

§ 5 IRG: Gegenseitigkeit

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2020. “§ 5 IRG: Gegenseitigkeit.” In *Rechtshilferecht in Strafsachen*, edited by Kai Ambos, Stefan König, and Peter Rackow, 2. Aufl., 205–7. Baden-Baden: Nomos.



4. Abschnitt § 5 IRG Gegenseitigkeit

§ 5 IRG Gegenseitigkeit

Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn auf Grund der vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherungen erwartet werden kann, daß dieser einem vergleichbaren deutschen Ersuchen entsprechen würde.

A. Regelungsgegenstand und Prüfungszeitpunkt .	45	B. Anforderungen	47
I. Regelungszweck	45	I. Prognosegegenstand	47
II. Prüfungszeitpunkt	46	II. Prognosegrundlage	49

A. Regelungsgegenstand und Prüfungszeitpunkt

I. Regelungszweck

Die Vorschrift schreibt ungeachtet der im Gesetzgebungsverfahren und auch gegenwärtig noch geübten Kritik fest, dass vom ersuchenden Staat die Entsprechung eines vergleichbaren deutschen Ersuchens erwartet werden können muss.¹ Befürchtungen, die BR werde durch das Festhalten am Gegenseitigkeitsprinzip zu „einem Hort für Verbrecher“,² haben sich als unbegründet erwiesen. Die Vor-

1 Krit. etwa Grützner, ZStW 68 (1956), 501, 511; Vogler, ZStW 81 (1969), 165 ff; ders., NJW 1983, 2114 (2117 f). S. aber auch Jescheck, ZStW 66 (1954), 518, 527 ff.

2 Vogler, NJW 1983, 2114 (2117).

schrift basiert auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit, das als Grundgedanke im Völkerrecht fest verankert und auch im geltenden internationalen Rechtshilferecht weiterhin stark präsent ist. Traditionell wird das Gegenseitigkeitsprinzip nur auf das staatliche Interesse an der Achtung der Gleichheit souveräner Staaten zurückgeführt.³ Hinzu kommt das staatliche Interesse, mithilfe des Gegenseitigkeitsprinzips einen „wohltätigen Druck“ zur Zusammenarbeit bei der Strafrechtspflege zu erzeugen.⁴ Indes lässt sich dem Gegenseitigkeitsprinzip auch eine die personale Gleichheit fördernde Seite abgewinnen, weil es für eine grundsätzliche Auslieferungsgleichheit zwischen den Personen in beiden Staaten sorgt (s. 2. Hauptteil Rn 23). Insoweit weist das Gegenseitigkeitsprinzip durchaus eine Gerechtigkeitsdimension auf.⁵ Gestützt wird diese Betrachtungsweise von einer Bemerkung in der Gesetzesbegründung, derzufolge dem „Ziel der Vermeidung von Ungerechtigkeiten“ dadurch gedient werde, dass die Gegenseitigkeit nicht mehr wie im DAG vom ersuchenden Staat bloß formell verbürgt, sondern von den deutschen Gerichten auch tatsächlich prognostiziert werden müsse.⁶

II. Prüfungszeitpunkt

- 46 Da die Gegenseitigkeit materielle Zulässigkeitsvoraussetzung der Auslieferung ist, hat das OLG das Vorliegen dieser Voraussetzung zu prüfen (vgl § 12 IRG).⁷ Ihm obliegt es, die von § 5 IRG geforderte Prognose zu stellen, ob der ersuchende Staat einem vergleichbaren Ersuchen entsprechen würde. Die Erwartung der Gegenseitigkeit muss folglich in dem Zeitpunkt begründet sein, in dem das OLG die Auslieferung für zulässig erklärt.⁸ Doch muss diese Erwartung im Stadium der Bewilligung (vgl § 12 IRG) und bis zum Zeitpunkt der Überstellung aufrechterhalten werden können.⁹ Existieren für den zwischenzeitlichen Wegfall der Gegenseitigkeitserwartung Anhaltspunkte, haben Bewilligungs- und Vollzugsbehörde von Amts wegen zu prüfen, ob die vom OLG bejahte Erwartung weiterhin berechtigt ist.

B. Anforderungen

I. Prognosegegenstand

- 47 § 5 IRG verlangt eine Prognose darüber, ob der ersuchende Staat einem vergleichbaren Ersuchen entsprechen werde. Anders als nach § 4 Nr. 1 DAG kommt es jedoch nicht auf das Vorliegen einer völkerrechtlich bindenden Verbürgung des ersuchenden Staates an.¹⁰ Das OLG hat vielmehr eine Beurteilung vorzunehmen, die sich in zwei Teilaspekte auffächern lässt.¹¹ Zum einen muss die an den ersuchenden Staat gerichtete Erwartung begründet sein, einem deutschen Auslieferungsersuchen werde in einem vergleichbaren Fall entsprochen. Dies setzt zum anderen voraus, dass die BR ein solches Ersuchen stellen würde. Während der erste Teil der Prognose unstrittig ist, wird die Notwendigkeit des zweiten Teils bestritten.¹² Aus Sichtweise des ersuchenden Staates heißt es, sei es nicht nachzuvollziehen, dass er zwar nicht mehr verlange, als er umgekehrt zu gewähren bereit sei, dass aber sein Ersuchen gleichwohl abgelehnt werde, weil die BR in einem vergleichbaren Fall kein Ersuchen stelle.¹³ Nachvollziehbar ist das Erfordernis hingegen nach dem oben herausgearbeiteten Aspekt der Auslieferungsgleichheit (s. 2. Hauptteil Rn 45). Diese besteht nur, wenn in vergleichbaren Fällen die BR und der ersuchende Staat die auf ihrem Territorium befindlichen Personen tatsächlich wechselseitig auslieferten. Daran fehlt es, wenn die BR kein Ersuchen stellt, so dass die Auslieferungsbereitschaft des ersuchenden Staates in diesem Fall ins Leere ginge. Unbeachtlich ist es hingegen, dass das deutsche Recht die Tat oder ihre Folgen rechtlich anders bewertet (also etwa unter einen anderen Tatbestand subsumiert oder einer Maßregel anstatt einer Strafe unterwirft). Es kommt lediglich da-

3 Grütznert, ZStW 68 (1956), 501, 509; Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 2; Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 6.

4 Jescheck, ZStW 66 (1954), 518, 527. Zustimmung Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 7.

5 AA: Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 7, unter Verweis auf ADIP, ZStW 81 (1969) 243.

6 BT-Drs. 9/1338, 38. S. bereits Jescheck, ZStW 66 (1954), 518 (528).

7 Vgl Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 12.

8 Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 27.

9 Vgl Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 13; Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 27; Vogler, NJW 1983, 2114 (2118).

10 Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 8.

11 Vogler, NJW 1983, 2114 (2118).

12 Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 9 ff.

13 So Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 5 Rn 10.

rauf an, dass bei einem sinngemäß umgestellten Sachverhalt sowohl ein deutsches Auslieferungsersuchen als auch dessen positive Bescheidung erwartet werden kann.¹⁴

Ob die Erwartung berechtigt ist, dass der ersuchende Staat einem deutschen Ersuchen in einem vergleichbaren Fall entsprechen würde, hängt vom **Auslieferungsrecht und von der Auslieferungspraxis** des ersuchenden Staates ab, ist also eine rechtsdogmatische und rechtspraktische Frage.¹⁵ Entscheidend ist, ob im ersuchenden Staat ein innerstaatliche Auslieferungsbefugnis besteht und ein politischer Auslieferungswille vorhanden ist. Unberechtigt ist die Erwartung der Gegenseitigkeit daher, wenn bei umgekehrter Sachlage die Auslieferung an zwingenden Rechtshindernissen scheitern müsste.¹⁶ Auf Randaspekte des Auslieferungsverfahrens, wie etwa eine Fristberechnung, soll es dabei nicht ankommen; insoweit soll es unschädlich sein, dass das deutsche Auslieferungsverfahren großzügiger ausgestaltet ist.¹⁷ Unerheblich soll es sein, dass der ersuchende Staat seinerseits Auslieferungen von einem in Deutschland idR nicht verlangten Schuldnachweis abhängig macht;¹⁸ diesbezügliche Probleme lassen sich in vielen Fällen durch eine ausnahmsweise Tatverdachtsprüfung (s. 2. Hauptteil Rn 120) entschärfen.¹⁹ Unberechtigt ist die Erwartung der Gegenseitigkeit hingegen, wenn die Behörden des ersuchenden Staates im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung in vergleichbaren Fällen die Auslieferung in aller Regel nicht bewilligen, etwa weil der ersuchende Staat den deutschen Vorwurf zum Gegenstand eines eigenen Strafverfahrens machen würde.²⁰ Bei der insoweit verlangten „materiellen Prognose“²¹ kommt es also auch auf die Praxis des Auslieferungsverfahrens, oder anders: auf die Auslieferungspolitik, an.²²

II. Prognosegrundlage

Grundlage der Prognose sind nach dem Wortlaut des § 5 IRG die vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherungen. Das Vorliegen einer solchen **Zusicherung** ist eine **notwendige Voraussetzung** für die vom OLG vorzunehmende Prognose; fehlt sie, kann dem Auslieferungsersuchen nicht stattgegeben werden.²³ Die Zusicherung muss ausdrücklich und eindeutig sein sowie von einem berechtigten Vertreter des ersuchenden Staates abgegeben werden.²⁴ Daher genügt eine Erklärung des Richters des ausländischen Tatgerichts nicht. Erst recht kann dem Ersuchen keine konkludente Zusicherung entnommen werden.²⁵ Eine eindeutige und wirksame Zusicherung ist jedoch nicht stets auch eine **hinreichende Voraussetzung** für die vom OLG zu stellende Prognose. Existieren Anhaltspunkte dafür, dass trotz der Zusicherung zwingende rechtliche Auslieferungshindernisse im ersuchenden Staat bestehen oder dass der Staat in vergleichbaren Fällen eine Auslieferung verweigert hat, hat das OLG diesbezügliche Prüfungen vorzunehmen.²⁶ Dies gilt erst recht, wenn bekannt ist, dass der ersuchende Staat in der Vergangenheit Zusicherungen nicht eingehalten hat. Gegebenenfalls sind rechtsvergleichende Gutachten bzw. Auskünfte beim Auswärtigen Amt oder beim Bundesamt für Justiz einzuholen.²⁷

14 So iE auch Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 19; KG Berlin 16.6.1972 – (1) Ausl. 9/72 (47/72), NJW 1972, 1634.

15 Unglücklich die Wendung „Tatfrage“ von Vogler, NJW 1983, 2114 (2118); zutreffend krit. Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 12.

16 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 13.

17 OLG Dresden 27.3.2014 – OLG Ausl 53/14, NStZ-RR 2014, 225, Rn 7 f.

18 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 16 f; s. aber BGH 12.9.1974 – B Ausl 2/74, BGHSt 25, 374 (376 ff); Jescheck, ZStW 66 (1954), 518 (529); Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 7.

19 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 17; Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 7.

20 Vgl Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 18.

21 BT-Drs. 9/1338, 38.

22 Vgl Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 7; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 15 („politischer Auslieferungswille“).

23 Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 8; ebenso Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 20.

24 Vgl Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 21.

25 Vgl Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 9.

26 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 22.

27 Vgl Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burhard IRG § 5 Rn 25; Vogler, NJW 1983, 2114 (2118).