

Sendebericht Job Nr 1484 19/11 16:45 Seiten 010; OK
--

Per Telefax (zehn Seiten): 040 42843-4097

Hanseatisches Oberlandesgericht
– 1. Strafsenat –
Sievekingplatz 3
20355 Hamburg

19. November 2004

Kopie

Mamoun **Darkazanli**

wegen Auslieferung

Geschäftszeichen: Ausl 28/03

Ich **beantrage**, die Auslieferung des Verfolgten für unzulässig zu erklären.

I. Verfahrensfragen

1. Sachverhalt

Dem Verfahren liegt der internationale Haftbefehl vom 19. September 2003 (I, 54ff) zugrunde. Dem darauf gestützten Auslieferungersuchen der spanischen Justizbehörden (I, 50) konnte die Bundesrepublik Deutschland nicht entsprechen (Bl. 87): Unter dem Aktenzeichen Ausl. 28/03 bat die Generalstaatsanwaltschaft Hamburg das Bundeskriminalamt, die spanischen Justizbehörden über IP Madrid davon zu unterrichten, daß im Hinblick auf die deutsche Staatsangehörigkeit des Verfolgten eine Auslieferung nicht in Betracht komme und in Deutschland ebenfalls ein Verfahren gegen ihn geführt werde, in das die Erkenntnisse der spanischen Behörden eingeflossen seien.

Damit war das Auslieferungsverfahren mit der Ablehnung der Bewilligung beendet. Ein neues Auslieferungersuchen hat Spanien nicht gestellt. Geschehen ist vielmehr folgendes:

Das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EuHVG) ist am 23. August 2004 in Kraft getreten (BGBl I, 2004, 1748). Nicht einmal einen Monat später, am 14. September 2004 hat die Generalstaatsanwaltschaft von Amts wegen, unter dem gleichen Aktenzeichen und ohne äußeren Anlaß von sich aus das Verfahren wieder aufgenommen. Auf Nachfrage, so hat OStA Lorke vermerkt (I, 95), hat das Bundeskriminalamt mitgeteilt, daß die Ausschreibung im SIS weiterhin Bestand habe. Am gleichen Tag ist von der Generalstaatsanwaltschaft der Generalbundesanwalt (per Telefax) angeschrieben worden, welchen Stand das dortige Verfahren habe. Gleichzeitig hat die Generalstaatsanwaltschaft (I, 97) die Akten der Justizbehörde mit der Frage übersandt, ob ein Bewilligungshindernis nach § 83b IRG vorliege. In diesem Schreiben findet sich die erhellende Bemerkung, daß *"an die spanischen Justizbehörden ... von hier aus ... nicht herangetreten worden sei"*. Die Rechtshilfe auf dem Weg in die aufgedrängte Bereicherung?

Der Generalbundesanwalt hat unter dem 1. Oktober 2004 – an die Justizbehörde, nicht an die anfragende Generalstaatsanwaltschaft – geantwortet (I, 99), es seien die persönlichen, geschäftlichen und finanziellen Verbindungen des Verfolgten seit Anfang der neunziger Jahre untersucht worden; in erster Linie beträfen die Ermittlungen den Zeitraum von 1993 bis 2001. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, daß der Verfolgte nach 2001 finanzielle oder logistische Aktivitäten zugunsten irgendwelcher islamistischer Zellen oder Organisationen getätigt habe. Deshalb werde gegen ihn nicht wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in oder der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung ermittelt (§ 129b StGB, in Kraft seit 30. August 2002).

Bereits am 14. Oktober 2004 (I, 104) teilte die Justizbehörde der Generalstaatsanwaltschaft mit, daß im Benehmen mit dem Bundesministerium der Justiz von der Ablehnungsbefugnis nach § 83b Nr. 1 IRG kein Gebrauch gemacht werden. Die Flag-Kennzeichnung im SIS sei zu löschen und Auslieferungshaft gegen den Verfolgten zu beantragen.

Dem hat die Generalstaatsanwaltschaft entsprochen (I, 105) und die Akten mit dem Antrag auf Erlaß eines vorläufigen Auslieferungshaftbefehls dem Senat vorgelegt. Auch in diesem Antrag wird deutlich, daß es kein neues Ersuchen gibt, sondern die Generalstaatsanwaltschaft von sich aus tätig geworden ist: *"Die spanischen Justizbehörden ersuchen über Interpol/SIS (Telefaxnachricht des BKA vom 24.9.2003, Bl. 38ff, 44ff, 94 d.A.) um Auslieferung des syrischen und deutschen (Bl. 52 d.A.) Staatsangehörigen Mamoun Darkazanli, geb. am 04.08.1958 in Damaskus/Syrien zur Strafverfolgung"* [Hervorhebung von mir].

2. Rechtliche Konsequenzen

Diese Besonderheiten haben Bedeutung in mehrfacher Hinsicht.

- a) Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl unter den möglichen Alternativen den Weg der Rechtshilfelerleichterung gewählt. Eine "spiegelbildliche Gleichsetzung" ausländischer Haftbefehle mit inländischen Entscheidungen sei nicht möglich (Begr. S. 2) und werde auch von keinem Mitgliedsstaat für wünschenswert erachtet. Für die Anwendung neuen Rechts gilt der Meistbegünstigungsgrundsatz, d.h. der Neunte Teil des IRG ist nur dann anzuwenden (was allerdings regelmäßig der Fall sein wird), wenn er die Auslieferung erleichtert.

Das Rechtshilfemodell setzt – insoweit ohne Abweichung vom früheren Recht – ein "eingehendes Ersuchen" voraus (vgl. Begr. S. 7). Dieses Ersuchen kann ohne weiteres auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls gestellt werden. Eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) steht dem Europäischen Haftbefehl gleich.

Der Europäische Haftbefehl selbst dagegen ist noch kein Rechtshilfeersuchen. Dies folgt schon daraus, daß eine ganze Reihe von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union weiterhin darauf bestehen, daß bei Fahndungen im Schengen-Bereich selbst dann eine Ausschreibung für den gesamten Schengen-Raum erfolgt, wenn der Aufenthaltsort des Gesuchten bekannt ist. Eine europaweite Ausschreibung im SIS kann deshalb von vornherein nicht dahin verstanden werden, damit werde ein Auslieferungersuchen an all jene Staaten

gerichtet, in denen sich der Gesuchte *nicht* befindet. Es ist auch kein Auslieferungsersuchen an "*den Staat, den es angeht*".

- b) Durch den Europäischen Haftbefehl hat sich nichts daran geändert, daß sich die rechtliche Beurteilung von Auslieferungsersuchen und des Verfahrens nach den Grundsätzen völkerrechtlicher Verträge richte. Das Auslieferungsersuchen ist rechtlich als Vertragsangebot, die Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung (bzw. der Stelle, auf die die Bewilligungsbefugnis delegiert ist) als Vertragsannahme zu qualifizieren. Die gegenüber dem ersuchenden Staat erklärte Ablehnung der Bewilligung ist gegenüber dem ersuchenden Staat endgültig, macht das Ersuchen gegenstandslos und beendet das Auslieferungsverfahren. Es kann nicht fortgesetzt werden.

Nur ein neues Ersuchen – das aber ebenfalls nicht das alte Verfahren fortsetzt – kann zur Auslieferung der gleichen Person führen. Aus diesem Grund verneint das Bundesverfassungsgericht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde gegen die positive Zulässigkeitsentscheidung des Oberlandesgerichts für den Regelfall, sobald die Bewilligung abgelehnt worden ist (NJW 1979, 1285f = BVerfGE 50, 244).

Diese Konstellation liegt hier vor. Selbst wenn man (was aus den eben dargestellten Gründen nicht möglich ist) die Ausschreibung im Schengener Informationssystem als Ersuchen begreifen wollte, wäre es doch das gleiche, das den bereits zurückgewiesenen Auslieferungswunsch zugrundelegt. Die Ablehnung hat Bestandskraft.

- c) Das jetzt von der Generalstaatsanwaltschaft betriebene Auslieferungsverfahren ist deshalb insgesamt unzulässig. Ihm fehlt die Voraussetzung eines Ersuchens und ihm fehlt die Neuheit des Verfahrens (was bereits der erste Blick auf das Aktenzeichen nahelegt).

Der auf Betreiben der deutschen Behörden (vgl. hierzu I, 140, 149ff) nachgereichte Europäische Haftbefehl vermag diese Voraussetzungen nicht zu ersetzen. Bei ihm handelt es sich nicht um die Ergänzung eines bereits vorliegenden, lückenhaften Ersuchens, sondern um eine *neue Entscheidung* aus Spanien (die allerdings Grundlage eines *neuen* Auslieferungsverfahrens werden könnte).

- d) Schließlich ergeben sich Konsequenzen für das Rechtsschutzbedürfnis des Verfolgten. In einem Auslieferungsverfahren "klassischen" Zuschnitts wäre der Verfolgte (jedenfalls im sogenannten zweidimensionalen Verfahrensmodell herkömmlicher Vorstellung) fast ohne subjektive Rechte. Rechtsbeziehungen entfaltet das Verfahren nur zwischen den beteiligten Staaten.

Davon kann aber in dem Augenblick keine Rede mehr sein, in dem eine innerstaatliche Behörde ein abgeschlossenes Auslieferungsverfahren von sich aus in rechtlich unzulässiger Weise "wieder aufnimmt". Namentlich in der vorliegenden Sache, in der auch der Generalbundesanwalt ein inhaltsgleiches Verfahren gegen den Verfolgten führt, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß inländische Justiz- und Sicherheitsbehörden dem Verfolgten für ungefährlich (in präventivpolizeilichem Sinn) halten.

Das Verfahren des Generalbundesanwalts hat nicht zu greifbaren Ergebnissen geführt, aus denen sich gerichtsfeste Vorwürfe gegen den Verfolgten formulieren ließen. Die Sorge ist deshalb nicht von der Hand zu weisen, daß in dieser Konstellation unter dem Arbeitstitel eines Rechtshilfenvorgangs in Wahrheit polizeiliche Gefahrenabwehr betrieben wird. Ob in die Freiheitsrechte des Verfolgten unter falscher Flagge eingegriffen wird, unterliegt indessen in vollem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung.

II. Die Tat

Im Auslieferungshaftbefehl hat der Senat dargelegt, warum er davon ausgeht, daß die Tat nicht nur auf deutschem Hoheitsgebiet verübt worden sei. Daran ist nur der Ausgangspunkt richtig, daß die Tat – insoweit – damit beschrieben wird, der Verfolgte habe Ende des Jahres 2000 einen Krankenwagen in den Kosovo überführt,

"und zwar zur Verschleierung anderer Absichten in Verbindung mit Anweisungen der Organisation Al Kaida zu jenem Zeitpunkt"

bzw.

"wodurch andere Aufgaben in Beziehung mit Anweisungen der Organisation Al-Quaeda zu diesem Zeitpunkt gedeckt werden sollten".

Mehr wird nicht mitgeteilt. Für die Behauptung einer Auslandstat reicht diese vage Schilderung jedoch nicht aus. Zu den Auslieferungsunterlagen gehört eine »Beschreibung der Umstände, unter denen die Straftat begangen wurde, einschließlich der Tatzeit, des Tatortes und der Tatbeteiligung der gesuchten Person« (§ 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG).

Einen Krankenwagen darf man in den Kosovo bringen. Keine Vorschrift eines Rechtsstaats kann das generell unter Strafe stellen. Auch nach neuem Recht muß zumindest dargestellt werden, welche *"anderen Absichten"* oder *"anderen Aufgaben"* damit verfolgt worden sein sollen. Ein völlig beliebiges Verhalten kann nicht als Tatumschreibung genügen: Man muß beim Lesen wenigstens verstehen können, daß ein Verhalten beschrieben wird, das ein Rechtsstaat mit einsichtigen Gründen für strafwürdig halten darf. Daran fehlt es.

Es bleibt deshalb dabei, daß Gegenstand des Verfahrens ein Verhalten des Verfolgten im Inland ist. Es trifft weiterhin zu, daß dem Verfolgten ein Verhalten zur Last gelegt wird, das in Deutschland zum Zeitpunkt seiner Begehung nicht strafbar gewesen ist. Soweit der Senat in anderem Zusammenhang (S. 8 des Auslieferungshaftbefehls) zum Ausdruck gebracht hat, daß sich der Verfolgte *"lediglich"* nach dem zur Tatzeit geltenden spanischen Recht vor einem spanischen Gericht verantworten solle, geht dies an der Problematik der Sache vorbei. Die Frage ist nicht, was der Verfolgte zu gewärtigen

hätte, wenn er in Spanien oder einem anderen Land festgenommen würde. Er ist nicht in Spanien.

Der Einwand geht dahin, daß die Straflosigkeit seines Verhaltens in Deutschland zur Tatzeit angesichts seiner deutschen Staatsangehörigkeit dazu führt, daß er vor Verfolgung sicher ist, solange er nur die Bundesrepublik nicht verläßt. Hier greift der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes auf den Bestand fundamentaler Grundsätze der nationalen Rechtsordnung ein.

III.

Rechtswegfragen

Im Auslieferungshaftbefehl hat der Senat darauf hingewiesen, daß die Unanfechtbarkeit der Auslieferungsbewilligung (§ 74b IRG) nicht anfechtbar wäre und diese Regelung nicht dadurch unterlaufen werden dürfe, daß das Oberlandesgericht *"die nicht in seine Kompetenz fallende Entscheidung ... im voraus"* überprüfe.

Das wäre nur insoweit vertretbar, als es sich auf die Einschränkung "im voraus" bezieht. In der Sache halten die Verwaltungsgerichte eine Rechtswegzuständigkeit zum Oberlandesgericht für gegeben:

Der Verfolgte hat die Ankündigung der Bewilligungsbehörde, vom eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch machen zu wollen, mit seinem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO angegriffen. In seinem Beschluß vom 12. November 2004 – 21 E 5479/04 hat sich der zuständige Spruchkörper des VG Hamburg sehr eindeutig geäußert:

"[In § 13 Abs. 1 Satz 1 IRG] ist eine ausdrückliche abschließende Regelung der Zuweisung des Rechtsweges i.S. v. § 40 Abs. 1 Satz 1 2. HS. VwGO für alle Streitigkeiten über Maßnahmen nach dem internationalen Rechtshilfegesetz zu sehen und nicht lediglich eine Zuweisung der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung (vgl. Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann, VwGO, § 40 Rn 633; aaO VG Berlin, Beschl. v. 26.3.2001, NVWZ 2002, S. 114, 115). Die Rechtswegzuweisung des § 13 IRG steht nämlich in unmittelbarem Zusammenhang mit der die Bewilligung der Auslieferung regelnden Norm des § 12 IRG."

Das in diesem Zitat mit einer abweichenden Meinung angegebene OVG Berlin hat zwar entschieden, daß die Bewilligungsentscheidung kein justizfreier Hoheitsakt sei, sondern von den Verwaltungsgerichten nachgeprüft werden könne, dies insbesondere vor dem Hintergrund der im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 16.3.1983 (EuGRZ 1983, 262) angestellten Erwägungen. Dem scheint die jetzt ausdrücklich im Gesetz angeordnete Unanfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung entgegengustehen.

Sie wird aber, soweit von ihr Deutsche betroffen sind, verfassungsrechtlich keinen Bestand haben können. Ein Deutscher genießt Schutz durch die Bundesrepublik Deutschland und ihr Rechtssystem, auch nach Maßgabe des Art. 16 GG. Die vorgenommene Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der (die Auslieferungsmöglichkeit beschränkenden) Wahrung ("soweit") rechtsstaatlicher Grundsätze. Zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen gehört die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen, die einem Deutschen diesen Schutz entziehen.

Genau hier liegt der vom Gesetzgeber nicht bedachte Unterschied zur bisherigen Rechtslage: Die neuen fakultativen Ablehnungsgründe wandeln die Bewilligung in eine "echte" Ermessensentscheidung um, die nicht nur wie früher am (weiten) politischen Spielraum zu prüfen sind, sondern nunmehr auch an ihren (schwerwiegenden) Auswirkungen auf das unmittelbar betroffene Individuum, das nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens degradiert werden darf. Es kommt hinzu, daß nun auch Deutsche betroffen sein können.

Dies bedeutet: Hält der Senat die Unanfechtbarkeit der Bewilligung für verfassungsgemäß, so ist er verfassungsrechtlich gehalten, die Frage möglicher Rechtsverletzungen im Zulässigkeitsverfahren zu prüfen. Das ist letztlich kein Rechtswegproblem, sondern eine inhaltliche Frage. Bei Unanfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung ist die Prüfung möglicher Rechtsverletzungen durch das zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung berufene Oberlandesgericht "*unumgänglich*" (st. Rspr. zu Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG seit BVerfGE, MDR 1983, 641 (dort nur Leitsatz)).

Hält der Senat die Unanfechtbarkeit dagegen für verfassungswidrig, muß dies bei seiner Entscheidung erst recht bedenken.

IV. Staatsrecht

An den Einwendungen zur Kompetenzverteilung zwischen Exekutive und Legislative (Schriftsatz vom 31. Oktober) halte ich fest. Der Senat greift zu kurz, wenn er den Einwand auf "*jegliche Transformation von Vorschriften des Europarechts*" bezogen sehen will. Das behauptet niemand.

Bei diesem Einwand geht es um die Gesetzgebungsstrukturen der sogenannten "Dritten Säule" (oder Pfeilers) der Europäischen Union, die "intergouvernementale Zusammenarbeit". Zur Erläuterung: Der erste Pfeiler ist die Europäische (Wirtschafts)Gemeinschaft, also das Gebilde, das auf den Römischen Verträgen beruht. Der zweite Pfeiler ist die Zusammenarbeit in der Außenpolitik. Der hier interessierende dritte Pfeiler ist die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres.

Ursprünglich war alles ganz "normal": Die Mitgliedsländer haben Verhandlungen auf der Völkerrechtsebene miteinander geführt und völkerrechtliche Verträge geschlossen. Zu dieser Ebene gehören etwa noch der Vertrag über die vereinfachte Auslieferung und Europol.

Die *Kommission* hat dann auf der Grundlage des Art. 209a¹ (Fassung von Maastricht) eigene Dinge entwickelt. Das wurde unter dem Begriff des Schutzes der finanziellen Interessen der Gemeinschaft behandelt und war auch Grundlage des *corpus iuris*-Projekts (1994-1996). Die Experimentierphase der Kommission hat zu den Formulierungen des Amsterdamer Vertrages geführt, die den Bereich des Völkerrechts völlig verlassen. Mit den Rahmenbeschlüssen des Art. 34 sind dem Rat – der Exekutive – Rechtssetzungsakte mit Bindungswirkung möglich.

Gesetze werden vom Parlament beschlossen und nicht von Vertretern von Regierungen erlassen, seien sie auch auf Ministerebene entsandt. Faktisch bringt die Figur des Rahmenbeschlusses im Bereich der "Dritten Säule" der

¹ »Zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten, ergreifen die Mitgliedstaaten die gleichen Maßnahmen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Die Mitgliedstaaten koordinieren unbeschadet der sonstigen Vertragsbestimmungen ihre Tätigkeit zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vor Betrügereien. Sie sorgen zu diesem Zweck mit Unterstützung der Kommission für eine enge, regelmäßige Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Dienststellen ihrer Behörden.«

Europäischen Union schwerwiegende Eingriffe in grundlegende bürgerliche Freiheiten. Weil das Erfordernis der gegenseitigen Strafbarkeit nicht mehr geprüft wird, bedeutet das nichts anderes als die faktische Geltung ausländischen materiellen Strafrechts im Inland.

Der Europäische Haftbefehl ist *die erste Umsetzung* eines Rahmenbeschlusses aus der Dritten Säule. Der von den Beiständen erhobene Einwand kann also nicht mit dem Hinweis auf andere Transformationen europäischer Rechtssetzungsakte abgetan werden: Es gibt noch nichts Vergleichbares.

V. Rücküberstellung

Die Überlegungen des Senats im Auslieferungshaftbefehl enttäuschen: Auf das aufgeworfene Problem gehen sie nicht ein. Daß Spanien ohne Schwierigkeit zusichern kann, den Verfolgten zur Verbüßung einer eventuellen Freiheitsstrafe zu überstellen, versteht sich. Daß Spanien die abgegebene Zusicherung mißachten werde, liegt fern.

Die *Bundesrepublik* kann das Angebot Spaniens *nicht annehmen*, weil die Vollstreckung der Strafe hier gegen den *ordre public* verstoßen würde.

Das Problem ist während des Gesetzgebungsverfahrens gesehen worden (vgl. Schriftsatz vom 31. Oktober, S. 7/8). Die Wirkung der Auslieferung ist in diesen Fällen endgültig; die "an sich" vorgesehene Schutzwirkung für Deutsche, zur Vollstreckung nach Hause kommen zu dürfen, greift nicht.

Hier liegt die Verletzung der Rechte des Verfolgten. Ein "Angebot", das nicht angenommen werden kann, taugt nichts. Im Rahmenbeschluß ist denn auch von bloßen Angeboten nicht die Rede (Art. 5 Nr.3), sondern davon, daß der Verfolgte nach Verhängung der Sanktion »*in den Vollstreckungsmitgliedstaat rücküberstellt wird*«. Genau das geht nicht.

gez. Rosenthal
Rechtsanwalt