

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen = International Cooperation in Criminal Matters

von

Prof. Wolfgang Schomburg, Prof. Dr. Otto Lagodny, Prof. Dr. Sabine Gleß, Dr. Thomas Hackner, Prof. Dr. Michael Bohlander, Dr. Jan Christoph Nemitz, Prof. Dr. Christian Rosbaud, Dr. Sebastian Trautmann

5., völlig neu bearbeitete Auflage

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen = International Cooperation in Criminal Matters – Schomburg / Lagodny / Gleß / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafverfahrensrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62659 3

Inhaltsverzeichnis: Internationale Rechtshilfe in Strafsachen = International Cooperation in Criminal Matters – Schomburg / Lagodny / Gleß / et al.

Spezialität zu, geht dabei aber überhaupt nicht auf das Übersetzungsproblem in seiner ausgreifenden und sprachlich schwer nachvollziehbaren Begründung ein (OGH v. 7. 11. 2007 – 13 Os 109/07 i = OJZ 2008, 196 = (ö)JBl 2008, 602 mit kritischer Anmerkung *Benner*). Nach Überstellung steht dem Erlass und Vollzug eines Sicherungshaftbefehls in einer nicht von der Auslieferungsbewilligung umfassten Sache die Spezialitätsbindung des Art. 14 EuAlÜbk entgegen (OLG Karlsruhe, NJW 1992, 3115).

4. Keine Weiterlieferung/Überstellung zur Vollstreckung/Abschiebung in einen Drittstaat ohne Zustimmung der Bundesrepublik (Nr. 2). Der ersuchende Staat darf den Verfolgten nicht ohne Zustimmung der Bundesrepublik an einen dritten Staat weiterliefern (z. Begriff vgl. § 36 RN 1), zur Vollstreckung eines Urteils überstellen oder dorthin abschieben. Nur dann behält die Bundesrepublik die Kontrolle über das, was mit dem Verfolgten geschieht.

Die **Abschiebung** als – nach bundesdeutschem Verständnis – zwangsweise Durchsetzung einer Ausreisepflicht (vgl. §§ 57 AufenthG) hat der Gesetzgeber zu Recht in die erforderliche Spezialitätsbindung aufgenommen. Sonst könnte die zustimmungsbedürftige Weiterlieferung umgangen werden. Zudem handelt es sich bei der Abschiebung um eine verwaltungsrechtliche Maßnahme, zu deren Unterstützung das IRG die Bundesrepublik nicht ermächtigt (vgl. § 1 RN 2 ff.). Sofern diese Maßnahmen mit Haft verbunden sind, steht ihnen zudem Abs. 1 Nr. 1 entgegen (vgl. *Reg. Begr.*, S. 46).

5. Möglichkeit, den ersuchenden Staat nach endgültigem Abschluss des dortigen Verfahrens verlassen zu können (Nr. 3).

a) „Endgültiger Abschluss“. Das Strafverfahren gegen den Verfolgten ist endgültig abgeschlossen bei Freispruch, endgültiger Verfahrenseinstellung oder nach Vollstreckung einer etwa verhängten Strafe.

Nach **Abs. 3** liegt ein „endgültiger Abschluss“ **auch** bei **bedingter Freilassung** ohne eine die Bewegungsfreiheit einschränkende Anordnung vor (z.B., wenn der Betroffene allein der Weisung unterliegt, vertrauensvoll mit einem Bewährungshelfer zusammenzuarbeiten, BGHR EuAlÜbk vor § 1/Belgien, Spezialität 1 – Schonfrist). Es widerspräche dem Gedanken von Abs. 1 Nr. 3, wenn die Monatsfrist nach Abs. 2 Nr. 2 erst nach dem Ablauf einer vom ersuchenden Staat auferlegten Bewährungszeit beginnen würde, wenn und soweit der Verfolgte seinen Aufenthaltsort frei wählen kann (vgl. *Reg. Begr.*, S. 47, so auch schon LG Darmstadt, NJW 1973, 1567 und *G/P/K-Vogler*, RN 45). Abs. 3 ist nicht erfüllt mit Rücksicht auf die Zwecke der Bewährungshilfe und die Bestimmung des § 56 f. Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn der Verurteilte gemäß § 56 d StGB der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers unterstellt wird (OLG München, NStZ 1993, 392 in einem Einlieferungsfall). Zur Rechtslage nach Art. 14 EuAlÜbk, der keine dem Abs. 3 entsprechende Klausel hat, so dass bei bestehender Bewährung unabhängig von der Art etwaiger Auflagen noch keine „endgültige Freilassung“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 b EuAlÜbk vorliegt, siehe LG Bielefeld, Beschl. v. 8. 8. 2005 – 10 KLs 32 Js 1002/03 = StV 2006, 407.

b) „Verlassen dürfen“. Es muss sichergestellt sein, dass der Verfolgte nicht nur die rechtliche, sondern auch die tatsächliche Möglichkeit zur Ausreise erhält (vgl. auch u. RN 31 ff.).

IV. Entfallen der Spezialitätsbindung (Abs. 2)

Abs. 2 normiert abschließend (insoweit ebenso: *G/P/K-Vogler*, RN 41) die **innerstaatlichen Ermächtigungsvoraussetzungen**, unter denen die Bundesrepublik mit völkerrechtlicher Wirkung auf die Spezialitätsbindung verzichten darf. Da die Spezialitätsbindung primär im Verhältnis der beiden Staaten zueinander besteht, kann der Verfolgte allein auf die Spezialitätsbindung nicht verzichten, es sei denn, die beteiligten Staaten vereinbaren oder praktizieren, dass einer Verzichtserklärung des Verfolgten eine solche Wirkung zukommt (vgl. OLG Oldenburg, GA 1973, 31). Wird eine solche Praxis oder Vereinbarung aufgehoben, so hat dies keine Rückwirkung auf ein bereits vorher abgeschlossenes Verfahren (BGHSt 31, 51, 53 f.). Auch eine Nachtragsbewilligung hat keine Rückwirkung (vgl. OLG Oldenburg, StV 1995, 13, für einen Einlieferungsfall).

1. Bei Zustimmung der Bundesrepublik in den Fällen der §§ 35 und 36 (Nr. 1).

Mit der Verweisung auf §§ 35 und 36 gelten die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Auslieferung. Wegen des Gesetzesvorbehalts (Art. 2 Abs. 1 GG) darf die Bewilligungsbehörde jedenfalls nicht auf der Grundlage des IRG (vgl. § 1 RN 2 ff.) zu anderen Maßnahmen als den in Abs. 2 Nr. 1 genannten (etwa: Zwang gegenüber dem Verfolgten in einem Verwaltungsverfahren, oder im Rahmen eines Zivilverfahrens) zustimmen. Dies richtet sich vielmehr aus-

§ 11

2. Teil. Auslieferung an das Ausland

schließlich nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen für internationale Rechtshilfe in Verwaltungssachen oder in Zivilsachen. Dies verkennt *G/P/K-Vogler*, RN 43.

- 30 **2. Nach Ablauf der Monatsfrist (Nr. 2). a) „Recht und Möglichkeit“ zur Ausreise.** Der Gesetzeswortlaut stellt klar, dass die Gewährung des abstrakten Ausreiserechts nicht genügt. Die Ausreise muss auch tatsächlich ermöglicht werden, etwa durch Ausstellung der erforderlichen Reisedokumente (vgl. *Reg. Begr.*, S. 46/7). Der Verfolgte muss seine volle Bewegungsfreiheit wiedererlangt haben, darf also auch nicht etwa durch Wehrdienst, Krankheit oder höhere Gewalt am Verlassen des ersuchenden Staates gehindert sein (vgl. *G/P/K-Vogler*, RN 46 m. w. N.).
- 31 Problematisch ist die Frage, ob vom ersuchenden Staat zu fordern ist, dass er gegebenenfalls einem mittellosen Verfolgten eine **finanzielle Unterstützung** zum Verlassen des ersuchenden Staates geben muss.
- 32 **b) Monatsfrist.** Zu beachten ist, dass im Verhältnis zu Partnerstaaten des EuAIÜbk wegen § 1 Abs. 3 nicht die Monatsfrist, sondern die **45-Tagefrist nach Art. 14 Abs. 1 b EuAIÜbk** gilt. Das hat die verwunderliche Konsequenz, dass die Frist im Verhältnis zu Vertragsstaaten des EuAIÜbk länger ist als im Verhältnis zu Staaten, mit denen kein vertraglicher Auslieferungsverkehr besteht (§ 1 Abs. 3).
- 33 Zur „endgültigen Freilassung“, vgl. o. RN 26.
- 34 **Fristbeginn:** Problematisch, aber im Ergebnis zu bejahen ist die Frage, ob die Frist nur dann zu laufen beginnt, wenn der Verfolgte Kenntnis davon hat, welche Wirkung sein Verbleiben im ersuchenden Staat nach – unterstelltem – Ablauf der Frist hat.
- 35 Da der Grundsatz des fairen Verfahrens generell eine **Aufklärung des Verfolgten** über Verfahren und Konsequenzen der Auslieferung durch die Organe der Bundesrepublik fordert (vgl. RN 17 vor § 2; § 28 RN 2), gehört dazu auch deren Rechtspflicht (schwächer: „nobile officium“, *G/P/K-Vogler*, RN 48), über die Folgen eines Verbleibs im ersuchenden Staat aufzuklären.
- 36 Für das **Ende** der vom ersuchenden Staat zu fordernden Frist wird man über § 77 IRG auf § 43 StPO abzustellen haben.
- 37 **3. Nach Rückkehr des Verfolgten in den ersuchenden Staat (Nr. 3 Alt. 1).** Hat der Verfolgte den ersuchenden Staat verlassen und kehrt er – auch schon vor Ablauf der Monatsfrist – dorthin freiwillig zurück, so entfällt die Spezialitätsbindung, weil der dann bestehende Aufenthalt des Verfolgten im ersuchenden Staat nicht mehr auf die Auslieferung zurückzuführen ist (OLG Hamm, Beschluss, 10. Mai 1999, 2 Ws 142 u. 151/99, wistra 1999, 359–360; ebenso: *G/P/K-Vogler*, RN 51 m. w. N.).
- 38 **4. Nach Rücküberstellung durch einen Drittstaat in den ersuchenden Staat (Nr. 3 Alt. 2).** Wird der Verfolgte von dem Drittstaat, in dem er sich nach freiwilligem Verlassen des ersuchenden Staates aufhält, zwangsweise wieder in den ersuchenden Staat „zurücküberstellt“, so endet nach dem Willen des Gesetzgebers die Spezialitätsbindung ebenfalls. Als Mittel der Rücküberstellung kommen sowohl Auslieferung wie auch Abschiebung durch den Drittstaat in Betracht (vgl. *Reg. Begr.*, S. 47).
- 39 **5. Bei vereinfachter Auslieferung nach § 41.** Erklärt sich der Verfolgte **nach** der Auslieferung, d. h. wenn er sich schon im ersuchenden Staat aufhält, mit einer Verfolgung wegen weiterer, von der Bewilligung nicht gedeckter Straftaten einverstanden, so wird dadurch grundsätzlich nicht der Spezialitätsschutz aufgehoben (vgl. auch *Böhm/Rosenthal*, in: Ahlbrecht/Böhm/Escher/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, Heidelberg 2008, RN 635). Nach § 35 ist vielmehr die Zustimmung der Bundesrepublik erforderlich. Erklärt sich der Beschuldigte mit seiner Auslieferung aus den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland auf Grund eines verkürzten Auslieferungsverfahrens einverstanden, so verzichtet er auf die in Art. 14 Abs. 1 EuAIÜbk enthaltene Verfolgungsbeschränkung mit der Folge, dass er auch wegen anderer Handlungen, derentwegen er nicht ausgeliefert worden ist, ohne Zustimmung der Niederlande im Inland verfolgt werden darf, OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2049; BGH, NStZ 1993, 45 unter Hinweis darauf, dass Art. 7 Abs. 2 NL-ErgV EuAIÜbk (Hauptteil II A b) nicht entgegensteht, weil er weitergehende nationale Regelungen nicht verhindern soll. Zur gegenteiligen Rechtslage bei Ersuchen an die Schweiz, die dort im vereinfachten Verfahren nach Art. 54 Abs. 3 IRSG erledigt werden, vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1992, 3115; zu Besonderheiten im Falle des Art. 89 Abs. 3 IRSG (Wegfall der Spezialitätsbindung, wenn der um Auslieferung ersuchende Staat einem späteren Ersuchen der Schweizer Behörden um Übernahme der Strafverfolgung nachkommt) vgl. BGH, NStZ 1992, 547.
- 40 Zu beachten ist, dass jedenfalls im **ersuchten** Staat aus dem Spezialitätsgrundsatz kein Verbot der Strafverfolgung wegen derselben Tat folgt.

V. Prozessuale Behandlung

1. OLG und Bewilligungsbehörde müssen die Prognose treffen, ob die Spezialitätseinhaltung in genügendem Maße gewährleistet ist. Dazu kann das OLG gegebenenfalls eine Stellungnahme der Bewilligungsbehörde anfordern, die im Rahmen der freien Beweiswürdigung – und daher keinesfalls bindend – berücksichtigen wird (unzutreffend daher: OLG Koblenz, GA 1954, 223) – beachte auch § 32 RN 5. Die Bewilligungsbehörde hat eigenverantwortlich ebenfalls eine Prognose über die Spezialitätseinhaltung zu treffen. Sie kann – bei negativem Ergebnis – nach allgemeiner Regel (§ 12 RN 1) die Bewilligung der Auslieferung schon vor einer Gerichtsentscheidung ablehnen. 41

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für das (spätestmögliche) Vorliegen der Spezialitätszusicherung ist nach allgemeiner Regel (§ 32 RN 16) der Zeitpunkt der mutmaßlichen **Übergabe** des Verfolgten. 42

VI. Weiterführende Literaturhinweise

Meurer, Gregor, Die Tatidentität im Auslieferungsrecht, Diss. Gießen, 1984; 43
Zodrow, Andreas, Der Grundsatz der Spezialität im Auslieferungsrecht, Diss. Köln, 1968.

§ 12 Bewilligung der Auslieferung

Die Auslieferung darf, außer im Fall des § 41, nur bewilligt werden, wenn das Gericht sie für zulässig erklärt hat.

Übersicht	RN
I. Normzweck	1
II. Verhältnis Zulässigkeits- und Bewilligungsebene	5
III. Rechtliche Prüfungspflicht auch der Bewilligungsbehörde in jeder Lage des Verfahrens	8
IV. Ermessen der Bewilligungsbehörde	11
V. Pflicht zur Verfahrensbeschleunigung	17
VI. Entbehrlichkeit des Zulässigkeitsverfahrens	19
VII. Erforderlichkeit von Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung?	22

I. Normzweck

Nach § 12 ist die Bewilligungsbehörde nur an eine negative Zulässigkeitsentscheidung des OLG **gebunden**, wobei es keine Rolle spielt (vgl. *Reg. Begr.*, S. 47), ob es sich um eine zwingend erforderliche Gerichtsentscheidung handelt (§ 29 Abs. 1) oder um eine – im Fall des § 41 – nach § 29 Abs. 2 fakultative. Fällt die Gerichtsentscheidung positiv aus, so steht es der Bewilligungsbehörde jedoch grundsätzlich frei, die Bewilligung gleichwohl zu versagen, es sei denn, es besteht eine völkervertragsrechtliche Verpflichtung. Bei der Prüfung der Frage, ob eine derartige Verpflichtung besteht, muss die Bundesregierung eigenverantwortlich prüfen, ob auch zu diesem Zeitpunkt die Eingriffsvoraussetzungen noch vorliegen. 1

§ 12 ordnet – auch wenn es sich um ein präventives Officialverfahren (u. RN 5) handelt – den gerichtlichen **Individualrechtsschutz** (generell dazu: Einl. RN 172 ff.) im Auslieferungsverfahren an, weil jede Auslieferung – gerade auch die rechtmäßige – über Art. 2 Abs. 1 GG in subjektiv öffentliche Rechte des Verfolgten eingreift. Der Verfolgte hat deshalb nach Art. 19 Abs. 4 GG einen Anspruch auf eine gerichtliche Kontrolle der Auslieferung (anders: die *Reg. Begr.*, S. 54: kein „Anspruch“ des Verfolgten auf eine gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung). Weil die prozessuale Stellung eines Verfahrensbeteiligten durch materielle Grundrechte beeinflusst wird, erfordern diese eine Auslegung und Anwendung von Verfahrensrecht, die im Einklang mit den Grundrechten steht (vgl. BVerfG, NJW 1982, 2425, 2429; E 57, 250, 275 ff.). Deshalb sind sämtliche Vorschriften des gerichtlichen Zulässigkeitsverfahrens insoweit verfassungskonform auszulegen, als sonst die Rechtsschutzgarantie durch die Ausgestaltung als präventives Officialverfahren umgangen werden könnte. 2

Daneben dient das Verfahren indirekt der **(außen)politischen Rückendeckung für die Bewilligungsbehörde** (vgl. §§ 29 Abs. 2, 41 Abs. 4 sowie Einl. RN 184 ff.), indem sich der ersuchte Staat bei einer Ablehnung gegebenenfalls auf eine Entscheidung der Judikative berufen kann, die die Exekutive – wie von dieser oft nicht unerwünscht – bindet. Dabei wird jedoch das Prüfungsermessen der Bewilligungsbehörde hinsichtlich solcher Gesichtspunkte nicht beschränkt (vgl. auch BGHSt 4, 150, 152), die nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht von einem Gericht geprüft werden müssen, weil sie keine subjektiv-öffentlichen Rechte darstellen (insbesondere: 3

§ 12

2. Teil. Auslieferung an das Ausland

außen- und kriminalpolitische Überlegungen). Auf der anderen Seite muss die Bewilligungsbehörde ein Ersuchen sofort ablehnen, wenn sie es für unzulässig hält. Sie kann diese Entscheidung nicht auf das OLG abwälzen.

- 4 Die Aufgabe des **OLG** besteht darin, **allein** die **innerstaatliche Ermächtigung** („**Zulässigkeit**“) zu prüfen. Ob eine **völkerrechtliche Pflicht** zur Auslieferung besteht, hat **nur die Bewilligungsbehörde** in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ohne dass dies gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstieße (insoweit ebenso: *G/P/K-Vogler* § 32 RN 9). Relevant ist dies etwa bei den sog. „Fakultativklauseln“ (s. § 1 IRG RN 24 ff. sowie Einl. RN 55, 163 ff.) und insbesondere bei grundrechtlich bedingten Auslieferungshindernissen. Freilich decken sich die Voraussetzungen der innerstaatlichen Ermächtigung und der völkerrechtlichen Verpflichtung weitgehend. Aber insbesondere bei Grundrechten kann es zu einem „Auseinanderklaffen“ kommen (§ 73 RN 24 ff.). Dies zu vermeiden ist Aufgabe der vertragsschließenden Exekutive und der transformierenden Legislative, nicht aber der Rechtsprechung.

II. Verhältnis Zulässigkeits- und Bewilligungsebene

- 5 **1. Präventiver Rechtsschutz.** § 12 sieht ein präventives Officialverfahren hinsichtlich der Auslieferung vor. § 12 weicht damit vom Normalfall des von Art. 19 Abs. 4 GG ausnahmslos geforderten nachträglichen Rechtsschutzes ab (vgl. BVerfGE 22, 49, 77; zwar spricht das BVerfG auf S. 81 von „präventiver Rechtskontrolle im Kernbereich des Strafrechts“ (a. a. O., 81), meint damit aber offensichtlich die mit der Eingriffsgrundentscheidung zeitlich *zusammenfallende* Rechtskontrolle). Die endgültige Entscheidung der Bewilligungsbehörde ergeht in der Regel (Ausnahme: u. RN 8, 11) erst nach der gerichtlichen Kontrolle. Dies hängt eng mit der Funktion der OLG-Entscheidung zur außenpolitischen Rückendeckung zusammen (vgl. oben RN 3 sowie Einl. RN 184 ff.). § 12 genügt den Anforderungen von Art. 19 Abs. 4 GG deshalb nur dann, wenn sämtliche materiellrechtlichen Rechtspositionen des Verfolgten vom OLG umfassend und abschließend geprüft werden. Das „letzte rechtliche Wort“ muss das OLG haben, es darf keine Rechtsposition des Auszuliefernden nur allein von der Bewilligungsbehörde geprüft werden (näher: *Lagodny*, Rechtsstellung, 261 ff., vgl. auch u. RN 29 ff.).
- 6 Freilich hängt der Umfang der OLG-Prüfung auch davon ab, **ob und in welchem Maße** man die **Anwendbarkeit aller Grundrechte** im Auslieferungsrecht bejaht oder ob man im Wesentlichen nur den völkerrechtlichen Mindeststandard meint heranziehen zu sollen (dazu § 73 RN 7 ff.). Dieser Streit ist jedoch wiederum unerheblich für die Frage des Gesetzesvorbehalts (dazu Einl. RN 52 ff.).
- 7 **2. Historische Entwicklung.** Die Gründe des präventiven Officialverfahrens nach § 12 sind nur historisch nachvollziehbar. Die Einschaltung der Gerichte ins Auslieferungsverfahren erfolgte im Wesentlichen um die Jahrhundertwende. Begründet wurde sie vorwiegend mit dem Bedürfnis nach außenpolitischer Rückendeckung für die Exekutive und nach gerichtlicher Kontrolle der Auslieferungshaft, nicht aber mit einem Bedürfnis nach gerichtlicher Kontrolle des Auslieferungs-Vollzugsakts selbst. Das wäre auch verwunderlich gewesen, weil man sich seinerzeit noch sehr weitgehend einig war im Ausschluss der Gerichtskontrolle über Regierungsakte. Deshalb war es auch möglich, dass Gerichte nur gutachtlich zum Auslieferungsersuchen Stellung nahmen (Belgien) und die Exekutive völlig frei war in ihrer Entscheidung. Einen sehr rechtschutzfreundlichen Kompromiss stellte deshalb zur damaligen Zeit der Typus des Officialverfahrens dar. Er wurde in Deutschland durch das DAG von 1929 eingeführt und liegt auch dem IRG in § 12 zugrunde. Vgl. auch Einl. RN 173.

III. Rechtliche Prüfungspflicht auch der Bewilligungsbehörde in jeder Lage des Verfahrens

- 8 Unabhängig vom gerichtlichen Zulässigkeitsverfahren muss die Bewilligungsbehörde (§ 74) in jeder Lage des Verfahrens **in eigener Verantwortung prüfen**, ob die inner- und zwischenstaatlichen Voraussetzungen der Auslieferung vorliegen (vgl. *Reg. Begr.*, S. 47). Vgl. dazu auch Einl. RN 155 ff.
- 9 Sie kann (BGHSt 4, 150, 152) kumulativ auch solche Gründe berücksichtigen, die vom OLG nicht zu prüfen oder berücksichtigen sind. Dabei ist sie **innerstaatlich** – entgegen *G/P/K-Vogler* (IRG, RN 21 ff.) – an das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 GG gebunden (u. RN 14).
- 10 Hat das OLG irrtümlicherweise Gründe nicht berücksichtigt, die vom Gesetz bzw. Vertrag (§ 1 Abs. 3) zwingend als Zulässigkeitsvoraussetzungen vorgeschrieben sind (insbesondere auch bei Grundrechtsfragen), muss die Bewilligungsbehörde wegen Art. 19 Abs. 4 GG über die

GenStA nach § 33 analog eine **erneute Entscheidung des OLG** herbeiführen (näher: § 33 RN 13), denn Art. 19 Abs. 4 GG lässt insoweit keinen Raum für ein Ermessen der Bewilligungsbehörde.

IV. Ermessen der Bewilligungsbehörde

1. Ablehnung der Bewilligung. Die Bewilligungsbehörde kann (u.U. sogar: muss) die Bewilligung in jedem Verfahrensstadium, selbst nach positiver Zulässigkeitsentscheidung des OLG, ablehnen. Ein bereits eingeleitetes Zulässigkeitsverfahren ist dann prozessual erledigt, sofern nicht ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht (vgl. § 29 RN 8). Die Ablehnung der Bewilligung schafft einen Vertrauenstatbestand. Auf das dadurch verbrauchte Auslieferungersuchen darf nicht später eine Bewilligung ergehen (vgl. BVerfGE 50, 244, 250). Der ersuchende Staat muss zum Ausdruck bringen, dass er ein neues Ersuchen stellen will. Dies kann auch durch ausdrückliche Bekräftigung des alten Ersuchens erfolgen. 11

Gründe für die Ablehnung der Bewilligung im Stadium vor der Zulässigkeitsentscheidung können rechtlicher Natur sein (IRG, transformierter Vertrag), wenn beispielsweise ganz offensichtlich ein nichtauslieferungsfähiges Delikt vorliegt. Vor allem aber kommen (außen-)politische Gründe in Betracht, so z.B., wenn mit dem ersuchenden Staat überhaupt keine oder derzeit keine Auslieferungsbeziehungen bestehen. Die Bewilligungsbehörde hat hier einen umfassenden (außen-)politischen Spielraum, der innerstaatlich jedenfalls durch den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) gebunden ist. Nach dieser Norm bestehen jedenfalls dann Schranken, wenn die Bewilligung einen „völligen Willkürakt“ darstellen würde, (so der 4. Senat des OVG Münster, MDR 1981, 435; zustimmend: G/P/K-Vogel, RN 114 am Ende vor § 1) oder wenn sie aus sachfremden Gründen von einer ständigen Praxis abweiche; vgl. auch die der Entscheidung des Supreme Court der Republik Irland im Fall *McMahon*, Irish Reports 1984, 525–547, zugrundeliegende Konstellation: Ablehnung der Bewilligung wegen politischer Delikte nur in drei von vier gleichgelagerten Fällen. 12

2. Erteilen der Bewilligung. a) bei Bestehen eines Auslieferungsvertrags. Hat das OLG die Auslieferung für zulässig erklärt (oder es liegt der Fall des § 41 vor) und besteht ein Auslieferungsvertrag mit dem ersuchenden Staat (§ 1 Abs. 3), so muss die Bewilligungsbehörde spätestens jetzt prüfen, ob die Bundesrepublik nach den Voraussetzungen des Vertrages zur Auslieferung verpflichtet ist. Bei „Fakultativklauseln“ entscheidet die Bewilligungsbehörde nur dann allein, wenn sie keine rechtlich geschützten Individualinteressen berühren, ansonsten entscheidet allein das OLG mit der Folge der Bindung der Bewilligungsbehörde nach § 12 (näher: § 1 RN 24 ff. sowie Einl. RN 55, 163 ff.). 13

b) bei Fehlen eines Auslieferungsvertrags. Bestehen keine vertraglichen Beziehungen mit dem ersuchenden Staat, so hat die Bewilligungsbehörde völkerrechtlich ein Ermessen. 14

c) beim EUHb: vgl. dazu die Erläuterungen zu § 79 Abs. 2 (Nichtgeltendmachung von fakultativen Bewilligungshindernissen). 14a

3. Form und Inhalt der Bewilligung. Die Bewilligung ergeht als Verbalnote gegenüber dem ersuchenden Staat. Bei ihrer Formulierung muss bedacht werden, dass ihr Wortlaut dem ersuchenden Staat deutlich machen muss, welchen Umfang die Bewilligung hat, insbesondere um die Reichweite der Spezialitätsbindung bestimmen zu können. Zur Auslegung einer Bewilligung vgl. etwa: BGH, Urteil v. 29. 7. 1982 – 4 StR 265/82 = E/L/W – U 64; BGH, Beschl. v. 14. 11. 1979 – 3 StR 329/79 = E/L/W – U 26. 15

Dass die Tatsache der Bewilligung (oder zumindest deren bevorstehender Vollzug) nach der Konzeption des IRG **dem Auszuliefernden nicht förmlich bekannt gemacht** wird, ist bedauerlich (vgl. aber immerhin § 79 S. 2 a.F., der durch BVerfGE 113, 273, für nichtig erklärt worden ist. Die einzelne Auslieferung besteht nicht nur aus dem völkerrechtlichen Teil von Ersuchen und Bewilligung als völkerrechtlichem Vertrag, sondern sie hat mit dem Auslieferungsvollzugsakt (Übergabe) auch eine innerstaatliche Komponente, deren grundrechtseingreifende Wirkung nicht durch eine „Flucht“ ins Völkerrecht „hinausdefiniert“ werden kann (vgl. hierzu ausführlich: Einl. RN 37 ff., 41 ff.). 16

Zur Auferlegung von individualschützenden Bedingungen durch das OLG vgl. § 73 RN 42 ff. Noch ungeklärt ist, inwieweit der Verfolgte darüber hinaus einen **Anspruch** (zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung) hat, dass die **Bewilligung Bedingungen** enthält. Soweit es sich um individualschützende Bedingungen handelt, stellt sich zunächst die Frage, ob solche überhaupt nach einer OLG-Entscheidung noch offen sein dürfen. Dann liegt nämlich die Annahme nahe, dass das OLG seinem (grund-)rechtlichen Prüfauftrag nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist. Praktisch bedeutsam ist insbesondere die Frage, ob und inwieweit der ersuchende Staat in der Bundesrepublik vollzogene Auslieferungshaft anzurechnen hat. Für den 16a

§ 12

2. Teil. Auslieferung an das Ausland

umgekehrten Fall (Einlieferung in die Bundesrepublik) hat das BVerfG in einer vor Einführung des § 51 Abs. 3 S. 2 StGB ergangenen Entscheidung klargestellt, dass ein völliger Anrechnungsausschluss verfassungswidrig wäre (BVerfGE 29, 312, 315f.). Diese – letztlich auf das Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) zurückgehende – Argumentation muss grundsätzlich von der *Ein-* auf die *Auslieferungssituation* übertragen werden. Einschränkungen können allenfalls mit den Besonderheiten des Auslieferungsrechts begründet werden. Diese in einem „außenpolitischen Grundsatzermessen“ erblicken zu wollen, wäre hier zirkulär, da es gerade um dessen Grenzen geht. Auch eine völkerrechtswidrige Einmischung in das ausländische Verfahren ist mit einer entsprechenden Bedingung nicht verbunden.

V. Pflicht zur Verfahrensbeschleunigung

- 17 Die Bewilligungsbehörde ist nicht nur berechtigt, über die Bewilligung zu entscheiden, sie ist auch – insbesondere bei bestehendem Haftbefehl zu Rechtshilfzwecken – verpflichtet, **unverzüglich** zu entscheiden (Gebot der Verfahrensbeschleunigung): „[Die Auslieferungshaft] ist im Zusammenhang mit dem Gewicht des Tatvorwurfs und der verwirkten Sanktion zu sehen, unterliegt jedoch von Verfassungs wegen – ebenso wie das gesamte Strafverfahren – dem Gebot größtmöglicher Verfahrensbeschleunigung“ (BVerfGE 61, 28, 34; vgl. auch OLG Hamm, Beschl. v. 28. 10. 1987 – [2/6] 4 Ausl. 103/86 = E/L/W – U 150; OLG München, Beschl. v. 27. 3. 1986 – OLG Ausl. 65/85 = E/L/W – U 124; und insbesondere das Urteil des EuGMR im Fall *Sanchez-Reisse* gegen die Schweiz vom 21. 10. 1986, Nr. 4/1985/90/137; amtliche Sammlung Nr. 107, NJW 1989, 2179). Zustimmend: *G/P/K-Vogel*, RN 113 vor § 1.
- 18 Die Nichtentscheidung bzw. eine **Entscheidungsverzögerung** kann den inhaftierten Verfolgten im Einzelfall in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (wenn Auslieferungshaft besteht) verletzen, so dass entweder die Auslieferungshaft zumindest außer Vollzug gesetzt werden muss, oder im Ausnahmefall eine Entscheidung über die Bewilligung verwaltungsgerichtlich erzwungen werden kann. Deshalb ist in solchen Fällen sehr sorgfältig zu prüfen, ob eine vollzogene Auslieferungshaft noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen kann (vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 14. 2. 1985 – OLG Ausl. 18/84 = E/L/W – U 105; OLG Köln, Beschl. v. 9. 11. 1982 – Ausl. 93/81 = E/L/W – U 65). Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung des BVerfG gegen einen die Fortdauer der Auslieferungshaft anordnenden Beschluss kann deshalb auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gestützt werden (BVerfGE 61, 28, 36f.). Vgl. auch Einl. RN 163ff.

VI. Entbehrlichkeit des Zulässigkeitsverfahrens

- 19 1. Das gerichtliche Zulässigkeitsverfahren ist in der Regel entbehrlich, wenn die **Bewilligung schon abgelehnt** worden ist, bevor ein Antrag nach § 29 beim OLG eingegangen ist oder wenn sie **während eines** laufenden **OLG-Verfahrens** abgelehnt wird. Hier entfällt meist das Rechtsschutzinteresse des Verfolgten, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen eines vom OLG zu bescheidenden Fortsetzungsfeststellungsantrags analog §§ 29 Abs. 2, 32 oder §§ 77 IRG, 28 EGGVG vor (näher: § 29 RN 8).
- 20 2. **In der Regel bei vereinfachter Auslieferung.** Nach § 12 kann in allen Fällen des § 41 (Einverständnis des Auszuliefernden) auf eine gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung verzichtet werden.
- 21 Auch wenn der Verfolgte mit der Auslieferung einverstanden ist, kann die GenStA jedoch nach § 29 Abs. 2 die Zulässigkeitsentscheidung beim OLG beantragen. Zur Pflicht der Bewilligungsbehörde, im Einzelfall auch bei Vorliegen einer Einverständniserklärung über die GenStA nach § 29 Abs. 2 eine gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung herbeizuführen: vgl. § 29 RN 7. Wurde jedoch ein Antrag nach § 29 Abs. 2 gestellt, so gelten die Bindungen des § 12 (vgl. *Reg. Begr.*, S. 47).

VII. Erforderlichkeit von Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung?

- 22 Die Frage der Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung vor den Verwaltungsgerichten gehört auch heute noch zu den **zentralen Problemen** des deutschen Auslieferungsrechts. Der völlige Ausschluss der Anfechtbarkeit durch § 74 b (a. F.) wurde vom BVerfG (E 113, 273 – Europäischer Haftbefehl) für nichtig erklärt.
- 23 1. **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten.** Mit § 79 Abs. 2 ist eine **Teilregelung** getroffen für die Konstellation, dass die Bewilligungsbehörde keine fakultativen Auslieferungshindernisse geltend machen will. Der Gesetzgeber des EUHbG 2006 hat für die **übrigen Fälle**

bewusst keine Regelung getroffen, obwohl er davon ausging, dass die Entscheidung der Bewilligungsbehörde im Einzelfall in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen kann: „Es erscheint „nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch die Entscheidung der Bewilligungsbehörde in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen kann. Daher soll davon Abstand genommen werden, kategorisch die Unanfechtbarkeit einer Bewilligungsentscheidung festzuschreiben.“ (BT-Drs. 16/2015, S. 12).

Das **BVerwG** hat aus der Teilregelung des § 79 Abs. 2 die Konsequenz gezogen und den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten bejaht (BVerwG, Beschl. v. 18. 5. 2010 – 1 B 1/10 mit Anm. *Lagodny*, StRR 2011, 149f.) und damit die gesetzliche Regelung zu Ende gedacht. Bis zum EUHbG 2006 hat die Verwaltungsrechtsprechung den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet angesehen (dazu die Nachweise in der 4. Aufl. RN 23ff.).

2. Möglichkeit einer Rechtsverletzung. Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch die Bewilligung wurde zunächst vom BVerfG (GA 1967, 111) verneint, dann offengelassen (BVerfG, EuGRZ 1983, 262) und jetzt vom Gesetzgeber ausdrücklich bejaht (s. o. RN 23).

In der **Literatur** wurde die verwaltungsprozessuale Anfechtbarkeit überwiegend wegen des Ausschlusses einer möglichen Rechtsverletzung verneint. Insbesondere *Vogler* (z.B. *G/P/K-Vogler* RN 21 ff. m. w.N.) argumentiert: Der Verfolgte habe keinen Anspruch, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht ausgeliefert zu werden. Daher könne eine Anfechtungsklage nur gestützt werden auf eine fehlerhafte Ermessensausübung. Das auslieferungsrechtliche Ermessen der Bewilligungsbehörde sei aber unbegrenzt und damit unverletzbar, deshalb habe der Verfolgte kein formelles subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung (ebenso: *Schröder*, BayVBl 1979, 231, 233).

Der Ausgangspunkt ist zwar zutreffend, verhindert aber nicht den darauf aufbauenden **Zirkelschluss**, der übersieht, dass jede Auslieferung den Schutzbereich mindestens von Art. 2 Abs. 1 GG tangiert (Gesetzesvorbehalt; dazu Einl. RN 52ff.). Es geht nicht darum, ob der Verfolgte bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen „keinen Anspruch“ auf Nichtauslieferung hat, sondern um die allein von Art. 19 Abs. 4 GG geregelte Rechtsfolgefrage, dass ein **Gericht** alle gesetzlichen und grundrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen abschließend feststellen muss (vgl. auch deutlich: VG Köln, Urteil v. 7. 12. 2010 – 5 K 7161/08).

3. Ob es sich bei der Bewilligung um einen **Verwaltungsakt** handelt, ist auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung des BVerwG (s. o. RN 22) nicht mehr erheblich. Vgl. zur früheren Diskussion die Nachweise in der Voraufgabe, RN 28).

4. Stellungnahme. Die Diskussion um die Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung geht wesentlich darauf zurück, dass ein zunehmendes „**grundrechtliches Unbehagen**“ bei bestimmten Fallgruppen entstanden ist, weil Entscheidungen über manche grundrechtlich geschützten Belange nur der Bewilligungsbehörde zustehen sollten (vgl. nur *Oehler* [ZStW 96 (1984), 555, 566: „humanitäre Gründe“, Familienschutz] oder noch das OLG Hamm, Beschl. v. 30. 8. 1974 – [1] 4 Ausl. 20/73 = *E/L/W* – U 7, vgl. aber dessen Praxis jetzt: § 73 RN 105). Hinzu kommen die Fälle, in denen das **OLG** versehentlich eine einfach- oder grundgesetzliche Voraussetzung nicht oder nicht in einem Art. 19 Abs. 4 GG genügendem Maße geprüft hat sowie die Fälle, in denen die Bewilligungsbehörde gegen Art. 3 GG verstoßen haben kann (o. RN 12; vgl. auch die bei § 33 RN 12ff. genannten Konstellationen).

Es ist selbstverständlich, dass die **Grundrechte** auch vom **OLG in vollem Umfange** (nicht etwa beschränkt auf Ermessensfehler, § 32 RN 3f.) geprüft werden müssen. Erst wenn das nicht geschieht bzw. geschehen kann, stellt sich die Frage eines weiterreichenden Rechtsschutzes. Vgl. auch *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht in der Praxis, Heidelberg 2008, RN 626.

Die neue Entscheidung des BVerwG (s. o. RN 24) hat zur Konsequenz, dass die **ordentliche Gerichtsbarkeit** berufen ist, ein geschlossenes und lückenloses Rechtsschutzsystem herzustellen. § 17 a Abs. 2 VVG verhindert, dass der Ball von dort wieder an die Verwaltungsgerichtsbarkeit zurückgegeben wird.

Innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit kommt **nur** das **OLG nach § 29, 79 Abs. 2 IRG analog** in Betracht, weil §§ 23 EGGVG ausscheiden (s.u. RN 34) und andere Normen nicht ersichtlich sind (vgl. dazu als Grundlage die Argumentation des BVerwG, o. RN 22). Hält man eine solche Analogie für unzulässig, weil es sich um eine *bewusste* Lücke des Gesetzes handelt (s. o. RN 23), dann muss der Gesetzgeber tätig werden und auch die Frage der Anfechtbarkeit der Bewilligung umfassend und nicht nur teilweise regeln. Dass der Gesetzgeber hierzu allerdings wiederum erst ein Machtwort aus Karlsruhe benötigt, ist nicht auszuschließen.

Die **Konsequenz** für das Rechtsschutzverfahren nach den §§ 29 und 33 besteht darin, dass es neben der Zulässigkeitsentscheidung des OLG (§ 29) und der erneuten Entscheidung des OLG

§ 13

2. Teil. Auslieferung an das Ausland

(§ 33) noch eine Entscheidung des OLG über die Anfechtung der Bewilligung (§§ 29, 79 Abs. 2 analog) gäbe. Damit entfallen bei Lichte betrachtet die Argumente, warum man die Zulässigkeitsentscheidung vor die Bewilligungsentscheidung platzieren wollte (vgl. zur Funktion der außenpolitischen Rückendeckung o. RN 3 und Einleitung RN 184). Jedenfalls müssen dann allein die OLGe die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einlösen.

- 34 **5. Anfechtung nach §§ 23 ff. EGGVG.** Eine Anfechtung nach § 23 EGGVG scheidet auch aus, weil die Bewilligungsbehörde **keine Justizverwaltungsbehörde** ist (insoweit zutreffend: *G/P/K-Vogler*, RN 26 m.w.N.; *Katholnigg*, Strafrechtsverfassungsrecht, § 23 EGGVG RN 7 Fn. 80 m.w.N.). Zudem wollte der Gesetzgeber mit der Verweisung auf das EGGVG (§ 77) nicht Stellung nehmen zur Frage, ob nach dessen §§ 23 ff. der Rechtsweg gegen Entscheidungen über die Bewilligung der Rechtshilfe eröffnet ist (vgl. *Reg. Begr.*, S. 97).
- 35 **6. Verfassungsbeschwerde gegen Bewilligungsentscheidung.** Soweit das OLG in den o. RN 29 ff. genannten Fällen keinerlei oder unzureichenden Rechtsschutz gewährt, kann eine Verfassungsbeschwerde auf Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. dem gerügten materiellen Grundrecht gestützt werden (von BVerfG, EuGRZ 1983, 262 offen gelassen).

§ 13 Sachliche Zuständigkeit

- (1) Die gerichtlichen Entscheidungen erläßt vorbehaltlich der §§ 21, 22 und 39 Abs. 2 das Oberlandesgericht. Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts sind unanfechtbar.
- (2) Die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht bereitet die Entscheidung über die Auslieferung vor und führt die bewilligte Auslieferung durch.

Übersicht	RN
I. Normzweck	1
II. Ordentliche Gerichtsbarkeit	2
III. Sachliche Zuständigkeit des OLG	4
IV. Rechtsmittel im Zulässigkeitsverfahren (Abs. 1 S. 2)	5
V. Aufgaben der StA beim OLG nach Abs. 2	16

I. Normzweck

- 1 Mit § 13 Abs. 1 S. 1 folgte der Gesetzgeber der auch rechtsvergleichend weit verbreiteten Zuordnung des Rechtsschutzes im Auslieferungsrecht zur **ordentlichen Gerichtsbarkeit**, weil „ein Auslieferungsfall an einen Straffall anknüpft“ (*Reg. Begr.*, S. 47, vgl. auch Einl. RN 112 ff.).

II. Ordentliche Gerichtsbarkeit

- 2 **Abs. 1** ist **lex specialis** zu § 13 GVG und § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO (vgl. § 12 RN 23). Danach ist im Auslieferungsverfahren der ordentliche Rechtsweg eröffnet und die sachliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gegeben. Nach **Abs. 2** obliegen der **GenStA** die Vorbereitung des gerichtlichen Zulässigkeitsverfahrens und die tatsächliche Durchführung der bewilligten Auslieferung durch Übergabe („Auslieferungs-Vollzugsakt“, vgl. RN 5 ff. vor § 2).
- 3 Weil das Zulässigkeitsverfahren heute jedenfalls auch als **präventives Individualrechtsschutz-Verfahren** verstanden werden muss (vgl. § 12 RN 2 ff., Einl. RN 72 ff.), das sich gegen den Auslieferungs-Vollzugsakt richtet, und weil die Entscheidung über die Vornahme des Auslieferungs-Vollzugsakts von der Bewilligungsbehörde nach § 74 als einem Organ der Verwaltung (vgl. insoweit zutreffend: *G/P/K-Vogler*, § 12 RN 13) getroffen wird, wäre es ebenso möglich gewesen, den Rechtsschutz in die Hände der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** zu legen (vgl. etwa in der Schweiz: Art. 55 Abs. 3 i.V.m. 25 IRSG: Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Auslieferungsverfügung).

III. Sachliche Zuständigkeit des OLG

- 4 Die spezifischen Schwierigkeiten von Auslieferungsangelegenheiten und deren Rechtsfragen sowie die meist weittragende – auch außenpolitische – Bedeutung der zu treffenden Entscheidungen waren die maßgeblichen **Gründe des Gesetzgebers** für eine Konzentration auf das OLG (*Reg. Begr.*, S. 47). Diese – guten – Argumente verlieren jedoch an Überzeugungskraft, nachdem sich der Gesetzgeber in den ebenso schwierigen Fällen der §§ 48 ff. für die Zuständigkeit des LG entschieden hat. Es leuchtet auch nicht ein, warum dann der Fall des § 40 Abs. 2 Nr. 1 (zwingende Bestellung eines Beistandes bei schwieriger Sach- und Rechtslage) gerade kein Regelfall sein soll (vgl. *Reg. Begr.*, S. 60, dazu näher: § 40 RN 14 ff.). Im Auslieferungsver-