

2. Waren nach dem Verfassungswortlaut Durchbrechungen des Verbots, Deutsche an das Ausland auszuliefern, zwar strikt untersagt, so liegt es aber auf der Hand, dass die Begriffe „Auslieferung“ und „Ausland“ Fragen aufgeworfen haben, deren Beantwortung auf ungeschriebene Ausnahmen hätte hindeuten können und die nicht einfach zu beant-

worten sind, indessen vom Bundesverfassungsgericht in einer Weise beantwortet worden sind, die zumindest im Ergebnis keine Zweifel zurücklässt.

a) Was zunächst Durchbrechungen des Auslieferungsverbots anlangt, die mit dem Begriff „Auslieferung“ zusammenhängen, so hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1970 entschieden, dass Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 GG der *Rücklieferung* eines Deutschen ins Ausland nach vorangegangener vorläufiger Auslieferung nicht entgegensteht<sup>8</sup>.

### Auslieferungsverbot als „Deutschen-Grundrecht“

In diesem auf den ersten Blick unscheinbaren Entscheidungssatz ist bereits ein Großteil der gesamten Problematik enthalten, die heutzutage die Debatten über die Zulässigkeit des Europäischen Haftbefehls kennzeichnet; deshalb soll der Beschluss vom 13. Oktober 1970 – 1 BvR 226/70 – etwas genauer untersucht werden:

aa) Um mit dem Ergebnis anzufangen: Die Verfahrensgeschichte hätte es nicht zugelassen, dass das Bundesverfassungsgericht zugunsten des damaligen Beschwerdeführers entschied, ohne innen- wie außenpolitisch jede Menge „Porzellan zu zerschlagen“. Denn der deutsche Beschwerdeführer war in Österreich rechtskräftig zu 6 Jahren schweren Kerkers verurteilt und von Österreich an die Bundesrepublik Deutschland vorläufig und unter der Bedingung späterer Rückführung ausgeliefert worden, damit zwei in Deutschland anhängige Strafverfahren abgeschlossen werden konnten; hätte also das Bundesverfassungsgericht zugunsten des Beschwerdeführers entschieden, so hätte es zum einen im

Einzelfall den Strafvollstreckungsanspruch des Staates Österreich massiv beeinträchtigt und zum anderen der Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit aus der Hand genommen, zukünftig in vergleichbaren Fällen andere Staaten um die vorläufige Auslieferung Deutscher zu ersuchen, weil bei einer anderslautenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts naturgemäß kein anderer Staat mehr dazu bereit gewesen wäre, deutsche Staatsangehörige zugunsten der Bundesrepublik Deutschland aus ihrem völkerrechtlich rechtmäßig begründeten Gewahrsam zu Strafverfolgungszwecken zu entlassen. Dieses Entscheidungsdilemma prägt eindeutig die durch das Bundesverfassungsgericht gegebene unbefriedigende Begründung für das gefundene richtige Ergebnis.

Zutreffend und auch für die heutigen Diskussionen festzuhalten sind allerdings zwei Begründungsaussagen, die man als beinahe selbstverständlich bezeichnen muss und die entweder ausdrücklich oder der Sache nach auch im Urteil vom 18. Juli 2005 enthalten sind:

- Das Auslieferungsverbot gibt nichts her für einen Anspruch der Bundesrepublik Deutschland, für Straftaten Deutscher im Ausland *ausschließlich* die deutsche Strafgewalt auszuüben, und
- das Verbot der Auslieferung Deutscher hat auch nicht den Zweck, sie einer gerechten Bestrafung im Ausland zu entziehen<sup>9</sup>.

---

**„Gerechte Bestrafung“  
im Ausland kann  
Auslieferung rechtfertigen**

---

Das Dilemma einer Auslieferung Deutscher an das Ausland – wie im Übrigen jeder Auslieferung, also auch der Auslieferung Nichtdeutscher – besteht freilich darin, dass zum Zeitpunkt der Auslieferung gerade nicht feststeht, ob eine drohende Bestrafung „gerecht“ sein wird, also nach Verfahren und Ergebnis rechtstaatsgemäß zustande kommen wird.

Vor diesem Hintergrund hätte es für das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1970 nahegelegen, die Verfassungsbeschwerde mit der Begründung zurückzuweisen, im Falle des Beschwerdeführers

dürfe mangels besserer Erkenntnisse davon ausgegangen werden, dass die Rücklieferung nur dem anerkennenswerten Zweck dient, eine im vorstehenden Verständnis „gerechte Bestrafung“ zu Ende zu vollstrecken.

---

**Allgemeiner  
Strafrechtsvorbehalt  
als ungeschriebene  
Grundrechtsschranke?**

---

Stattdessen führt das Bundesverfassungsgericht nahezu allein entscheidungstragend das Begründungselement ein, das Auslieferungsverbot dürfe nicht dazu führen, dass die eigene deutsche Strafverfolgung erschwert werde, was dann der Fall sei, wenn die Rücklieferung unzulässig wäre<sup>10</sup>. Diese Begründung ist grundrechtsdogmatisch mehr als zweifelhaft, weil sie Grundrechtsschranken aus staatlichen Gegeninteressen gewinnt, deren verfassungsrechtliches Gewicht zumindest nicht über jeglichen Zweifel erhaben ist; mit anderen Worten ist das – damals uneingeschränkte – Auslieferungsverbot Deutscher der Sache nach unter einen allgemeinen Strafrechtsvorbehalt gestellt worden, also das Interesse des Staates an einer effektiven Strafrechtspflege gewissermaßen in den „Verfassungs-Olymp“ erhoben worden. Aber: *Roma locuta causa finita*.

bb) Was den Beschluss vom 13. Oktober 1970 außerdem interessant macht, ist der Umstand, dass in seiner Begründung weitere Elemente enthalten sind, die auch im Urteil vom 18. Juli 2005 verwendet worden sind, allerdings damals mit erkennbar geringerem Gewicht.

- Hiernach beruht das Auslieferungsverbot Deutscher „seinem Grundgedanken nach auf dem Recht jedes Staatsbürgers, sich in seinem Heimatland aufhalten zu dürfen, und auf der Verpflichtung dieses Staates, seine im Staatsgebiet lebenden Bürger in jeder Weise zu schützen.

- Dazu gehört insbesondere, dass er sie davor bewahrt, zwangsweise in fremde Hoheitsgewalt verbracht und dort vor Gericht gestellt zu werden<sup>11</sup>. Insbesondere soll er „ – soweit er im Staatsgebiet lebt – vor den Unsicher-

heiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen“ bewahrt werden<sup>12</sup>.

cc) Vor diesem Hintergrund fragt man sich allerdings, ob der vorstehend bereits angesprochene Beschluss vom 20. Oktober 1959 – 1 BvR 125/59 –<sup>13</sup> unverändert zutreffend ist, wonach derjenige, der auf Grund einer Durchlieferungsbevollmächtigung der Bundesregierung von einem ausländischen Staat an eine deutsche Behörde zum Zweck der *Durchlieferung* übergeben worden ist, an den übergebenden Staat nicht zurückgeführt werden darf, wenn sich vor Beendigung der Durchlieferung herausstellt, dass er deutscher Staatsangehöriger ist. Denn im damals zu entscheidenden Fall lag es so, dass der Beschwerdeführer, der in Frankreich eine Freiheitsstrafe verbüßte, in dringendem Verdacht stand,

---

**Schutz vor den  
„Unsicherheiten einer  
Aburteilung unter einem  
fremden Rechtssystem“**

---

in Österreich eine Reihe von Straftaten begangen zu haben, weswegen Österreich Frankreich um Auslieferung und die Bundesrepublik Deutschland um Durchlieferung ersucht hatte.

Es ist schwer nachzuvollziehen, dass der – offenbar lediglich „technisch“ bedingte – Durchlieferungs-Zwischenaufenthalt eines Deutschen eine an seinen *Aufenthalt* im Bundesgebiet (sein „Leben“ im Bundesgebiet) geknüpfte verfassungsrechtliche Pflicht der Bundesrepublik Deutschland ausgelöst haben soll, ihn nicht „in den Bereich einer ausländischen Gerichtsbarkeit zu überführen“<sup>14</sup>.

Nicht weiterführend ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Argument, in dem in Rede stehenden Fall habe „Frankreich ... seine Machtbefugnisse über den Beschwerdeführer aufgegeben. Denn bei der Durchlieferung eines Verfolgten bestehen nach seiner Übergabe und Übernahme keine weiteren Rechtsbeziehungen zwischen dem früheren Aufenthalts- und dem Durchlieferungsstaat.“<sup>15</sup> Als ob es grundrechtlich einen Unterschied hätte machen kön-

nen, ob Frankreich den Betroffenen zur weiteren Strafvollstreckung von Österreich „zurückhaben“ wollte oder nicht!

b) Ist mithin nach dem Vorstehenden das scheinbar klare Verbot der Auslieferung Deutscher bereits mit Blick auf den teilweise schillernden Begriff der Auslieferung zumindest nicht randscharf, so gilt Entsprechendes im Hinblick auf den scheinbar ebenfalls klaren Begriff des „Auslands“:

Im Jahre 1955 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine Auslieferung eines Deutschen an das Saarland nicht vom Auslieferungsverbot erfasst werde<sup>16</sup>. Zur Begründung hat es dargelegt, dass die damals noch nicht wieder zum vereinten Deutschland gehörenden ehemaligen deutschen Gebiete („Ostzone“ und Saarland) nicht als Ausland im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes verstanden werden könnten. Als historisch überholt sind diese Ausführungen heute nicht mehr interessant; interessant sind jedoch Darlegungen, die auch für die hier in Rede stehende Problematik fruchtbar gemacht werden können:

- Hiernach beruht das Bedürfnis nach einer Auslieferung zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung auf der Notwendigkeit einer internationalen Zusammenarbeit der Staaten bei der Bekämpfung des Verbrechens, die den einzelnen Staaten Anlass geben muss, im Ausland begangene Verbrechen entweder selbst zu verfolgen oder den Täter zur Strafverfolgung an die Gerichte des *Tatortes* auszuliefern.

aa) Obgleich der Fall eigentlich keinen Anlass geboten hat, die Frage zu behandeln, ob ein „natürliches Recht“ anzuerkennen sei, als deutscher Staatsangehöriger nicht ausgeliefert zu werden, hat das Bundesverfassungsgericht diese Frage verneint<sup>17</sup>. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich zwar in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen der Gedanke durchgesetzt habe, die Pflicht eines Staates, seine Angehörigen zu schützen, stehe einer Auslieferung eigener Staatsangehöriger an fremde Staaten entgegen, aber etwa im englischen oder amerikanischen Recht die Bestrafung von Verbrechen als eine



wesentliche territoriale Aufgabe des Staates des Tatortes betrachtet werde, weswegen diese Rechtsordnungen es grundsätzlich nicht ablehnten, eigene Staatsangehörige zur Aburteilung an die Gerichte des Tatortes auszuliefern. Im Urteil vom 18. Juli 2005 greift das Bundesverfassungsgericht diese Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Prüfung auf, ob mit der Durchbrechung des Auslieferungsverbots etwa verfassungswidriges Verfassungsrecht gesetzt worden sei<sup>18</sup>.

**Kein „natürliches Recht“ eines Deutschen, nicht ausgeliefert zu werden**

Es lohnt sich, diese sowie die unmittelbar nachfolgend dargestellten Aussagen im Auge zu behalten, wenn es heute – wie darzulegen sein wird – darum geht, wie verfassungsrechtlich und einfachrechtlich dem Umstand zu begegnen ist, dass sich für viele Straftaten die früher verhältnismäßig einfache Frage des *Tatortes* nicht mehr so klar beantworten lässt wie noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts. Es bereitet nämlich heute keine Schwierigkeiten, sich Fallkonstellationen vorzustellen, bei denen im Inland erfolgte Tatbeiträge sich

ausschließlich im Ausland als Tatfolgen auswirken und umgekehrt.

Wie die Verfassung und wie der einfache Gesetzgeber diesen Problemen sachgerecht Rechnung tragen können, hat das Bundesverfassungsgericht in dem vorbezeichneten Beschluss vom 6. Oktober 1955 bereits vorwegnehmend angedeutet<sup>19</sup>:

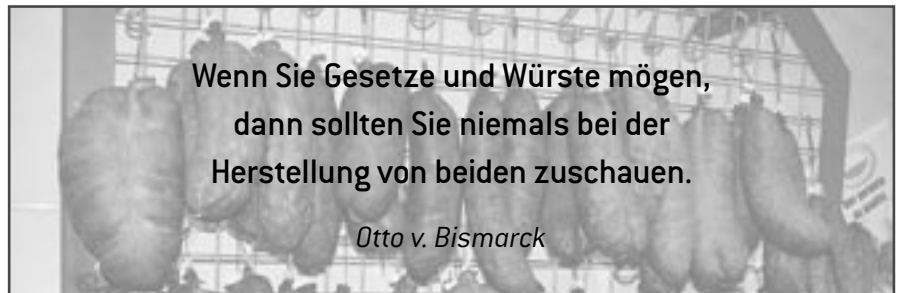
- Wenn es ein verfassungsrechtlich maßgebender Gedanke des Auslieferungsrechts ist, deutsche Staatsangehörige davor zu schützen, an Gerichte überstellt zu werden, die zur Wahrung der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes nicht verpflichtet sind und deren Entscheidungen der Nachprüfung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik nicht unterliegen, so müsste und könnte ein Weg gefunden werden, wie *diesem* Schutzbedürfnis auch angesichts der Notwendigkeiten internationaler Verbrechensbekämpfung sachgerecht Rechnung getragen werden kann; mit anderen Worten wäre folgerichtig eine „Zulieferung“ Deutscher in solche Gebiete und an solche Gerichte verfassungsrechtlich zulässig, wenn dort „die Beobachtung rechtsstaatlicher Grundsätze gesichert ist.“<sup>20</sup>

bb) Vor dem Hintergrund dieser inzwischen 50 Jahre alten Aussagen lag es für den verfassungsändernden Gesetzgeber nahe, zumindest auf den letztgenannten Gesichtspunkt abzustellen, als es im Jahre 2000 darum ging, aus Gründen der internationalen Verbrechensbekämpfung das Verbot der Auslieferung Deutscher an das Ausland durch verfassungsgemäße Ausnahmen zu durchbrechen, und folgerichtig sieht Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes seit dem Inkrafttreten des 47. Änderungsgesetzes vom 29. November 2000<sup>21</sup> vor, dass durch Gesetz abweichende Regelungen für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden können, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind. Leider hat der verfassungsändernde Gesetzgeber – wie nachstehend unter II. ausgeführt – die zweite bereits im Jahre 1955 vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfene Frage nicht beantwortet, ob überhaupt und ggf. *wann* die Bundesrepublik Deutschland in verfassungsrechtlicher Hinsicht bei „Auslandstaten“ die Wahl hat zwischen eigener Verfolgung des deutschen Täters (Teilnehmers) und Überstellung an das Ausland, *wenn* dort „rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt“ sind.

### Unterschiede der Auslieferung von Deutschen zu „gewöhnlichen“ Auslieferungen

3. Bevor in der Folge darauf eingegangen wird, ob und ggf. wie vor diesem Hintergrund das Europäische Haftbefehle betreffende Gemeinschaftsrecht durch einfaches Gesetz sachgerecht und verfassungsgemäß umgesetzt werden kann, soll zunächst zur Klarstellung ein denkbare Missverständnis ausgeräumt werden. Denn mit den vorbezeichneten rechtsstaatlichen Grundsätzen, die gewahrt sein müssen, um eine Auslieferung Deutscher an das Ausland rechtfertigen zu können, können (selbstverständlich) nicht diejenigen Maßstäbe identisch sein, die für die „gewöhnliche“ Auslieferung Nichtdeutscher gelten:

a) In zwei jüngeren Entscheidungen<sup>22</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an solche Auslieferungen im Anschluss an frühere Entscheidungen<sup>23</sup> präzisiert.



- Hiernach ist zwar im Auslieferungsverkehr zwischen Deutschland und anderen Staaten dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen, solange dieses Vertrauen nicht durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert wird<sup>24</sup>, aber im Auslieferungsverfahren ist gleichwohl vor allem zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte mit dem nach Artikel 25 des Grundgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar sind<sup>25</sup>. Zu diesen unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen, die einer Auslieferung entgegenstehen, zählt insbesondere der Kernbereich des Gebots der Verhältnismäßigkeit; hiernach ist es der Bundesrepublik Deutschland verwehrt, einen Verfolgten auszuliefern, wenn die Strafe, die ihm im ersuchenden Staat droht, unerträglich hart, mithin unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen erschiene oder wenn die angedrohte oder verhängte Strafe grausam, unmenschlich oder erniedrigend wäre<sup>26</sup>.
- Von selbst versteht es sich, dass die drohende Bestrafung sich nicht im Ergebnis als politische Verfolgung im Sinne von Artikel 16 a des Grundgesetzes darstellen dürfte; es ist kein Zufall, dass es auch und gerade Auslieferungsverfahren waren, die das Bundesverfassungsgericht zu Ausführungen über Umfang und Grenzen des Asylgrundrechts veranlasst haben<sup>27</sup>.
- Seit langem anerkannt ist, dass im Auslieferungsverfahren der Tatverdacht grundsätzlich (aber keineswegs ausnahmslos) nicht überprüft

wird<sup>28</sup>, ob dies mit der für alle Rechtsunterworfenen geltenden Unschuldsvermutung<sup>29</sup> vereinbar ist, wäre eine bedenkenswerte Frage, der hier aber nicht nachgegangen werden kann.

b) Als Ausgleich für die eingeschränkte Prüfungstiefe im „gewöhnlichen“ Auslieferungsverfahren, was Tatverdacht und konkrete Strafandrohung anlangt, mag es ausreichend sein, dass im Auslieferungsverfahren zu prüfen ist, ob der Auszuliefernde im ersuchenden Staat das verfahrensrechtlich gewährleistete Recht hat, „auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen, deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls auch Berücksichtigung zu erreichen“<sup>30</sup>.

#### II.

Vor dem vorbezeichneten Hintergrund hätte man erwarten dürfen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber, der Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes durch einen Auslieferungen Deutscher ermöglichenden Satz 2 erweitert, hierdurch die Beantwortung folgender sich aufdrängender Fragen einwandfrei ermöglicht. Es sind (zumindest) die Fragen, ob

- ein (überwiegender) Auslandsbezug der vorgeworfenen Tat, die die Auslieferung rechtfertigen soll, zur Voraussetzung zu erheben ist,
- die Auslieferung (ausnahmslos) nur zulässig ist, wenn die vorgeworfene Tat, ihre Erwiehenheit unterstellt, auch eine Verurteilung in der Bundesrepublik Deutschland ermöglichen würde (oder ob umgekehrt eine Auslieferung nur möglich ist, wenn die Bundesrepublik Deutschland an der Durchführung eines eigenen Strafverfahrens wegen der vorgeworfenen Tat gehindert wäre),

- durch Behörden und/oder Gerichte geprüft werden kann/soll/muss, ob der Tatverdacht nach den Auslieferungsunterlagen (nur) schlüssig oder (wenigstens) erheblich ist und schließlich
- durch Behörden und/oder Gerichte geprüft werden kann/soll/muss, ob das im ersuchenden Staat anzuwendende Verfahrens- und materielle Strafrecht abstrakt und/oder konkret den vorbezeichneten Mindeststandard für gewöhnliche Auslieferungen erreicht oder in einer Weise übersteigt, dass es im Wesentlichen dem Grundrechtsschutz entspricht.

1. Entspricht es zwar einer guten Tradition, im Verfassungswortlaut diese und ähnliche Fragen nicht in aller Ausführlichkeit zu beantworten, so ist es doch

---

### Unterlassungen des verfassungsändernden Gesetzgebers im Jahre 2000

---

erstaunlich, dass auch die maßgeblichen Gesetzgebungsmaterialien<sup>31</sup> keine Erörterung dieser Fragen enthalten, so dass es ausgeschlossen ist, anhand des Wortlauts der Verfassungsbestimmung sicher zu ermitteln, ob sich hierin ein entsprechender Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers hinreichend deutlich ausgedrückt hat. Die Gesetzgebungsmaterialien erschöpfen sich stattdessen, was die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft angeht, in der Aussage, dass Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes dem rechtsstaatlichen Standard in den Staaten der Europäischen Union Rechnung trage<sup>32</sup>; Rückschlüsse lassen sich aber immerhin aus der Aussage ziehen, wonach auch die Überstellung Deutscher an einen internationalen Gerichtshof nur zulässig sei, „wenn die Sicherung rechtsstaatlicher Gebote und insbesondere ein im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet sind.“<sup>33</sup>

2. Vor diesem Hintergrund lässt sich zwar mit guten Gründen davon sprechen, dass die Nichtigerklärung des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl durch das Bundesverfassungsgericht schon im Verfahren zur Verfassungsänderung

angelegt war. Denn man kann sich zwar denken, dass mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen in Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes nicht der für Nichtdeutsche gültige Mindeststandard gemeint sein kann, aber – und dies könnte der heutige verfassungsändernde Gesetzgeber noch problemlos nachholen – die Frage der Verknüpfung des auswärtigen Tatortes mit der Auslieferung Deutscher hätte geregelt werden können und müssen, weil nur hiermit die beiden maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen beantwortet werden können, ob ein Deutscher ausgeliefert werden darf, obwohl er wegen der Tat entweder in Deutschland *auch* oder gerade *nicht* zulässig verfolgt werden dürfte.

a) Gleichwohl ist aber festzuhalten, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahre 2000 davon ausgegangen ist, dass eine Auslieferung Deutscher an internationale Gerichtshöfe und Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zulässig sein kann, wenn dort die Sicherung rechtsstaatlicher Gebote und insbesondere ein im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet sind; nach den üblichen Regeln der Verfassungsauslegung darf man darüber hinaus davon ausgehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber für das Jahr 2000 ohne Weiteres vom *Vorliegen dieser Voraussetzungen* ausgegangen ist.

b) Weil dem verfassungsändernden Gesetzgeber in Ansehung – erstens – der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und – zweitens – der rechtstatsächlichen Entwicklung hin zu immer mehr grenzüberschreitenden Straftaten schlechterdings nicht unterstellt werden darf, er habe Fälle übersehen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass zwar womöglich die Tatbeiträge nicht im Ausland erbracht, wohl dort aber die Tatfolgen eingetreten sind, was sich allein schon in den §§ 3 ff. StGB widerspiegelt, muss des Weiteren davon ausgegangen werden, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber auch in einem solchen Umstand kein von vornherein zwingendes Auslieferungshindernis gesehen hat.

Mit anderen Worten: Wer sich als Deutscher etwa darauf beschränkt, in Deutschland durch Aufrufe, Schriften oder vergleichbare Anstoß- oder För-

derungshandlungen zu Straftaten mit erheblichen Rechtsgut-Verletzungen Anlass zu geben oder gar hierzu aufzurufen, welche sich hinsichtlich ihrer Tatfolgen nicht auf die Bundesrepublik Deutschland beschränken, genießt keinen uneingeschränkten verfassungsrechtlichen Schutz vor Auslieferung dorthin, wo diese Folgen eintreten.

aa) Im Urteil vom 18. Juli 2005 findet dieser Gedanke – allerdings etwas versteckt sowie nicht unmittelbar – dort Ausdruck, wo dargelegt wird, dass durch eine Auslieferung Deutscher dann eine besondere grundrechtliche Eingriffswirkung entsteht, wenn der Deutsche „für nicht ohne Weiteres erwartbare Fernwirkungen seines Handelns in Deutschland von anderen Mitgliedstaaten zur Verantwortung gezogen werden soll“<sup>34</sup>. Daraus darf man schließen, dass vor den erwartbaren Wirkungen solchen Handelns in deutlich geringerem Maße verfassungsrechtlicher Schutz versprochen ist.

---

### Heranziehung für die Wirkungen inländischen Handelns im Ausland

---

bb) Würde etwa ein die Londoner Attentate vom Juli 2005 überlebender Tatverdächtiger aussagen, er habe sich durch Worte und Schriften eines Deutschen maßgeblich zur Tat bewegen lassen, so lässt sich – selbstverständlich vorbehaltlich einer intensiven Prüfung der Stichhaltigkeit der Tatvorwürfe durch das Auslieferungsgericht – nach hier vertretener Auffassung der Verfassung kein Verbot (mehr) entnehmen, einen solchen Deutschen nach Großbritannien auch dann auszuliefern, wenn er erwiesenermaßen Deutschland niemals verlassen hätte. In einem solchen Falle lässt sich nach hier vertretener Auffassung der Verfassung auch kein Verbot entnehmen, die Auslieferung selbst dann durchzuführen, wenn die deutsche Strafgewalt nicht hinreichte, einen solchen Tatbeitrag in der Bundesrepublik Deutschland zu ahnden.

In den nachstehenden Darlegungen<sup>35</sup> wird versucht, diesen Ansatz zu vertiefen, indem die Erwartbarkeit ausländischer Strafverfolgung als allen rechtmäßigen Auslieferungen zugrundeliegender Rechtfertigungsgrund verstanden wird.

**III.**

Ist man, wie vorstehend dargelegt, erstaunt bis enttäuscht über die fehlende Ergiebigkeit der Materialien zum verfassungsändernden Gesetz des Jahres 2000, so ist um so unverständlicher, warum das einfache Gesetz des Jahres 2004 sich nicht detaillierter und deutlicher zu den vorstehend skizzierten, verfassungsrechtlich geradezu auf der Hand liegenden Grundfragen äußert.

1. Zunächst ein allgemeiner Einwand gegen das Gesetz. Es erscheint bereits äußerst unglücklich, dass eine Regelungsmaterie, die erkennbar verfassungsrechtliches Neuland betritt, auf ein bestehendes Gesetz „aufgepfropft“ wird, das – wie gezeigt – außer den Begriffen „Auslieferungen“ und „Ausland“ mit der neu zu regelnden Materie nur wenig gemein hat. Die Gesetzgebungsorgane wären mit anderen Worten gut beraten gewesen, anstatt die problematische Regelung in den mehr oder weniger zufällig frei gewordenen Achten Teil des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) zu quetschen, was zu den für sich schon unglücklichen a-, b- und c-Paragrafen geführt hat, ein neues Gesetz zu schaffen.

Ich bin mir ziemlich sicher, dass das Verfassungsgericht bereits erhebliche Mühe darauf verwenden musste, sich zu vergegenwärtigen, wie einfach-rechtlich etwa das Verhältnis des alten § 73 (Satz 1) IRG zu dem angefügten § 73 Satz 2 IRG beschaffen sein soll.

Vergleichbares dürfte für die Frage gelten, wie der neu eingefügte § 74 b IRG, wonach die Bewilligungsentscheidung nicht anfechtbar ist, in ein sinnvolles Verhältnis zum neuen § 78 IRG zu bringen ist, wonach – soweit der Achte Teil keine besonderen Regelungen enthält – „die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes auf die im Zweiten und Dritten Teil geregelten Ersuchen eines Mitgliedstaates Anwendung (finden).“ Allerdings nur mit viel Mühe mag selbst der erfahrene Rechtsanwender mit hinreichender Sicherheit erkennen können, dass es auch für die Auslieferung Deutscher bei der herkömmlichen Zulässigkeitsüberprüfung durch die Oberlandesgerichte bleiben soll und dass insoweit eine Unterscheidung der Prüfungsgesichtspunkte angestrebt gewesen sein

**Skizze für den Anfang eines Umsetzungsgesetzes**

## Erster Abschnitt

## Allgemeine Grundsätze

**§ 1 Anwendungsbereich**

(1) Dieses Gesetz setzt den Rahmenbeschluss des Rates vom 3. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1 ff.) - Rahmenbeschluss - um und konkretisiert zugleich die Voraussetzungen für eine Auslieferung Deutscher an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union (Mitgliedstaat) im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes. ...

**§ 2 Ersuchen gegen Deutsche**

(1) Ein Ersuchen gegen einen Deutschen im Sinne von § 1 Abs. 1, das die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Sinne von Artikel 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses betrifft, darf unter den in Artikel 5 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses aufgeführten sowie den sich bei entsprechender Anwendung von Artikel 5 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses ergebenden Voraussetzungen bewilligt werden; unter den Voraussetzungen in Artikel 4 Nr. 4 des Rahmenbeschlusses muss es abgelehnt werden. Soweit das gegen einen Deutschen gerichtete Ersuchen die Strafverfolgung (Artikel 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses) wegen Handlungen im Sinne von Artikel 2 des Rahmenbeschlusses (Taten) betrifft, gelten über die Voraussetzungen in Artikel 2 Abs. 1 und 2 sowie in Artikel 5 Nrn. 2 und 3 des Rahmenbeschlusses hinaus und unbeschadet der zwingenden Ablehnungsgründe in Artikel 3 des Rahmenbeschlusses die in den nachstehenden Absätzen bezeichneten Bewilligungsvoraussetzungen.

(2) Ein gegen einen Deutschen gerichtetes Ersuchen wegen Strafverfolgung darf nur bewilligt werden, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat einen maßgeblichen Auslandsbezug im Sinne des nachstehenden Absatzes 3 hat und aufgrund von vollständigen Unterlagen, die eine uneingeschränkte gerichtliche Überprüfung auf das Vorliegen eines Tatverdachts ermöglichen, der Tatverdacht dringend ist.

(3) Ein maßgeblicher Auslandsbezug liegt vor, wenn der ersuchende Mitgliedstaat Ort der Tat ist; § 9 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend. Ein maßgeblicher Auslandsbezug liegt darüber hinaus bei einem anderen ausländischen Ort der Tat vor, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat zur Verletzung erheblicher Rechtsgüter geführt hat, die dem ersuchenden Mitgliedstaat oder einem seiner Angehörigen zuzuordnen sind.

(4) Liegt ein maßgeblicher Auslandsbezug vor und sind im Hinblick auf die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat zugleich Voraussetzungen einer inländischen Strafverfolgung im Sinne der §§ 3 bis 9 des Strafgesetzbuches erfüllt, darf das Ersuchen nur bewilligt werden, wenn gemessen an den von der Tat herbeigeführten Rechtsgüterverletzungen der ersuchende Mitgliedstaat als von der Tat hauptsächlich betroffen zu beurteilen ist.

(5) Liegt ein maßgeblicher Auslandsbezug vor und darf die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat in der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsgründen nicht oder nicht mehr verfolgt werden, darf das Ersuchen nur bewilligt werden, wenn bei entsprechender Anwendung von § 9 des Strafgesetzbuches der Erfolg der Tat ausschließlich oder gemessen an den hervorgerufenen Rechtsgüterverletzungen ganz überwiegend im ersuchenden Mitgliedstaat eingetreten ist. Entsprechendes gilt im Falle von Absatz 3 Satz 2.

**§ 3 Ersuchen gegen Nichtdeutsche**

(1) Ersuchen gegen Angehörige eines Mitgliedstaats sowie Nichtdeutsche mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht, insbesondere solche, die verfassungsrechtlichen Schutz nach den Artikeln 6 und 16a des Grundgesetzes beanspruchen können, dürfen nur unter den in § 2 bezeichneten Voraussetzungen bewilligt werden. ...

**§ 4 Prüfungs- und Ermittlungspflichten der Oberlandesgerichte**

(1) Die Oberlandesgerichte sind vollstreckende Justizbehörden im Sinne von Artikel 3 des Rahmenbeschlusses. Sie prüfen mit praktischer Unterstützung der Staatsanwaltschaften auf der Grundlage vollständig heranzuziehender Unterlagen für das Ersuchen umfassend insbesondere die in den §§ 2 und 3 dieses Gesetzes aufgeführten Bewilligungsvoraussetzungen sowie ergänzend die Einhaltung der Voraussetzungen des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe.

(2) Die Oberlandesgerichte haben auf der Grundlage hinreichender Anhaltspunkte auch der Frage nachzugehen, ob ein Mitgliedstaat im Allgemeinen oder im Einzelfall die in Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes vorausgesetzten rechtsstaatlichen Grundsätze nicht mehr wahr.

soll, wie sie der Richter Gerhardt in seiner abweichenden Meinung zum Urteil vom 18. Juli 2005<sup>36</sup> als verfassungsrechtlich geboten skizziert hat.

Die von der Bundesregierung hierzu gegebenen Erläuterungen<sup>37</sup> werfen eher mehr Fragen auf, als dass sie hierdurch zureichend beantwortet werden; immerhin kann man der Begründung<sup>38</sup> entnehmen, dass „ein umfassender Rechtsschutz im Rahmen der gerichtlichen Zulässigkeitsprüfung durch das Oberlandesgericht gewährleistet (ist), soweit durch die Aus- oder Durchlieferung in die Freiheitsrechte des Verfolgten eingegriffen wird“, wodurch den Erfordernissen des Artikels 19 Abs. 4 GG Genüge getan sei.

---

### Auslandsbezug durch Rechtsgüterverletzungen im Ausland

---

Vor diesem Hintergrund darf sich niemand wundern, dass das Bundesverfassungsgericht dieses bereits gesetzestechnisch unzureichende Gesetzeswerk zur Gänze verworfen hat.

2. Noch verständlicher wird dieser Umstand, hält man sich vor Augen, wie wenig der Gesetzentwurf und das Gesetz sich mit der auf der Hand liegenden Problematik der Unterscheidung zwischen Auslands- und Inlandstaten beschäftigen.

Zwar gilt auch insoweit, dass es derjenige leichter hat, der vom Rathaus kommt, dass also nach einer Nichtigkeitsklärung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht Kritik am Gesetz wohlfeil ist, aber auch bei gebotener Zurückhaltung kann man sich nur wundern, wie die Gesetzgebungsorgane glauben konnten, die Auslieferung Deutscher an einen Mitgliedstaat sei (bereits) zulässig, wenn neben den sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen auch die des § 80 vorliegen<sup>39</sup>. Als ob die Vergünstigung, eine im Ausland verhängte Strafe (wenigstens) im Inland absitzen zu können, gegebenenfalls etwas daran zu ändern vermöchte, dass eine Auslieferung aus zwingenden Gründen nicht hätte erfolgen dürfen, was zur Folge gehabt hätte, dass es zur Bestrafung nicht hätte kommen können!

3. Nach allem wäre der Gesetzgeber gut beraten, sich bei dem erneuten Versuch, den Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 umzusetzen, für ein spezielles Umsetzungsgesetz zu entscheiden und in diesem – anstatt sich in einem ermüdenden „Klein-Klein“ mit überwiegend „technischen“ Fragen zu beschäftigen – vor allem eine verfassungsrechtlich unangreifbare Formel zu entwickeln, die auf der einen Seite den verfassungsgeschützten Rechten Deutscher daran Rechnung trägt, nicht ungerechtfertigt in ein ausländisches Strafverfahren hineingezogen zu werden, auf der anderen Seite aber auch der nicht zu übersehenden rechtstatsächlichen Erscheinung, dass sogar ausschließlich im Inland erbrachte Tatbeiträge gerade der Katalogtaten in Artikel 2 des Rahmenbeschlusses im gemeinschaftsrechtlichen Ausland zu massiven Rechtsgüterverletzungen führen können, worin auch die Möglichkeit eingeschlossen liegt, dass eine Auslandsbestrafung in verfassungsrechtlicher Sicht auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn – selbstverständlich abgesehen von den Fällen, die im weitesten Sinne dem Verbot des „ne bis in idem“ zuzuordnen sind (Artikel 3 und 4 des Rahmenbeschlusses) – eine Ahndung der entsprechenden Tatbeiträge Deutscher in der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsgründen noch nicht oder nicht mehr zulässig wäre.

#### IV.

Die folgenden Darlegungen unternehmen den Versuch, (im Sinne von § 31 BVerfGG) entscheidungstragende und damit den Gesetzgeber bindende Begründungsaussagen zu ermitteln, denen der Gesetzgeber nicht ausweichen darf, will er nicht zu gewärtigen haben, dass auch der zweite Versuch misslingt.

---

### Auslieferungseinschränkung durch Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

---

Wie eingangs bereits angedeutet, unterbleibt hier – vor allem wegen ihrer geringen Bedeutung für das wieder anstehende Gesetzesvorhaben – ganz bewusst eine Kritik an den Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts unter B. I. 1. a und b<sup>40</sup>, mit denen das Auslieferungsverbot Deutscher aus den Beziehungen zu ihrem freiheitlich de-

mokratischen Gemeinwesen abgeleitet wird. Kritikwürdiges hierzu mag den abweichenden Meinungen entnommen werden.

1. Ist hiernach zwar von der Richtigkeit des Ausgangspunkts auszugehen, wonach der das Grundrecht in Artikel 16 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes nach Maßgabe von Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes einschränkende Gesetzgeber verpflichtet ist, bei der Verfolgung von Gemeinwohlbelangen, die aus der Notwendigkeit abzuleiten sind, im Interesse der internationalen Verbrechensbekämpfung auch Deutsche auszuliefern, den Schutzgehalt des Grundrechts soweit als möglich zu erhalten, weswegen er es nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einschränken

---

### Rechtsstaatliche Anforderungen an die Mitgliedstaaten

---

darf und andere Verfassungsbindungen wie insbesondere die Rechtsschutzgarantie aus Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes zu beachten hat<sup>41</sup>, so sind – mit der Richterin Lübbe-Wolff<sup>42</sup> – aber erhebliche Bedenken gegen die Forderung des Urteils<sup>43</sup> geltend zu machen, wonach der grundrechtseinschränkende Gesetzgeber prüfen und insoweit sich davon überzeugen müsse, ob die rechtsstaatlichen Voraussetzungen im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 GG „von den ersuchenden Stellen“ erfüllt werden.

Vorbehaltlich besserer Möglichkeiten, diese Aussagen anders zu deuten, können sie wohl nur dahin verstanden werden, dass der einfache Gesetzgeber (und nicht etwa die Verwaltung) verpflichtet ist, entweder eine „Positivliste“ solcher Gemeinschaftsstaaten zu erstellen, an die unbedenklich ausgeliefert werden kann, oder eine „Negativliste“ solcher Gemeinschaftsstaaten zu erarbeiten, an die nicht oder nur mit Bedenken ausgeliefert werden darf. Es braucht hier nicht weiter ausgebreitet zu werden, was der Gesetzgeber anrichtete, verhielte er sich entsprechend.

Sollten die Urteilsdarlegungen in der Tat – im Sinne einer Verpflichtung zur normativen Vergewisserung – so zu verstehen sein, wie vorstehend angedeutet, so



könnte nach hier vertretener Auffassung gleichwohl der einfache Gesetzgeber sich auf das – vorstehend andeutungsweise entwickelte – Argument stützen, der verfassungsändernde Gesetzgeber habe im Jahr 2000 eine entsprechende Prüfung durchgeführt und bis zur Wahrnehmbarkeit gegenteiliger Anhaltspunkte in den alten oder neuen Mitgliedstaaten dürfe er sich als aktueller einfacher Gesetzgeber stillschweigend auf diese Wertung beziehen, zumal im Urteil<sup>44</sup> ausdrücklich betont wird, dass jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union die in Artikel 6 Abs. 1 EU genannten Grundsätze und somit auch den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit zu achten hat und daher eine Grundlage für gegenseitiges Vertrauen besteht.<sup>45</sup>

Verführe der Gesetzgeber so, so wäre es selbstverständlich im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass ein Auslieferungsgeschäft einer tatsächlichen Entwicklung in einem Mitgliedstaat, die Anlass zu entsprechender Besorgnis gibt, Rechnung trägt.

2. Den gewissermaßen explosivsten Sprengstoff enthalten die<sup>46</sup> Urteilsgründe zur Unterscheidung zwischen Taten mit (maßgeblichem) Inlandsbezug und (maßgeblichem) Auslandsbezug.

Denn zwar ist, wie Leitsatz 4 des Urteils vom 18. Juli 2005 besagt, das Vertrauen eines deutschen Staatsangehörigen in die eigene Rechtsordnung von Artikel 16 Abs. 2 des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip „nur“

### Schutz vor Auslieferung bei Inlandstaten

in besonderer Weise (und also nicht absolut) geschützt, wenn die dem Auslieferungsgesuchen zugrunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat. Aber von der abstrakt und im Einzelfall zutreffenden Abgrenzung der Handlungen mit maßgeblichem Inlands- von denjenigen mit maßgeblichem Auslandsbezug hängt, liest man sämtliche Urteilsgründe zusammen und folgt man nicht der abweichenden Meinung des Richters Broß, wonach auch Handlungen mit Auslandsbezug weitgehenden verfassungsrechtlichen Schutz genießen<sup>47</sup>, im Wesentlichen ab, ob ein

Deutscher an einen Mitgliedsstaat ausgeliefert werden darf oder nicht.

Insbesondere ist, wie die in der Rd.-Nr. 98 enthaltenen Gründe wohl zu verstehen sind, ein Deutscher in den vom Bundesverfassungsgericht für besonders problematisch erachteten Fällen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Taten zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Deutschland straffrei waren, vor Auslieferung ausnahmslos (nur dann) geschützt, wenn die Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat und daher – so muss man das Bundesverfassungsgericht wohl verstehen – einen maßgeblichen Auslandsbezug nicht haben kann.

### Gefahr der Umgehung von Artikel 103 Abs. 2 GG durch Auslieferung

a) Mit aller Vorsicht wird man diese Aussagen als (gewissermaßen ausweichende) Beantwortung der Frage deuten können, inwieweit sich ein Deutscher im Auslieferungsverfahren auf eine Verletzung von Artikel 103 Abs. 2 des Grundgesetzes berufen kann, einer Frage, die das Bundesverfassungsgericht noch jüngst für Auslieferungsverfahren *allgemein* als noch nicht abschließend geklärt behandelt hat<sup>48</sup>.

In *verfassungsrechtlicher* Hinsicht wird nämlich die Auslieferungsvoraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit vom Schutzzweck des Artikel 103 Abs. 2 GG nicht erfasst<sup>49</sup>. Man wird gleichwohl davon ausgehen können, dass es das Bundesverfassungsgericht (auch) als Verletzung von Artikel 103 Abs. 2 des Grundgesetzes verstehen würde, wenn sich eine Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen einer Tat wegen, die keinen oder äußersten Falls einen geringen Auslandsbezug hat, wegen fehlender Strafbarkeit im Inland in Wahrheit als Umgehung von Artikel 103 Abs. 2 des Grundgesetzes darstellen würde.

Wo allerdings eine solche unzulässige Umgehung übergeht in eine verfassungsrechtlich zulässige Überstellung in das gemeinschaftsrechtliche Ausland zum Zwecke einer – nach dortigen Maßstäben – „gerechten Bestrafung“,

ist wohl die schwierigste Aufgabe, die der Gesetzgeber lösen muss; dabei darf er – wie dargelegt – nach hier vertretener Auffassung davon ausgehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahre 2000 schon vorweg auch Fälle gebilligt hat, die dadurch gekennzeichnet sind, dass einem Mitgliedstaat wegen dessen anerkanntem Strafbedürfnis ein Deutscher vernünftigerweise nicht vorenthalten werden darf, selbst wenn er sich mit seinen Handlungen ausschließlich auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland bewegt haben sollte.

Insoweit mag es hilfreich sein, einen solchen Fall als denjenigen mit gewissermaßen umgekehrten Vorzeichen zu verstehen, der im Asylrecht in der Form aufgetreten ist, dass ein im Ausland (noch) nicht Verfolgter den Schutz der Bundesrepublik Deutschland ausnutzt,

### Kein Schutz vor „gerechter Bestrafung“ im Ausland bei Auslandsbezug

um sich politisch gegen seinen Herkunftsstaat zu betätigen; auch diese Handlungen sind verfassungsrechtlich nicht absolut geschützt<sup>50</sup>, und ebenso wenig verspricht die Verfassung Deutschen Schutz davor, vom Ausland wegen Straftaten belangt zu werden, die vom Boden des Bundesgebietes ausgegangen sind und sich maßgeblich und verhängnisvoll im Ausland ausgewirkt haben.

b) Dringend anzuraten ist dem Gesetzgeber, sich für diese und vergleichbar problematische Fälle nicht mit einer Regelung zu begnügen, die die – als solche im Strafrecht (Strafgesetzbuch) ungebrauchlichen – Begriffe des (maßgeblichen) Inlands- und Auslandsbezugs undifferenziert gegenüberstellt und hieraus maßgebliche Unterschiede in den Rechtsfolgen ableitet.

aa) Der Grund für diese Warnung liegt – neben der Problematik der allgemeinen Unbestimmtheit – darin, dass das Bundesverfassungsgericht – wohl erkennend, dass der Praxis allein hiermit „Steine statt Brot“ gegeben würden – selbst die Begriffe „Handlungsort“ und „Erfolgort“<sup>51</sup> zur näheren Konkretisierung der vorbenannten Begriffe „Inlandsbezug“ und

„Auslandsbezug“ heranzieht. Allerdings lässt auch eine mehrfache Lektüre der Entscheidungsgründe Unsicherheiten über den Umfang der Bindungen des Gesetzgebers zurück:

Unproblematisch sind freilich die jeweiligen Extremfälle. Liegen Handlungs- und Erfolgsort ausschließlich auf deutschem Staatsgebiet, so kann ein maßgeblicher Auslandsbezug ebenso wenig vorliegen wie ein maßgeblicher Inlandsbezug vorliegen kann, wenn Handlungs- und Erfolgsort ausschließlich im Ausland liegen. Aber schon dann, wenn (nur) wesentliche Teile des Handlungs- und Erfolgsortes auf deutschem Staatsgebiet liegen, entsteht ein Auslieferungshindernis zwar regelmäßig, aber auch *nur* regelmäßig.

Umgekehrt verhindert der Umstand, dass ein im Ausland eingetretener Erfolg auf einer Handlung beruht, die (nur) teilweise im Inland erfolgt ist, zwar nicht zwingend die Auslieferung, kann aber – so ist das Bundesverfassungsgericht wohl zu verstehen – im Einzelfall einer Auslieferung entgegenstehen. Anderes wiederum gilt in diesen Fällen, „wenn die Tat von vornherein ein typische grenzüberschreitende Dimension hat und eine entsprechende Schwere aufweist“<sup>52</sup>.

bb) Nach hier vertretener Auffassung dürfte der Gesetzgeber noch das geringste Risiko eingehen, wenn er zwar die Schlüsselbegriffe Inlands- und Auslandsbezug nicht aus dem Blick verliere, aber – in gedanklicher Anlehnung an § 9 StGB<sup>53</sup> – tatbestandlich schwerpunktmäßig an den Ort der Verletzung des Rechtsguts anknüpfen würde, dessen Schutz die jeweils in Betracht zu ziehende Strafvorschrift des Mitgliedstaats zu dienen bestimmt ist.

### **Grenzüberschreitende Wirkung einer Inlandstat**

Tritt eine solche Rechtsgut-Verletzung im Ausland ein und ist dies nach den im Strafrecht anerkannten Verursachungsregeln mit Blick auf die jeweilige Tat handlung nicht außerhalb vernünftiger Erwartung, so lässt sich hierauf eine Auslieferung auch dann gründen, wenn zwar der Handlungsort im Wesentlichen die Bundesrepublik Deutschland war, aber ein entsprechender Erfolg in der

Bundesrepublik Deutschland nicht eingetreten ist.

Mit einer solchen Anknüpfung an den Ort der Rechtsgut-Verletzung könnten zumindest solche Handlungen eindeutig als untauglich für eine Auslieferung ausgeschieden werden, die im Vorfeld des Urteils des Bundesverfassungsgerichts als extreme Beispielfälle erörtert worden sind<sup>54</sup>.

Eine schwerpunktmäßige Anknüpfung an den Ort der Verletzung des jeweiligen Rechtsguts hätte den unbestreitbaren Vorteil, dass insoweit in Ansehung der Vorschriften in §§ 3 ff. StGB, insbesondere in § 9 StGB, deutsche Staatsangehörige, was die Grundlagen ihrer möglichen Bestrafung im In- oder Ausland anlangt, im Wesentlichen gleich behandelt werden. Denn wenn insbesondere nach § 9 StGB niemand vor einer Bestrafung in der Bundesrepublik wegen einer Tat, handele es sich um Täterschaft oder

### **Erfolgsort als Ort der Tat (entspr. § 9 StGB)**

Teilnahme, Vollendung oder Versuch, allein deswegen geschützt ist, weil „der zum Tatbestand gehörende Erfolg“ im Ausland eingetreten ist oder hätte eintreten sollen, so ist – unter der weiteren selbstverständlichen Voraussetzung, dass das Strafverfahren im jeweiligen Mitgliedstaat den Erfordernissen in Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes entspricht – kein vernünftiger Grund dafür auszumachen, unter eben diesen Voraussetzungen dem Mitgliedstaat die Ahndung der entsprechenden, ihn sowie seine Bürger in besonderer, wenn nicht sogar in ausschließlicher Weise treffenden Rechtsgut-Verletzungen nicht zu überantworten.

Entsprechendes gilt für internationale Gerichtshöfe im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 GG.

cc) Es kommt hinzu, dass auch eine Auslieferung Nichtdeutscher mit befriedigender Begründung gerechtfertigt werden kann, wenn auch dort – selbstverständlich neben dem Handlungsort – im Einzelfall entscheidend auf den Erfolgsort abgestellt und die Erwartbarkeit der ausländischen Strafverfolgung als

Folge einer Erwartbarkeit des Eintritts von Rechtsgut-Verletzungen im Ausland betont wird, die von Handlungen hervorgerufen werden, welche durch sich berechtigt oder unberechtigt im Bundesgebiet aufhaltende Nichtdeutsche vom Bundesgebiet aus begangen werden.

Mit anderen Worten: Deutsche wie Nichtdeutsche (auch solche, deren Aufenthalt im Bundesgebiet verfassungsrechtlichen Schutz genießt) müssen erwarten, ins Ausland ausgeliefert zu werden, wenn sie bei objektiver Betrachtung erwarten konnten, dass ihre Handlungen im Ausland zu (dort strafbaren) Rechtsgut-Verletzungen führen würden; damit verlangt man nicht unzulässig die Kenntnis fremden Strafrechts, sondern knüpft die Verantwortlichkeit an ein zumutbares Bewusstsein von der Relevanz des eigenen Handelns für Rechtsgüter im Ausland und deren Verletzbarkeit. Ein Vertrauen auf absoluten bzw. weitreichenden Schutz durch die Verfassung oder durch Organe der Bundesrepublik ist in solchen Fällen nicht gerechtfertigt.

### **Zurechenbarkeit der im Ausland hervorgerufenen Rechtsgüterverletzungen**

3. Ein Abstellen auf die Begrifflichkeiten namentlich in § 9 StGB hätte den weiteren unbestreitbaren Vorteil, dass die Auslieferungsgesetze auf bewährte Begriffe und Zusammenhänge zurückgreifen könnten und nicht erst ein neues Rechtsprechungs-System entwickeln müssten. Dies leitet über zu dem hier als letzten behandelten wesentlichen Gesichtspunkt, dem der Gesetzgeber sorgfältig Rechnung tragen muss, nämlich dem Schutz des Auszuliefernden, der sich aus Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes ergibt und im neuen Gesetz konkretisiert werden muss.

a) Dabei wäre der Bundesgesetzgeber gut beraten, den dessen abweichende Meinung abschließenden Hinweisen des Richters Gerhard<sup>55</sup> sehr sorgfältig nachzugehen. Angesichts dieser Darlegungen dürfte es wenige überzeugende Gründe geben, an dem bisherigen Modell der Bundeszuständigkeit festzuhalten, zumindest dann, wenn gewährleistet ist, dass durch eine umfassende

gerichtliche Kontrolle, durch welche Gerichte und in wie vielen Instanzen auch immer, allen in solchen Fällen auftauchenden Fragen lückenlos nachgegangen werden kann.

Damit ist angesprochen die Frage der den Geboten des effektiven Rechtsschutzes genügenden Kontrolle der Absicht, einen Deutschen an einen Mitgliedstaat auszuliefern:

b) Fasst man die vorstehend erörterten Maßstäbe zusammen, die das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 18. Juli 2005 für eine zulässige Auslieferung Deutscher entwickelt hat, so wird man diese wie folgt formulieren können.

– Wer auch immer verbindlich über ein solches Auslieferungersuchen entscheiden muss, er muss durch den Gesetzgeber mittels rechtsstaatlich bestimmter Tatbestände in den Stand gesetzt werden, auch im Einzelfall zwischen dem grenzüberschreitenden europäischen Strafverfolgungsinteresse einerseits und dem geschützten Vertrauen des deutschen Staatsangehörigen in die deutsche Rechtsordnung andererseits abwägen zu können<sup>56</sup>, wobei die größte Sorgfalt des Gesetzgebers auf die Konstellation verwendet werden muss,

die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Deutscher die Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen und sich nach deutschem Recht nicht strafbar gemacht hat<sup>57</sup>.

– Das in den zuletzt erwähnten sowie vergleichbaren Fällen grundsätzlich bestehende Auslieferungsverbot darf dann durch Ausnahmen durchbrochen werden, wenn festgestellt werden kann, dass auf Grund der in Rede stehenden Handlungen des Deutschen eine ausländische Strafverfolgung *erwartbar* war<sup>58</sup>. Denn die begründbare Erwartbarkeit der ausländischen Strafverfolgung kann in verfassungsrechtlich zulässiger Weise von der Einhaltung des Gebots dispensieren, dass die deutsche Rechtsordnung nur dann ein Verhalten eines Deutschen, zumal ein auf das Bundesgebiet beschränktes Handeln, als rechtswidrig (strafbar) qualifizieren bzw. hieran Rechtsfolgen knüpfen darf, wenn sie eine solche Handlung zuvor eindeutig als rechtswidrig (strafbar) gekennzeichnet hat<sup>59</sup>.

Gelingt in den materiellen Maßstäben für die Zulässigkeit einer Auslieferung diese schwierige Abgrenzung, so ist es nahezu gleichgültig, welchem Gericht die entsprechende Kontrolle überantwortet

wird und ob ein Instanzenzug vorzusehen ist, sofern durch eine entsprechende gesetzliche Formulierung klargestellt wird, dass die gerichtliche Prüfung auch in Bezug auf die vorbezeichneten Maßstäbe unbeschränkt erfolgen kann; überprüfungsfreie Gesichtspunkte darf es zukünftig in solchen Verfahren nicht mehr geben. Dies ist die Quintessenz aus den Urteilsgründen zu den Geboten effektiven Rechtsschutzes<sup>60</sup>.

Weil die Verfassung keinen Instanzenzug fordert, kann die Aufgabe des Auslieferungsgerichts auch zulässigerweise einer Instanz als der ersten und letzten anvertraut werden<sup>61</sup>; vor diesem Hintergrund mag sogar über die ausschließliche Befassung des Bundesgerichtshofs nachgedacht werden, was aber keine verfassungsrechtliche Frage wäre.

### Der Autor:

#### Dr. Bernd Brunn

ist Richter am Bundesverwaltungsgericht. Er ist derzeit an das Bundesministerium der Justiz zum Zweck der Rechtsbereinigung abgeordnet. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

### Anmerkungen

- 1 vgl. ausführlich Blum, Wege zu besserer Gesetzgebung, Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag, 2004
- 2 BGBl I S. 1748
- 3 vgl. etwa BVerfGE 105, 135; 107, 104; 107, 150; 107, 186; 108, 169; 109, 256; 110, 33; 110, 94; 111, 160; 111, 176
- 4 AB Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1
- 5 vgl. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1953, Artikel 16 Anmerkung 3
- 6 vgl. BVerfGE 8, 81 [84]; vgl. auch BVerfGE 15, 249 [253]; 17, 224 [227]
- 7 vgl. BVerfGE 10, 136 [139 f.]
- 8 vgl. BVerfGE 29, 183 [194]; vgl. zur Durchlieferung noch die nachstehenden Ausführungen unter 2. a) cc)
- 9 a.a.O. S. 193
- 10 a.a.O.
- 11 a.a.O. S. 192 f.
- 12 a.a.O. S. 193
- 13 BVerfGE 10, 136
- 14 a.a.O. S. 139
- 15 a.a.O. S. 139 f.
- 16 vgl. BVerfGE 4, 299
- 17 a.a.O. S. 304
- 18 Rd.-Nrn. 70 ff.
- 19 a.a.O. S. 306 f.

- 20 a.a.O. S. 307
- 21 BGBl I S. 1633
- 22 BVerfGE 108, 129 und 109, 13
- 23 vgl. insbesondere BVerfGE 59, 280; 60, 348; 63, 332 und 75, 1
- 24 vgl. BVerfGE 109, 13 [35]
- 25 vgl. BVerfGE 108, 129 [136]
- 26 a.a.O. S. 136 f.
- 27 vgl. etwa BVerfGE 60, 348 [356 f.]; 63, 197 [206 ff.] und 63, 215 [225 ff.]
- 28 vgl. BVerfGE 109, 13 [33]
- 29 vgl. hierzu die abweichende Meinung des Richters Broß zum Urteil vom 18. Juli 2005, Rd.-Nr. 144
- 30 vgl. BVerfGE 63, 332 [338]
- 31 vgl. BT-Drucks. 14/2668
- 32 a.a.O. S. 5 [B., zu Artikel 1, 2.]
- 33 a.a.O., 3
- 34 Rd.-Nr. 93
- 35 unter IV.
- 36 Rd.-Nrn. 197 bis 199
- 37 vgl. einerseits BT-Drucks. 15/1718 Seite 14, zu § 73 Satz 2, und andererseits Seite 14 f., zu § 74 b und zu § 78
- 38 auf Seite 15
- 39 so ausdrücklich die Begründung der Bundesregierung, a.a.O. S. 15 zu § 80
- 40 Rd.-Nrn. 60 bis einschließlich 75
- 41 Rd.-Nr. 63 des Urteils

- 42 Rd.-Nrn. 174 und 175
- 43 Rd.-Nr. 77 ff.
- 44 Rd.-Nr. 78
- 45 vgl. insoweit auch die abweichende Meinung des Richters Gerhard, Rd.-Nr. 188
- 46 in den Rd.-Nrn. 84 ff. enthaltenen
- 47 Rd.-Nrn. 142 ff.
- 48 BVerfGE 109, 13 [37]
- 49 a.a.O.
- 50 vgl. BVerfGE 74, 51 [65 ff.]
- 51 Rd.-Nrn. 85 bis 87
- 52 Rd.-Nr. 86
- 53 hierzu BGHSt 46, 212 [220 ff.]
- 54 etwa eine in Deutschland erfolgende und hier straffreie Abtreibung, weil Verletzungen der in Betracht zu ziehenden Rechtsgüter schlechterdings im Ausland nicht eingetreten sein können
- 55 Rd.-Nr. 201
- 56 Rd.-Nr. 96 f.
- 57 Rd.-Nr. 95
- 58 vgl. nochmals Rd.-Nr. 93 des Urteils vom 18. Juli 2005
- 59 Rd.-Nr. 83 f. des Urteils
- 60 Rd.-Nrn. 101 ff.
- 61 vgl. BVerfGE 8, 174 [181], freilich für Bundesgericht; 11, 232 [233]