

III. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, daß einerseits das Asylrecht nicht ausgehöhlt, andererseits aber auch nicht erschlichen wird.

1. Da die Anerkennungsausschüsse beim Bundesamt mit einem Vorsitzenden und 2 Beisitzern besetzt sind, von denen nunmehr der Vorsitzende die Befähigung zum Richteramt oder zum Höheren Verwaltungsdienst besitzen muß, und die Berufung zum Beisitzer vom Bundesminister des Inneren erfolgt, wobei eine Hälfte vom Bundesrat benannt wird, sind diese Spruchkörper besetzt wie vergleichsweise die Kammern bei den Arbeits- und Sozial- oder z. B. die kleinen Kammern bei den Strafgerichten. Sie sind daher der zutreffende Adressat für ein beschleunigtes Asylverfahren.

2. Durch eine Änderung des AuslG sollte beim Bundesamt entweder zusätzlich ein Vorprüfungsausschuß eingerichtet oder den bereits bestehenden Ausschüssen die zusätzliche Aufgabe einer Vorprüfung zugewiesen werden, die darin zu bestehen hätte, Asylanträge auf eine mögliche Rechtsmißbräuchlichkeit hin in einem summarischen Vorverfahren zu überprüfen.

Der Begriff Vorprüfung ist hier weiter zu fassen als der in § 29 II AuslG verwendete Terminus. Während Vorprüfung in § 29 II AuslG als die Aufgabe des Leiters des Bundesamtes verstanden wird, die keine echte Vorentscheidung darstellt, sondern lediglich der Technik, Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens vor den Ausschüssen dient⁶⁾, ist hier eine echte, bindende Entscheidung zu verstehen.

a) Dieses summarische Vorprüfungsverfahren ist dem Deutschen Recht auch nicht fremd. In der erstgenannten Form existiert es in § 93a des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, in der zweitgenannten Form in seinem Kernstück in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

b) Allerdings müßte durch entsprechende personelle Ausstattung sichergestellt sein, daß trotz des erweiterten Aufgabenbereichs der Anerkennungsausschüsse dem Bedürfnis nach Beschleunigung Rechnung getragen

wird⁷⁾. Diese zusätzliche Belastung des Bundeshaushalts ist angesichts des hohen Anspruchs des Asylrechts gerechtfertigt. Durch die bereits oben erwähnte Zusammensetzung der Anerkennungsausschüsse hat der Gesetzgeber den richtigen Weg zur Sicherung des Asylrechts beschritten, die Errichtung von sog. Vorprüfungsausschüssen oder die Einführung eines summarischen Vorverfahrens bei den bestehenden Ausschüssen würde eine Fortführung des bereits eingeschlagenen Weges bedeuten, wobei die in § 32 II AuslG bestehende Querverbindung zu Vertretern des Bundes, der Länder, des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen oder des Sonderbevollmächtigten für Flüchtlingsfragen beim Europarat sowie die in § 35 AuslG vorgeschriebene Bestellung eines Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten nochmals den Stellenwert des Art. 16 II Satz 2 GG verdeutlicht.

3. Gleichzeitig mit der Änderung des AuslG hätte die Änderung der AuslVwV zu erfolgen, die der Ausländer- und Grenzbehörde jegliche Entscheidung in Asylangelegenheiten entzieht. Die Aufgabe dieser Behörden dürfte nur noch darin bestehen, die bei ihr gem. § 38 AuslG vorgenommene Meldung oder bei ihr eingereichte Anträge an das Bundesamt weiterzuleiten.

IV. Das Asylrecht gegen alle Angriffe zu schützen, sei es gegen solche im Sinne einer falsch verstandenen Beschleunigung, sei es gegen solche im Sinne einer Erschleichung, sollte eine vordringliche innenpolitische Aufgabe sein. Mit der Änderung des AuslG vom 31. 7. 78⁸⁾ ist ein bedeutender Fortschritt zur Beschleunigung des Asylverfahrens und gegen eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Art. 16 II Satz 2 GG getan, es gilt jedoch auch, der mißbräuchlichen Anwendung der AuslVwV entgegenzutreten.

⁶⁾ Kanein, AuslG, Anm. zu § 29.

⁷⁾ Die personelle Verstärkung ist bereits eingeleitet, vergl. BT-Drucks. 8/448, S. 11.

⁸⁾ BGBl. I, 1108.

Die Unzulässigkeit der Rücklieferung Deutscher an das Ausland

Von wiss. Mitarbeiter CHRISTOPH GUSY, Bochum

I. Die Rücklieferung

Das Auslieferungsrecht bereitet trotz seiner Jahrtausende alten Geschichte als Instrument der internationalen Zusammenarbeit bei der Verbrechensbekämpfung¹⁾ noch eine Fülle aktueller Rechtsprobleme. Dabei stand die Rücklieferung häufig im Schatten der Erörterungen.

Die Rücklieferung stellt die Rücküberstellung einer Person, die zuvor an den rückliefernden Staat vorläufig ausgeliefert wurde, dar²⁾. Wird ein im Ausland einer Straftat beschuldigter oder wegen eines Deliktes verurteilter Deutscher, der auch in der Bundesrepublik strafrechtlich verfolgt wird, an die deutsche Justiz ausgeliefert, so geschieht dieses häufig nur unter der Bedingung, daß der Betroffene alsbald nach seiner rechtskräftigen Verurteilung durch deutsche Gerichte an den ausliefernden Staat zurückgeliefert wird. Vorläufige Auslieferung und Rücklieferung dienen dazu, den Strafanspruch des Einlieferungsstaates durch eine Aburteilung des Betroffenen zu sichern, damit die Strafverfolgung nicht wegen der Dauer des Strafvollzuges im ausliefernden Staat erschwert oder unmöglich gemacht wird. Zusätzlich garantiert die Rücklieferung, daß die Vollstreckung der im ausliefernden Staat verhängten Strafe nicht bis zum Abschluß der Strafverbüßung im Einlieferungsstaat hinausgeschoben wird. Dadurch soll die Bereitschaft des ausliefernden Staates zur vorläufigen Auslieferung erhöht werden³⁾.

Im Deutschen Auslieferungsgesetz (DAG) ist die Rücklieferung nicht geregelt, sie wird jedoch allgemein als Unterfall der Auslieferung unter Bedingungen (§ 54 DAG)

angesehen⁴⁾. Das allgemeine Völkerrecht enthält zwar keine Pflicht zur Rücklieferung vorläufig ausgelieferter Personen, sie wird jedoch regelmäßig in den Auslieferungsverträgen vereinbart⁵⁾ und vor der Durchführung einer vorläufigen Auslieferung zur Bedingung gemacht.

II. Der Schutz vor Rücklieferungen im deutschen Recht

Die Zulässigkeit und die Durchführung von Auslieferungen sowie Rücklieferungen richtet sich in der Bundesrepublik primär nach den gem. Art. 59 Abs. 2 GG in Bundesrecht transformierten Auslieferungsabkommen mit dem jeweiligen Einlieferungsstaat, die als Spezialgesetze dem DAG vorgehen⁶⁾. Die in diesen vereinbarte Auslieferungs- oder Rücklieferungspflicht kann jedoch innerstaatlich nicht erfüllt werden, wenn die Vertragsgesetze gegen Bestimmungen des Grundgesetzes versto-

¹⁾ S. dazu Mettgenberg, Zeitschrift für Völkerrecht 23 (1939), S. 23 ff.; Kimminich, Asylrecht, 1968, S. 7 ff.

²⁾ Schnapp in v. Münch (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1974, Art. 16 Rdn. 26.

³⁾ Die Strafverbüßung im Einlieferungsstaat findet nach Abschluß des Strafvollzuges im ausliefernden Staat statt.

⁴⁾ Vgl. Mettgenberg/Doerner, DAG, 2. Aufl., 1953, S. 535 f.

⁵⁾ S. etwa Art. 19 II des Europäischen Auslieferungsabkommens (EAA), BGBl. II 1964, 1369; 1976, 1788; durch sie sollen die in den Verträgen enthaltenen Auslieferungspflichten normiert werden.

⁶⁾ Mettgenberg/Doerner aaO. (Fußn. 4), S. 645 ff.; Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 391; Geck, JuS 1965, 221, 222 m. w. N.

Ben. In diesem Fall ist das jeweilige Gesetz verfassungswidrig⁷⁾. Soweit das Grundgesetz Rücklieferungsbeschränkungen für Deutsche vorsieht, sind die zuständigen Staatsorgane der Bundesrepublik verpflichtet, solche Maßnahmen zu unterlassen, sie müssen die internationale Rechtshilfe insoweit verweigern.

1. Der Schutz vor Rücklieferungen aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG

Die Vereinbarkeit von Rücklieferungen Deutscher an das Ausland mit Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG ist umstritten⁸⁾.

a) Einigkeit besteht darüber, daß Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG ein absolutes Verbot der Auslieferung Deutscher an das Ausland enthält⁹⁾, das keinerlei Einschränkungen unterliegt. Dieses Verbot ist unabhängig von der Straftat, wegen der die Auslieferung begehrt wird. Insoweit entspricht das Grundgesetz einer international häufig anzutreffenden Tendenz, keine Auslieferungen eigener Staatsangehöriger an das Ausland durchzuführen¹⁰⁾. Die Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland haben sich daher jeder Maßnahme zur Vorbereitung oder Durchführung einer Auslieferung zu enthalten, wenn der Auszuliefernde Deutscher ist¹¹⁾.

Dasselbe gilt für die vorläufige Auslieferung eines Deutschen¹²⁾, d. h. seine vorläufige Überstellung an das Ausland zum Zweck der Strafverfolgung unter der Bedingung, daß er nach der Aburteilung zurückgeliefert wird¹³⁾, und die Durchlieferung¹⁴⁾, sobald ein Deutscher von einem ausländischen Staat an einen Drittstaat ausgeliefert wird und dabei in das Bundesgebiet gelangt¹⁵⁾.

b) Demgegenüber wird die Rücklieferung eines Deutschen häufig nicht unter das Verbot aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG subsumiert¹⁶⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG setze voraus, daß die Bundesrepublik Deutschland die volle Strafgewalt über den Auszuliefernden innehat. Das sei aber nicht der Fall, wenn dieser nur vorläufig an sie ausgeliefert sei unter der Zusicherung, daß eine Rücklieferung erfolgen werde. Der rückliefernde Staat gebe also weniger an staatlicher Gewalt als als ein ausliefernder Staat. Das Auslieferungsverbot untersage nur, daß die Bundesrepublik dazu beitrage, eigene Staatsangehörige der Gerichtsbarkeit anderer Staaten auszuliefern, wenn diese Staaten aus eigener Macht dazu nicht in der Lage seien. Im Falle der Rücklieferung könne der fremde Staat seine Gerichtsbarkeit jedoch ausüben, ohne auf Rechtshilfe angewiesen zu sein; die Rechtsstellung des Verfolgten werde durch die Rücklieferung folglich gegenüber derjenigen, in der er sich vorher befunden habe, nicht verschlechtert¹⁷⁾.

Ferner stehe auch der Sinn des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG der Rücklieferung nicht entgegen, da diese Vorschrift Deutsche nur vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihnen fremden Rechtssystem in für sie schwer durchschaubaren Verhältnissen bewahren wolle. Eine Inanspruchnahme ausschließlich deutscher Strafgewalt für Straftaten Deutscher im Ausland enthalte das

Auslieferungsverbot jedoch nicht. Sinn dieses Verbotes sei insbesondere nicht, die deutsche Strafverfolgung zu erschweren. Darauf liefe die Unzulässigkeit der Rücklieferung jedoch hinaus, da in diesem Falle keine vorläufige Auslieferung an die Bundesrepublik mehr durchgeführt würde. Gerade in Fällen schwerer Kriminalität bestehe bei einem Verzicht auf die vorläufige Auslieferung die Gefahr, daß diese später nicht mehr aufzuklären seien¹⁸⁾.

c) Gegen diese Auffassung bestehen allerdings Bedenken¹⁹⁾. Die begriffliche Differenzierung zwischen Auslieferung und Rücklieferung danach, ob der Staat, der eine Person einem anderen überstellt, die Rechtslage des Betroffenen verschlechtert oder nicht, ist insofern bedenklich, als dieses Kriterium kein Merkmal der Auslieferung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG darstellt²⁰⁾. Maßgeblich ist nur die Begründung in die fremder Staatsgewalt zur Strafverfolgung oder -vollstreckung. Da diese Voraussetzungen sowohl bei der Auslieferung als auch bei der Rücklieferung vorliegen, ist die dargestellte Differenzierung zwischen beiden Maßnahmen unter dem Aspekt des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG unzulässig²¹⁾.

d) Die Rücklieferung kann dennoch nicht als Auslieferung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG angesehen werden²²⁾. Rücklieferungen knüpfen stets an die vorläufige Auslieferung an²³⁾. Diese Form der Rechtshilfe setzt voraus, daß die endgültige Auslieferung zulässig und bereits bewilligt ist. Der sofortige Vollzug der endgültigen Auslieferung ist jedoch in bestimmten Fällen unmöglich, etwa wenn der ausliefernde Staat gegen den Betroffenen selbst noch eine Strafe vollstrecken will. Die vorläufige Auslieferung unter der Bedingung der Rücklieferung ersetzt dann den sofortigen Vollzug. Ist später das Hindernis weggefallen, so wird nicht nochmals über die Zulässigkeit der endgültigen Auslieferung entschieden, die alte Entscheidung bindet weiterhin. Die vorläufige Auslieferung ist daher keine eigenständige Auslieferung, sondern eine Modalität des Auslieferungsvollzuges „auf Raten“²⁴⁾. Die Rücklieferung ist die Bedingung, unter der die der endgültigen Auslieferung vorausgehende vorläufige Überstellung erfolgt²⁵⁾.

Aus der Sicht des Einlieferungsstaates ist die vorläufige Auslieferung eine Modalität des Einlieferungsvollzuges. Wie die Einlieferung selbst dient auch die vorläufige Einlieferung und die Rücklieferung seinem Interesse an der Strafverfolgung. Der ausliefernde Staat braucht keine Rechtshilfe bei der Durchführung der Strafverfolgung, er kann sie unabhängig vom Einlieferungsstaat betreiben, wenn er die vorläufige Auslieferung nicht vornimmt. Seine Strafgewalt wird weder durch die vorläufige Auslieferung noch durch die Rücklieferung berührt. Die Rücklieferung ist daher weder als Auslieferung noch als Maßnahme der Rechtshilfe überhaupt anzusehen²⁶⁾, sondern als eine Bedingung, damit der ausliefernde Staat Rechtshilfe leistet²⁷⁾. Die Rücklieferung, die also einen Teil des Einlieferungsvollzuges darstellt, unterliegt nicht den Regeln über die Auslieferung. Die Einlieferung wird jedoch durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nicht erfaßt²⁸⁾, folglich ist die Rücklieferung als Teil der Einlieferung nicht durch diese Vorschrift untersagt²⁹⁾.

¹⁸⁾ BVerfGE 29, 183, 193.

¹⁹⁾ Grundlegend Meyer, JZ 1956, 6 ff.

²⁰⁾ S. zu diesem Begriff den Nachweis o. Fußn. 9.

²¹⁾ Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 162 ff., insbesondere S. 170, untermauert diese Argumentation historisch.

²²⁾ Zum folgenden vgl. Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 170 ff.

²³⁾ S. dazu o. zu Fußn. 2.

²⁴⁾ So wörtlich Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 172.

²⁵⁾ Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 173.

²⁶⁾ So auch Schultz, Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953, S. 507 f.

²⁷⁾ Vogler aaO. (Fußn. 25).

²⁸⁾ Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 174.

²⁹⁾ So im Ergebnis auch BVerfGE 29, 193 (Ls 1); Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 179; ferner die o. Fußn. 16 Nachgewiesenen; zweifelnd Kimminich aaO. (Fußn. 8); dagegen Maunz aaO. (Fußn. 9) Rdn. 42; Schnapp aaO. (Fußn. 12).

⁷⁾ Eingehend dazu Hutzenlaub, Das Asyl als Begrenzung der Auslieferung, Diss. Freiburg 1976, S. 92 ff.; Gusy, NJW 1978, 1717.

⁸⁾ S. dazu die Übersichten über den Streitstand bei Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 16 Rdn. 89; Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, 1969, S. 151 ff.

⁹⁾ Statt aller Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 16 Rdn. 38.

¹⁰⁾ Shearer, Extradition in International Law, 1971, S. 94 ff.

¹¹⁾ Kimminich aaO. (Fußn. 8) Rdn. 85.

¹²⁾ Kimminich aaO. (Fußn. 8) Rdn. 87; Schnapp aaO. (Fußn. 2) Rdn. 19.

¹³⁾ Schnapp aaO. (Fußn. 2) Rdn. 18.

¹⁴⁾ BVerfGE 10, 136, 139; Maunz aaO. (Fußn. 9) Rdn. 42.

¹⁵⁾ Schnapp aaO. (Fußn. 12).

¹⁶⁾ So insbesondere BGHSt 5, 396 ff.; 22, 58; Grützner, NJW 1954, 1021, 1023; ders. in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, 1960, S. 583, 590 f.; v. Mangoldt/Klein, GG Art. 16 Anm. IV 2d; Jeschek, ZStW 1954, 518, 531; Simon, JZ 1954, 683; Dahm, Völkerrecht I, 1958, S. 277.

¹⁷⁾ BGHSt 5, 396, 404 f.

2. Der Schutz vor Rücklieferungen durch Art. 11 GG

Die Differenzierung zwischen der Auslieferung einerseits und der Rücklieferung als Teil der Einlieferung andererseits führt zwar zu der Ablehnung eines Rücklieferungsschutzes aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG. Die Rücklieferung stellt jedoch eine Überstellung eines Deutschen an einen fremden Staat und damit die Entfernung eines Deutschen vom Bundesgebiet dar. Eine solche Maßnahme kann grundsätzlich gegen Art. 11 GG verstoßen³⁰⁾.

a) Art. 11 GG enthält das Recht auf Freizügigkeit im Bundesgebiet, d. h. das Recht, Aufenthalt und Wohnsitz im Bundesgebiet selbst bestimmen zu dürfen³¹⁾. Dieses Recht kann nur dann wahrgenommen werden, wenn sich der Grundrechtsträger in der Bundesrepublik aufhält. Eine Entfernung aus dem Bundesgebiet würde den Schutz des Art. 11 GG zunichte machen, so daß dieser auch vor derartigen Maßnahmen Schutz bieten muß. Art. 11 GG schützt demnach nicht nur das Recht auf „freien Zug“, sondern auch das Recht auf Verbleiben im Bundesgebiet³²⁾. Mit diesem Schutz würde die Rücklieferung eines Deutschen, der sich in der Bundesrepublik aufhält, kollidieren³³⁾.

Demnach enthält Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nur eine Wiederholung und Verdeutlichung des schon in Art. 11 GG normierten Schutzes³⁴⁾, der insoweit über das Freizügigkeitsrecht hinausgeht, als der Auslieferungsschutz keinem Schrankenvorbehalt unterliegt, während Art. 11 Abs. 2 GG einen „sachlich zwar recht umfassenden, aber doch deutlich begrenzten Gesetzesvorbehalt“³⁵⁾ darstellt. Diese Schranken, die sich tatbestandlich insbesondere auf Notsituationen in der Bundesrepublik oder den Schutz des Bestandes von Bund und Ländern beziehen³⁶⁾, sind jedoch bei der Rücklieferung Deutscher an das Ausland nicht einschlägig, da in diesen Fällen die genannten Voraussetzungen regelmäßig nicht vorliegen³⁷⁾.

b) Folglich wäre die Rücklieferung eines Deutschen an das Ausland wegen Art. 11 GG stets unzulässig. Die Prämisse dieser Annahme, Art. 11 GG sei trotz der ausdrücklichen Erwähnung des Auslieferungsschutzes in Art. 16 Abs. 2 GG gegenüber Rücklieferungen anwendbar, ist jedoch umstritten³⁸⁾.

Der Annahme der Anwendbarkeit des Art. 11 GG wird entgegengehalten³⁹⁾, Art. 16 Abs. 2 GG regele aus dem Bereich der Überstellungen an das Ausland, die ihrerseits einen Teilbereich der Freizügigkeit im Bundesgebiet darstellen, den Ausschnitt der Überstellung zu strafrechtlichen Zwecken. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG verstärke den Schutz vor derartigen Überstellungen und greife in diesem Teilbereich gegenüber Art. 11 GG als *lex specialis* ein, so daß auf diesem Gebiet für die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts kein Raum mehr bleibe. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG gebe daher Antwort auf die Frage nach den Grenzen, die Überstellungen an das Ausland zu strafrechtlichen Zwecken durch die Staatsangehörigkeit des Betroffenen gesetzt seien, Art. 11 GG ergänze diese Bestimmung nur insofern, als er Überstellungen Deut-

scher an das Ausland aus anderen als strafrechtlichen Gründen verbiete.

Nach dieser Auffassung führt demnach die privilegierte Rechtsstellung Deutscher gegenüber Auslieferungen an das Ausland durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG zu einer Schmälerung des Grundrechtsschutzes gegenüber Rechtshilfemaßnahmen, die nicht „Auslieferungen“ sind und daher diesem Schutz nicht unterfallen. Da Art. 11 GG als Spezialnorm gegenüber Art. 2 GG angesehen wird, die die Freizügigkeit im Bundesgebiet abschließend regelt, wird damit gegenüber Rücklieferungen Grundrechtsschutz weder aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG noch aus Art. 11 GG noch aus Art. 2 GG gewährt, der Betroffene steht damit solchen staatlichen Maßnahmen ohne Grundrechtsschutz gegenüber.

Diese Lehre ist jedoch nicht unbedenklich⁴⁰⁾. Ihr Ausgangspunkt besteht darin, zwischen einem Bereich, der durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG geregelt wird (sog. „Regelungsbereich“) und einer engeren Sphäre, in der die in diesem Grundrechte verbürgte Freiheit gewährleistet wird (sog. „Schutzbereich“) zu differenzieren⁴¹⁾. Dadurch wird die Funktion der in dem Grundrecht thematisierten Freiheit verdoppelt. Einerseits soll das Freiheitsrecht Auslieferungen, nicht jedoch Rücklieferungen verbieten, andererseits soll es die „Überstellung Deutscher an das Ausland zu strafrechtlichen Zwecken“ abschließend regeln. Es entfaltet somit Wirkungen über seinen „Schutzbereich“ hinaus, indem es Sperrwirkung gegenüber anderen Grundrechten hat. Der Umfang dieser Sperrwirkung des „Regelungsbereichs“ wird grundsätzlich auf Grund der Systematik des grundrechtlichen Rechtsgüterschutzes an Hand der in der jeweiligen Bestimmung thematisierten Freiheit konkretisiert⁴²⁾. Wie jedoch der Bereich, der durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG „abschließend“ geregelt sein soll, näher zu bestimmen ist, ist aus dem Grundrechtstatbestand selbst nicht zu entnehmen, da dieser gerade überschritten wird. Das Grundrecht selbst liefert jedenfalls keinen Anhaltspunkt für die Konkretisierung dieses „Regelungsbereichs“.

Dementsprechend fehlt bei den Vertretern der dargestellten Auffassung jede Begründung dafür, warum Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur die Zulässigkeit von „Auslieferungen“, sondern darüber hinaus von allen „Überstellungen an das Ausland zu strafrechtlichen Zwecken“ abschließend regeln soll⁴³⁾. Ebenso könnte man sich auf den Standpunkt stellen, diese Vorschrift regele abschließend den Schutz Deutscher vor zwangsweiser Entfernung aus dem Bundesgebiet, Art. 11 GG sei insoweit nicht anwendbar⁴⁴⁾. Durch solche Auslegungen wird der Grundrechtsschutz jeweils stark eingeschränkt oder erweitert. Das Grundgesetz selbst bietet dafür keine gesicherten normativen Grundlagen, das Normprogramm der Freiheitsrechte ist für eine derartige Interpretation unzureichend. Durch eine solche Auslegung würde die normative Funktion der Verfassung relativiert⁴⁵⁾. Die Interpretation der Grundrechte hat sich primär an den jeweiligen Normtexten auszurichten. Darüber hinaus ist für weitere Bereiche, die ein Grundrecht abschließend regeln soll, kein Raum⁴⁶⁾.

Daneben ist auch zweifelhaft, ob eine abschließende Regelung durch ein Grundrecht, die einen grundrechtsfreien Bereich begründen soll, mit der Intention dieser

³⁰⁾ Meyer aaO. (Fußn. 19), S. 10.

³¹⁾ So schon BVerfGE 2, 266 (Ls 1); Dürig aaO. (Fußn. 9) Art. 11 Rdn. 29; Dicke in v. Münch aaO. (Fußn. 2), Art. 11 Rdn. 7; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 4. Aufl., 1977 Art. 11 Rdn. 3; Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1970, S. 15 ff.

³²⁾ Dürig aaO. (Fußn. 31) Rdn. 39, 102; Dicke aaO. (Fußn. 31) Rdn. 9; Merten aaO. (Fußn. 31), S. 41 f.

³³⁾ Meyer aaO. (Fußn. 19), S. 11; Dürig aaO. (Fußn. 31) Rdn. 102.

³⁴⁾ Dürig aaO. (Fußn. 31).

³⁵⁾ Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 159 m. w. N.

³⁶⁾ S. dazu die gute Übersicht bei Dürig aaO. (Fußn. 31) Rdn. 55 ff.

³⁷⁾ Meyer aaO. (Fußn. 33); Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 160.

³⁸⁾ Demgegenüber versucht BVerfGE 29, 183, 194 f. das Problem mit Hilfe der Schranken des Art. 11 GG zu lösen, wenn es ausführlich: „Aus denselben Gründen, wie für das Auslieferungsverbot erwähnt, würde die abschließende Rücklieferung notwendigerweise zur zeitweiligen Überstellung gehören. Sie würde daher eine etwaige Beschränkung (!) der Freizügigkeit rechtfertigen.“

³⁹⁾ Zum folgenden s. Vogler aaO. (Fußn. 8), S. 162.

⁴⁰⁾ Das Verhältnis zwischen Art. 16 Abs. 2 S. 1 und Art. 11 GG analysiert auch Merten aaO. (Fußn. 31), S. 93 ff.

⁴¹⁾ Vgl. zu dieser Unterscheidung grundsätzlich Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl., 1976, S. 138 f. m. w. N.

⁴²⁾ Erichsen aaO. (Fußn. 41), S. 20, 138 f.; so ist „Regelungsbereich“ des Art. 12 GG danach die „Berufsfreiheit“, des Art. 8 GG die „Versammlungsfreiheit“.

⁴³⁾ Vogler aaO. (Fußn. 39) postuliert diese Lösung ohne Begründung.

⁴⁴⁾ Ablehnend zu Recht Merten aaO. (Fußn. 31), S. 94 ff.

⁴⁵⁾ Die normative Funktion der Verfassung betont insbesondere Böckenförde, NJW 1976, 2089, 2091 ff.

⁴⁶⁾ Ablehnend auch Merten, JuS 1976, 345, 347.

Garantien vereinbar ist. Zweck dieser Normen ist grundsätzlich, Freiheit zu sichern; nur wenn eine Bestimmung ausdrücklich bestimmte Bereiche von der garantierten Freiheit ausnimmt, ist eine gegenteilige Regelung durch die Grundrechte anzunehmen. Daneben enthalten die Grundrechte keine weiteren Regelungen; ihr Regelungsbereich ist mit dem jeweiligen Freiheitsbereich somit bis auf die dargestellte Ausnahme identisch. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG regelt somit nur die Zulässigkeit der „Auslieferung“ Deutscher.

Folglich kann Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nicht als Spezialnorm die Anwendbarkeit des Art. 11 GG gegenüber Rücklieferungen sperren⁷⁾.

c) Art. 11 GG schützt damit vor allen Maßnahmen zur Entfernung Deutscher aus dem Bundesgebiet, soweit nicht Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG Schutz bietet.

Die Argumente, die die Vereinbarkeit der Rücklieferungen mit dem Auslieferungsverbot rechtfertigen, können bezüglich des Art. 11 GG nicht herangezogen werden⁸⁾, da es bei diesem Grundrecht nicht darauf

⁷⁾ So auch Meyer aaO. (Fußn. 33); Dürig aaO. (Fußn. 33).

ankommt, in welcher Rechtsform die Entfernung vom Bundesgebiet durchgeführt wird. Ob die Rücklieferung Teil der Ein- oder Auslieferung ist, ist bezüglich des Freizügigkeitsrechts ohne Bedeutung, da durch sie in jedem Fall ein Deutscher vom Bundesgebiet entfernt wird. Das ist gemäß Art. 11 GG schon deshalb unzulässig, weil die Schrankenbestimmungen des Art. 11 Abs. 2 GG nicht einschlägig sind⁹⁾.

Folglich verstößt die Rücklieferung Deutscher gegen Art. 11 GG und ist deshalb unzulässig¹⁰⁾. Eine völkerrechtliche Zusicherung der Rücklieferung kann die Bundesrepublik daher nicht erfüllen, sie begeht ein völkerrechtliches Delikt¹¹⁾, wenn sie dennoch eine solche Zusage abgibt¹²⁾.

⁹⁾ Anders jedoch die Ausführungen des BVerfG o. Fußn. 38.

¹⁰⁾ S. dazu o. zu Fußn. 37.

¹¹⁾ So auch die o. Fußn. 47 Nachgewiesenen.

¹²⁾ Vgl. dazu Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit II, 1973, S. 150.

¹³⁾ Kimminich aaO. (Fußn. 8) hält diese Zusicherung deshalb für verfassungswidrig; dagegen zu Recht Schnapp aaO. (Fußn. 12).

Zur Anwendbarkeit des § 74 StPO auf Polizeibedienstete als Sachverständige

Von Dr. CHRISTIAN DÄSTNER, Richter am Landgericht, Bonn

I. Aktualität des Problems

1. Ahlf hat in einem Beitrag in dieser Zeitschrift zur Frage einer „Ablehnung des Vertreters von Behördengutachten durch den Beschuldigten im Strafverfahren“ Stellung genommen¹⁾. Er gelangt zu dem Ergebnis, regelmäßig handele es sich bei den im Bundeskriminalamt (BKA) bzw. den Landeskriminalämtern (LKA) erstellten Gutachten um verlesbare Behördengutachten i. S. des § 256 Abs. 1 StPO. Ein zur mündlichen Hauptverhandlung geladener Sachverständiger, der ein Behördengutachten erstellt habe, besitze im Strafprozeß die Stellung eines beauftragten und bevollmächtigten Vertreters seiner Behörde. Eine Ablehnung des Behördenvertreters durch den Beschuldigten komme regelmäßig nicht in Frage. Der Auffassung von Ahlf kann nicht gefolgt werden.

2. Das Problem ist – wie sich aus den von ihm genannten Zahlen der vom BKA erstellten Fachgutachten ergibt – von zunehmender Bedeutung. Das hat seinen Grund in gewandelten Kriminalitätsformen und in geänderten Verhaltensformen sowohl von Tätern wie Verbrechenopfern. Vor allem bei modernen Formen der Kriminalität sind Sachverständige aus dem kriminalistischen Bereich zur Auswertung des Beweismaterials nicht zu ersetzen. Dies führt zur vermehrten Belastung des BKA und der LKA. Daraus erklärt sich das Interesse dieser Behörden und ihrer Bediensteten, die Gutachten möglichst weitgehend im Wege der Verlesung nach § 256 Abs. 1 StPO verwertet zu sehen. Verschiedentlich wird dem dahingehenden Wunsch Nachdruck dadurch verliehen, daß – etwa durch roten Stempelaufdruck (so das LKA NRW) – auf die Verlesbarkeit von Behördengutachten ausdrücklich hingewiesen wird – ein Rechtsrat, der das Gericht freilich nicht von der eigenverantwortlichen Prüfung entbindet, ob es seiner Aufklärungspflicht im Rahmen des § 244 Abs. 2 StPO nicht doch nur durch die persönliche Vernehmung des Urhebers des Gutachtens in der Hauptverhandlung genügen kann²⁾.

3. Wenn das BKA deshalb das Thema „Ablehnungsprobleme bei Polizeibediensteten als Sachverständigen“ in das Programm seiner Arbeitstagung vom 23. bis 26. Oktober 1978 aufgenommen hatte, so wurde damit eine durchaus aktuelle Frage aufgegriffen. Leider geht Ahlf auf die

Erörterungen in der Arbeitsgruppe, die sich dieses Themas angenommen hatte und in der der von ihm vertretenen Auffassung von verschiedenen Seiten, u. a. vom Verfasser, deutlich entgegengetreten wurde, nicht ein. Einige der gegen die Einschränkung des Ablehnungsrechts vorgebrachten Argumente sollen deshalb hier wiederholt werden.

II. Polizeibedienstete als Sachverständige und ihre Ablehnung

1. Richtig ist sicher, daß allein die Zugehörigkeit des Sachverständigen zu einer Polizeidienststelle einen Ablehnungsgrund weder nach §§ 74, 22 Nr. 4 StPO³⁾ noch unter dem Gesichtspunkt der Besorgnis der Befangenheit⁴⁾ darstellt. Vielmehr kommt es auf die Funktion des Bediensteten im Einzelfall und sein Verhalten gegenüber den Verfahrensbeteiligten an, ob ein Ablehnungsgrund angenommen werden muß⁵⁾. Daß eine besondere Befangenheitsproblematik bei Polizeibediensteten als Sachverständigen gleichwohl nicht geleugnet werden kann, ergibt sich daraus, daß sie Ämtern und Dienststellen angehören, denen neben der gutachtlichen auch – und vor allem – strafverfolgende Tätigkeiten obliegen. Vor allem in Verfahren, in denen schon die Ermittlungen sinnvoll nur unter Hinzuziehung von Sachverständigen geführt werden können, ist die Grenze zwischen ermittelnder und „lediglich“ begutachtender Tätigkeit nicht immer leicht zu ziehen. Auch wenn eine eindeutig gutachterliche Tätigkeit vorliegt, so daß der Ablehnungsgrund nach §§ 74, 22 Nr. 4 StPO nicht eingreift, ergibt sich für die Verteidigung doch nicht selten die Versuchung, den polizeilichen Sachverständigen in die Rolle des Ermittlungsbeamten zu drängen und seine Objektivität in Frage zu stellen. Aus der Sicht des Gerichts wird eine besonders sorgfältige Bewertung des Gutachtens eines polizeilichen Sachverständigen und der Frage seiner Unbefangenheit vor allem dort geboten sein, wo dieser bereits in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens – sei es auch nur beratend – hinzugezogen worden ist und das Ermitt-

³⁾ BGH, NJW 1958, 1308.

⁴⁾ BGHSt 18, 214 ff.

⁵⁾ Im einzelnen Kube/Leineweber, Polizeibeamte als Zeugen und Sachverständige, BKA-Schriftenreihe, Bd. 45, Wiesbaden 1977 S. 109 ff., 117.

¹⁾ MDR 1978, 981.

²⁾ Löwe/Rosenberg/Gollwitzer, StPO 23. Aufl. Rdz. 4 zu § 256.