

Univ. Prof. Dr. Otto Lagodny¹

Auslieferung trotz Flüchtlings- oder Asylanerkennung?

**Gutachten zur Vereinbarkeit von
§ 4 Satz 2 AsylVfG
mit Völker-, Europa- und Verfassungsrecht**

erstattet für

amnesty international,

Sektion der Bundesrepublik Deutschland e. V.

Freiburg, 5. Februar 2008

¹ Universitätsprofessor für österreichisches und ausländisches Straf- und Strafverfahrensrecht sowie Strafrechtsvergleichung, Universität Salzburg

A) Einführung und Fragestellungen

Neuere Entscheidungen von Oberlandesgerichten² haben die Auslieferung eines Verfolgten für zulässig erklärt, obwohl dieser nach dem Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) als asylberechtigt anerkannt worden war bzw. obwohl festgestellt worden war, dass dem Betreffenden Abschiebungsschutz nach dem Ausländerrecht zusteht.

Die Oberlandesgerichte berufen sich hierfür auf § 4 Satz 2 Alt. 1 AsylVfG³. Dieser lautet:

„Die Entscheidung über den Asylantrag ist in allen Angelegenheiten verbindlich, in denen die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft rechtserheblich ist. **Dies gilt nicht für das Auslieferungsverfahren** sowie das Verfahren nach § 58a des Aufenthaltsgesetzes.“

Es erscheint befremdlich, dass damit folgende Situation möglich zu sein scheint:

Das eine Organ der Bundesrepublik Deutschland bejaht die Asylberechtigung⁴ einer bestimmten Person, weil diese in einem anderen Staat politisch verfolgt wird; das andere Organ der Bundesrepublik Deutschland bejaht unabhängig davon die (Zulässigkeit der) Auslieferung in genau diesen anderen Staat, weil dieser im Rahmen der auslieferungsrechtlichen Spezialität⁵ oder auf Anforderung

² Zu den Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG Braunschweig siehe unten G.

³ Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich nur auf Alternative 1, soweit nicht der gesamte Satz ausdrücklich gemeint ist.

⁴ Die nachfolgenden Ausführungen gelten sinngemäß für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, soweit sich die Argumentation nicht allein auf Art. 16 a GG beschränkt.

⁵ Der Grundsatz der Spezialität ist z. B. in § 11 IRG geregelt und bedeutet, dass der ersuchende Staat die Zusage geben muss, den Verfolgten nur wegen einer bestimmten (eben „speziellen“) Tat zu verfolgen, nicht wegen einer anderen Tat. Er ist

im Einzelfall die völkerrechtlich verbindliche Zusage abgibt, dass er die Person – zusammengefasst – nicht (mehr) politisch verfolgen wird. Auf diesen Nenner kann man die noch vorherrschende Meinung bringen, welche die Verfahrensregelung des § 4 Satz 2 AsylVfG damit legitimieren will, die auslieferungsrechtliche Entscheidung sei deshalb zu recht unabhängig von der verwaltungsrechtlichen Anerkennungsentscheidung, weil nur im Auslieferungsrecht die Möglichkeit von Spezialitätszusagen des anderen Staates bestehe⁶.

in Konventionen und Verträgen sowie in innerstaatlichen Ermächtigungsnormen wie § 11 IRG enthalten. Dieser lautet beispielsweise: „Spezialität: (1) Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn gewährleistet ist, daß der Verfolgte 1. in dem ersuchenden Staat ohne deutsche Zustimmung aus keinem vor seiner Überstellung eingetretenen Grund mit Ausnahme der Tat, derentwegen die Auslieferung bewilligt worden ist, bestraft, einer Beschränkung seiner persönlichen Freiheit unterworfen oder durch Maßnahmen, die nicht auch in seiner Abwesenheit getroffen werden können, verfolgt werden wird, 2. nicht ohne deutsche Zustimmung an einen dritten Staat weitergeliefert, überstellt oder in einen dritten Staat abgeschoben werden wird und 3. den ersuchenden Staat nach dem endgültigen Abschluß des Verfahrens, dessentwegen seine Auslieferung bewilligt worden ist, verlassen darf. (2) Die Bindung des ersuchenden Staates an die Spezialität darf nur entfallen, wenn 1. die deutsche Zustimmung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung einer Strafe oder einer sonstigen Sanktion hinsichtlich einer weiteren Tat (§ 35) oder zur Weiterlieferung, Überstellung oder Abschiebung an einen anderen ausländischen Staat (§ 36) erteilt worden ist, 2. der Verfolgte den ersuchenden Staat innerhalb eines Monats nach dem endgültigen Abschluß des Verfahrens, dessentwegen seine Auslieferung bewilligt worden ist, nicht verlassen hat, obwohl er dazu das Recht und die Möglichkeit hatte, oder 3. der Verfolgte, nachdem er den ersuchenden Staat verlassen hatte, dorthin zurückgekehrt ist oder von einem dritten Staat zurücküberstellt worden ist. Das Recht des ersuchenden Staates, den Verfolgten zur Vorbereitung eines Ersuchens nach § 35 zu vernehmen, bleibt unberührt. (3) Eine bedingte Freilassung ohne eine die Bewegungsfreiheit des Verfolgten einschränkende Anordnung steht dem endgültigen Abschluß des Verfahrens nach Absatz 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 gleich.

⁶ Vgl. dazu mit eingehender Darstellung wichtiger Positionen bis November 1994: Vogler, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Loseblatt), 3. Aufl. 2007, § 6 IRG RN 139 – 180. Danach z. B. Renner, Ausländerrecht, 7. Aufl. 1999, § 4 AsylVfG RN 14: Ob die Gefahr einer politischen Verfolgung durch Zusicherungen des Verfolgerstaates „jemals mit der nach Art. 16 a

Eine Auslieferung widerspreche deshalb nicht der Anerkennungsentscheidung nach dem AsylVfG. Die Berechtigung bestehe ja weiter. Der Asylberechtigte

„werde eben nur nicht ausgeliefert und für die Dauer seines Aufenthalts im Verfolgerland durch den Spezialitätsgrundsatz geschützt. Konkret heißt das: Der Asylberechtigte genießt Asyl im Gerichtssaal und Gefängnis desjenigen Staates, dem die Bundesrepublik Deutschland amtlich [*bereits, O.L.*] bescheinigt hat, daß er für den Betreffenden ein Verfolgerstaat ist“⁷

Dieser Gedankengang setzt voraus, dass ein- und dieselbe Rechtsfrage verschieden beantwortet wird. Diese lautet in Asylfällen:

Ist die Auslieferung eines strafrechtlich Verfolgten zulässig, wenn dieser nach der Feststellung durch die hierfür nach nationalem Recht zuständigen Behörden (und ggf. Gerichte) die Rechtsnorm-Voraussetzungen folgender Normen erfüllt:

- Art. 16 a Abs. 1 GG: „politisch Verfolgter“?

sowie jeweils in ihrer Konkretisierung durch § 60 Abs. 1 AufenthG:

- die Flüchtlingseigenschaft nach der Qualifikationsrichtlinie (QRL)⁸

Abs. 1 GG zu fordernden Sicherheit ausgeschlossen werden könne, „erscheint fraglich“.

⁷ So die sicherlich zuspitzende, aber gerade deshalb den Punkt treffende Zusammenfassung der Meinung von *Vogler* durch *Kimminich*, Asylrecht und Auslieferung, AnwBl 1985, 416 – 424, 422 f. Vgl. auch seinerzeit schon Hailbronner/Olbrich, Asylrecht und Auslieferung, NVwZ 1985, 297, 300 einerseits und andererseits Gusy, Christoph, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 214: „Eine politische Verfolgung wird jedoch nicht stets mit strafrechtlichen Mitteln durchgeführt“– S. 215: „Ein Staat, der die Lage eines Verfolgten erschweren will, findet dazu auch während des Strafvollzugs Gelegenheit“; Gusy, Christoph, Aktuelle Fragen des Auslieferungsrechts, MDR 1980, 95 – 98, 97 f: versteckte Verletzungen seien nicht erfassbar über Spezialitäts-Zusicherungen.

⁸ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABI L 304/12 vom 30. 9. 2004.

- die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)?

Die Antwort erscheint einfach, wenn man sich juristisch scheinbar korrekt, aber – wie zu zeigen sein wird – inhaltlich und verfahrensrechtlich nicht legitimierbar, auf die erwähnte Regelung des § 4 Satz 2 AsylVfG beruft.

Vor diesem Hintergrund stellt amnesty international, Sektion der Bundesrepublik Deutschland e. V. folgende, hier zu begutachtende Fragen:

1. Ist § 4 S. 2 AsylVfG vereinbar

a) mit den völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Staatenpraxis;

b) mit den europarechtlichen Vorgaben, beispielsweise der Qualifikationsrichtlinie?

2. Kann bereits das Stellen eines Antrags auf Asyl oder Abschiebungsschutz nach der Genfer Konvention ein Hindernis für die Entscheidung im Auslieferungsverfahren darstellen?

3. a) Können Zusicherungen gegenüber den deutschen Behörden rechtliche Bedenken bei der Auslieferung von Asylbewerbern und Personen, die Abschiebungsschutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention erhalten, ausräumen?

b) Kann der Zusicherung auf konventionsgemäße Behandlung durch den die Auslieferung begehrenden Staat dann eine Bedeutung zukommen, wenn im ersuchten Staat im Verfahren auf Gewährung von Flüchtlingsschutz festgestellt wurde, dass der ersuchende Staat bezüglich des Auszuliefernden konventionswidrig gehandelt hat bzw. ein derartiges Verhalten zu befürchten war?

c) Oder der Staat – wie beispielsweise die Türkei – sich immer wieder konventionswidrig verhalten hat?

B) Gang der Darstellung

l) Ausgangspunkt: Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich zur Verfassungsmäßigkeit von § 18 Satz 2 AsylVfG 1982 bzw. § 45 Satz 2 AuslG 1965 zuletzt im Jahre 1982 geäußert⁹ und offengelassen, ob diese Norm verfassungsrechtlich unbedenklich sei. Schon damals hat es aber hervorgehoben: Die Norm entbinde die Auslieferungsbehörden und -gerichte „nicht von der Verpflichtung zu prüfen, ob dem Verfolgten der Schutz des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG [a. F., O.L.] zusteht.“¹⁰

In einer frühen Entscheidung vom 9. 1. 1963 hatte das Gericht noch ausgeführt:

„Die vertragliche Zusicherung, bei einer Auslieferung den Grundsatz der Spezialität zu wahren, muß als ausreichende Garantie gegen eine politische Verfolgung angesehen werden, sofern nicht zu befürchten ist, dass dieser Grundsatz in der Praxis nicht beachtet und nicht im Sinne einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung verstanden wird (BVerfGE 9, 174, 181 f.).“

Damit hatte das Gericht den endgültigen Startschuss für die weitere Argumentation über das Spezialitätsprinzip gegeben und diese im Jahre 1975 bestätigt.¹¹

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1979 hat es dann in den amtlichen Leitsätzen jedoch ausgeführt¹²:

⁹ BVerfGE 60, 348, 358 (4. 5. 1982 – 1 BvR 1457/81); bestätigt in BVerfGE 64, 46, 62-64 (13. 4. 1983 – 1 BvR 866/82).

¹⁰ BVerfGE 60, 348, 358.

¹¹ BVerfGE 38, 398, 402.

¹² BVerfGE 52, 391 (E v. 14. 11. 1979 – 1 BvR 654/79) = NJW 1980, 516. Die nachfolgenden Zitate wurden von der NJW-Version von „Beck-Online“ übernommen. Vgl. auch die Bestätigung durch BVerfG, Beschl. v. 9.11. 2000 (Russische Föderation und Spezialität) = NSTZ 2001, 203: Das OLG Celle habe die verfassungsrechtliche Prüfungspflicht verletzt.

„1. Die Anerkennung als politischer Flüchtling durch einen anderen Vertragsstaat der Genfer Flüchtlingskonvention bewirkt für die im Auslieferungsverfahren zuständigen deutschen Stellen keine rechtliche Bindung; sie muß jedoch als Beweisanzeichen für eine tatsächlich zu befürchtende politische Verfolgung Berücksichtigung finden.“

2. Zur Einwirkung des Grundrechts aus Art. 16 II 2 GG auf die Gestaltung des Auslieferungsverfahrens.“

Nachdem das Gericht festgestellt hat, dass die ausländische Anerkennung nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) zwar nicht für die Bundesrepublik Deutschland bindend ist, hebt es aber hervor:

„Angesichts des Ziels der Genfer Konvention, den Flüchtlingen in allen Vertragsstaaten einen möglichst einheitlichen Rechtsstatus zu verschaffen, verbietet es schon diese völkerrechtliche Verpflichtung, die Anerkennungsentscheidung eines Partnerstaates für schlechthin unerheblich zu erachten. Vielmehr kann grundsätzlich von der Vermutung ausgegangen werden, daß der anerkennende Staat nach sorgfältiger Prüfung eine Asylberechtigung bejaht und den Flüchtling der Genfer Konvention unterstellt hat.“

Das Gericht fährt fort:

„Jede deutsche Instanz, die nunmehr auf der Grundlage des Art. 16 II 2 GG ein Asylrecht derselben Person zu untersuchen hat, hat bei dieser Beurteilung die ausländische Anerkennungsentscheidung mit zu berücksichtigen.“

b) Diese Pflicht ist auch verfassungsrechtlich gegenüber demjenigen, um dessen Auslieferung ersucht wird, im Hinblick auf sein Grundrecht aus Art. 16 II 2 GG von Bedeutung. Dem Verfolgten obliegt im Auslieferungsverfahren keine Beweislast hinsichtlich seiner politischen Verfolgung (BVerfGE 8, 81 [84] = NJW 1958, 1436 L = RzW 1959, 94; BVerfGE 15, 249 [253]), wenn er auch gehalten ist, bei der Sachverhaltsaufklärung nach seinen Möglichkeiten mitzuwirken. Vielmehr haben grundsätzlich das zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung berufene OLG und die mit der Vorbereitung der Auslieferungsentscheidung befaßte StA bei dem OLG ihrerseits für die erforderliche Sachverhaltsermittlung auch bezüglich der Gefahr drohender politischer Verfolgung zu sorgen.

Art. 16 II 2 GG sichert nicht nur materiell das Asylrecht des politisch Verfolgten; der Bestimmung kommt auch verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Allgemein beansprucht

die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Grundrechte auch im jeweiligen Verfahrensrecht Geltung (vgl. BVerfGE 42, 64 [73] = NJW 1976, 1391; BVerfGE 46, 325 [333] = NJW 1978, 368; BVerfGE 49, 220 [225] = NJW 1979, 534; BVerfG, NJW 1979, 2349 = EuGRZ 1979, 470 [475]; NJW 1980, 514 = EuGRZ 1979, 581 [583]; NJW 1979, 1925 = EuGRZ 1979, 506 [507]; NJW 1979, 2607 = EuGRZ 1979, 554 [555]). Diesem Grundsatz gemäß muß auch das Grundrecht des Art. 16 II 2 GG dort auf die Verfahrensgestaltung Einfluß haben, wo es um das grundgesetzlich garantierte Recht des Betroffenen auf politisches Asyl geht.

Das OLG muß daher bei Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Auslieferung insbesondere dort alle ihm möglichen Ermittlungen zur Aufklärung einer behaupteten Gefahr politischer Verfolgung des Betroffenen veranlassen, wo ohnehin bereits beachtliche Indizien gegeben sind, die für die Anerkennung einer Verfolgteigenschaft sprechen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Auszuliefernde in einem anderen Vertragsstaat der Genfer Konvention als politischer Flüchtling anerkannt ist, weil ihm in seinem Herkunftsstaat, der nun die Auslieferung begehrt, politische Verfolgung drohe. In ganz besonderem Maße gilt dies, wenn in dem anderen Staat bereits ein Auslieferungsbegehren des Heimatstaates des Verfolgten wegen der Straftaten abschlägig beschieden wurde, die nun auch Gegenstand des an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Auslieferungsersuchens sind, und wenn die Ablehnung der Auslieferung im anderen Staat gerade mit der Anerkennung des Betroffenen als politischer Flüchtling begründet wurde.“

Im Jahre 1983 hat das Bundesverfassungsgericht schließlich ausgeführt, die Anerkennung als Asylberechtigter sei auf jeden Fall ein „neuer Umstand“ im Sinne von § 33 IRG, der eine erneute Zulässigkeitsentscheidung erforderlich mache¹³.

¹³ BVerfG NJW 1983, 1721, 1722 (VG-Anerkennung als neuer Umstand); umgesetzt z. B. von OLG Nürnberg, Beschl. v. 2. 6. 1986 – Ausl. 18/84 = Eser/Lagodny/Wilkitzki, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Rechtsprechungssammlung 1949 – 1991, 2. fortgeschrieben Auflage, Freiburg 1993 (nachfolgend: „E/LW“), U 128. Konsequenterweise hat das OLG Hamm ausgeführt, dass die Versagung der Anerkennung für das Auslieferungsverfahren unerheblich ist: OLG Hamm, Beschl. v. 22. 7. 1993 – (2) 4 Ausl. 327/92 (41/93), zit bei IRhSt-Lagodny § 30 IRG RN 25.

In weiteren Entscheidungen hat das Gericht das Spezialitätsargument konkretisiert im Hinblick auf Zusicherungen der Türkei und bei erfolgter Anerkennung eine erneute Entscheidung nach § 33 IRG gefordert¹⁴.

Im Grunde genommen ist damit schon alles Wesentliche zum Thema gesagt, weil diese Begründung sinngemäß – wenngleich mit anderen Parametern - auch für die rein innerstaatliche Frage gilt: Man setze im oben zitierten Wortlaut der Entscheidung nur an die Stelle der „ausländischen Anerkennungsentscheidung“ (etc.) die: „Anerkennung in Deutschland nach dem AsylVfG“.

Freilich bestehen divergierende Ansichten zu den Fragen, anhand welchen Verhaltens des ausländischen Staates man mit welcher Intensität und vor allem anhand welchen Prüfungsmaßstabes die politische Verfolgung zu prüfen hat.

Wie noch näher darzulegen sein wird, scheinen manche Oberlandesgerichte noch davon auszugehen, dass es nur um eine Prüfung im Umfeld der Delikte des Auslieferungsersuchens und der entsprechenden Strafverfahren des ersuchenden Staates geht. Sonstige Fragen, wie insbesondere Menschenrechtsverletzungen, die unabhängig von Strafverfahren zu befürchten sind, scheinen für manche Oberlandesgerichte auslieferungsrechtlich irrelevant zu sein. Vielmehr ist die Tendenz zu bemerken: Wenn im ersuchenden Staat nichts „Schlimmes“ aus auslieferungsrechtlicher Sicht zu befürchten ist, dann geht die Auslieferung schon „in Ordnung“; eventuell sichert man sich noch durch die eine oder andere Zusicherung des anderen Staates ab. Dies mag eine stark vereinfachende Charakterisierung sein, trifft aus meiner Sicht aber den Kern des Problems.

Auch deshalb bedarf es einer eingehenden Erörterung der Vereinbarkeit von § 4 Satz 2 AsylVfG mit Völker-, Europa- und Verfassungsrecht.

¹⁴ BVerfGE 63, 197 = NJW 1983, 1723 (E v. 23. 2. 1983 – 1 BvR 990/82); vgl. auch den Jugoslawien betreffenden Fall BVerfG NJW 1983, 1721, 1722.

II) Zum weiteren Gedankengang

Bevor dies erfolgen kann, sind jedoch einige Vorüberlegungen zur Rechtsentwicklung und zu materiellen wie verfahrensbezogenen Strukturüberlegungen notwendig (unten C). Erst dann kann für das materielle Asyl- und Auslieferungsrecht (unten D) und das Verfahrensrecht (unten E) jeweils danach gefragt werden, welche für § 4 Satz 2 AsylVfG relevanten Vorgaben sich aus dem Völker-, Europa- und dem Verfassungsrecht jeweils generell ergeben. An diesen Maßstäben werden anschließend jüngere OLG-Entscheidungen zur Zulässigkeit der Auslieferung geprüft (unten F).

C) Materielle und verfahrensrechtliche Vorüberlegungen

I) Ursprünglicher Zweck von § 4 Satz 2 AsylVfG (keine Bindung eines ordentlichen Gerichts an eine Verwaltungsentscheidung)

Eine Vorschrift, die unter keinem denkbaren Aspekt zwecktauglich ist, ist verfassungswidrig. Die Zwecktauglichkeit ist das erste Kriterium des für die gesamte Rechtsordnung geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips. Sie gilt auch und insbesondere für eine Verfahrensnorm, welche die Umsetzung eines Grundrechts zentral regelt¹⁵.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht man bei der Prüfung der Zweckdienlichkeit zwar vom ursprünglichen gesetzgeberischen Willen aus, ist aber nicht gehindert, andere weitere Zwecke heranzuziehen, wenn der gesetzgeberische Zweck nicht erfüllt wird¹⁶.

Ausgangspunkt aller nachfolgenden Überlegungen ist die ebenso überraschende wie folgenreiche Feststellung, dass die Ursprungsnorm

¹⁵ Zur umfassenden Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2006, Art. 20 RN 81 m. w. N.

¹⁶ BVerfGE 86, 28, 35 f., 42 ff. (öffentlicher Sachverständiger).

des § 45 Satz 2 AuslG 1965 aus völlig anderen Gründen in das Gesetz aufgenommen wurde, als die heutige Diskussion vermuten ließe. Denkt man an die vor 1965 ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, so könnte man meinen, es sei darum gegangen, dem Spezialitätsgrundsatz des Auslieferungsrechts auch im Asylrecht weiterhin Geltung zu verschaffen. Dem war nicht so.

1. Zweck von § 45 Satz 1 AuslG 1965: Schutz der Oberlandesgerichte (Gewaltenteilung)

Eine Erläuterung von *Schiedermaier* aus dem Jahr 1968 zum Hintergrund der mit § 4 Satz 2 AsylVfG wortgleichen Bestimmung des § 45 Satz 2 AusländerG 1965 gibt Aufschluss. Sie ist in seiner Monografie zum Ausländerrecht enthalten, die sich ganz maßgeblich auf die Materialien des kurz zuvor in Kraft getretenen Ausländergesetzes 1965 stützt. Wörtlich führt er aus:

„Die Regelung wurde damit begründet, dass dem OLG die Möglichkeit eröffnet werden sollte, auch über das Asylrecht zu befinden. Es solle dabei nicht an eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde [*gemeint: Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, Anm. O.L.*] gebunden werden. Daraus wird zu schließen sein, dass die Bindungswirkung für das Auslieferungsverfahren doch eintritt, wenn über die Asylberechtigung durch rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches *Urteil* entschieden ist.“¹⁷.

In den amtlichen Materialien ist dieser Hintergrund nicht ausdrücklich benannt. Als die Regelung von der Sache her – damals als „§ 26 s“ – eingefügt worden war, sprach der „Schriftliche[...] Bericht des Ausschusses für Inneres [...]“¹⁸ nur davon, dass diese Neureglung „auf dem Sondercharakter des Auslieferungsverfahrens als einer Form der Rechtshilfe“ beruhe¹⁹. Dieser schriftliche Bericht hat aber auf nur 9

¹⁷ *Schiedermaier, Rudolf*, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland [nachfolgend: *Schiedermaier, Handbuch*], 1968, Erläuterung 7 zu § 45 [Hervorhebung im Original]

¹⁸ BT-Drs. IV/3013.

¹⁹ BT-Drs. IV/3013, S. 8.

Seiten die Begründungen für die 18 Seiten umfassenden synoptisch dargestellten Änderungen zusammengefasst, welche der Innen-Ausschuss in Bezug zur Regierungsvorlage (BT-Drs. IV/868) beschlossen hat²⁰. Das Wort vom „Sondercharakter“ hat deshalb primär zusammenfassenden Charakter und widerspricht nicht der Darstellung von *Schiedermaier*.

Leider sind diese Überlegungen in der Folgezeit völlig untergegangen. Deshalb hat man dann den „Sondercharakter“ des Auslieferungsverfahrens in der Spezialität sehen wollen. Es ging ursprünglich aber um ein Gewaltenteilungsproblem (Bindung des OLG an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde?), nicht um ein Normgeltungsproblem oder gar um die materielle Frage, ob Asylberechtigte doch ausgeliefert werden dürfen.

2. Verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Hintergrund dieses Zweckes aus dem Jahr 1965

Dies wird noch besser nachvollziehbar, wenn man sich die verfahrensrechtliche Situation im Jahre 1965 in Erinnerung ruft: Bis zum Erlass des Ausländergesetzes 1965 gab es kein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Anerkennung des Asylrechts im Sinne von Art. 16 Abs. 2 GG (a. F.). Unter der Überschrift: „Die Aberkennung des Asylrechts“ führte *Doehring* im Jahre 1966 aus: „Seine Inanspruchnahme [*scil.*: des *Asylrechts*, O.L.] erfolgte meist erst, wenn die Frage auftrat, ob es einer Ausweisung und vor allem einer Auslieferung entgegenstand. Daher waren die Entscheidungen über die Zuerkennung des Asylrechts und diejenigen über seinen Fortbestand identisch.“²¹

Weil es bis 1965 kein Verwaltungsverfahren zur Anerkennung als politisch Verfolgter nach Art. 16 Abs. 2 GG a.F. gab, sondern nur ein

²⁰ BT-Drs. IV/3013, S. 1. Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte generell *Schiedermaier*, Handbuch, Vorbemerkung I 2 zum AuslG 1965 (S. 84 f.).

²¹ *Doehring, Karl*, Asylrecht und Staatschutz, *ZaöRV* 26 (1966), 33-57, 49, der in Fn. 53 ergänzend darauf hinweist, dass sich die Asylverordnung vom 6. 1. 1953 - BGBl I, S. 3 - nur auf die Flüchtlingskonvention von 1951 bezogen habe.

Verwaltungsverfahren nach der Genfer Flüchtlingskonvention durch die „Bundesdienststelle für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge“ auf der Grundlage der seinerzeit geltenden Asylverordnung²², konnte das OLG im Auslieferungsverfahren bis 1965 deshalb überhaupt nicht in Widerspruch zu einer Verwaltungsentscheidung zum Asylrecht, also einer Anerkennung als Asylberechtigter nach Art. 16 Abs. 2 GG a.F., treten. Dies wäre erst durch das Ausländergesetz 1965 überhaupt denkbar gewesen.

Umgekehrt konnte aber das neu eingerichtete Verwaltungsverfahren in Widerspruch zu einer Gerichtsentscheidung kommen. Auch wenn das Asylverfahren nach § 30 AuslG von einem weisungsunabhängigen Ausschuss durchgeführt wurde, sah man darin kein „gerichtliches“ Verfahren²³. Deshalb tat sich 1965 das Problem auf: Wie verhalten sich die Verwaltungsentscheidungen des Anerkennungsausschusses zu den auslieferungsrechtlichen Zulässigkeitsentscheidungen des Oberlandesgerichts nach §§ 25 ff. des Deutschen Auslieferungsgesetzes (DAG), dem Vorläufer des IRG. Das war der entscheidende Punkt für die Schaffung des § 45 Satz 2 AuslG 1965: Der durch das Gesetz von 1965 eingeführte Ausschuss als Einrichtung der Exekutive sollte nicht ein *Gericht* und damit die Judikative binden können. Immerhin gab es die Gerichtsentscheidungen der Oberlandesgerichte nach dem DAG schon seit 1929.

Deshalb kann man auch in jeder OLG-Entscheidung nach § 25 DAG bis zum Jahre 1965 die allein maßgebliche *gerichtliche* Praxis zum Asylrecht sehen. Dies ist der historische Hintergrund der zitierten Darstellung von *Doehring*.

Daraus wird zweierlei ersichtlich: In der Auslieferung hat man – wie *Doehring* folgerichtig formuliert - rechtlich eine *Aberkennung* des

²² Vgl. die ausführliche Darstellung bei Schiedermaier, Handbuch, Anm. 3 zu § 28 AuslG (S. 244).

²³ So jedenfalls für die hier allein maßgebliche Zeit kurz nach Schaffung des AuslG 1965: Schiedermaier, Handbuch, Anm. 1 zu § 30 AuslG (S. 253).

Asylrechts gesehen. Zweitens muss man Entscheidungen aus der Zeit vor dem Ausländergesetz, also vor 1965, unter einem gänzlich anderen Verfahrensgesichtspunkt sehen: Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte nach § 25 DAG und die Leitentscheidungen des BVerfG aus dieser Zeit konnten noch gar nicht in Widerspruch zu Anerkennungsentscheidungen nach Art. 16 Abs. 2 GG a.F. stehen, weil es diese noch gar nicht gab²⁴.

Bedenkt man schließlich, dass die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit erst im Jahre 1960 durch die VwGO eingeführt worden ist, also erst fünf Jahre vor Schaffung des Ausländergesetzes, dann muss man in der Unverbindlichkeit geradezu einen – aus damaliger Sicht! – individualrechtsschützenden Schritt gegenüber gerichtlich eventuell unkontrollierter Verwaltungsmacht sehen. Wie sich die Asylrechtspraxis des Bundesamtes und vor allem der Verwaltungsgerichte entwickeln würde, war im Jahre 1965 (bzw. zuvor während des Gesetzgebungsverfahrens zum AuslG 1965) noch nicht absehbar.

Von diesem Ausgangspunkt her betrachtet, konnte man im damaligen § 45 Satz 2 Ausländergesetz ein gewisses Misstrauen aus letztlich gewaltenteilungsspezifischen Gründen sehen, das heute keinen Sinn mehr macht. Seinen ursprünglichen Zweck kann § 4 Satz 2 AsylVfG jedenfalls nicht mehr erfüllen. Wollte man gleichwohl daran festhalten, wären die Konsequenzen, nämlich die Argumentation über den Spezialitätsgrundsatz, nicht tauglich zur Erfüllung dieses Zweckes. Hierauf wird zurückzukommen sein²⁵.

Es kommt hinzu, dass man sich noch bis vor rund 20 Jahren, also bis in die 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts, im Auslieferungsrecht darüber auseinandergesetzt hat, ob das Asylrecht nach Art. 16 Abs. 2 GG (a.

²⁴ Es gab offensichtlich auch keine inzidenten Anerkennungsentscheidungen zu Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG; die einzigen Anerkennungsentscheidungen betrafen die GFK (siehe oben Fn. 27).

²⁵ Siehe unten E III.

F.) materiell überhaupt – und wenn ja: in welchem Umfange? Und: dann abschließend? - einer Auslieferung entgegensteht.²⁶ Der Spezialitätsgrundsatz spielte schon damals eine zentrale Rolle. Diese Diskussion ist in der Zwischenzeit insoweit ad acta zu legen, als heute kein Gericht mehr ablehnt, aus dem verfassungsrechtlichen Asylrecht Art. 16 a GG grundsätzlich ein Auslieferungshindernis herzuleiten.

Zu beachten ist zudem, dass das Asylrecht bis 1965 in der deutschen Rechtsordnung nur durch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) definiert wurde. Eine maßgebliche Neuerung durch das Ausländergesetz 1965 bestand darin, den Begriff des „politisch Verfolgten“ als Tatbestandsmerkmal des Asylrechts zusätzlich und unabhängig von der GFK zu bestimmen²⁷. Damit war einer nationalen und weiterreichenden Definition des politisch Verfolgten der Raum bereitet. In der Zeit nach 1965 hat die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit insoweit den Begriff des „politisch Verfolgten“ autonom ausgelegt und gegenüber dem Begriff des politischen Flüchtlings im Sinne der GFK zum Teil erheblich erweitert. Diese Entwicklung hat dem Auslieferungsrecht und den dort mit dem Asylrecht befassten Oberlandesgerichten erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Mit dem Ausländergesetz 1965 haben die Oberlandesgerichte nämlich ihre bis dahin bestehende exklusive *gerichtliche* Definitionsmacht über das Asylrecht zunehmend an die Verwaltungsgerichte abgeben müssen.

Bis zum Jahre 1965 kann man also sagen: Das materielle Asylrecht des seinerzeitigen Art. 16 Abs. 2 GG wurde entweder über die GFK und die Asylverordnung realisiert – aber dann ohne Gerichte. Von einem

²⁶ Vgl dazu die Darstellung bei *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Freiburg 1987 (nachfolgend: *Lagodny*, Rechtsstellung), S. 164 – 186.

²⁷ Siehe BT-Drs. IV/3013, S. 1 f.: „Aus Gründen der Menschlichkeit möchte der Ausschuß für Inneres den politisch Verfolgten in der Bundesrepublik Deutschland eine Rechtsstellung gewähren, wie sie bislang nur den ausländischen Flüchtlingen zustand“ (S. 2 rechte Spalte).

Gericht wurde das Asylrecht bis zum Jahre 1965 nur indirekt zuerkannt, nämlich durch Unzulässigkeitserklärung der Auslieferung. Asyl war insoweit gleichbedeutend mit Nichtauslieferung.

Noch heute unterscheidet man nicht zuletzt deshalb in Österreich zwischen dem Asylrecht als Statusrecht und dem „Auslieferungsasyl“. Dies wird in der Legaldefinition von § 19 Ziffer 3 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz von 1979 (ARHG) deutlich. Das ARHG hat dieselbe Funktion wie das deutsche IRG. Es ermächtigt zur Auslieferung, soweit mit dem ersuchenden Staat kein Auslieferungsvertrag besteht. § 19 ARHG lautet mit der amtlichen Überschrift:

§ 19 Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze; Asyl

Eine Auslieferung ist unzulässig, wenn zu besorgen ist, daß

1. das Strafverfahren im ersuchenden Staat den Grundsätzen der Art. 3 und 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, nicht entsprechen werde oder nicht entsprochen habe,
2. die im ersuchenden Staat verhängte oder zu erwartende Strafe oder vorbeugende Maßnahme in einer den Erfordernissen des Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, nicht entsprechender Weise vollstreckt werden würde, oder
3. die auszuliefernde Person im ersuchenden Staat wegen ihrer Abstammung, Rasse, Religion, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Volks- oder Gesellschaftsgruppe, ihrer Staatsangehörigkeit oder wegen ihrer politischen Anschauungen einer Verfolgung ausgesetzt wäre oder aus einem dieser Gründe andere schwerwiegende Nachteile zu erwarten hätte (Auslieferungsasyl).

„Auslieferungsasyl“ ist also hier ein Auslieferungsverbot, wenn zu besorgen ist, dass die auszuliefernde Person einer diskriminierenden Behandlung im Sinne von Ziffer 3 unterzogen wird. Diese ist an den Flüchtlingsbegriff in Art. 1 A Ziffer 2 der GFK angelehnt, wonach derjenige Flüchtling ist, der sich „-aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung“ außer Landes befindet.“

Theoretisch könnte man jeden Fall der Nichtauslieferung als „Asyl“-Gewährung bezeichnen. Traditionellerweise hat man das Asylrecht jedoch auch definiert als Nichtauslieferung aus – im weitesten Sinne – politischen Gründen. Und in der Tat liegt eine Vorstufe des heutigen Asylrechts im belgischen Auslieferungsgesetz von 1833²⁸. Dieses Gesetz wurde primär dazu geschaffen, um für die Nichtauslieferung wegen politischer *Straftaten* eine gesetzliche Grundlage zu haben. Nur so glaubte das neu gegründete Königreich Belgien in der nachnapoleonischen Zeit seine Neutralität wahren zu können. Im Sinne des belgischen Auslieferungsgesetzes von 1833 bestand deshalb das Asylrecht nur und ausschließlich in der Nichtauslieferung wegen politischer *Straftaten*.

Vor diesem Hintergrund macht auch die Überlegung Sinn, diese Art des Asyls durch Spezialitätsüberlegungen einzuschränken: Wenn es nur um das Verbot der Verfolgung wegen politischer *Straftaten* geht, kann dies durch Spezialitätszusagen abgesichert werden. Ja es ist sogar so, dass sich das Spezialitätsprinzip gerade deshalb entwickelt hat, weil man das Verbot der Auslieferung bei politischen Straftaten absichern wollte. Nur als *zusätzliche* Absicherung dieser ohnehin schon geregelten Ausnahme hat Belgien die Spezialitätsklausel eingeführt.

Die Wendung hin zum heutigen umfassenden Asylrecht als Statusrecht kam im Grunde erst mit Schaffung der Genfer Flüchtlingskonvention aus dem Jahre 1951 in Gang. Diese garantiert in Art. 33 GFK mit dem Refoulement-Verbot, dass ein Flüchtling nicht in den Staat, in dem ihm die Verfolgung droht, abgeschoben werden kann. Es handelt sich also nur um ein negatorisches Recht, das Art. 33 GFK garantiert: Der Schutzbedürftige darf nicht per staatlichem Zwang in den Verfolgerstaat verbracht werden. Das schließt etwa die Verbringung in einen Drittstaat nicht aus, wenn dort weder politische Verfolgung zu befürchten ist noch eine Weiterverbringung in den Verfolgerstaat. Die Regelung des Aufenthalts liegt allein in nationaler Kompetenz.

²⁸

Vgl. zum Folgenden Lagodny, Rechtsstellung, S. 33 – 37, 47. m.w.N.

Zweitens garantiert die Genfer Flüchtlingskonvention statusrechtliche Ergänzungsrechte. Auf derselben Linie liegt nunmehr die Qualifikationsrichtlinie.

Diese historischen und rechtsvergleichenden Überlegungen haben also verdeutlicht, dass die Norm des heutigen § 4 Satz 2 AsylVfG vor einem gänzlich anderen Kontext zu sehen und zu interpretieren ist. Insbesondere haben Spezialitätsüberlegungen dabei keinerlei Rolle gespielt. Der ursprüngliche Zweck, den der Gesetzgeber verfolgt hat, spielt heute keine Rolle mehr. Aus den erfolglosen Bemühungen um Gesetzesnovellierungen in den 80er und 90er Jahren des 20. Jahrhunderts²⁹ kann man jedenfalls nicht folgern, dass man die ursprüngliche Zwecksetzung (Gewaltenteilung) durch eine neue (Spezialitätsargument) ersetzen wollte, weil der ursprüngliche Zweck völlig verschüttet blieb. Die Diskussion um das Spezialitätsargument erscheint vor diesem Hintergrund vielmehr als geradezu verkrampter Versuch, eine Verfahrensregelung mit nachgeschobener Begründung zu halten, weil man den ursprünglichen Sinn gar nicht mehr wusste. Während sich das Gewaltenteilungsargument geradezu lückenlos in die Begründungswelt der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts einfügen lässt, führt die Argumentation über den Spezialitätsgrundsatz geradezu ins Absurde.

3. Keine legitimierbaren anderen Zwecke im Jahre 1965 bis heute

a) *Unerheblichkeit des Asylrechts?*

Man könnte auf den Gedanken kommen, der Zweck von § 4 Satz 2 AsylVfG bestehe darin, deklaratorisch zu verdeutlichen, dass das Asylrecht keine auslieferungsrechtliche Relevanz habe. Das wird zumindest heute nicht mehr vertreten. Dem stünde die insoweit eindeutige Praxis des Bundesverfassungsgerichts entgegen.

²⁹ Vgl. BT-Drs. 10/423; 10/1025 und 10/6151 hinweist, sowie IRhSt-Schomburg/Hackner, § 6 RN 53 – 56.

b) *Verfahrenserleichterung?*

Als weiterer Zweck kommt die Erleichterung und/oder Beschleunigung des Auslieferungsverfahrens in Betracht. Auf der Grundlage der häufig gegebenen Erklärung für § 4 S. 2 AsylVfG bzw. dessen Vorgängernorm (§ 18 S. 2 AsylVfG) wurde oft vertreten, im Auslieferungsrecht gelte das Spezialitätsprinzip. Dieses sei in der Lage, die Gefahr politischer Verfolgung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 GG a. F./16 a Abs. 1 GG auszuschließen.

Damit ist die gängige Praxis verbunden, die normtatbestandliche Voraussetzung der Gefahr politischer Verfolgung entweder gar nicht oder – vereinfacht formuliert – nur cursorisch zu prüfen, um dann explizit oder implizit die Frage offen zu lassen, weil die Gefahr politischer Verfolgung „jedenfalls“ durch den Spezialitätsgrundsatz ausgeschlossen sei.³⁰

Diese Vorgehensweise „erspart“ den Oberlandesgerichten eine intensive Prüfung, wie sie vor den Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesamt üblich ist. Vor diesem Hintergrund führt § 4 Satz 2 AsylVfG in der Tat zu einer erheblichen Beschleunigung und Erleichterung. Die Folgefrage ist aber, ob diese Vorgehensweise im Lichte des Asylrechts zu legitimieren ist³¹.

Auch eine weitere zu untersuchende Frage soll hier schon hervorgehoben werden: Im völkerrechtlichen Asylrecht wird die Frage diskutiert, ob die Regel gilt: „Inclusion before exclusion“³². Gemeint ist dabei etwa, ob die Frage der Asylberechtigung ausdrücklich und ausführlich geprüft werden muss, bevor man einen Ausschlussstatbestand prüft. So führt etwa Art. 1 Buchstabe F GFK zur Versagung des Flüchtlingsstatus aufgrund von Vortaten insgesamt oder nach Art. 33 Abs. 2 GFK, der nur das Rückführungsverbot ausschließt.

³⁰ Lagodny, Rechtsstellung, S. 164 – 173.

³¹ Dazu unten G, insbesondere den Fall *Atmaca*.

³² Näher dazu unten E III 2.

Der Sinn einer solchen Regel besteht darin, den Umfang der Gefahr für den Asylsuchenden zu prüfen, bevor man Ausschlussgründe prüft, für die es etwa der Abwägung mit der drohenden Gefahr bedarf.

Nur zur Klarstellung sei hervorgehoben: Es geht nicht um die Frage, ob das OLG den bestands- oder rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens abzuwarten hat. Das ist eine ganz andere Problematik, nämlich einer etwaigen Aussetzungspflicht. Diese wird hier nicht untersucht. Soweit hiergegen vorgebracht wird, der Auslieferungsverkehr würde darunter leiden, kann man dem eine gewisse oberflächliche Berechtigung nicht absprechen. Weil man aber bei diesem Argument implizit mitzudenken scheint, im Auslieferungsverfahren gehe es ohnehin „schneller“, kann man dies nur stringent vertreten, wenn man unausgesprochen mitdenkt: Die Prüfungsintensität der Verwaltungsgerichte/des Bundesamtes kann man sich ohnehin nicht „leisten“. Dann ist man aber dabei, die verfassungsrechtlich garantierten Anforderungen an ein asylrelevantes Verfahren zu ignorieren. Wie zu zeigen sein wird³³, darf man sich wegen einer Doppelentscheidung zu ein- und derselben Rechtsfrage nicht dem materiellrechtlichen Prüfungsmaßstab entziehen.

Zusammenfassend kann man sagen: Es kann nicht Zweck von § 4 Satz 2 AsylVfG sein, das Auslieferungsverfahren zu vereinfachen, etwa mit dem Gedanken, im Auslieferungsverfahren reiche es aus, dass man das Asylrecht nur summarisch prüft oder dass man eine gar nicht näher – im Sinne der verwaltungsrechtlichen und –gerichtlichen Praxis - substantiierte Gefahr politischer Verfolgung prüft und sogleich auf den Ausschluss der Gefahr wegen Spezialitätzusicherungen gleichsam „springt“. Eine solche Reduktion der Prüfungsdichte im Bereich des Art. 16 a Abs. 1 GG würde der Praxis des Bundesverfassungsgerichts zum Asylrecht und zum IRG ebenfalls widersprechen. Diese Frage wird unten wieder aufzugreifen sein³⁴.

³³ Siehe unten F.

³⁴ Siehe unten F.

Dass § 4 Satz 2 AsylVfG insgesamt jedenfalls der Beschleunigung dient, könnte man vielleicht aus dessen zweiter Alternative schließen. Danach gilt die Bindungswirkung ebenfalls nicht für Fälle des § 58 a Aufenthaltsgesetz³⁵. Dieser regelt einen Eilfall der Abschiebung, nämlich wenn es um die Abwehr einer „besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“ geht. Schon im Hinblick auf diese Rechtsnormvoraussetzungen der zweiten Alternative von § 4 Satz 2 AsylVfG verwundert die Gleichstellung dieser speziellen Abschiebungssituation mit der Auslieferung von potentiell Asylberechtigten: Die Auslieferung steht allenfalls ganz ausnahmsweise unter dem Damoklesschwert einer „besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“ und zwar schon deshalb, weil jederzeit Auslieferungshaft nach § 15 IRG möglich ist mit allen prozessualen Konsequenzen bis hin sogar zur Kontaktsperre nach §§ 31 ff. EGGVG.

§ 58 a Abs. 3 Aufenthaltsgesetz regelt korrespondierend die Nichtbindung an Feststellungen „aus anderen Verfahren“ für die Prüfung von Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 1 bis 8 Aufenthaltsgesetz und zwar die Nichtbindung der Behörde, die über die besondere Abschiebungsanordnung nach § 58 a Aufenthaltsgesetz entscheidet:

(3) Eine Abschiebungsanordnung darf nicht vollzogen werden, wenn die Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 1 bis 8 gegeben sind. § 59 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. Die Prüfung obliegt der über die Abschiebungsanordnung entscheidenden Behörde, die nicht an hierzu getroffene Feststellungen aus anderen Verfahren gebunden ist.

Der Grundgedanke ist insoweit eindeutig: Die Entscheidung nach § 58 a Aufenthaltsgesetz soll so schnell wie möglich erfolgen können. Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG kann der Betroffene hier nur über

³⁵ Zu § 58 a AufenthG vgl. allgemein und kritisch: Erbslöh, Andrea, Bestenfalls überflüssig – Überlegungen zur Abschiebungsanordnung (§ 58 a AufenthG), NVwZ 2007, 155 – 161.

§ 80 Abs. 2 Ziffer 3, Abs. 5 VwGO mit einem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung erhalten.

Soll man jedenfalls aus § 58 Abs. 3 AufenthaltsgG den Rückschluss ziehen, dass die Unverbindlichkeit der Auslieferungsverfahren auch und zentral auf die Möglichkeit zu schneller Entscheidung gestützt wird? Das ist eindeutig zu verneinen, weil ein *abgeschlossenes* Asylverfahren keinesfalls einen längeren Zeitaufwand bedeutet, eben weil es abgeschlossen ist. Wollte man im Auslieferungsverfahren damit argumentieren, dass man sonst so viel „lesen“ oder „bedenken“ müsste³⁶, dann würde das wieder in Richtung der Oberflächlichkeit gehen. Etwas anderes ist die hier nicht zu untersuchende Frage, ob man das Auslieferungsverfahren wegen eines eingeleiteten Asylanerkennungsverfahrens unterbrechen muss.

Fazit: Der Parallelfall § 58 a Aufenthaltsgesetz wirft noch mehr Zweifel auf. Jedenfalls ergibt sich daraus: Es kann nicht darum gehen, dass man nicht die Zeit hat, ein abgeschlossenes Asylverfahren und dessen Gründe zur Kenntnis zu nehmen. Und es kann auch nicht darum gehen, dass man im Lichte eines schnell zu erledigenden Auslieferungsverfahrens „schnell“ und oberflächlich über die Asylunterlagen hinweg geht.

II) Materielle rechtliche Struktur der Asylgewährleistung

Wie bereits angedeutet, hat sich das Asylrecht gewandelt vom schlichten Fall der Nichtauslieferung (wegen politischer Delikte) zum Asyl- und Flüchtlingsrecht als umfänglichem Statusrecht, etwa bei Anerkennung nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) oder jetzt nach der Qualifikationsrichtlinie (QRL). Entsprechend bedurfte es früher

³⁶ Im Auslieferungsverfahren OLG Frankfurt - 2 Ausl A 73/06 (dazu demnächst NSTZ 2008, für Heft 2 vorgesehen: Beschl. v. 1. 3. 2007 m. Anm. Schneider/Schulteheinrichs/Fehn/Lagodny) weigerte sich das OLG Frankfurt, einen sehr umfangreichen staatlichen Bericht aus dem ersuchenden Staat zur Situation des Strafvollzugs offiziell zu lesen bzw. gab vor, den in englisch abgefassten Bericht nicht lesen zu können.

eines Auslieferungsfalles und damit eines ausländischen Auslieferungsersuchens, um das herkömmliche Asylrecht überhaupt zu aktivieren. Jetzt bedarf es keines solchen Anlasses mehr, um das Asylrecht in Anspruch zu nehmen oder geltend zu machen. Es bedarf nur noch – das erscheint banal, ist aber folgenreich – des Antrags der Person, welche das Asylrecht in Anspruch nehmen will.

1. Zu den Begriffen „zentrales Teilrecht auf faktischen Verbleib“ – „Statusrecht“

Das heutige Asylrecht als Statusrecht setzt sich zusammen aus dem zentralen Teilrecht auf faktischen Verbleib innerhalb des Staatsgebietes des Zufluchtsstaates und statusrechtlichen Ergänzungsrechten.

Im Folgenden verwende ich ganz bewusst den Begriff „Teilrecht auf *faktischen* Verbleib“, weil es sich nicht um ein Bleiberecht im Sinne eines ausländerrechtlichen Aufenthaltsrechts geht, sondern nur um eine negatorische Rechtsposition. Diese ist nur gegen die zwangsweise Verbringung der Person in einen bestimmten anderen Staat gerichtet. Nicht ausgeschlossen ist damit etwa die Abschiebung oder Auslieferung in einen sicheren Drittstaat, sofern dieser wiederum gewährleistet, dass die Person nicht zwangsweise in den bestimmten anderen Staat verbracht wird.

Das zentrale Recht auf faktischen Verbleib ist beispielsweise in der Qualifikationsrichtlinie geregelt in Art. 21. Dieser enthält das zentrale Recht auf faktischen Verbleib im Staatsgebiet. Art. 34 regelt Fragen der freiwilligen Rückkehr in den Ursprungsstaat. Zentrales Teilrecht des Vollrechts auf Asyl ist aber das Recht auf faktischen Verbleib auf dem Staatsgebiet des Schutzstaates.

Die statusrechtlichen Ergänzungsrechte sind in den Art. 22 – 33 QRL geregelt:

Art. 22: Information

Art. 23: Wahrung des Familienverbandes

Art. 24: Aufenthaltstitel

Art. 25: Reisedokumente

Art. 26: Zugang zur Beschäftigung

Art. 27: Zugang zu Bildung

Art. 28: [Zugang zu] Sozialhilfeleistungen

Art. 29: [Zugang zu] medizinische[r] Versorgung

Art. 30: Unbegleitete Minderjährige

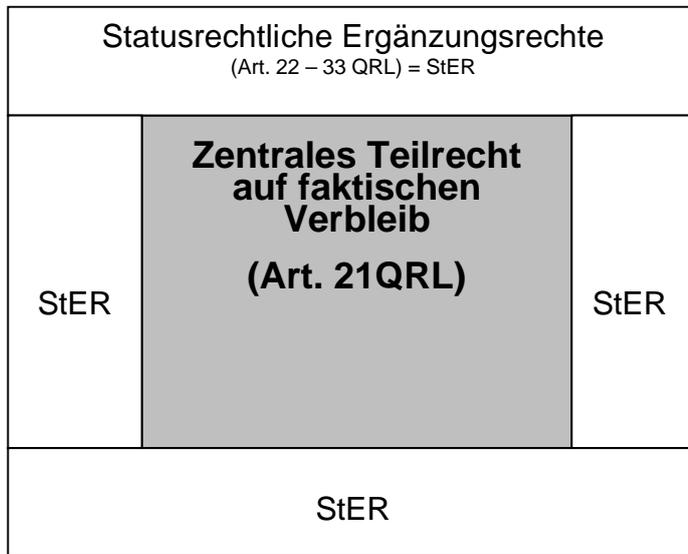
Art. 31: Zugang zu Wohnraum

Art. 32: Freizügigkeit innerhalb eines Mitgliedsstaates

Art. 33: Zugang zu Integrationsmaßnahmen

Diese Rechte sind deshalb notwendig, weil es ein starkes Recht auf Verbleib im Staatsgebiet gibt; sonst bestünde kein Regelungsbedürfnis dafür.

Grafisch kann man sich diese Zusammenhänge folgendermaßen klarmachen:



2. Dogmatische Zusammenhänge

Das Recht auf Verbleib war ursprünglich die Nichtauslieferung wegen politischer Straftaten. Wäre dem auch heute noch so, gäbe es natürlich keine statusrechtlichen Ergänzungsrechte. Dies darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass auch das Asylrecht als Statusrecht seine vitale Basis im Recht auf Verbleib hat.

Anders ausgedrückt: Wer aus einem Staat A an den Verfolgerstaat B ausgeliefert (oder in diesen abgeschoben) wird, genießt in Staat A kein Asyl mehr. Wenn dem aber so ist, dann müssen für die Auslieferung

- entweder zugleich die Voraussetzungen für den Entzug der Asylberechtigung vorliegen oder
- die Gefahr politischer Verfolgung müsste anderweitig (konkret: durch Spezialitäts- oder sonstige Zusagen im Einzelfall) ausgeschlossen sein.

Letzteres setzt aber voraus, dass man die Voraussetzungen der politischen Verfolgung genau geprüft hat. Sonst kann man keinen Gefahrausschluss begründen. Diese zentralen Schlussfolgerungen werden im Folgenden ebenfalls weiter zu begründen sein.

Das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib kann über verschiedene Gesetze und Verfahren tangiert werden. Ebenso richten sich die statusrechtlichen Ergänzungsrechte nach verschiedenen Gesetzen. Diesen eher formellen Gedanken weitergedacht kann man materiell sagen:

Das Recht auf faktischen Verbleib oder ein statusrechtliches Ergänzungsrecht wird unter bestimmten materiellen Voraussetzungen – untechnisch formuliert – festgestellt/gewährt/verliehen/begründet. Wenn es um – ebenfalls untechnisch formuliert - den jeweiligen Entzug/die Rücknahme/den Widerruf des Rechtes geht, müssen Normen zugrundegelegt werden, welche zu den Normen korrespondieren, die für die Gewährung/Verleihung/Begründung maßgeblich waren. Hierbei muss der Gedanke berücksichtigt werden, dass die Rückkehr auch zumutbar sein muss, weil zuvor – bei der Anerkennung – international

die Verantwortung für den Schutz der Person übernommen wurde. Diesen Zusammenhang möchte ich bezeichnen als **„gewährungsentsprechenden Rechtsentzug“**.

Für die weiteren verfahrensrechtlichen Überlegungen sei die materiellrechtliche Struktur der Asylgewährleistungen grafisch verdeutlicht.

	Vollrecht	Zentrales Teilrecht auf faktischen Verbleib	Statusrechtliche Ergänzungsrechte
Gewährung	Asylverfahren Maßstab: - polV - GFK - QRL	a) Aufenthaltstitel nach AufenthG	z.B. SGB
Entzug		a) Aufhebung und Ausweisung und Durchsetzung per Abschiebung nach AufenthG Grenze: § 60 AufenthG b) Widerruf c) Auslieferung: Grenze z.B. 6 II IRG, aber auch sonstige Auslieferungshindernisse	z. B. SGB

Hat man sich diese strukturellen Differenzierungen klargemacht, dann kommt es im zweiten Schritt auf das Verhältnis der Gründe an, die zum Entzug (hier: im untechnischen Sinne)

- entweder des Vollrechts oder
- des zentralen Teilrechts auf Verbleib oder
- eines statusrechtlichen Ergänzungsrechts

herangezogen werden können.

Das Vollrecht des Asylstatus insgesamt (genauer: die Anerkennung) kann in Deutschland nach den §§ 72 – 73 a AsylVfG erlöschen, zurückgenommen oder widerrufen werden.

Das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib wird zum einen mit dem Vollrecht bejaht. Es wird verneint durch Auslieferung oder durch – per Abschiebung durchgesetzter – Ausweisung.

Über die statusrechtlichen Ergänzungsrechte wird in den jeweiligen Verfahren entschieden, also z. B. im Rahmen eines sozialrechtlichen oder eines schulrechtlichen Verfahrens. Rechtsgrundlage für Erwerb und Verlust eines solchen Ergänzungsrechts sind die jeweiligen Spezialgesetze (z. B. Sozialgesetzbuch).

III) Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Das hat verfahrensrechtliche Konsequenzen: In Verfahren zum zentralen Teilrecht auf faktischen Verbleib ist immer vollumfänglich das Asylrecht zu prüfen. Für Deutschland bedeutet dies: Es ist grundsätzlich gleichgültig, ob das OLG auf der einen Seite, das Bundesamt und ggf. das VG auf der anderen Seite das Asylrecht prüfen. Die sachliche Prüfung als solche muss immer dieselbe sein.

Für die nachfolgenden Betrachtungen beschränke ich mich auf das zentrale Vollrecht auf Verbleib. Dass die statusrechtlichen Ergänzungsrechte hier kein Problem darstellen und etwa Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch wieder nach dem SGB entzogen werden, bedarf keiner vertieften Erörterung.

1. Gewährungsentsprechender Rechtsentzug hinsichtlich des zentralen Teilrechts auf faktischen Verbleib

Es gibt materielle „Gewährungs- und Entzugspaare“: Wenn nach einer materiellen Vorschrift entweder das Vollrecht oder das Teilrecht auf faktischen Verbleib gewährt wird, dann kann dieses nur aufgrund desentsprechenden zugehörigen Entzugsregelung entzogen werden. Der Hintergrund der Argumentation wird erkennbar: Wenn jemand nach den Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 1 GFK das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib genießt, dann kann er dieses Rechtes ausschließlich unter den Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GFK verlustig gehen. Hier ist kein Raum für Spezialitätsüberlegungen, weil diese in Art. 33 Abs. 2 GFK nicht genannt sind.

Durch die QRL wird das komplette Statusrecht verliehen; dieses kann auch nur unter den Voraussetzungen der Art. 11 QRL (Erlöschen) oder Art. 12 QRL (Ausschluss) oder Art. 14 QRL (Aberkennung, Beendigung, Ablehnung) wieder genommen werden. Auch hier ist wiederum kein Raum für Spezialitätsüberlegungen, weil diese Normen diesen Gedanken nicht erwähnen.

Man kann diesen Zusammenhang bezeichnen als „ausschließlich gewährungsentsprechender Rechtsentzug“.

Zentral ist für mich folgende Überlegung: Die Aufhebung (im weitesten und untechnischen Sinne) eines Rechtes kann nur unter denjenigen materiellen Voraussetzungen erfolgen, die entweder in der Rechtsgrundlage (z. B. Konvention, Verfassungsnorm, einfaches Gesetz) vorgesehen sind, aufgrund derer das Recht – ebenfalls im weitesten und untechnischen Sinne – begründet oder festgestellt worden ist, oder die auf einer anderen aber höherrangigen Rechtsgrundlage beruhen.

2. Zentrales Teilrecht auf faktischen Verbleib auch durch „normale“ Auslieferungshindernisse gewährleistet

Das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib wird auch noch durch andere Auslieferungshindernisse als das Asylrecht gewährleistet. Dies wird sogar deutlich an OLG-Entscheidungen, bei denen eine

Entscheidung darüber, ob das Asylrecht einer Auslieferung entgegenstehe, offen gelassen worden ist³⁷.

Dies ist im Grunde nichts anderes als der bereits angesprochene Gedanke, dass jede Nichtauslieferung – unabhängig von ihrer Begründung – entweder ein bestehendes Asylrecht bestätigt oder nicht tangiert, weil der Verfolgte im ersuchten Staat grundsätzlich verbleiben kann. Oder es geht gar nicht um ein Asylrecht.

3. Zentrales Teilrecht auf faktischen Verbleib auch bei Abschiebung (auslieferungsunabhängig)

Das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib wird aber umgekehrt auch tangiert bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen. Jede Ausweisungsentscheidung bedeutet, dass die betreffende Person das Bundesgebiet verlassen muss. Soll die Ausweisung mit staatlicher Gewalt durchgesetzt werden, erfolgt dies im Wege der Abschiebung. Diese darf aus völkerrechtlichen Gründen entweder nur in den Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende besitzt, erfolgen oder in einen sonst – etwa durch ein völkerrechtliches Abkommen dazu verpflichteten - aufnahmebereiten Staat. Aus individualrechtlicher Sicht ist entscheidend, dass der Betroffene nicht nur das Bundesgebiet verlassen muss, sondern dass er in einen ganz bestimmten anderen Staat verbracht wird. Zwar besteht ein wichtiger dogmatischer Unterschied zwischen beiden Maßnahmen. Aber die Wirkung für den Einzelnen ist insoweit in beiden Fällen dieselbe: Er muss das bisherige Land verlassen und in ein bestimmtes anderes Land gehen. Daran ändert nichts, ob das eine eine ausländerrechtliche Maßnahme ist und das andere eine strafprozessuale.

Zusammengefasst: Aus der Sicht der beiden beteiligten Staaten unterscheiden sich Auslieferung und Abschiebung, aber nicht aus der Sicht des Individuums und dessen Grundrechten. Hier ist allein

³⁷

Siehe insbesondere die Militärrichter-Fälle unten F.

entscheidend, dass es gegen seinen Willen mit staatlicher Gewalt vom einen in den anderen Staat verbracht wird.³⁸

Wollte man anders argumentieren, so würde man letztlich wieder eine heute überholte zweidimensionale Sichtweise einnehmen und das Individuum ausblenden. Vor diesem Hintergrund ist auch die Rechtsprechung des EuGMR zu sehen: Es macht menschenrechtlich keinen Unterschied, ob die Gefahr menschenrechtswidriger Behandlung³⁹ im anderen Staat auf eine Auslieferung durch den Aufenthaltsstaat zurückzuführen ist oder auf eine Abschiebung durch diesen Staat. Deshalb ist (oder genauer gesagt: war) der in Deutschland geführte Streit⁴⁰, ob die Bewilligung der Auslieferung ein Verwaltungsakt ist wie die Ausweisung, müßig, weil man aus dem Ergebnis keine Schlussfolgerungen ziehen kann. Die Rechtsschutzfrage wird damit genauso wenig präjudiziert wie etwa die

³⁸ Näher zur dogmatischen Begründung: IRhSt-Lagodny, RN 5 ff. vor § 2 IRG; § 73 IRG RN 7 ff, 14 ff.

³⁹ Zur Vermeidung von Missverständnissen: Der Begriff „menschenrechtswidrig“ umfasst hier alle Auslieferungshindernisse aus der EuMRK und zwar unabhängig davon, ob sie aus einer Motivation politischer Verfolgung heraus erfolgen (vgl. Art. 1 F GFK) oder unabhängig hiervon. Sie sind auch nicht begrenzt auf die Fälle subsidiären Schutzes nach der QRL. Eine hier nicht näher zu untersuchende Frage ist, ob und inwieweit sich der subsidiäre Schutz nach der Qualifikationsrichtlinie und der auslieferungsrechtliche Menschenrechtsschutz im zuvor erwähnten Sinne überschneiden oder gar decken. Letzteres dürfte nicht anzunehmen sein, weil der subsidiäre Schutz auch und gerade außerhalb von Strafverfahren im ersuchenden Staat anwendbar ist. Auszugehen ist vielmehr von einer dreistufigen Prüfung: Flüchtlingsschutz – subsidiärer Schutz – Schutz vor Auslieferung/Abschiebung, so Marx, Reinhard, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Aufl. 2007, § 10 RN 120; § 10 RN 127, 131, 135-147 (zum Verhältnis der Voraussetzungen nach der QRL/nach der GFK/nach Art. 16 a Abs. 2 GG). Vgl. auch Hruschka/Lindner, Der internationale Schutz nach Art. 15b und c Qualifikationsrichtlinie im Lichte der Maßstäbe von Art. 3 EMRK und § 60 VII AufenthG, NVwZ 2007, 645 ff., 650, die in Art. 15 b QRL die europarechtliche Verankerung der Praxis zu Art. 3 EuMRK sehen.

⁴⁰ Vgl. dazu IRhSt-Lagodny, § 12 IRG RN 28-33.

Frage der Grundrechtsbindung. Dies belegt die umfangreiche Bejahung von Auslieferungs- und Abschiebungshindernissen aus der EuMRK: Der EuGMR macht insoweit keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Auslieferung und der Abschiebung.⁴¹ In beiden Fällen geht es zentral um die Grundrechtsbindung des Staates, der mit seinen Zwangsmitteln bewirkt, dass ein Individuum von seinem Territorium und seiner Staatsgewalt in ein bestimmtes anderes Territorium und damit einer bestimmten anderen Staatsgewalt verbracht wird. Dieser Schutz durch die EuMRK ist nicht grundsätzlich verschieden, sondern nur in seinen einzelnen Ausprägungen.

Dies zeigt sich wiederum bestätigt durch eine „geschichtliche Gegenprobe“: Als es früher noch nur um das Asyl als Frage der Nichtauslieferung bei Verfolgung wegen politischer Straftaten ging, war die Nichtauslieferung eine aufenthaltsrechtlich neutrale Maßnahme: Die seinerzeitige Asylgewährung, mithin die Nichtauslieferung wegen einer politischen Straftat, sagte überhaupt nichts darüber aus, ob der betreffenden Person ein ausländerrechtliches Aufenthaltsrecht zustand. Heute jedoch umfasst die Asylanerkennung zwingend einen (privilegierten) aufenthaltsrechtlichen Status.

Wollte man anders argumentieren, dann müsste man sagen, dass das Asyl „zwischenzeitlich“ auf dem Territorium des Verfolgerstaates gewährt wird, weil die Auslieferung die verwaltungsrechtliche Asylgewährung – auch wegen § 4 Satz 2 AsylVfG - unberührt lasse⁴². Das ist heute nicht mehr ernsthaft haltbar.⁴³ Vielmehr hebt eine Auslieferung in den Verfolgerstaat das gewährte Asyl insgesamt auf. Es

⁴¹ Vgl. hierzu prägnant die Darstellung der EuGMR-Praxis bei Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2006 Art. 3 RN 19 – 26; IRhSt-Lagodny, § 73 IRG RN 46-52. Zur Praxis des EuGMR auch: vgl. Dörig, Harald, Der Abschiebungsschutz für Ausländer nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, ThürVBI 2006, 217.

⁴² Siehe oben Fn. 4.

⁴³ So schon Kimminich, o. Fn. 4

wird – um nochmals die Worte *Doehring*s zu zitieren – „aberkannt“, – ohne formell die Anerkennung zu tangieren. Es ist deshalb auch gleichgültig, wie man das Verfahren hinsichtlich des zentralen Teilrechts bezeichnet.

IV) Zusammenfassung und Folgefragen

Zusammenfassend kann man formulieren: Jede Pflicht, die Bundesrepublik Deutschland verlassen zu müssen und sich in den Verfolgerstaat begeben zu müssen, führt dazu, dass die betroffene Person das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib im Staatsgebiet des Aufenthaltsstaats nicht mehr wahrnehmen kann. Aus welchem Grund dies geschieht (ausländerrechtlich oder strafprozessual), ist gleichgültig.

Und umgekehrt gilt: Nicht jede Aberkennung des Asylstatus führt dazu, dass der Betroffene die Bundesrepublik verlassen muss. Die Aberkennung kann mit einer – per Abschiebung durchzusetzenden – Ausweisung einhergehen, muss aber nicht. Zumindest wird dann neu über das Aufenthaltsrecht entschieden. Beispielsweise kann es auch zu einer vorübergehenden einmaligen Duldung oder zu einer längeren „Kettenduldung“ kommen.

Nachdem die weiteren materiellrechtlichen Fragestellungen geklärt sind, muss gefragt werden: Wer entscheidet in Deutschland in welchem Verfahren über das zentrale Recht auf Verbleib?

Heute entscheidet das OLG in Auslieferungssachen immer noch über das Asylrecht, genauer über das zentrale Recht auf Verbleib. Über dieses Recht wird jedoch ebenfalls entschieden:

- im Asylanerkennungsverfahren
- im Abschiebeverfahren

und eben in Auslieferungsverfahren. Deshalb muss das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib im Staatsgebiet im Mittelpunkt stehen.

Zweitens muss gefragt werden, welcher Prüfungsmaßstab in den verschiedenen Verfahren zum zentralen Teilrecht auf faktischen Verbleib zugrunde gelegt werden muss. In Betracht kommen:

- die Genfer Flüchtlingskonvention
- die Qualifikationsrichtlinie
- 16 a Abs. 1 GG
- § 60 Aufenthaltsgesetz
- § 6 Abs. 2 IRG.

Über diese Normen wird in unterschiedlichen Verfahren geurteilt. Immerhin werden die ersten vier im Verwaltungsverfahren nach dem AsylVfG entschieden. Dies verdient insofern Beachtung, als man nach allgemeinen Verfahrensregeln erwarten würde, dass über die Frage des § 60 Aufenthaltsgesetz zunächst die ausländerrechtliche Behörde entscheiden würde und dagegen der Rechtszug zum Verwaltungsgericht eröffnet wäre. Jedoch sieht § 60 Abs. 1 Satz 6 Aufenthaltsgesetz vor, dass es sich um ein Asylverfahren handelt, wenn sich ein Betroffener auf die Abschiebungsverbote nach diesem Absatz beruft:

„(1) ¹In Anwendung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl. 1953 II S. 559) darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. ²Dies gilt auch für Asylberechtigte und Ausländer, denen die Flüchtlingseigenschaft unanfechtbar zuerkannt wurde oder die aus einem anderen Grund im Bundesgebiet die Rechtsstellung ausländischer Flüchtlinge genießen oder die außerhalb des Bundesgebiets als ausländische Flüchtlinge nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge anerkannt wurden. [...] ⁶**Wenn der Ausländer sich auf das Abschiebungsverbot nach diesem Absatz beruft, stellt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge außer in den Fällen des Satzes 2 in einem Asylverfahren fest, ob die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen und dem Ausländer die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist.** ⁷Die Entscheidung des Bundesamtes kann nur nach den

Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes angefochten werden.

Auch hierin bestätigt sich der oben dargestellte Zusammenhang zwischen Asylrecht, Abschiebung und Auslieferung im Hinblick auf das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib. Im deutschen Ausländerrecht hat man dies klar gelöst, ohne die notwendigen Konsequenzen im Auslieferungsrecht zu ziehen.

Dogmatisch gesprochen und losgelöst von den konkreten Regelungen muss man unterscheiden: Es gibt Verfahren, welche

- das Vollrecht, mithin das Asylstatusrecht betreffen (Gesamtrechtsverfahren) und
- solche, die nur das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib betreffen (Teilrechtsverfahren). Diese sind weiter aufzugliedern in:
 - Abschiebungsverfahren zur Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Entscheidungen
 - und
 - Auslieferungsverfahren.

Beide beenden das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib. Aber auch ein negatives Gesamtrechtsverfahren kann – aber muss nicht – Voraussetzung für die Beendigung des zentralen Teilrechts auf Verbleib sein.

Hieraus ergibt sich: Teilrechtsverfahren tangieren immer auch das Gesamtrecht, aber nicht jedes Gesamtrechtsverfahren tangiert das Teilrechtsverfahren. Hieraus folgt insbesondere: Verfahren, welche die statusrechtlichen Ergänzungsrechte betreffen, können hier im Weiteren außer Betracht bleiben.

Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Die Ablehnung eines Asylantrags im Asylverfahren beendet nicht automatisch das Teilrecht auf faktischen Verbleib, aber jedes Verfahren, mit dem das Teilrecht auf

faktischen Verbleib beendet wird, beendet auch das Asylrecht⁴⁴ jedenfalls derjenigen Person, um deren Teilrecht auf faktischen Verbleib es geht. Ob Familienangehörige einer ausgelieferten oder abgeschobenen und anerkannten Person weiterhin statusrechtliche Ergänzungsrechte aus der Anerkennung ableiten können, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant.

Fazit: Für die weiteren Überlegungen ist es deshalb wichtig, zwischen den materiellrechtlichen und den verfahrensrechtlichen Regelungsgehalten der jeweiligen untersuchten Normen zu unterscheiden.

Dabei muss man sich erstens klarmachen, welche Rechtsgewährleistung betroffen ist:

- das Vollrecht
- das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib

Zweitens muss Klarheit bestehen, um welches Verfahren es sich handelt: um das Gesamtrechtsverfahren oder um das Teilrechtsverfahren.

Die hier im Mittelpunkt stehende Norm des § 4 Satz 2 AsylVfG ist eine ausschließlich verfahrensrechtliche Norm. Schon deshalb ist zu erwarten, dass man erst über das Verfahrensrecht zu einer Lösung kommt. Wie zu zeigen sein wird, müssen aber aus dem materiellen Recht Konsequenzen gezogen werden, die das Verfahren prägen.

⁴⁴ Dies gilt für die konkrete Person, die z. B. abgeschoben oder ausgeliefert wird. Ob und inwieweit etwa Familienangehörige dieser Person ihrerseits weiterhin Rechte aus dem Asylstatus ableiten können, bleibt hier außer Betracht.

D) Vorgaben für das materielle Asyl- und Auslieferungsrecht

I) Völkerrecht: GFK

1. Asylgewährungsbefugnis

Aus der Sicht des Völkerrechts ist die Befugnis der einzelnen Staaten zur Asylgewährung zunächst unbeschränkt. Vor allem wird sie nicht als unfreundlicher Akt verstanden. Die einzigen völkerrechtlichen Begrenzungen der Asylgewährungsbefugnis ergeben sich aus Auslieferungspflichten im horizontalen Verhältnis der einzelnen Staaten zueinander (bilaterale Verträge oder multilaterale Abkommen⁴⁵) und im vertikalen⁴⁶ Verhältnis aus der UN-Charta z. B. für das Jugoslawiengerichtshof-Statut bzw. aus multilateralen Übereinkommen wie dem Rom-Statut.

Im hier anstehenden Zusammenhang ist ansonsten nur Art. 33 GFK relevant. Dieser gewährt das zentrale Recht auf faktischen Verbleib im Staatsgebiet des Aufnahmestaates.

Art. 33 Abs. 1 lautet in seiner deutschen Übersetzung:

Verbot der Ausweisung und Zurückweisung

Keiner der vertragschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.

⁴⁵ Vgl. nicht nur einschlägige Auslieferungsübereinkommen, sondern z. B. auch Art. 6 des UN-Suchtstoffübereinkommens vom 20. 12. 1988. Theoretisch bestehen noch in extremsten Ausnahmefällen Auslieferungspflichten kraft Völkergewohnheitsrechts (vgl. dazu Vogel, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, RN 26 – 27 vor § 1 IRG); diese können hier aber vernachlässigt werden.

⁴⁶ Zur Unterscheidung von horizontaler und vertikaler Rechtshilfe: IRhSt-Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Einleitung, RN 41 – 45.

Die Grenzen dieser Norm ergeben sich zum einen aus Art. 33 Abs. 2 GFK. Dieser enthält zwei Gründe: (1) der Flüchtling ist eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates; das ist in der Terminologie des deutschen Polizeirechts ein präventivpolizeilicher Aspekt; oder (2) der Flüchtling ist deshalb eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Staates, weil er wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurde; dies ist zwar ebenfalls ein präventivpolizeilicher Aspekt, weil es auf die Gefahr für die Zukunft ankommt. Er hat seinen Grund jedoch in einer strafrechtlichen Verurteilung.

Art. 33 Abs. 2 GFK lautet:

„Auf die Vergünstigung dieser Vorschrift kann sich jedoch ein Flüchtling nicht berufen, der aus schwer wiegenden Gründen als eine **Gefahr für die Sicherheit des Landes** anzusehen ist, in dem er sich befindet, oder der eine **Gefahr für die Allgemeinheit dieses Staates bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurde.**“

Zusätzlich muss man aber die generellen drei strafrechtsrelevanten Beschränkungen der GFK nach deren Art. 1 F berücksichtigen. Art. 1 F führt bereits zum Ausschluss des Flüchtlingsstatus und bezieht sich in Art. 1 F Buchstabe b) auf Taten vor der Ankunft im Zufluchtsstaat, Art. 33 Abs. 2 hingegen auf Taten im Aufnahmestaat⁴⁷.

Art. 1 F GFK lautet

„Die Bestimmungen dieses Abkommens finden keine Anwendung auf Personen, in Bezug auf die aus schwer wiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist,

- dass sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen haben, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen;

⁴⁷ Vgl. zu Art. 1 F GFK hervorgehoben von Rohrböck, Josef, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, Wien 1999, § 13 RN 443 m. w. N.

- dass sie ein schweres nichtpolitisches Verbrechen außerhalb des Aufnahmelandes begangen haben, bevor sie dort als Flüchtling aufgenommen wurden;
- dass sie sich Handlungen zu Schulden kommen ließen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen.

Zusammengefasst kann man also formulieren: Der Schutz nach Art. 33 Abs. 1 GFK scheidet aus vier strafrechtsrelevanten Gründen aus.

Wegen Taten vor Ankunft im Aufnahmeland:

- schweres nichtpolitisches Verbrechen außerhalb des Aufnahmelandes (Art. 1 F Buchstabe b GFK)

sowie wegen vor oder nach Ankunft

- begangenen völkerstrafrechtlichen Verbrechen (Art. 1 F Buchstabe a GFK)
- begangener Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen (Art. 1 F Buchstabe c GFK).

Wegen Taten nach Ankunft im Aufnahmeland:

- Gefahr wegen erfolgter rechtskräftiger Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens (Art. 33 Abs. 2 GFK) oder wegen sonstiger Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmelandes.

Art. 33 Abs. 2 GFK lässt den Flüchtlingsstatus als solchen unberührt, was für Familienangehörige relevant werden kann. Art. 1 F GFK hingegen betrifft den Flüchtlingsstatus als solchen.

3. Art. 33 Abs. 2 GFK als Auslieferungshindernis

Bevor überlegt werden kann, was diese Ausnahmen für die Auslieferung bedeuten, muss zunächst geklärt werden, ob Art. 33 Abs. 1 GFK als Auslieferungshindernis anzusehen ist.

In vielen Staaten der Welt wird in Art. 33 Abs. 2 GFK heute ein Auslieferungshindernis gesehen, nicht nur ein Zurückweisungs- und

Abschiebungsverbot⁴⁸. In der Schweiz – wie auch in vielen anderen Staaten - vertritt man dies z. B. sehr dezidiert⁴⁹.

Als man die GFK jedoch geschaffen hat, mithin Ende der 40er/Anfang der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts, wurde heftig darüber diskutiert, ob Auslieferungen von Art. 33 GFK erfasst werden sollen oder nicht. Diese Streitfrage muss man vor dem Hintergrund der damaligen zweidimensionalen Sichtweise sehen: Nur von dieser Warte aus machte die Frage überhaupt Sinn, ob eine Auslieferung und eine (per Abschiebung durchzusetzende) Ausweisung vergleichbar seien. Aus zweidimensionaler Sicht kann man sie natürlich nicht vergleichen, wohl aber dann, wenn man die Wirkung beider Maßnahmen auf den Einzelnen zum zentralen Kriterium macht. Mit anderen Worten: wenn man Grund- und Menschenrechtspositionen des Betroffenen mit einbezieht. Erst durch diesen Paradigmenwechsel, der jedenfalls in Europa durch die *Soering*-Entscheidung des EuGMR⁵⁰ eingeleitet worden ist, wurde evident, dass auch eine Auslieferung in subjektive Rechte des (strafrechtlich) Verfolgten eingreift und nicht nur die Rechte der beteiligten Staaten tangiert.

Doch kann die Frage in ihrer allgemeinen Formulierung, nämlich ob Art. 33 gewissermaßen „weltweit“ als Auslieferungshindernis angesehen wird, dahinstehen. Jedenfalls sieht das Bundesverfassungsgericht in Art. 33 GFK ein Auslieferungshindernis. Dies ergibt eine Analyse der eingangs bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1979⁵¹. Hier sagt das Bundesverfassungsgericht zwar nicht ausdrücklich, dass Art.

⁴⁸ Vgl. Goodwin-Gill/Adam, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007, S. 257 - 262 und Kapferer, Sibylle, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2003/05, November 2003, Randnummern 216 – 241.

⁴⁹ Vgl. z. B. BG, Urteil vom 14. 12. 2005 1 A 267/2005; Bundesstrafgericht, Entscheid vom 2. 5. 2007, Geschäftsnummer RR.2007.47.

⁵⁰ EuGMR, Urteil v. 7. 7. 1989 – Nr. 1/1989/161/217.

⁵¹ BverfGE 52, 391 – siehe obenB I.

33 ein Auslieferungshindernis sei, aber es argumentiert hinsichtlich des Verfahrens: Die Anerkennung nach der GFK in einem Drittstaat sei zwar nicht für Deutschland verbindlich; sie sei aber relevant für die Frage der politischen Verfolgung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG (a.F.). Wenn die Rechtsnorm-Voraussetzungen dieser Grundgesetzvorschrift bejaht werden, dann besteht in der Sache nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ein Auslieferungshindernis, auch wenn das Gericht nicht ausdrücklich von einem solchen, sondern nur von einer „Indizwirkung“ spricht. Diese muss erst recht gelten, wenn die Anerkennung in der Bundesrepublik Deutschland erfolgt ist.

Daraus muss man den Schluss ziehen: Art. 33 GFK enthält zumindest insoweit ein Auslieferungshindernis, als sich seine Rechtsnormvoraussetzungen

[...] über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, **in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.**

und die Rechtsnormvoraussetzungen von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F.

„politische Verfolgte“

zumindest teilweise decken. Sonst würde die Aussage des Gerichts keinen Sinn machen.

Darüber hinaus wird Art. 33 GFK durch Art. 21 QRL bekräftigt. Auf europarechtlicher Ebene ist weiterhin zu beachten, dass der 12. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl⁵² ausführt⁵³:

(12) Der vorliegende Rahmenbeschluss achtet die Grundrechte und wahrt die in Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union anerkannten Grundsätze, die auch in der

⁵² ABI. L 190 vom 18. 7. 2002.

⁵³ Vgl. den Hinweis bei Murschetz, Verena, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Wien 2007, S. 367 f.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364 vom 18. 12. 2000, S. 1), insbesondere in deren Kapitel VI, zum Ausdruck kommen. Keine Bestimmung des vorliegenden Rahmenbeschlusses darf in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie es untersagt, die Übergabe einer Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl besteht, abzulehnen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der genannte Haftbefehl zum Zwecke der Verfolgung oder Bestrafung einer Person aus Gründen ihres Geschlechts, ihrer Rasse, Religion, ethnischen Herkunft, Staatsangehörigkeit, Sprache oder politischen Überzeugung oder sexuellen Ausrichtung erlassen wurde oder dass die Stellung dieser Person aus einem dieser Gründe beeinträchtigt werden kann.

Des Weiteren müssen auch Art. 18 und 19 der EU-Grundrechte-Charta beachtet werden⁵⁴. Diese tritt in Kraft, sobald der Vertrag von Lissabon in Kraft ist.

Artikel 19 Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung:

(1) Kollektivausweisungen sind nicht zulässig. (2) Niemand darf in einen Staat abgeschoben oder ausgewiesen oder an einen Staat ausgeliefert werden, in dem für sie oder ihn das ernsthafte Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung besteht.

Artikel 18 Asylrecht:

Das Recht auf Asyl wird nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet.

Auch wegen dieser europarechtlichen Vorgaben braucht hier in diesem Gutachten nicht geklärt zu werden, ob aus Art. 33 GFK ein völkerrechtliches und damit fast *weltweit* geltendes Auslieferungshindernis abzuleiten ist.

⁵⁴ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (ABl. Nr. C 364, S. 1).

4. Auslieferung eines Flüchtlings an den Herkunftsstaat nur bei Vorliegen der Ausschlussgründe nach der GFK

Daraus folgt nach dem oben Gesagten: Die Auslieferung eines anerkannten Flüchtlings im Sinne der GFK kann nur unter den oben genannten Voraussetzungen für zulässig erklärt werden. Konkret bedeutet das: Seine Auslieferung ist nach der GFK nur zulässig, wenn „schwer wiegende Gründe“ für ein

- begangenes völkerstrafrechtliches Verbrechen (Art. 1 F Buchstabe a GFK)
- schweres nichtpolitisches Verbrechen außerhalb des Aufnahmelandes (Art. 1 F Buchstabe b GFK)
- begangene Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen (Art. 1 F Buchstabe c GFK)

und damit für die Versagung des Flüchtlingsstatus insgesamt vorliegen oder wenn

- eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines besonderes schweren Vergehens erfolgt ist (Art. 33 Abs. 2 GFK) und damit Gründe für die Versagung des Rechts auf faktischen Verbleib bestehen.

Wie unten näher aufzuzeigen sein wird, führen deutsche Oberlandesgerichte nur ausnahmsweise eine solche Prüfung durch, weil sie von der Prämisse auszugehen scheinen, dass die GFK nicht relevant ist für die Zulässigkeit der Auslieferung. Selbst wenn § 6 Abs. 2 IRG oder Art. 3 Abs. 2 EuAIÜbk der Norm des Art. 33 Abs. 1 GFK von den Rechtsnormvoraussetzungen her sachlich weitgehend entsprechen, stehen sie doch in einem völlig anderen Regelungszusammenhang, nämlich losgelöst vom Flüchtlingsrecht und seinen spezifischen Schutzmechanismen, um deren Beachtung es jedoch zentral auch im Auslieferungsverfahren geht.

Wie aber oben ausgeführt, hebt jede Auslieferung das zentrale Teilrecht auf faktischen Verbleib im Zufluchtsstaat auf. Damit stellt sie für die ausgelieferte Person eine Beendigung des Asylrechts dar. Soweit es

um die GFK, also um den völkerrechtlichen Begriff des Flüchtlings geht, ist dies völkerrechtlich nur zulässig, wenn eine der genannten Ausnahmen vorliegt. Dann müssen diese aber auch ausdrücklich vom Oberlandesgericht geprüft werden.

Wie unten im Sachzusammenhang⁵⁵ noch aufzuzeigen sein wird, gilt dies freilich nicht, wenn es um die Auslieferung in einen sicheren Drittstaat geht, der nicht seinerseits den Betroffenen an den Herkunftsstaat ausliefern wird.

5. Zusammenfassung

Für die Bundesrepublik Deutschland stellt Art. 33 GFK ein Auslieferungshindernis dar. Flüchtlinge dürfen deshalb nur unter den Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GFK bzw. vorrangig Art. 1 F GFK ausgeliefert werden.

II) *Europarecht*

Das Europarecht befasst sich erst in jüngerer Zeit mit konkreten Fragen der Normierung des Asylrechts. Ziel ist eine europaweite Vereinheitlichung des materiellen Asylrechts und des Asylverfahrens. Für das hier zu behandelnde materielle Asylrecht ist die Qualifikationsrichtlinie⁵⁶ maßgeblich. Sie regelt die materiellen Voraussetzungen, unter denen Flüchtlings- oder jedenfalls subsidiärer Schutz zu gewähren ist und will eine materiellrechtliche⁵⁷ Rechtseinheit schaffen. Sie führt aber noch nicht zu einer Anerkennung von Asylentscheidungen anderer EU-Staaten.

1. Verfolgungsbegriff der QRL

Der Qualifikationsrichtlinie liegt ein rein menschenrechtlicher Begriff des internationalen Schutzes, also des Flüchtlingsschutzes und des

⁵⁵ E II.

⁵⁶ Siehe oben Fn. 8.

⁵⁷ Zum Verfahrensrecht siehe E II.

subsidiären Schutzes⁵⁸ zugrunde. Es wäre vor 20 Jahren noch fast utopisch erschienen, hätte man mit einem solchen Verständnis den Begriff der „politischen Verfolgung“ im Sinne von Art. 16 Abs. 2 GG (a.F.) interpretiert⁵⁹. Doch ist es für die hier anstehenden Fragen irrelevant, wie weit oder eng der Verfolgungsbegriff der Qualifikationsrichtlinie ist⁶⁰. Das Augenmerk muss vielmehr auf die strukturelle Konzeption der Qualifikationsrichtlinie gerichtet werden.

2. Materielle Vorgaben für die Feststellung der Asylvoraussetzungen und deren Widerruf: Qualifikationsrichtlinie (QRL)

Die Qualifikationsrichtlinie normiert die materiellen Voraussetzungen für den Flüchtlings- und den subsidiären Schutz. Man kann die Rechtsprechung des EuGMR zu Abschiebungshindernissen nach Art. 3 EuMRK zu den Abschiebungshindernissen sogar in der Umschreibung von Art. 15 Buchstabe b QRL (subsidiärer Schutz bei u. a. drohender Folter) europarechtlich verankert sehen⁶¹.

Folgende Normen der Qualifikationsrichtlinie bestimmen das zentrale Recht auf Verbleib und damit auch der Auslieferung:

⁵⁸ Vgl. Art. 9 ff. QRL einerseits und Art. 18 ff. QRL andererseits.

⁵⁹ Vgl. die Darstellung und Nachweise bei Lagodny, Rechtsstellung, S. 174 - 180. Vgl. auch Marx, Reinhard, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Aufl. 2007, § 10 RN 139 ff., wonach es nach der Qualifikationsrichtlinie überhaupt nicht mehr auf die Voraussetzung „politisch“ ankomme, sondern allein auf die „schwerwiegende grundlegende Menschenrechtsverletzung“.

⁶⁰ Vgl. dazu z. B. VG Frankfurt, Urteil vom 21. 2. 2007 – 7 E 4026/04. A(3), UA. S. 8 f: Nach der Qualifikationsrichtlinie komme es nicht mehr auf eine objektive Beurteilung der Verfolgungsgefahr durch einen Dritten an, sondern auf die subjektive Einschätzung einer schutzsuchenden Person, die freilich dahingehend zu prüfen sei, ob objektive Anhaltspunkte ihre Stichhaltigkeit stützen.

⁶¹ Hruschka, Constantin/Lindner, Christoph, Der internationale Schutz nach Art. 15 b und c Qualifikationsrichtlinie im Lichte der Maßstäbe von Art. 3 EMRK und § 60 VII AufenthG, NVwZ 2007, 645 – 650.

Art. 11 QRL (Erlöschen des internationalen Schutzes),

Art. 12 QRL (Ausschluss vom internationalen Schutz),

Art. 14 QRL (Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der Flüchtlingseigenschaft),

Art. 16 QRL (Erlöschen des subsidiären Schutzes),

Art. 17 QRL (Ausschluss vom subsidiären Schutz),

Art. 19 QRL (Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung des subsidiären Schutzstatus)

und besonders:

Art. 21 QRL (Schutz vor Zurückweisung).

In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die bereits im Zusammenhang mit der GFK genannten Anforderungen des bereits geltenden Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl sowie auf die nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon geltende EU-Grundrechte-Charta hingewiesen⁶².

III) Verfassungsrecht

Materiellrechtlich setzt Art. 16 a Abs. 1 GG die „Gefahr politischer Verfolgung“ voraus. Ob dies weiter oder enger ist als die Voraussetzungen der GFK und der Qualifikationsrichtlinie braucht hier nicht geklärt zu werden. Auch ist anerkannt, dass es sich um eine abwehrrechtliche Grundrechtsgewährleistung gegen Auslieferungen handelt. Umstritten war bzw. ist allein, ob Spezialitätszusagen des Herkunftsstaates die Gefahr politischer Verfolgung auszuschließen vermögen. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Frage, die nicht hinreichend erörtert werden kann, wenn man nicht bestimmte verfahrensrechtliche Prämissen geklärt hat. Dem möchte ich mich nun zuwenden.

⁶²

Siehe oben D II.

E) Vorgaben für das Asylverfahrensrecht

Auch bei den verfahrensrechtlichen Vorgaben wird die Reihenfolge des Völkerrechts (unten I), dann des Europarechts (unten II) und dann des deutschen Verfassungsrechts (unten III) eingehalten. Man mag erwarten, dass jedenfalls das Völkerrecht hier nicht viel hergeben mag, weil es Verfahrensfragen traditionell weitgehend den nationalen Staaten überlässt und nur Mindeststandards setzt. Auch das Europarecht scheint weit davon entfernt zu sein, eine verfahrensrechtliche Regelung wie § 4 Satz 2 AsylVfG überhaupt nur ansatzweise zu erreichen. Doch diese Einschätzung wird sich als unzutreffend erweisen.

1) Völkerrecht: Inclusion before Exclusion?

In der GFK sind keine unmittelbaren Verfahrensregelungen enthalten. Auf völkerrechtlicher Ebene diskutiert man jedoch, ob es eine Verfahrensregel gibt, wonach zunächst der Flüchtlingsbegriff positiv festgestellt werden muss, bevor man negativ dessen Ausschluss prüft („inclusion before exclusion“)⁶³. In der Sache geht es darum, ob die oben erwähnten Ausnahmen nach Art. 1 F GFK vorliegen. Prüft man die „exclusion“ vor der „inclusion“, dann geht man von folgendem Gedankengang aus: Wenn eine Ausnahme eindeutig bejaht werden kann, dann kann offenbleiben, ob es sich um einen Flüchtling im Sinne von Art. 1 A GFK handelt.

Aus genereller praktischer Sicht erscheint dieser Gedankengang sinnvoll, weil man problematische Rechtsfragen aus Gründen effizienten Entscheidens offen lassen kann, wenn jedenfalls eine zweite bejaht werden kann, welche die Beantwortung der ersten Rechtsfrage mangels Entscheidungserheblichkeit überflüssig machen würde.

⁶³ Marx, Reinhard, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Aufl. 2007, § 10 RN 475, spricht (m. w. N.) von einem „mittlerweile anerkannten internationalen Grundsatz“. Vgl. auch Kapferer (Fn. 69) Randnummern 278 – 280, 303 – 314 und 317.

Der Punkt in der völkerrechtlichen Diskussion um das Prinzip „inclusion before exclusion“ liegt nach meinem Eindruck jedoch darin, dass bei der Frage nach der exclusion auch Abwägungsfragen eine Rolle spielen, die voraussetzen, dass zunächst Fragen des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 1 A GFK bejaht worden sind. Sonst hinge die Abwägung gewissermaßen „in der Luft“.

Doch brauchen diese völkerrechtlichen Fragen hier nicht vertieft zu werden, weil insoweit das Europarecht und das Verfassungsrecht eindeutige Aussagen machen. Diese bedeuten in der Sache genau das Prinzip: „Inclusion before exclusion“.

II) Europarecht: Die zentrale Bedeutung der AsylVerfRiLi 2005

Die Asylverfahrens-Richtlinie des Rates vom 1. Dezember 2005 (nachfolgend: AsylVerfRiLi 2005)⁶⁴ legt Mindestnormen für Verfahren in den EU-Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft fest. Sie war bis zum 1. Dezember 2007 in das nationale Recht umzusetzen gewesen. Auch diese Richtlinie sollte durch das ganz neue Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der EU⁶⁵ umgesetzt werden. Das Asylverfahrensgesetz wurde zwar durch dieses Gesetz modifiziert, nicht jedoch die hier auf dem Prüfstand stehende Norm des § 4 Satz 2 AsylVfG. Nur die Vorschrift des § 4 Satz 1 AsylVfG wurde redaktionell angepasst⁶⁶. Der deutsche Gesetzgeber hat mithin keinen Änderungsbedarf für § 4 Satz 2 AsylVfG gesehen.

Dies ist unzutreffend. Die Unverbindlichkeit der Asylentscheidung für das Auslieferungsverfahren nach § 4 Satz 2 AsylVfG ist mit der

⁶⁴ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (ABI L 326 vom 13. 12. 2005, S. 13).

⁶⁵ BGBl 2007 I, 1970.

⁶⁶ Durch Art. 3 Ziff. 5 des Gesetzes (siehe BGBl. 2007 I, S. 1996).

Richtlinie nach folgender Maßgabe und aus folgenden Gründen nicht zu vereinbaren:

Die Stellung eines Asylantrags löst nach Art. 3 Abs. 1 AsylVerfRiLi 2005 deren Anwendbarkeit aus. Damit gilt die AsylVerfRiLi 2005 auch dann, wenn später ein Auslieferungersuchen eingeht oder dieses schon vor Stellung des Asylantrags vorlag.

Für Auslieferungsverfahren gilt die Richtlinie nicht unmittelbar, aber das OLG entscheidet gerade wegen der Unverbindlichkeit nach § 4 Satz 2 AsylVfG selbst über das Asylrecht, indem es eine Auslieferung wegen des Asylrechts für unzulässig erklärt. Dann bejaht das OLG insoweit das Asylrecht, als es um dessen Funktion als Auslieferungshindernis geht (freilich nicht über den Status). Oder es erklärt die Auslieferung für zulässig, obwohl der Verfolgte als Asylberechtigter anerkannt ist oder einen Antrag gestellt hat. Auch dann entscheidet das OLG über das Asylrecht, weil es damit das anerkannte Asylrecht aberkennt oder über die beantragte Berechtigung negativ entscheidet. Denn die Zulässigerklärung der Auslieferung ist eine Entscheidung über das zentrale Teilrecht des Asylrechts auf Verbleib, die de facto auch das volle Statusrecht erfasst. Man kann jedenfalls nicht sagen, das Asylrecht bestehe im Falle der Auslieferung weiter, nur werde es vorübergehend im Verfolgerstaat wahrgenommen⁶⁷. Das zeigt auch Art. 11 Abs. 1 Buchstabe d QRL: Der Flüchtlingsschutz erlischt, wenn der Flüchtling freiwillig in das Land zurückkehrt, das er aus Furcht vor Verfolgung verlassen hat. Der dahinter liegende Gedanke muss aber auch für jede Form der staatlich erzwungenen Rückkehr gelten wie etwa der der Auslieferung, auch wenn man die freiwillige Rückkehr über den Gedanken der Schutzverwirkung erfassen mag. Denn die Gewährung von Asyl (oder: „internationalem Schutz“) ohne Recht auf faktischen Verbleib im Aufnahmestaat ist nicht denkbar.

Dem steht nicht entgegen, dass z. B. das OLG nicht als „zuständige Behörde“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AsylVerfRiLi 2005 „benannt“

⁶⁷ Siehe oben Fn. 5.

worden ist. Ich gehe davon aus, dass diese Problematik vom Gesetzgeber schlicht nicht gesehen werden wollte, weil man ja bereits die allgemeine Frage des § 4 Satz 2 AsylVfG für irrelevant hielt. Das bedeutet nicht mehr und nicht weniger, dass die Richtlinie unvollständig umgesetzt worden ist. Die Benennung einer zuständigen Behörde dient vor allem dem Zweck, Sachkompetenz im Flüchtlingsrecht zu konzentrieren. Wenn der deutsche Gesetzgeber es also für nicht erforderlich hielt, konsequenterweise auch das OLG und die anderen im Auslieferungsverfahren zuständigen Behörden zu benennen, muss er vom Fehlverständnis ausgegangen sein, im Auslieferungsverfahren würden die Asylrechtsvoraussetzungen nicht zu prüfen sein; andernfalls hätte der Gesetzgeber anders handeln müssen.

Auf der Grundlage von § 4 Satz 2 AsylVfG in seiner gegenwärtig vorliegenden Fassung ergeben sich deshalb folgende Konsequenzen:

Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 zeigt, dass der Rat das Verhältnis von Asyl- und Auslieferungsverfahren grundsätzlich gesehen hat. Es liegt also keinesfalls eine unbeabsichtigte Lücke vor, wenn sich keine anderen Regelungen finden.

Art. 7 AsylVerfRiLi 2005 lautet:

Artikel 7

Berechtigung zum Verbleib im Mitgliedstaat während der Prüfung des Antrags

(1) Antragsteller dürfen ausschließlich zum Zwecke des Verfahrens so lange im Mitgliedstaat verbleiben, bis die Asylbehörde nach den in Kapitel III genannten erstinstanzlichen Verfahren über den Asylantrag entschieden hat. Aus dieser Bleibeberechtigung ergibt sich kein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel.

(2) Die Mitgliedstaaten können nur eine Ausnahme machen, wenn gemäß den Artikeln 32 und 34 ein Folgeantrag nicht weiter geprüft wird oder wenn sie eine Person aufgrund von Verpflichtungen aus einem europäischen Haftbefehl oder aus anderen Gründen entweder an einen anderen Mitgliedstaat oder aber an einen Drittstaat oder an internationale Strafgerichte oder Tribunale überstellen bzw. ausliefern.

Durch Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 wird verdeutlicht, dass eine Auslieferung an den (mutmaßlichen) Verfolgerstaat völlig ausgeschlossen ist. Der Verfolgerstaat ist weder „Drittstaat“ im Sinne von Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 noch – zu unterstellender Weise – EU-Mitgliedsstaat. Die Norm geht also selbstverständlich davon aus, dass während eines laufenden Asylverfahrens keine Auslieferung an den Verfolgerstaat stattfinden darf.

Sonst würde nicht nur das Erfordernis einer Konzentration auf eine sachkundige Behörde (Art. 4 AsylVerfRiLi 2005) durch ein „Zweitverfahren“ umgangen. Die Richtlinie unterscheidet vor allem auch terminologisch zwischen dem vielfach verwendeten „Mitgliedsstaat“ und meint damit einen EU-Mitgliedstaat. Davon ist der „Herkunftsstaat“ (z. B. Erwägungsgrund 17, Art. 22 Buchstabe b) zu unterscheiden. Das ist der Staat, in dem die asylrelevante Verfolgung stattfindet. Findet im Herkunftsstaat keine asylrelevante Verfolgung statt, so wird er als „Drittstaat als sicherer Herkunftsstaat“ (z. B. Art. 31) oder als „sicherer Drittstaat“ (z. B. Art. 27 oder 36) bezeichnet. Keinesfalls ist der „Drittstaat“ gleichzusetzen mit einem (EU-)„Mitgliedsstaat“.

Schon allein Art 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 steht mithin deutschen Überlegungen entgegen, einen strafrechtlich Verfolgten an denjenigen Staat auszuliefern, in dem ihm möglicherweise eine Verfolgung im Sinne der Qualifikationsrichtlinie droht. Weil in der AsylVerfRiLi 2005 keinerlei weitere Ausnahme gemacht wird für Spezialitätssicherungen durch den Verfolgerstaat, kann man aus ihr und insbesondere aus Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 folgern: Keine Auslieferung eines Asylantragstellers vor bestands- oder rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens.

Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 setzt zudem immanent und selbstverständlich voraus: Ein anerkannter Asylberechtigter darf jedenfalls erstens nicht ohne Vorliegen der oben genannten materiellen Voraussetzungen der Qualifikationsrichtlinie ausgeliefert werden.

Zweitens muss der Entzug in einem Entzugsverfahren nach Art. 37 AsylVerfRiLi 2005 erfolgen.

Im Übrigen wäre drittens die terminologische und rechtliche Differenzierung in Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 überflüssig, wenn auch an den Herkunftsstaat ausgeliefert werden könnte. Absatz 2 hätte dann schlicht und einfach lauten können: „Absatz 1 gilt nicht im Falle der Auslieferung“. Das war evident nicht gemeint.

Im Übrigen folgt aus Art. 7 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 auch: Wenn aber schon *während* des Asylverfahrens ein Bleiberecht in Form eines Rechts auf Nichtauslieferung besteht, dann muss dies erst recht gelten, wenn die Person als Flüchtling anerkannt ist.

Dies bedeutet für das deutsche Auslieferungsverfahren:

Die Stellung eines Asylantrags hat zur Folge, dass die Verfahrensanforderungen nach der AsylVerfRiLi 2005 beachtet werden müssen. Wenn dies vom deutschen Gesetzgeber nicht umgesetzt worden ist und auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung nicht durch die Rechtsprechung erfolgt, dann bleibt nichts anderes übrig, als eine gesetzliche Ergänzung einzufordern oder in einem konkreten Verfahren ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH herbeizuführen, wobei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten ist: Ein deutsches Gericht, das eine gebotene Vorabentscheidung nicht herbeiführt, verletzt das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter⁶⁸. Über diesen Gedankengang kann ein fehlendes Recht von Privatpersonen, eine Vorabentscheidung des EuGH herbeizuführen, dem Grunde nach ersetzt werden.

Ein anerkannter Asylbewerber darf nur unter den Verfahrensvoraussetzungen der Art. 37 ff. AsylVerfRiLi 2005 ausgeliefert werden, wobei sich die materiellen Voraussetzungen aus der Qualifikationsrichtlinie ergeben. Denn die Auslieferung an den

⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 9. 1. 2001 – 1 BvR 1036/99 = JZ 2001, 923 m. Anm. Voßkuhle.

Verfolgerstaat ist nichts anderes als die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft⁶⁹.

Im Übrigen zeigt auch z. B. die Verfahrensvorschrift des Art. 38 d AsylVerfRiLi 2005, dass es geradezu absurd sein muss, von dem Staat, der jedenfalls im Anerkennungsverfahren als Verfolgerstaat angesehen worden war, nunmehr im Auslieferungsverfahren die Zusicherung zu verlangen, dass er jedenfalls von nun an nicht mehr politisch verfolgt werde. Denn Art. 38 Abs. 1 Buchstabe d AsylVerfRiLi 2005 sagt klar, dass der Staat, der bereits in einem früheren Verfahren als Verfolgerstaat angesehen worden war, nicht in einem Verfahren kontaktiert werden soll und schon gar nicht zu einem Zeitpunkt, wenn noch gar nicht feststeht, ob die betreffende Person nicht doch noch politisch verfolgt wird.

Art. 38 steht in Kapitel IV (Verfahren zur Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft) und lautet:

„Artikel 38

Verfahrensbestimmungen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in Fällen, in denen die zuständige Behörde in Erwägung zieht, die Flüchtlingseigenschaft eines Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen nach Maßgabe von Artikel 14 der Richtlinie 2004/83/EG abzuerkennen, die betreffende Person über folgende Garantien verfügt:

a) Sie ist schriftlich davon in Kenntnis zu setzen, dass die zuständige Behörde die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft überprüft und aus welchen Gründen eine solche Überprüfung stattfindet, und

b) ihr ist in einer persönlichen Anhörung gemäß Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b und gemäß den Artikeln 12, 13 und 14 oder in einer schriftlichen Erklärung Gelegenheit zu geben, Gründe vorzubringen, die dagegen sprechen, ihr die Flüchtlingseigenschaft abzuerkennen.

Darüber hinaus stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass im Rahmen eines solchen Verfahrens

⁶⁹

Siehe oben C I 2.

c) die zuständige Behörde in der Lage ist, aus verschiedenen Quellen präzise und aktuelle Informationen, wie gegebenenfalls Informationen des UNHCR, über die allgemeine Lage in den Herkunftsstaaten der betroffenen Personen zu erhalten, und

d) wenn die Informationen für die Zwecke der Überprüfung der Flüchtlingseigenschaft im Einzelfall eingeholt werden, **diese nicht von den Urhebern der Verfolgung in einer Weise beschafft werden, dass Letztere unmittelbar darüber unterrichtet werden, dass es sich bei der betreffenden Person um einen Flüchtling handelt, dessen Status überprüft wird;** ferner ist auszuschließen, dass die körperliche Unversehrtheit der Person und der von ihr abhängigen Personen oder die Freiheit und Sicherheit ihrer noch im Herkunftsstaat lebenden Familienangehörigen gefährdet werden.“

[(2) – (4) hier nicht wiedergegeben]

§ 4 Satz 2 AsylVfG muss mithin entweder europarechtskonform so ausgelegt werden, dass er auch im Auslieferungsverfahren zu einer eingehenden Prüfung der Asylvoraussetzungen führt, weil auch das OLG die Verfahrensvoraussetzungen der AsylVerfRiLi 2005 erfüllen muss. Dies bedeutet bei Lichte betrachtet eine Doppelprüfung ein und derselben Rechtsfrage. Wenn der deutsche Gesetzgeber § 4 Satz 2 AsylVfG nicht abschafft oder ändert, kommt man um diese Folgen für die OLG-Entscheidungen und –verfahren nicht herum. Dies bedeutet zum Beispiel für das OLG, dass es Art. 8 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 befolgen muss, also nochmals dasselbe machen muss, was zuvor das Bundesamt und eventuell die Verwaltungsgerichte gemacht haben:

Art 8 Abs. 2 Buchstabe c AsylVerfRiLi 2005 schreibt vor:

„(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Asylbehörde ihre Entscheidung über einen Asylantrag nach angemessener Prüfung trifft. Zu diesem Zweck stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass

a) die Anträge einzeln, objektiv und unparteiisch geprüft und entschieden werden;

b) genaue und aktuelle Informationen verschiedener Quellen gesammelt werden, wie etwa des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR), über die allgemeine Lage in den Herkunftsstaaten der Asylbewerber und gegebenenfalls in den Staaten, durch die

sie gereist sind, und den für die Prüfung der Anträge und die Entscheidungen zuständigen Bediensteten zur Verfügung stehen;

c) die für die Prüfung der Anträge und die Entscheidungen zuständigen Bediensteten die anzuwendenden Normen im Bereich Asyl- und Flüchtlingsrecht kennen.“

Weil das OLG wegen § 4 Satz 2 AsylVfG zugleich über die Aberkennung des Asylrechts bzw. zumindest über dessen zentrale Gewährleistung eines faktischen Rechts auf Verbleib entscheidet, führt letztlich § 4 Satz 2 AsylVfG zu dieser Doppelprüfung.

Nun könnte man argumentieren, dass eine Doppelprüfung nicht „schade“ und – mit viel Zynismus – macht man sogar einen „Luxus“ daraus. Dem steht aber zentral entgegen, dass in aller Regel Auslieferungshaft besteht. Diese unterliegt aber dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. § 15 IRG⁷⁰). Insbesondere unter verfassungsrechtlich eindeutigen Erforderlichkeitsaspekten ist es nicht mehr zu legitimieren, dass eine erhebliche Verlängerung der Haft nur deshalb eintritt, weil ein- und dieselbe Rechtsfrage nochmals von einer anderen staatlichen Stelle geprüft werden soll.

Nur durch Abschaffung des § 4 Satz 2 AsylVfG kann man letztlich einen auch für die Oberlandesgerichte tragbaren Zustand schaffen. Im Bereich des Aufenthaltsrechts hat man dies bereits getan. Die Prüfung eines Abschiebungshindernisses nach § 60 Abs. 2 – 7 AufenthG trifft nicht etwa die an sich zuständige Ausländerbehörde, sondern das sachlich dafür ausgestattete und vorbereitete Bundesamt.⁷¹ Das ist

⁷⁰ Dazu IRhSt-Schomburg/Hackner, § 15 IRG RN 26 – 28 m. w. N.

⁷¹ § 60 Abs. 11 AufenthG lautet: „Für die Feststellung von Abschiebungsverboten nach den Absätzen 2, 3 und 7 Satz 2 gelten Artikel 4 Abs. 4, Artikel 5 Abs. 1 und 2 und die Artikel 6 bis 8 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. EU Nr. L 304 S. 12).“ Nach § 42 AsylVfG ist die Ausländerbehörde hieran gebunden, nicht aber etwa die Behörden im

auch der Sinn von Art. 8 insgesamt: Sachkonzentration durch Verfahrenskonzentration.

Nur dann wird auch nachvollziehbar, welche Anforderungen nach Art. 9 AsylVerfRiLi 2005 an die Begründung von insbesondere ablehnenden Entscheidungen gestellt werden. Für den Fall einer nicht an die Anerkennungsentscheidung gebundenen Auslieferungsentscheidung bedeutet die Zulässigerklärung der Auslieferung nicht mehr und nicht weniger als die faktische Ablehnung des Asylantrags durch das OLG: Ohne Freiheit vom Zwang, das Staatsgebiet verlassen zu müssen, kann kein Asyl gewährt werden. Das kann man nicht rechtlich „hinausdefinieren“, indem man sagt: die Auslieferung tangiere die Asylanerkennung nicht.

Deshalb müssen die Oberlandesgerichte auch Art. 9 Abs. 2 AsylVerfRiLi 2005 beachten. Art. 9 lautet insgesamt:

Artikel 9

Anforderungen an die Entscheidung der Asylbehörde

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen über Asylanträge schriftlich ergehen.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen ferner sicher, dass bei der Ablehnung eines Antrags die sachlichen und rechtlichen Gründe dafür in der Entscheidung dargelegt werden und schriftlich darüber informiert wird, wie eine ablehnende Entscheidung angefochten werden kann.

Die Mitgliedstaaten brauchen die Gründe für die Nichtgewährung der Flüchtlingseigenschaft in der Entscheidung nicht darzulegen, wenn dem Antragsteller ein Status zuerkannt wird, der nach dem nationalen und gemeinschaftlichen Recht dieselben Rechte und

Auslieferungsverfahren. (§ 42 AsylVfG: Bindungswirkung ausländerrechtlicher Entscheidungen: „Die Ausländerbehörde ist an die Entscheidung des Bundesamtes oder des Verwaltungsgerichts über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 2 bis 5 oder Abs. 7 des Aufenthaltsgesetzes gebunden. Über den späteren Eintritt und Wegfall der Voraussetzungen des § 60 Abs. 4 des Aufenthaltsgesetzes entscheidet die Ausländerbehörde, ohne daß es einer Aufhebung der Entscheidung des Bundesamtes bedarf.“

Vergünstigungen gewährt wie der Flüchtlingsstatus nach Maßgabe der Richtlinie 2004/83/EG. In diesen Fällen stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Gründe für die Nichtgewährung der Flüchtlingseigenschaft in der Akte des Asylbewerbers dargelegt werden und dass der Asylbewerber seine Akte auf Antrag einsehen kann.

Darüber hinaus brauchen die Mitgliedstaaten nicht zusammen mit einer ablehnenden Entscheidung schriftlich darüber zu informieren, wie eine solche Entscheidung angefochten werden kann, wenn diese Information dem Antragsteller zuvor entweder schriftlich oder auf ihm zugänglichem elektronischem Wege mitgeteilt worden ist.

(3) Für die Zwecke des Artikels 6 Absatz 3 können die Mitgliedstaaten immer dann, wenn dieselben Gründe für den Antrag genannt werden, eine einzige Entscheidung treffen, die alle Unterhaltsberechtigten erfasst.

An diesen Voraussetzungen werden sich auch Entscheidungen messen lassen müssen, mit denen ein Antrag als „offensichtlich unbegründet“ abgelehnt werden kann. Ob dies überhaupt und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen möglich ist, kann und braucht im Rahmen dieses Gutachtens nicht geklärt zu werden. Jedenfalls kann man nicht argumentieren, die Auslieferungsentscheidung müsse zügig erfolgen. Zwar gilt der Grundsatz des Verfahrens in angemessener Zeit nach Art. 6 Abs. 1 EuMRK wohl auch für das Auslieferungsverfahren⁷². Wollte man aber argumentieren: Das in einem Auslieferungsverfahren mit enthaltene Asylentscheidungsverfahren müsse deshalb beschleunigt werden, weil sich der Verfolgte in Auslieferungshaft befinde, wäre dies zirkulär und nicht weiterführend und damit nicht vertretbar.

Zusammenfassend: § 4 Satz 2 AsylVfG ist mit der AsylVerfRiLi 2005 in toto nicht zu vereinbaren, wenn diese Vorschrift des deutschen Asylverfahrens es ermöglichen sollte, eine Auslieferung für zulässig zu erklären, ohne die AsylVerfRiLi 2005 einzuhalten. Denn in jeder Zulässigerklärung nach § 29 IRG liegt die Verneinung der Asylberechtigung bzw. (bei vorhandener Asylberechtigung) die

⁷² Bei „flagranter Rechtsverweigerung“ (Einhorn gegen Frankreich, EuGMR vom 16. 10. 2001 – 715555/01; ebenso: Mayer-Ladewig (Fn. 59), Art. 6 RN 60 b).

Aberkennung entweder des Asylstatus oder jedenfalls des zentralen Teilrechts auf faktischen Verbleib.

III) Verfassungsrechtliche Vorgaben des Asylgrundrechts nach Art. 16 a Abs. 1 GG für das Auslieferungsverfahren

Die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an das Asylverfahren gelten ebenfalls für das Auslieferungsverfahren (unten 1). Dies hat Konsequenzen für die Frage nach der Spezialität: Diese Argumentation ist rechtlich und faktisch nicht umsetzbar, weil es einer „gefahridentischen Gegenprognose“⁷³ bedarf. Diese bringt auf verfassungsrechtlicher Ebene letztlich den völkerrechtlichen Gedanken „Inclusion before exclusion“ zur Geltung (unten 2).

1. Verfahrensrechtliche Dimensionen des Asylgrundrechts nach Art. 16 a Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Asylgrundrecht nicht nur abwehrrechtliche Konsequenzen gezogen, sondern vor allem auch verfahrensrechtliche.

- Der Sachverhalt zum Tatbestand der „politischen Verfolgung“ muss sorgfältig und umfassend ermittelt werden. Die Ermittlungen müssen einen hinreichenden Grad an Verlässlichkeit aufweisen und auch dem Umfang nach zureichend sein im Hinblick auf die besonderen Begebenheiten des Asylbereichs⁷⁴.

- Der fachgerichtlichen Entscheidung muss eine für das Bundesverfassungsgericht nachvollziehbare Sachverhaltsbewertung zugrunde liegen⁷⁵.

⁷³ Zum Begriff: Lagodny, Rechtsstellung, S. 305 – 315, 310.

⁷⁴ BVerfGE 76, 143, 162. Vgl. auch BVerfGE 94, 166, 200 – 208; 56, 216, 240.

⁷⁵ BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, NVwZ-Beilage 4/1994, 25, zitiert nach Lübke-Wolff, in: Dreier, Grundgesetz, Band I, 1996, Art. 16 a RN 59 mit Fn. 236, wonach es sich insoweit um eine ständige Praxis handelt.

- Die Fachgerichte (wie auch die zuständigen Behörden) müssen das Vorbringen des Asylsuchenden zur Kenntnis nehmen, prüfen und die getroffenen Entscheidungen entsprechend begründen⁷⁶.

Das Bundesverfassungsgericht fordert also eine „hinreichende Ermittlungstiefe“⁷⁷ hinsichtlich der Voraussetzungen des Asylrechts. Die Ermittlungen zum Tatbestand der politischen Verfolgung müssen „einen hinreichenden Grad an Verlässlichkeit aufweisen und auch dem Umfang nach, bezogen auf die besonderen Gegebenheiten im Asylbereich, zureichend [sein].“⁷⁸ Das Verfahrensermessen der Gerichte – etwa hinsichtlich der Einholung von Sachverständigengutachten – ist insoweit eingeschränkt.⁷⁹

2. „Gefähridentische Gegenprognose“ als grundrechtsdogmatische Konsequenz für die Spezialitätsfrage

Nunmehr ist auf die bereits mehrfach erwähnte Frage zurückzukommen, ob Zusicherungen im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes oder sonstiger besonderer Zusicherungen geeignet sind, die Gefahr politischer Verfolgung auszuschließen. Dies war bislang der – abweichend von der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention - zentrale Gedanke zur nachträglichen Legitimation von § 4 Satz 2 AsylVfG.

Es ist eine zweistufige Prüfung vorzunehmen⁸⁰ Dies gibt die Praxis des Bundesverfassungsgerichts⁸¹ vor und entspricht damit auch den

⁷⁶ BVerfGE 56, 216, 240.

⁷⁷ So die treffende Charakterisierung von Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 16 a RN 102.

⁷⁸ BVerfGE 76, 143, 162.

⁷⁹ Masing (Fn. 103).

⁸⁰ Vgl. Lagodny, Rechtsstellung, S. 170 – 173.

⁸¹ BVerfG Beschl. v. 23. 2. 1983, NJW 1983, 1723; vgl. dazu die Darstellung bei Zöbeley, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Auslieferungsrecht, NJW 1983, 1703 – 1707, 1704, der zu Recht die „logische Reihenfolge der Prüfung“ durch das BVerfG betont.

Anforderungen der Grundrechtsdogmatik, wie sie insbesondere in der mittlerweile anerkannten Abstufung von Grundrechtstatbestand, Grundrechtsschranke und Grundrechts-Schranken-Schranke zum Ausdruck kommt:

Frage 1 – Bestehen die Voraussetzungen des Asylrechts, des Flüchtlingsstatus, des subsidiären Schutzes etc.?

Frage 2 – a) Werden genau die im Schritt 1 festgestellten drohenden Gefahren durch die Spezialitätszusage oder eine sonstige gesonderte Zusicherung abgedeckt

und

b) kann der Spezialitätszusage oder einer sonstigen gesonderten Zusicherung des ersuchenden Staates vertraut werden?

Bei diesen Prüfungen müssen die oben erwähnten Grundsätze herangezogen werden. Deshalb muss z. B. eine absolute Gewissheit bestehen, dass der Zusage vertraut werden kann, weil Zweifel an Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht zulasten des Verfolgten gehen dürfen⁸².

Legt man diesen Zweierschritt zugrunde, so war bereits unter der Geltung von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG (a.F.) nicht legitimierbar, dass diese „gefahridentische Gegenprognose“ zur Zulässigkeit der Auslieferung eines Asylberechtigten führen kann⁸³. Um so weniger kann dies bei dem viel weiteren Schutzbegriff etwa der Qualifikationsrichtlinie der Fall sein.

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass andere Zusicherungen des ersuchenden Staates grundsätzlich geeignet sein können, *einzelne*

⁸² BVerfG NJW 1990, 2193; vgl. näher IRhSt-Lagodny, § 30 IRG RN 11 f. m. w. N. – Die dort erwähnte Einschränkung für die Annahme der *Gefahr* menschenrechtswidriger Behandlung ist für die Beurteilung von Zusicherungen nicht relevant, weil hier logischerweise die Gefahr bereits bejaht werden musste.

⁸³ Vgl. dazu Lagodny, Rechtsstellung, S. 173.

menschenrechtliche Auslieferungshindernisse zu beseitigen. Art. 11 EuAIÜbk und die dort bereits 1959 verankerte Zusicherung der Nichtvollstreckung der Todesstrafe ist ein Beispiel hierfür. Eine solche führte letztlich auch zur Zulässigkeit der Auslieferung von Soering an die USA⁸⁴. Auch Art. 3 des 2.ZP-EuAIÜbk sieht eine solche Lösung für Abwesenheitsverfahren vor. Man kann etwa auch die Gefahr eines menschenwürdevidrigen Strafvollzugs durch die Zusage des Vollzugs in einer bestimmten Haftanstalt ausschließen.

Jedoch geht es hier um Fälle einzelner konkretisierbarer Menschenrechtsverletzungen, die unmittelbar mit dem Strafverfahren zusammenhängen.

Die Voraussetzungen des Asylrechts bzw. des Flüchtlingsstatus' stellen jedoch auf eine letztlich nicht beschränkte Zahl von drohenden Menschenrechtsverletzungen ab. Eine solche Gefahr durch Zusicherungen ausschließen zu wollen, ist nicht möglich⁸⁵.

Dies gilt auch für eine scheinbar zu konkretisierende Zusicherung wie diejenige, den Verfolgten nicht foltern zu wollen. Drohende Folter ist in vielen Fällen einer von mehreren Gründen für die Gewährung von Asyl. Eine Zusage des Verfolgerstaates, nicht foltern zu wollen, kann nicht

⁸⁴ Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 05.01.2007: Die US-Justiz und der Fall Jens Söring - Vergessen hinter Gittern (<http://www.sueddeutsche.de/panorama/artikel/150/97053/8/>, gelesen am 23. 1. 2008).

⁸⁵ Zum Problem in rechtsvergleichender Sicht vgl. ausführlich die Dokumentation: Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture, Human Rights Watch April 2005 Vol 17 No. 4 (D).

kontrolliert werden⁸⁶. Eine Diskussion über Details (nach dem Muster: Wie gut muss eine Videoüberwachung sein, damit sie nicht umgangen werden kann?) erscheint mir vor allem auch deshalb müßig, weil eine solche Zusage niemals ausräumen kann, was man als „Folterzellensyndrom“ bezeichnen muss: Die Einforderung einer Zusicherung setzt logischerweise voraus, dass die Gefahr der Folter bejaht worden ist. Befindet sich der Verfolgte dann nach einer Auslieferung im ersuchenden Staat in Haft, muss er ständig mit der Furcht leben⁸⁷, dass die Zusage doch nicht eingehalten wird. Mit anderen Worten: ob der nächste „Besuch“ in seiner Zelle ihn nicht direkt zum Folterraum führt. Die hiermit verbundene Furcht des Einzelnen kann schon theoretisch durch eine staatliche Zusage nicht ausgeschlossen werden. Aus meiner Sicht ist im Folterzellensyndrom eine „unmenschliche Behandlung“ oder gar eine Vorform der „Folter“ im Sinne von Art. 3 EuMRK zu sehen. Gestützt werden kann dieses Argument auf die Begründung des EuGMR im Falle Soering⁸⁸ als Parallele zum „Todeszellensyndrom“⁸⁹.

⁸⁶ Vgl. dazu insbesondere UNHCR, Anmerkungen von UNHCR zu diplomatischen Zusicherungen und Internationalem Flüchtlingsschutz, UNHCR Regionalvertretung für Deutschland, Österreich und die Tschechische Republik, Berlin, Februar 2007 (Übersetzung des von der Protection Operations and Legal Advice Section, Division of International Protection Services, Genf, August 2006, erstellten Dokuments). Vgl. auch: Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture, Human Rights Watch April 2005 Vol 17, No 4 (D).

⁸⁷ Zum subjektiven Verfolgungsbegriff jedenfalls bei Folter vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 21. 2. 2007 – 7 E 4026/04. A(3), UA. S. 8 f.

⁸⁸ EuGMR, Urteil v. 7. 7. 1989 – Nr. 1/1989/161/217.

⁸⁹ Vgl. auch die *Chahal*-Entscheidung des EuGMR: - Chahal gegen Vereinigtes Königreich, 70/1995/576/662, Urteil vom 25. 10. 1996, Der EuGMR nahm ein “real risk” der Folterung an und verneinte die Garantiewirkung der indischen Zusicherungen mit folgender Begründung (§ 105): “Although the Court does not doubt the good faith of the Indian Government in providing the assurances mentioned above (paragraph 92), it would appear that, despite the efforts of that Government, the NHRC and the Indian courts to bring about reform, the violation of human rights by certain members of the security forces in Punjab and elsewhere in India is a recalcitrant and enduring

Kurzum: Die Argumentation über den Spezialitätsgrundsatz oder über sonstige Zusicherungen ist weder mit der Asylgarantie des Grundgesetzes noch mit den Anforderungen der EU zu vereinbaren.

F) Analyse der OLG-Praxis anhand dieser Maßstäbe

An den vorstehend erörterten materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben sollen nun deutsche Entscheidungen gemessen werden. Die folgende Analyse beruht auf neueren unveröffentlichten Entscheidungen, soweit sie mir bekannt geworden sind. Die nachfolgenden Aussagen erfassen also nicht alle Oberlandesgerichte.

Das Gesamtergebnis ist angesichts der geltenden Rechtslage eigentlich eher überraschend: Bis auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt und Braunschweig genügen die Beschlüsse den aufgezeigten Anforderungen. Teilweise schließen sich die Oberlandesgerichte ausdrücklich der positiven Asylentscheidung an. Jedenfalls werden deren Erkenntnisse genau verwertet und führen – was dann allerdings nicht mehr überrascht - zur Unzulässigkeit der Auslieferung. Vielfach versuchen die Oberlandesgerichte jedoch, die Asylfrage offen zu lassen, weil die Auslieferung aus anderen Gründen bereits unzulässig ist. Dann erübrigt sich auch eine durchaus diffizile Prüfung etwa des § 33 Abs. 2 GFK oder eine Zuordnung zum Flüchtlings- oder zum subsidiären Schutz nach der Qualifikationsrichtlinie.

*OLG Stuttgart Beschl. v. 29. 8. 1984 – 3 AuslReg (13) 58/79
= ELW U 93*

Diese über zwanzig Jahre alte Entscheidung erstaunt schon deshalb, weil sich das OLG wörtlich auf die Verwaltungsentscheidung berufen hat, um die Auslieferung für unzulässig zu erklären. Es ging um eine Auslieferung nach Jugoslawien. Nach der ersten

problem (see paragraph 104 above). Against this background, the Court is not persuaded that the above assurances would provide Mr Chahal with an adequate guarantee of safety.

Zulässigkeitsentscheidung war der Verfolgte als Asylberechtigter anerkannt worden. Eine erneute Entscheidung nach § 33 IRG hat das OLG nicht nur deshalb für zulässig erachtet, weil zwischenzeitlich die Anerkennungsentscheidung ergangen war, sondern: Der Senat hat die Akten des Bundesamtes und des VG mit den in den dortigen Verfahren beigebrachten Beweismitteln beigezogen und beurteilt die Sachlage „jedoch nicht anders als die Anerkennungsbehörde, die ausgeführt hat: [...]“ Es folgt eine wörtliche Übernahme der Begründung aus dem Asylanerkennungsverfahren. Spezialitätsüberlegungen stellt das Gericht – man ist schon geneigt zu sagen: „selbstverständlich“ - nicht an.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9. 11. 1987 – 1 AK 30/87 = ELW U 152

Der Verfolgte war in den Vereinigten Staaten von Amerika als Asylberechtigter anerkannt worden. Im Anschluss an BVerfGE 52, 405 f zieht das Gericht hieraus die Schlussfolgerung, dass die US-amerikanischen Verfahrensakten beizuziehen seien.⁹⁰

OLG München, Beschl. v. 10. 7. 1995 – Ausl 120/94 = StV 1996, 100

Es ging um eine politische Verfolgung in Tunesien. Das Bundesamt hatte ein Abschiebungshindernis nach § 51 Abs. 1 AuslG (a. F.) wegen drohender Folter und politischer Verfolgung (u. a. weil er sich weigerte als Spitzel tätig zu werden) angenommen. Dies sei jedoch – so das OLG München – „keineswegs bedeutungslos“. Zwar müsse das OLG die Gefahr politischer Verfolgung selbständig prüfen, dürfe dabei aber positive Erkenntnisse für die politische Verfolgung aus dem Verwaltungsverfahren nicht übergehen.⁹¹

⁹⁰ Vgl. auch OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2004, 218 und OLG Brandenburg (Beschl. v. 28. 5. 1997- 2 Ausl. (A) 7/97, zit. bei IRhSt-Schomburg/Hackner, § 6 IRG RN 48).

⁹¹ Vgl. auch OLG München, Beschl. v.- 27. 3. 1986 – Ausl. 65/85 (zitiert bei IRhSt-Schomburg/Hackner, § 6 IRG RN 48).

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27. 7. 2007 - 1 AK 41/07

Hier ging es um drohende Folter. Das VG hatte am 13. 8. 2003 ein Abschiebehindernis nach § 53 Abs. 1 und 4 AuslG a. F. und damit subsidiären Schutz angenommen. Der Senat ging zwar davon aus, dass diese Entscheidung für ihn nicht bindend sei. Aber ihr komme nach der Senatsrechtsprechung und dem OLG München sowie dem OLG Jena indizielle Wirkung im Auslieferungsverfahren bei. „Hat die Verwaltungsbehörde dem Verfolgten in voller Kenntnis der diesem im ersuchenden Staat vorgeworfenen Straftaten Asyl oder Abschiebeschutz gewährt, „kommt dieser Einschätzung auch im Auslieferungsverfahren zur Vermeidung divergierender Entscheidungen erhebliche Bedeutung bei.“ Habe der Verfolgte hingegen die gegen ihn im ersuchenden Staat erhobenen Vorwürfe im Asylverfahren verschwiegen, bedürfe die Frage des Vorliegens eines Auslieferungshindernisses „sorgfältiger Prüfung“.

Dabei hob der Senat hervor: Wer sich terroristischer Mittel bediene, könne sich zwar nicht auf politische Verfolgung berufen, aber das Folterverbot gelte uneingeschränkt. Aufgrund der dem VG-Urteil beigemessenen „erheblichen indiziellen Bedeutung“ ging das OLG von einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ der Folter aus.

Saarländisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 13. 12. 2006 – OLG Ausl 35/06 (30/06)

Auch in diesem Fall ging es um drohende Folter in der Türkei. Das Bundesamt hatte durch Bescheid vom 15. 4. 2003 ein Abschiebungshindernis nach § 51 Abs. 1 AuslG a. F. wegen drohender Folter angenommen. Dies stelle ein „beachtliches Beweisanzeichen“ dar. Die Situation hinsichtlich der Folter in der Türkei habe sich zwar in der Zwischenzeit verbessert. Bei der vom Senat angenommenen Sachlage lasse sich aber „nicht abschließend und verlässlich beurteilen, ob die von der türkischen Regierung eingeleiteten Reformen schon so durchgreifende Wirkung gezeitigt haben, dass die ursprüngliche Gefährdungslage bei einer Auslieferung des Verfolgten an die Türkei entfallen könne. Zweifel müssten sich aber zugunsten des Verfolgten auswirken (unter Berufung auf KG StV 1996, 103; OLG

Karlsruhe NStZ-RR 1004, 346). Auch bestünden weitere Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Auslieferungshindernisses.

Das OLG hat kurz und knapp ausgeführt, „die vorstehend geschilderten rechtlichen Bedenken lassen sich weder durch bereits abgegebene Zusicherungen [...] noch durch ergänzende Erklärungen des türkischen Staates oder durch weitere Ermittlungen im Rahmen des Auslieferungsverfahrens ausräumen.“ Damit war die Gefahr gemeint, dass dem Verfolgten wegen seiner bisherigen politischen Aktivitäten nicht nur Folter, sondern auch andere menschenrechtswidrige Behandlung droht.

OLG Jena, Beschl. v. 25. 1. 2007 – Ausl 7/06 = NJW 2007, 1700

Hier war Folter bei Auslieferung in die Republik Moldawien zu befürchten. Das Bundesamt hatte mit Bescheid vom 17. 4. 2004 festgestellt, dass die Voraussetzungen von § 51 Abs. 1 AuslG vorliegen. Unter Berufung auf OLG München StV 1996, 100, 101 prüft das OLG im konkreten Fall individuell die – dann bejahte - Wahrscheinlichkeit von Folter in Moldawien.

Militärriechter-Fälle

Einige Entscheidungen betrafen Fälle, in denen türkische Militärriechter an der Strafentscheidung mitgewirkt hatten. Vor allem wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EuMRK wurde die Auslieferung in diesen Entscheidungen abgelehnt, ohne dass es einer Auseinandersetzung mit Asylfragen bedurft hätte⁹². Es gab aber auch andere Gründe, die

⁹² OLG Hamburg, Beschl. v. 6. 10. 2006 – Ausl 32/06 = InfAuslR 2006, 468; Kammergericht, Beschl. v. 10. 1. 2007 – (4) Ausl.A. 915/06 (183/06); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8. 5. 2007 – 1 AK 29/07 (3 Ausl. 61/07); OLG Stuttgart, Beschl. v. 14. 5. 2007 – 3 Ausl 87/06 = NStZ 2007, 273; Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. vom 11. 9. 2007 – Ausl. 8/06. Vgl. auch den Fall von OLG Köln Beschl. v. 30. 7. 2007 – 6 Ausl 15/07 – 36: Der Asylantrag des Verfolgten wurde mit Wirkung vom 19. 12. 2003 rechtskräftig abgelehnt. Das OLG hat aber schlussendlich den Auslieferungshaftbefehl mit der Begründung aufgehoben, das Bundesamt habe erhebliche Bedenken gegen

Asylproblematik offenlassen zu können, so etwa Art. 10 EuAIÜbk (Verjährung) wie in der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 12. 2. 2007⁹³.

Diese Entwicklung zeigt, dass sich die Oberlandesgerichte wohl deshalb bevorzugt auf das „Offenlassen“ zurückgezogen haben, weil schon eine eingehende Prüfung des Asylrechts nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einem sehr großen Verfahrensaufwand geführt hätte. Um wie viel stringenter wäre es deshalb, nunmehr im Jahre 2007 – und damit 47 Jahre nach Einführung der VwGO und 42 Jahre nach Einführung eines rechtsstaatlichen Anspruchs grundsätzlich genügenden Asylverfahrens – endlich eine Bindung im Auslieferungsverfahren vorzuschreiben. Der Gesetzgeber muss auch zur Kenntnis nehmen, dass die Ergebnisse des Asylverfahrens im Auslieferungsverfahren unmodifiziert oder im Wesentlichen unmodifiziert auch ohne Bindung übernommen werden. Eine europarechtliche Verpflichtung hierzu folgt ohnehin aus der AsylVerfRiLi 2005 vor dem Hintergrund der Qualifikationsrichtlinie. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist dies bei bestehender Auslieferungshaft wegen des Freiheitsgrundrechts ebenfalls geboten.

Fall Atmaca

OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. 5. 2007, 2 Ausl A 10/05

Der hier zu referierende Fall *Atmaca* ist derzeit als nicht anonymisierte Beschwerde beim EuGMR anhängig, von dem sogar vorläufiger Rechtsschutz nach Rule 39 der Rules of the Court gewährt worden ist⁹⁴. Der Beschwerdeführer ist nach der Zusammenfassung des

die Bewilligung geäußert, weil am zugrunde liegenden Urteil ein Militärrichter mitgewirkt habe.

⁹³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12. 2. 2007 – 1 AK/06 (3 Ausl 69/06).

⁹⁴ Beschwerde No. 45293/06 – *Atmaca* gegen Deutschland. Entscheidung zu Rule 39 vom 17. 7. 2007.

Sachverhalts durch den EuGMR⁹⁵ in Deutschland am 22. 10. 2005 zu 2 Jahren und 3 Monaten Freiheitsstrafe wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung verurteilt worden, weil er einer der Führer der PKK in Europa war. Die Türkei hat im Februar 2005 ein Auslieferungsersuchen gestellt. Die hier angesprochenen Entscheidungen betreffen das Auslieferungsverfahren (OLG Frankfurt) sowie die Frage des Abschiebeschutzes nach dem Aufenthaltsgesetz (VG Darmstadt).

Nachdem das OLG Frankfurt die Auslieferung für zulässig erklärt hatte, wurde eine Verfassungsbeschwerde aus verfassungsprozessualen Gründen nicht zur Entscheidung angenommen. Die daraufhin beim EuGMR erhobene Menschenrechtsbeschwerde wurde der Bundesregierung förmlich mitgeteilt. Dies bedeutet, dass der EuGMR die Sache nicht *a limine* abweist. Am 3. 10. 2007 hat der Präsident der mit dem Fall befassten Kammer eine einstweilige Anordnung nach Art. 39 VerfoEuGMR erlassen. Danach darf der Beschwerdeführer bis auf Weiteres („until further notice“) nicht an die Türkei ausgeliefert werden.

Zusammengefasst argumentiert das OLG in der Entscheidung vom 23. 5. 2007: Folter drohe nicht, weil gegenwärtig in der Türkei viel gegen Folter getan werde. Auf konkrete Anhaltspunkte gerade im Falle des Auszuliefernden komme es in der Regel dann nicht an, wenn in dem ersuchenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte herrsche. Das OLG verweist insoweit auf den Indien-Beschluss des BVerfG (Beschl. v. 24. 6. 2003 – 685/03 = NVwZ 2003, 1500). Dieser Beschluss hatte aber – wie auch das zugrunde liegende Verfahren - gar nichts mit dem Asylrecht nach Art. 16 a GG zu tun, sondern betraf Folter generell – unabhängig von politischer Verfolgung.

VG Darmstadt, Urteil vom 31. 5. 2007 – 7 E
1844/05.A(1)

⁹⁵ Statement of the Facts vom 10 Oktober 2007.

Das VG bejaht den Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 Aufenthaltsg. Es müsse angenommen werden, dass der Kläger „mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politisch verfolgt wäre“; er müsse „mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit mit asylrelevanten Übergriffen rechnen.“ Weil es sich um einen hochrangigen PKK-Funktionär handele sei davon auszugehen, „dass die türkischen Strafverfolgungsbehörden sich von ihm Erkenntnisse und Aussagen zu weiteren Angehörigen und der Führungsstruktur der PKK erhoffen.“⁹⁶ Mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit werde der Kläger im Zuge seines Strafverfahrens unter Druck gesetzt werden.

Nicht vom OLG angesprochen wurde das, was das VG noch erwog: Das Bundesamt habe die Ablehnung des Asylantrags zu Unrecht auf die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 Satz 2 Aufenthaltsg. (*vgl. Art. 1 F GFK, O.L.*) gestützt, weil dessen Voraussetzungen nicht vorlägen. Dies wird vom VG abgelehnt und sehr ausführlich dargelegt.

Es wird an diesem Fall deutlich: Das OLG argumentiert hinsichtlich der Foltergefahr auf abstrakt-genereller Ebene, nicht wie das VG Darmstadt in konkret-individueller Hinsicht; nur diese ist aber hinreichend im Lichte der Praxis des Bundesverfassungsgerichts.

Zudem zeigt die Entscheidung des OLG Frankfurt, dass die materiellen Voraussetzungen für die Aufhebung des Teilrechts auf Verbleib gar nicht geprüft werden: Die Ausschlussgründe der GFK spielen keine Rolle. Hier zeigen sich beispielhaft die völlig verschiedenen Prüfungsschritte des OLG in Auslieferungssachen einerseits und des VG in Asyl-/Abschiebungssachen andererseits: Wenn man bereits im Anwendungsbereich der GFK ist, kommt man nur über deren Ausschlussgründe wieder hinaus. Das OLG prüft aber die GFK gar nicht und muss deshalb – in sich schlüssig, aber vom Ausgangspunkt her nicht vertretbar – den GFK Ausschluss nicht prüfen.

⁹⁶

UA S. 19.

*OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. 5. 2006 – 2 Ausl A 36/06
(Türkei)*

In diesem Beschluss hat das OLG die Fluchtgefahr unter anderem damit begründet, „dass gerade die von dem Verfolgten vorgetragenen Umstände, Herbeiführung des der Verurteilung zugrunde liegenden Geständnisses durch Folter und weiterhin drohende Folter, den Anreiz zur Flucht, um der Strafvollstreckung eines nach Auffassung des Verurteilten auf einem erpressten Geständnis beruhenden Urteils in der Türkei zu entgehen, deutlich werden lassen.“⁹⁷

Dazu vorausgehend: VG Frankfurt, Urteil vom 31. 5. 2005 – 10 E 359/03.A(2): Das Bundesamt hatte am 13. 1. 2003 festgestellt, dass Abschiebungshindernisse nach § 51 Abs. 1 AuslG (a.F.) vorliegen. Dies hat das VG bestätigt, weil Folter drohe. Der Ausschluss des Abschiebungsschutzes nach § 60 Abs. 8 AufenthaltG (schwerwiegende Gefahr wegen Verurteilung zu mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe) sei eng auszulegen, „weil sie sowohl zum Wegfall des aus dem Asylrecht folgenden Abschiebungsschutzes als auch zum Wegfall des Abschiebungsschutzes für politische Flüchtlinge [nach der GFK] führt.“ Deshalb müsse über die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 60 Abs. 8 AufenthaltG hinaus festgestellt werden, dass von dem Asylantragsteller weiterhin Gefahren ausgehen, wie sie sich in seinem früheren Verhalten bereits manifestiert haben“⁹⁸

Das OLG Frankfurt hat die Auslieferung am 23. 8. 2006: letztlich für unzulässig erklärt, weil eine Verurteilung durch ein türkisches Staatssicherheitsgericht erfolgen solle. Dies widerspreche Art. 6 Abs. 1 EuMRK. Das OLG erachtet es als ausgeschlossen, dass die den Anlass für das Auslieferungersuchen bildende Verurteilung in der Türkei insgesamt und vollständig von der türkischen Exekutive im Zusammenspiel mit der Jurisdiktion inszeniert worden sei. Der Senat

⁹⁷ Beschluss, S. 4/5.

⁹⁸ UA S. 7 unter Verweisung auf BVerwG, Urteil vom 30. 3. 1999 – 9 C 31.98; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. 12. 2002, 10 A 10089/02).

habe auch keine Anhaltspunkte für Folter und auch nicht für drohende politische Verfolgung. Entscheidend sei jedoch, dass Zweifel daran vorlägen, ob das staatliche Sicherheitsgericht in Izmir den Anforderungen der EuMRK an ein faires Verfahren und die Grundsätze der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland genügen. Diese Zweifel wirkten sich zugunsten des Verfolgten aus.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 31. 1. 2007 – Ausl 2/06

Es ging um eine Auslieferung nach Paraguay. Der Verfolgte war am 29. 1. 2007 vom VG Braunschweig (Az: 3 A 340/06) – also zwei Tage vor dem OLG Beschluss – als Asylberechtigter anerkannt worden. Das OLG sah in der VG-Entscheidung keine neuen Umstände im Sinne von § 33 IRG. Dies wird auf nur zwei Seiten begründet. Das OLG führt aus: Das VG lege bei seiner Entscheidung geringere Beweisanforderungen zugrunde, wenn es derzeit eine Verfolgung „nicht ausschließen kann“, als sie der Senat nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Auslieferungsverfahren zugrunde zu legen habe. Danach müssten „begründete Anhaltspunkte“ bzw. eine „beachtliche Wahrscheinlichkeit“ für eine Verfolgung bzw. menschenrechtswidrige Behandlung vorliegen. Solche Umstände, welche der Senat nicht bereits berücksichtigt habe, seien aus den Gründen des VG-Urteils für die derzeit zu beurteilende Situation in Paraguay nicht ersichtlich. Die tragenden Erwägungen des VG seien sehr allgemein gehalten; so sei das VG auf die ausführliche Würdigung des konkreten Sachverhalts im Senatsbeschluss nicht einmal eingegangen.

Zum Beleg für den Ansatz über die „begründeten Anhaltspunkte“ beruft sich das OLG hierfür auf die Entscheidung BVerfG StV 2004, 440 (= 1. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 8. 4. 2004 – 2 BvR 253/04). In diesem Fall ging es überhaupt nicht um das Asylrecht als Auslieferungshindernis; vielmehr stand „nur“ die Frage zur Debatte, ob die Haftbedingungen des ersuchenden Staates (hier: Weißrussland) einer Auslieferung wegen Betrugsstraftaten entgegenstünden. Das OLG war insoweit den verfassungsrechtlich vorgegebenen Prüfungspflichten nicht gerecht geworden. Das ist etwas ganz anderes

als die umfassende Frage der Gefahr politischer Verfolgung. Zudem hat das OLG die Verfahrensanforderungen des Art. 16 a Abs. 1 GG nicht beachtet.

Das VG hat sich in der hier in Bezug genommenen Entscheidung (VG Braunschweig, Urteil vom 29. 1. 2007 – 3 A 340/06, UA S. 13) auf die Rechtsprechung des BVerwG (E 70, 167) berufen, wonach Asyl zu gewähren ist, wenn sich eine Verfolgungswiederholung nicht ausschließen lasse.

Auch für das Auslieferungsverfahren gibt es eindeutige Rechtsprechung des BVerfG, wonach sich Zweifel am Vorliegen von Auslieferungshindernissen nicht zulasten, sondern zugunsten des Verfolgten auswirken dürfen⁹⁹. Das OLG Braunschweig hat sich damit letztlich über verfassungsmäßig begründete Verfahrensregeln im Hinblick auf das Asylrecht und auf sonstige Auslieferungshindernisse hinweggesetzt. Das kann man nur als willkürlich bezeichnen. § 4 Satz 2 AsylVfG kann und soll ein solches Vorgehen nicht legitimieren.

Vergleicht man die Argumentation des oben bereits vorgestellten Beschlusses des OLG Karlsruhe vom 27. 7. 2007 (1 AK 41/07) mit derjenigen des OLG Braunschweig, dann wird deutlich: Das OLG Braunschweig tat das VG-Urteil sogar als zu großzügig ab, während das OLG Karlsruhe im VG-Urteil noch einen weiteren Anhaltspunkt für das Vorliegen der Gefahr menschenrechtswidriger Behandlung gesehen hat. Damit hat es zwar nicht über das Auslieferungshindernis des Asylrechts argumentiert, sondern über das Auslieferungshindernis bei drohender Folter (vgl. Art. 3 EuMRK).

⁹⁹

S. o. Fn. 108.

G) Zusammenfassung

1. Das Asylrecht nach Art. 16 a Abs. 1 GG schützt ebenso vor einer Auslieferung an den Verfolgerstaat wie Art. 33 GFK und der Flüchtlingsschutz nach der Qualifikationsrichtlinie. Dies ergibt sich sowohl aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁰ als auch aus europarechtlichen Vorschriften¹⁰¹.

2. a) Die Nichtbindung des OLG an die Asylanerkennung im Verwaltungsverfahren nach dem AsylVfG bzw. dem AuslG 1965 diene ursprünglich allein der Gewaltenteilung: Ein ordentliches Gericht wie das OLG sollte nicht an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde gebunden sein.¹⁰² Dies wurde weder bei Neuregelungsbemühungen in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts noch bei der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt.

b) Die Beschleunigung des Auslieferungsverfahrens kann – anders als bei § 58 a AufenthG – kein legitimierender Zweck sein.

c) Der Gedanke der Spezialitätsbindung oder sonstiger Zusicherungen im Einzelfall kann § 4 Satz 2 AsylVfG ebenfalls nicht legitimieren.¹⁰³

3. Die Oberlandesgerichte unterliegen vielmehr der verfassungsrechtlichen Verfahrenspflicht, die Asylvoraussetzungen mit derselben Intensität zu prüfen wie im Asylverfahren das Bundesamt und ggf. die Verwaltungsgerichte.

4. Die Nichtbindung nach § 4 Satz 2 AsylVfG ist erstens sinnlos geworden. Sie bedeutet faktisch eine Verdoppelung der Prüfung, die aber verfassungsrechtlich konsequent zu fordern ist, wenn die Oberlandesgerichte nicht gebunden sind. Die Doppelprüfung führt aber zweitens zu unverhältnismäßiger Auslieferungshaft.

¹⁰⁰ S. o. B I, E III.

¹⁰¹ S. o. D II, E II.

¹⁰² S. o. C I 1 und 2.

¹⁰³ S. o. zusammenfassend E III.

5. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, das deutsche Verfahrensrecht an die AsylVerfRiLi 2005 auch insoweit anzupassen als es um die Auslieferung geht. Insbesondere führt die Stellung eines Antrags dazu, dass deren Vorgaben beachtet werden müssen.¹⁰⁴ Hier könnten die Vorgaben erläutert werden.

6. Solange der Gesetzgeber den § 4 Satz 2 AsylVfG nicht von sich aus abschafft, muss die Strafverteidigung in Auslieferungsverfahren diese Verfahrensrechte einklagen und dafür notfalls bis zum BVerfG bzw. zum EuGMR gehen. Soweit es um die europarechtlichen Vorgaben (QRL, VerfRiLi 2005) geht, ist eine Vorabentscheidung des EuGH herbeizuführen. Etwaige Verzögerungen sind dann – da gesetzlich bedingt – nicht dem Asylsuchenden anzulasten.

7. Vor dem Verfolgungsbegriff des Grundgesetzes bzw. der Qualifikationsrichtlinie erscheinen Zusicherungen des ersuchenden Staates als völlig ungeeignet, die einmal angenommene politische Verfolgung bzw. das einmal bejahte internationale Schutzbedürfnis wieder auszuschließen¹⁰⁵.

8. Für die Prüfung des Asylrechts im Rahmen einer Zulässigkeitsentscheidung nach § 29 IRG durch das Oberlandesgericht folgt insgesamt:

a) Art. 16 a Abs. II GG, die Qualifikations- und die Verfahrensrichtlinie 2005 sowie Art. 33 GFK fordern, dass das OLG im Auslieferungsverfahren eine komplette Prüfung *aller* Asylvoraussetzungen vorzunehmen hat. Deren Prüfung kann nicht offen bleiben im Hinblick auf die Spezialitätszusage oder sonstige Zusicherungen des ersuchenden Staates.

b) Auch § 4 Satz 2 AsylVfG macht diese Komplettprüfung nicht überflüssig, weil sein ursprünglicher Zweck (Gewaltenteilung) nicht

¹⁰⁴ S. o. E II.

¹⁰⁵ S. o. E III 2.

mehr begründbar ist und andere Zwecke diese Norm nicht stützen können.

c) Wurde der Verfolgte als Asylberechtigter anerkannt, hat das OLG nur folgende Entscheidungsmöglichkeiten:

aa) Es übernimmt trotz § 4 Satz 2 AsylVfG das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens und erklärt die Auslieferung für unzulässig.¹⁰⁶ Nur wenn das OLG auf der Grundlage der Erkenntnisse und deren Bewertung im Verwaltungsverfahren zu einem Ausschluss des Asylrechts bzw. des zentralen Rechts auf Verbleib gelangt, kann die Auslieferung für zulässig erklärt werden. Als Gründe für den Ausschluss kommen nur in Betracht: Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK sowie die in der Qualifikationsrichtlinie genannten Gründe.

bb) Übernimmt das OLG die Erkenntnisse oder deren Bewertung aus dem Verwaltungsverfahren nicht und will es keine komplette Asylprüfung durchführen und diese offenlassen, so ist die Auslieferung aus einem anderen Grund für unzulässig zu erklären¹⁰⁷. Mit anderen Worten: Ohne eine komplette Asylprüfung darf das OLG die Auslieferung ansonsten nicht für zulässig erklären.

d) Soll im konkreten Fall gegen den Verfolgten Auslieferungshaft verhängt werden, so kommt diese wegen § 15 Abs. 2 IRG schon theoretisch nur im Fall oben aa) am Ende in Betracht (Fälle des Art. 33 II GFK etc).

Darüber hinaus scheidet Auslieferungshaft bei doppelter Prüfung der Asylvoraussetzungen aus, weil dies nicht legitimierbar ist.

e) Insgesamt bedeutet dies: Das OLG muss die Anerkennung im Verwaltungsverfahren trotz § 4 Satz 2 AsylVfG so akzeptieren. Diese Vorschrift kann keine verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben aufheben.

¹⁰⁶ S. o. OLG Stuttgart vom 29. 8. 1984 und OLG Karlsruhe vom 27. 7. 2007.

¹⁰⁷ S. o. die Militärrichterfälle.

Folgt man dieser Argumentation nicht, ist zwingend das Bundesverfassungsgericht anzurufen mit dem Ziel, § 4 Satz 2 AsylVfG für verfassungswidrig zu erklären, weil er die Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichten unmöglich macht. Entsprechendes gilt für die Anrufung des EuGH und die Erfüllung europarechtlicher Pflichten.