

Der Fall „Pisciotti“ vor dem EuGH

Oder: Vom Wert der Unionsbürgerschaft im Auslieferungsrecht*

Von Dr. habil. **Till Zimmermann**, München/Trier

I. Einleitung

Art. 20 Abs. 1 AEUV bestimmt, dass alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats zusätzlich die Unionsbürgerschaft besitzen. Diese ist, so der EuGH, „dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit [...] die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.“¹ In der Literatur wird die Unionsbürgerschaft gar als das „Kernstück der Europäischen Einigung“ bezeichnet.²

In Bezug auf das nationale deutsche Strafrecht hat die Unionsbürgerschaft allerdings – soweit ersichtlich – bislang in keinem Gerichtsverfahren eine im buchstäblichen Sinne entscheidende Rolle gespielt. Die im älteren europarechtlichen Schrifttum gelegentlich anzutreffende Charakterisierung der Unionsbürgerschaft als „symbolisches“, aber praktisch nutzloses „Spielzeug“³ scheint für den Bereich des nationalen deutschen Strafrechts also durchaus nach wie vor zuzutreffen. Das wird sich jedoch vermutlich bald ändern: Infolge eines Vorlagebeschlusses des LG Berlin⁴ ist zurzeit beim EuGH eine Rechtssache anhängig,⁵ bei der es genau hierauf ankommt – nämlich auf den grundsätzlichen Wert und die Bedeutung der Unionsbürgerschaft in einem strafrechtlichen Sachverhalt. Die Kernfrage, um die es dabei geht, ist diese: Schützt die Unionsbürgerschaft vor einer Auslieferung in Drittstaaten?

* Der Text ist die geringfügig modifizierte und um Fußnoten ergänzte Fassung des am 9.2.2017 an der Ludwig-Maximilians-Universität gehaltenen Habilitationsvortrags des *Verf.* Dank für wertvolle Hinweise und Anregungen gebührt insbes. *Kilian Wegner* (Hamburg/Berlin), Prof. Dr. *Stefanie Bock* (Marburg) und Dr. *Frank Zimmermann* (München).

¹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-184/99 (Grzelczyk) = Slg. 2001, I-6193 Rn. 31. Ebenso *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der Europäischen Union*, Kommentar, 48. Lfg., Stand: August 2012, Art. 20 AEUV Rn. 24.

² *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 20 AEUV Rn. 10.

³ *Jessurun d'Oliveira*, in: Rosas/Antola (Hrsg.), *A Citizens' Europe, In Search of a New Order*, 1995, S. 58 (82: „symbolic plaything without substantive content“). Ähnlich *Weiler*, in: Winter/Curtin/Kellermann/de Witte (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate*, 1996, S. 57 (68: „a cynical public relations exercise“). Weitere Nachweise ähnlicher Aussagen bei *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007, S. 1.

⁴ LG Berlin, *Beschl. v. 18.3.2016 – 28 O 111/14 = BeckRS 2016, 06210*. Der präziseren Zitierbarkeit nach Randnummern wegen wird nachfolgend auf die Wiedergabe in der *Juris-Datenbank* Bezug genommen.

⁵ EuGH, *Gerichtsmittteilung v. 25.7.2016 – Rs. C-191/16 = BeckEuRS 2016, 480246*.

Dieser Beitrag unternimmt den Versuch einer Beantwortung dieser Frage unter besonderer Berücksichtigung des gegenwärtig beim EuGH anhängigen Falls Pisciotti. Im nachfolgenden Abschnitt wird dabei zunächst der konkrete Sachverhalt und das bisherige Geschehen in dieser Rechtssache geschildert (II.), anschließend eine rechtliche Würdigung vorgenommen (III.).

II. Der Fall Pisciotti – Was bisher geschah

In den 1990er und 2000er Jahren hatte eine Reihe von Gummiproduzenten das sog. Marineschlauch-Kartell gebildet und weltweit zahlreiche Ausschreibungen manipuliert.⁶ Nachdem das Kartell aufgefliegen war, verhängte die EU-Kommission im Jahr 2009 hohe Unternehmensgeldbußen.⁷ Parallel dazu fanden in den USA strafrechtliche Ermittlungen gegen an den Manipulationen beteiligte Einzelpersonen wegen Verstoßes gegen den sog. Sherman Act statt.⁸ Ins Visier der US-Ermittler gerieten dabei auch der deutsche Staatsbürger Uwe Bangert⁹ und sein mutmaßlicher Komplize, der italienische Manager Romano Pisciotti¹⁰. Gegen beide wurde im Jahr 2010 von einem Gericht in Florida ein Haftbefehl erlassen. Aufgrund einer internationalen Fahndung via Interpol-Red Notice¹¹ wurde Pisciotti – sich auf der Durchreise von Nigeria in seine Heimat befindend – im Jahr 2013 am Frankfurter Flughafen festgesetzt und in Auslieferungshaft genommen.

Über die Zulässigkeit der Auslieferung Pisciottis von Deutschland in die USA hatte das OLG Frankfurt zu befinden.¹² Dieses stellte zunächst fest, dass die Voraussetzungen der einschlägigen Regelwerke – namentlich des IRG, des bilateralen Auslieferungsvertrags zwischen Deutschland und den USA sowie des Auslieferungsabkommens zwischen der

⁶ Übersichtliche Sachverhaltsdarstellungen bei *Pino*, *Competition Policy Newsletter* 2/2009, 53; *Bischke/Brack*, *NZG* 2014, 735; *Crofts/Nylen*, *Mlex Feature* 12/2015, Interview with Romano Pisciotti (abrufbar unter: www.mlex.com/Attachments/2015-12-09_TXP5JJW0HV2U-HPV6/Pisciotti%20feature%20Dec%202015.pdf [26.3.2017]).

⁷ Entscheidung der Kommission v. 28.1.2009 in der Sache COMP/39406 – Marine Hoses. Insgesamt wurden dabei gegen fünf Unternehmen Geldbußen i.H.v. 131 Mio. € verhängt.

⁸ Näher zu diesem Gesetz *Rübenstahl*, *WiJ* 2014, 53 (62 ff.).

⁹ Zu dem Verfahren gegen diesen siehe die (knappen) Hinweise bei *Ritz/Vasconcelos*, *ECLR* 37 (2016), 277 (278 Fn. 13); *Bischke/Brack*, *NZG* 2014, 735 (737).

¹⁰ Näher zum Verfahren gegen Pisciotti (welcher im Rahmen seiner „legal battle“ u.a. – erfolglos – auch die EU-Kommission und den EGMR angerufen hat) *Stancke*, *CCZ* 2014, 217; *Ritz/Vasconcelos*, *ECLR* 37 (2016), 277.

¹¹ Näher dazu *Stancke*, *CCZ* 2014, 217 (218 Fn. 19).

¹² OLG Frankfurt *NStZ-RR* 2014, 288. Aufgrund der präziseren Zitierbarkeit nach Randnummern wird im Folgenden auf die Wiedergabe bei *BeckRS* 2014, 07459 verwiesen.

EU und den USA (AuslAbkEU-USA¹³) – gegeben seien. Insbes. sei das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit erfüllt, da die tatbestandlichen Voraussetzungen des Sherman Act weitgehend denjenigen des deutschen Straftatbestands der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB) entsprächen.¹⁴

Bemerkenswert ist die OLG-Entscheidung aus folgendem Grund: Der Italiener Pisciotti hatte die Unzulässigkeit seiner Auslieferung damit begründet, diese verstoße gegen Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG. Zwar sei der darin verbürgte Schutz vor Auslieferung an das Nicht-EU-Ausland *expressis verbis* als Deutschengrundrecht ausgestaltet. Jedoch ergebe sich aus dem in Art. 18 Abs. 1 AEUV geregelten Diskriminierungsverbot – dieses verbietet „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ –, dass die Auslieferungsfreiheit auf *alle* Unionsbürger ausgedehnt werden müsse. Das OLG ließ sich davon aber nicht überzeugen; es wies den Vorwurf rechtswidriger Diskriminierung zurück und erklärte die Auslieferung für zulässig. Zur Begründung führten die Frankfurter Richter zweierlei an: Erstens greife das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot hier schon deshalb nicht, weil es sich bei dem Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten nicht um eine Materie handle, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fielen; der AEUV sei also schon gar nicht anwendbar.¹⁵ Hierfür konnte sich das OLG immerhin auf einen apodiktisch begründeten, noch zum EGV (i.d.F. von Nizza) ergangenen Kammerbeschluss des BVerfG aus dem Jahr 2008 stützen.¹⁶ Hilfsweise argumentierte das OLG, die Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen im strafrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten sei Ausfluss des Rechts der EU-Mitgliedstaaten, ihre nationale Identität zu bewahren; Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG gehöre zu dem vom Unionsrecht anerkannten „nationalen verfassungsrechtlichen Besitzstand“, weshalb das Diskriminierungsverbot insoweit eine „spezifische Begrenzung“ erfahre.¹⁷ In der Sache hatte das OLG damit eine berühmt-berüchtigte Passage aus der 2005er-Entscheidung des BVerfG zur Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes¹⁸ herangezogen, welche seinerzeit im Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff* als „schwer

verständliche, fallabgehobene Aussendung dunkler Signale an den EuGH“ kritisiert worden war.¹⁹

Vor dem sodann im Eilverfahren angerufenen BVerfG holte sich der Auslieferungshäftling Pisciotti erwartungsgemäß eine blutige Nase: Nicht nur machte sich die 2. Kammer des 2. Senats die Argumentation des OLG vollumfänglich zu eigen;²⁰ sie berief sich dabei zudem auf die *acte clair*-Doktrin²¹ und attestierte damit der Rechtsansicht der Frankfurter Richter ein solches Maß offenkundiger Richtigkeit, dass EU-weit kein einziges Gericht hieran vernünftige Zweifel hegen könne.²² Praktische Folge war das Entfallen der Vorlagepflicht an den EuGH.

Auf der Basis dieser Gerichtsentscheidungen bewilligte schließlich die Bundesregierung die Auslieferung – und Herr Pisciotti schrieb bald darauf Rechtsgeschichte als erster wegen eines Kartellvergehens an die USA ausgelieferter Europäer.²³ Dort angekommen, verständigte er sich mit den amerikanischen Strafverfolgungsbehörden auf ein *plea agreement*²⁴ und wurde (unter Anrechnung der Auslieferungshaft) zu einer zweijährigen Haftstrafe sowie einer Geldstrafe i.H.v. 50.000 \$ verurteilt; er blieb bis April 2015 in Haft.²⁵

Während Pisciotti in den USA seine Haftstrafe verbüßte, kam es allerdings in Österreich zu einem kuriosen Zivilrechtsstreit zwischen einer Münchener Anwaltskanzlei und einem Arzt aus Bad Ischl.²⁶ Vorläufiger Höhepunkt dieses

¹⁹ BVerfGE 113, 273 (329, abweichende Meinung *Lübbe-Wolff*). Ähnl. *Satzger/Pohl*, JICJ 4 (2006), 686 („cryptic signals“ from Karlsruhe“).

²⁰ BVerfG NJW 2014, 1945 (1946 Rn. 21).

²¹ Siehe EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 (CILFIT) = Slg. 1982, 3415 Rn. 16 = NJW 1983, 1257. Dazu auch *Satzger*, in: Gierhake/Bockemühl/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd v. Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 391 (394 ff.); *ders.*, NSTZ 2016, 514 (519); *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 704.

²² BVerfG NJW 2014, 1945 (1946 Rn. 24). Krit. dazu *García*, De legibus-Blog v. 23.3.2014 (abrufbar unter: <http://blog.delegibus.com/3893> [26.3.2017]); *ders.*, De legibus-Blog v. 20.3.2016 (abrufbar unter:

<http://blog.delegibus.com/4379> [26.3.2017]); *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133 (137: „Paradefall einer im Vorabentscheidungsverfahren zu klärenden Frage“); *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (403).

²³ Siehe US Department of Justice (Hrsg.), Pressemitteilung v. 4.4.2014 (abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/first-ever-extradition-antitrust-charge> [26.3.2017]).

²⁴ Abrufbar unter:

<https://www.justice.gov/atr/casedocument/file/507541/download> [26.3.2017].

²⁵ Zu den befremdlichen Umständen der (verspäteten) Haftentlassung *Crofts/Nylen* (Fn. 6), S. 9.

²⁶ Siehe dazu *Graber*, Der Standard v. 21.6.2016, S. 11; *Leidenmühler/Grafeneder*, EuLF 2016, 57 (59); *García*, (Fn. 22 – 2016). Hintergrund des Zivilrechtsstreits ist – soweit erkennbar – Folgendes: Der österreichische Krankenhausarzt Eugen Adelsmayr war 2012 in Dubai wegen der

¹³ BGBl. II 2007, S. 1618. Näher zu diesem Abkommen siehe Fn. 49.

¹⁴ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 10-14.

¹⁵ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 24.

¹⁶ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 25 unter Verweis auf BVerfGK 14, 113 (117 f.; Auslieferung eines Niederländers in die USA). I.E. ebenso *Maßen*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: März 2015, Art. 16 Rn. 43 (auf den das OLG sich an dieser Stelle ebenso beruft); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 16 Rn. 15; *Kluth*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 16 Rn. 120.

¹⁷ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 26 f. Zust. *Oehmichen*, FD-StrafR 2014, 359622.

¹⁸ BVerfGE 113, 273 (298).

Verfahrens mit einem Streitwert von 150 €: Das BG Linz – dieses entspricht in etwa einem deutschen AG – setzt das Verfahren aus und legt dem EuGH im September 2015 die Frage vor, ob Art. 18 Abs. 1 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass die in Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Auslieferungsfreiheit auch für Nicht-Deutsche EU-Bürger gelte.²⁷ Eine Entscheidung des EuGH in dieser Sache steht noch aus.

Die Vorlage hatte Bedeutung auch für Herrn Piscioti. Dieser hatte nämlich vor dem LG Berlin eine Staatshaftungsklage gegen die Bundesrepublik erhoben, gerichtet auf den Ersatz sämtlicher Schäden, die ihm durch die unionsrechtswidrige Auslieferung in die USA entstanden sind.²⁸ Mit unverhohlener Sympathie für die Rechtsauffassung des Klägers setzte das LG das Verfahren nun aus und legte dem EuGH im April 2016 die Fragen vor, ob Auslieferungsvorgänge der hier einschlägigen Art in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fielen und ob, bejahendenfalls, aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV folge, dass auch nicht-deutsche Unionsbürger in den Genuss der Auslieferungsfreiheit des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG kommen müssen.²⁹

angeblichen Tötung eines Patienten in einem skandalös manipulierten Prozess in Abwesenheit zu lebenslanger Haft verurteilt worden. Ein von der StA Wels geführtes Ermittlungsverfahren in derselben Sache wurde im Mai 2014 eingestellt (eine Auslieferung von Österreich nach Dubai braucht Adelsmayr nicht zu fürchten, da nach der Verfassungsbestimmung des § 12 Abs. 1 ARHG [Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz] eine Auslieferung österreichischer Staatsbürger unzulässig ist; näher zu dieser Vorschrift *Rinio*, ZStW 108 [1996], 354 [361]). Im November desselben Jahres verpflichtete sich Adelsmayr gegenüber der Münchener Kanzlei Schotthöfer & Steiner, im Januar 2015 in Deutschland einen Vortrag über seine Dubai-Erfahrungen zu halten; für den Fall einer schuldhaften Absage war eine Konventionalstrafe i.H.v. 150 € vorgesehen. Nachdem ihm die deutsche Botschaft keine Zusage freien Geleits gemacht hatte, sagte der Arzt den Vortragstermin aus Angst vor einer Festsetzung in Deutschland und seiner Auslieferung nach Dubai (wo ihm nach wie vor die Todesstrafe droht) ab. Im Linzer Verfahren geht es offenbar um die Klage der Kanzlei auf die Zahlung der Vertragsstrafe. Streitentscheidend wird dabei die Frage sein, inwieweit die Bedenken des Beklagten (Adelsmayr) berechtigt gewesen sind (und die Absage des Vortrags somit schuldlos erfolgt ist). Hierzu dürfte die klagende Kanzlei vorgetragen haben, die Furcht Adelsmayrs vor einer Auslieferung durch deutsche Behörden in die Vereinigten Arabischen Emirate sei deshalb unbegründet, weil der Arzt durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 AEUV in Deutschland Auslieferungsfreiheit genieße.

²⁷ BG Linz, Beschl. v. 24.7.2015 – 10 C 66/15g; EuGH, Gerichtsmitteilung v. 7.9.2015 – Rs. C-473/15 (Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR v. Eugen Adelsmayr) = BeckEuRS 2015, 457168.

²⁸ Nähere Sachverhaltsschilderung bei LG Berlin, Beschl. v. 18.3.2016 – 28 O 111/14, Rn. 1 ff. (juris).

²⁹ LG Berlin, Beschl. v. 18.3.2016 – 28 O 111/14, Rn. 33-40 (juris). Die zwei weiteren Vorlagefragen betreffen allein die

Zu dieser Vorlage war das LG Berlin als erstinstanzliches Gericht nicht verpflichtet (vgl. Art. 267 Abs. 2 AEUV: „kann“). Seine Vorgehensweise war aber zumindest naheliegend – hatte doch das BG Linz mit seiner Vorlage die vormalige Einschätzung des BVerfG falsifiziert, wonach sich europaweit nicht ein einziges Gericht finden lasse, das in Sachen Art. 16 GG und europäisches Diskriminierungsverbot in eine andere Richtung denken könnte.³⁰ Auf diese Weise kam also der Frankfurter Auslieferungsbeschluss trotz der Karlsruher Verweigerungshaltung über den Umweg über Linz und Berlin doch noch in Luxemburg an. Er liegt dort und harret der Entscheidung.

III. Rechtliche Würdigung der Vorlagefragen

Die Kernfrage, um die es in beiden Vorlagen geht – also sowohl in der Rs. Piscioti als auch in dem Linzer Verfahren – ist diese: Folgt aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV (bzw. des wortgleichen und identisch auszulegenden³¹ Art. 21 Abs. 2 GRC), dass Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG auch für nicht-deutsche Unionsbürger gilt?³²

1. Anwendung von Unionsrecht?

Als erstes gilt es zu klären, ob die Auslieferung eines ausländischen EU-Bürgers an einen Drittstaat tatsächlich, wie das BVerfG meint, jenseits des Anwendungsbereichs der Verträge liegt – mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des europäischen Diskriminierungsverbots.

Ob sich ein Sachverhalt im Anwendungsbereich des Unionsrechts abspielt, lässt sich nur schwer mithilfe einer abs-

Voraussetzungen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs (näher dazu *Ritz/Vasconcelos*, ECLR 37 [2016], 277 [279 Fn. 22] und der Artikel von Piscioti-Anwalt *Karpenstein*, ISA-Law v. 5.4.2016, abrufbar unter:

<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/148201.html>

[26.3.2017]) und sind hier nicht von Interesse.

³⁰ Zutr. *García* (Fn. 22 – 2016).

³¹ Siehe *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Nomos Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 21 Rn. 56; *Borowsky*, in: Meyer (a.a.O.), Art. 52 Rn. 24; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 21 Rn. 34; *Rung*, EWS 2014, 277 (278).

³² Zur ansatzweise ähnlich gelagerten intraeuropäischen Problematik der auslieferungsrechtlichen Privilegierung deutscher Staatsangehöriger durch § 80 IRG (striktes Auslieferungsverbot bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug) gegenüber der für ausländische Unionsbürger geltenden Vorschrift § 83b IRG (allenfalls fakultativer Auslieferungshindernis bei maßgeblichem Inlandsbezug der Tat) siehe *Reinhardt/Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432 (433 f.); *Tinkl*, ZIS 2010, 320 (323 f.); *Satzger/Pohl*, JICJ 4 (2006), 686 (696 ff.); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 54, die darin jeweils einen Verstoß gegen Art. 18 AEUV erblicken. Zur Position des BVerfG siehe etwa BVerfG BeckRS 2016, 54709 Rn. 31, 40; BeckRS 2016, 47889 Rn. 12; NJW 2016, 1714 (1715 Rn. 13).

trakten Definition beantworten. Ausgangspunkt ist aber nach praktisch einhelliger Ansicht das Kriterium des Vorliegens einer „unionsrechtlich geregelten Situation“.³³ Wann eine solche vorliegt, wird allerdings unterschiedlich beantwortet.

a) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH verwendet in diesem Kontext äußerst weitgehende³⁴ Formulierungen wie diejenige, es komme darauf an, ob Bezugspunkte mit irgendeinem Sachverhalt gegeben sind, auf die das Unionsrecht abstellt – wobei „auch nur mittelbare Auswirkungen“ einer Vorschrift auf die Grundfreiheiten ausreichend sein sollen.³⁵

Diese extensive Sehweise führt dazu, dass auch die Anwendung rein nationaler Vorschriften – bspw. des Strafprozessrechts³⁶ – in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, wenn infolgedessen die Ausübung der Grundfreiheiten beeinträchtigt wird.³⁷ Was dies mit Blick auf das (nationale) Auslieferungsrecht bedeutet, hat der EuGH vor kurzem in der Rs. Petruhhin ausbuchstabiert.³⁸ In dem Fall ging es um die Zulässigkeit der Auslieferung eines in Lettland inhaftierten estnischen Staatsangehörigen nach Russland. Der hier interessierende Part der Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wer als Unionsbürger von seiner in Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, 21 Abs. 1 AEUV gewährten Freizügigkeit Gebrauch macht, indem er sich rechtmäßig in einen anderen Mitgliedstaat begibt, für den eröffnet sich im Fall einer dro-

henden Auslieferung der Anwendungsbereich der Verträge – und damit auch das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 Abs. 1 AEUV.³⁹ Überträgt man dies auf den insoweit identisch gelagerten Fall Pisciotti, besteht kein Zweifel an der Anwendbarkeit des Unionsrechts. In der auslieferungsrechtlichen Spezialliteratur wird dies inzwischen auch nicht mehr angezweifelt.⁴⁰

b) Rechtsprechung des BVerfG

Anderer Ansicht: Das BVerfG. Dieses verfolgt im Rahmen seines Grund-Kompetenzkonflikts mit dem EuGH einen äußerst restriktiven Ansatz dahingehend, den Anwendungsbereich des Unionsrechts erst dann für eröffnet zu erachten, wenn der in Rede stehende Sachverhalt *unmittelbar* durch Vorschriften unionaler Provenienz geregelt ist.⁴¹ Keineswegs, so das BVerfG in der ATDG-Entscheidung, dürfe die Rechtsprechung des EuGH (zu Art. 51 GRC) „in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der [...] jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche.“⁴² Diese Judikatur kann man so zusammenfassen, dass eine unionsrechtlich geprägte Situation nur dann vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat europarechtlich veranlasst oder determiniert handelt, also quasi als „verlängerter Arm der Union“ tätig wird.⁴³

³³ Dazu exemplarisch *v. Bogdandy/Bitter*, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodríguez Iglesias (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, 2005, S. 309 (310); *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 2), Art. 18 AEUV Rn. 19 ff. (jew. m.w.N. aus der Rspr.).

³⁴ Vgl. *Jarass* (Fn. 31), Art. 21 Rn. 37.

³⁵ So EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – Rs. C-323/95 (*Hayes v. Kronenberger*) = Slg. 1997, I-1711 Rn. 17. Dazu *Streinz* (Fn. 33), Art. 18 Rn. 20.

³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1998 – Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*) = EuZW 1999, 82 (83 Rn. 17). In diesem Fall ging es darum, dass einem deutschen Urlauber und einem österreichischen LKW-Fahrer – beide waren in Südtirol angeklagt – eine dem § 184 S. 2 GVG vergleichbare Vorschrift des italienischen Prozessrechts, welche es den deutschsprachigen Südtirolern erlaubt, vor italienischen Gerichten auf Deutsch zu verhandeln, infolge des Diskriminierungsverbots ebenfalls zugutekommen müsse.

³⁷ Grdl. EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – Rs. C-260/89 (ERT) = Slg. 1991, I-2925 Rn. 43. Näher zu dieser „Verklammerung von Unionsbürgerschaft und allgemeinem Diskriminierungsverbot“ *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (407); *v. Bogdandy/Bitter* (Fn. 33), S. 312 ff.: „Verschmelzung von Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht“; *Stotz*, in: *Heid/Stotz/Verny* (Hrsg.), *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 409 (415 f.); *Latzel*, EuZW 2015, 658 (661); *Streinz* (Fn. 21), Rn. 1012-1014. Abl. *Huber*, NJW 2011, 2385.

³⁸ EuGH, Urt. v. 6.9.2016 – Rs. C-182/15 (*Petruhhin*) = NJW 2017, 378 m. Anm. *Bock*, ZWH 2017, 1 und *Oehmichen*, FD-StrafR 2016, 381365.

³⁹ EuGH NJW 2017, 378 (379 f. Rn. 27-33, 52).

⁴⁰ Vgl. *Leidenmühler/Grafeneder*, EuLF 2016, 57 (58: Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots „obvious“); *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133 (135 f.: „simpl[e] Frage“); *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (407); *Rübenstahl*, WiJ 2014, 53 (70); *Rung*, EWS 2014, 277 (278 f.); *Stancke*, CCZ 2014, 217 (221 f.).

⁴¹ BVerfGE 118, 79 (95); 121, 1 (15); 125, 260 (306 f.). Siehe dazu auch *Callies*, JZ 2009, 113 (117); *Stancke*, CCZ 2014, 217 (221); *Huber*, AöR 141 (2016), 117 (132 f.); *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 19.

⁴² BVerfGE 133, 277 (316 Rn. 91). Zwar richtet sich die Kritik des BVerfG hier gegen die EuGH-Interpretation der Wendung „bei der Durchführung des Rechts der Union“ in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC, während für die hiesige Thematik primär die Auslegung des Merkmals „im Anwendungsbereich der Verträge“ in Art. 18 Abs. 1 AEUV interessiert. Da der EuGH beide Formeln aber lediglich als unterschiedliche Bezeichnungen ein und desselben Sachverhalts begreift – vgl. EuGH NJW 2013, 1415 (1416 Rn. 21): „Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.“ –, ferner das Diskriminierungsverbot sowohl im AEUV als auch in der GRC enthalten ist, darf die Ansicht des BVerfG getrost auch auf Art. 18 AEUV gemünzt verstanden werden. Zur Gleichsetzung der Begriffe „Anwendungsbereich der Verträge“ und „Durchführung des Rechts der Union“ siehe auch *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (405); *Streinz*, in: *Heid/Stotz/Verny* (Fn. 37), S. 429 (434 ff.); *Stotz* (Fn. 37), S. 410 (421 ff.); *Wegner*, HRRS 2013, 126 (127 ff.).

⁴³ *Borowsky* (Fn. 31), Art. 51 Rn. 25.

Man kann darüber spekulieren, ob die zitierte BVerfG-Entscheidung primär als Retourkutsche gegen die ihrerseits extrem weitreichende Åkerberg Fransson-Rechtsprechung des EuGH⁴⁴ gedacht war⁴⁵ – und daher strenger klingt als sie vielleicht gemeint war. Jedenfalls wird man aber wohl annehmen dürfen, dass jenem europaskeptischen Geist die bereits erwähnte Kammerentscheidung aus dem Jahr 2008 entsprungen ist, der zufolge die Auslieferung eines Unionsbürgers in die USA nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts falle.⁴⁶ Diesen zum alten EGV ergangenen Beschluss, so wie geschehen, unbesehen auf den im Jahr 2014 spielenden Pisciotti-Fall anzuwenden, war aber selbst dann eine Fehlleistung, sollte man die Position des BVerfG im Ausgangspunkt teilen. Unstreitig ist nämlich jedenfalls dann der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet (Art. 18 Abs. 1 AEUV) bzw. wird Unionsrecht durchgeführt (Art. 51 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 GRC), wenn die unmittelbare Anwendung einer unionsrechtlichen Bestimmung inmitten steht. So war es hier: Das OLG Frankfurt hatte die Auslieferung nicht zuletzt deshalb für zulässig erklärt, weil die Bestimmungen des 2010 in Kraft getretenen AuslAbkEU-USA⁴⁷ eingehalten worden waren.⁴⁸ Aus der Einschlägigkeit dieses Abkommens, das in seinen Auswirkungen einem Rahmenbeschluss bzw. einer Richtlinie gleichkommt⁴⁹ und den bilateralen Auslieferungsvertrag zwischen Deutschland und den USA rechtlich überformt,⁵⁰ folgt daher unzweifelhaft auch für den restriktiven Ansatz des BVerfG der notwendige Unionsrechtsbezug.⁵¹ Denn das OLG

war hierdurch – um im Bild zu bleiben – insoweit als „verlängerter Arm der Union“ tätig geworden. Dass das BVerfG dies nicht erkannt hat, erstaunt umso mehr, als das Gericht ausgerechnet jenes Übereinkommen zur Stützung seiner sogleich noch zu besprechenden Hilfsargumentation anführt.⁵² Wie dem auch sei: Jedenfalls der Auslieferungsverkehr eines Mitgliedstaates mit den USA fällt demnach definitiv in den Anwendungsbereich der Verträge.

2. Vorliegen einer Diskriminierung

Nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots bejaht worden ist, stellt sich als nächstes die Frage nach dem Vorliegen einer Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dieses ist hier geradezu evident:⁵³ Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG knüpft das Privileg der Auslieferungsfreiheit ausdrücklich an die Eigenschaft des Deutscheins.⁵⁴ Es handelt sich also um eine offene Diskriminierung, die gerade im hiesigen Fall besonders augenfällig ist: Pisciotti wurde ausgeliefert, weil er Italiener war, während der Mitbeschuldigte Bangert aufgrund seiner deutschen Staatsangehörigkeit vor demselben Schicksal bewahrt blieb.⁵⁵

3. Möglichkeit der Rechtfertigung

Entscheidend ist daher die Frage nach dem Vorliegen einer Rechtfertigung für diese Diskriminierung. (Dass Art. 18 Abs. 1 AEUV lediglich ein relatives Verbot enthält, welches selbst im Falle offener Diskriminierungen einer Rechtfertigung prinzipiell zugänglich ist, entspricht der ganz vorherrschenden Ansicht⁵⁶ und wird an dieser Stelle vorausgesetzt). In dogmatischer Hinsicht versteht man unter einer solchen Rechtfertigung im Wesentlichen ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks.⁵⁷ Zur Begründung einer solchermaßen aner kennenswerten Zielsetzung sind vorliegend verschiedene Ansatzpunkte denkbar:

⁴⁴ EuGH NJW 2013, 1415. Dazu *Safferling*, NStZ 2014, 545; *Streinz* (Fn. 42), S. 429 ff.; *Wegner*, HRRS 2013, 126; *Dannecker*, JZ 2013, 616; *Eckstein*, ZIS 2013, 220. Dazu, dass der EuGH in neueren Entscheidungen inzwischen etwas zurückhaltender agiert, siehe *Streinz*, JuS 2015, 281 (282 f.).

⁴⁵ Vgl. *Streinz* (Fn. 42), S. 431: „heftige Reaktion des BVerfG“ (auf das Åkerberg Fransson-Urteil).

⁴⁶ BVerfGK 14, 113 (117 f.).

⁴⁷ BGBl. II 2010, S. 829.

⁴⁸ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 10 ff.

⁴⁹ *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Kommentar, 5. Aufl. 2012, HT III. A. Rn. 6. Die Aushandlung des Übereinkommens erfolgte auf der Basis von Art. 24, 38 EUV (in der Fassung von Nizza); heutige Rechtsgrundlage für neuerliche Verhandlungen wären Art. 216, 218 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EUV, siehe *Rackow/Birr*, GoJIL 2 (2010), 1087 (1122); *Schröder/Stiegel*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 1.

⁵⁰ *Riegel*, FPR 2010, 502; *Rackow/Birr*, GoJIL 2 (2010), 1087 (1124); *Schröder/Stiegel* (Fn. 49), § 35 Rn. 8; *Docke/Momsen*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Rechtshilferecht in Strafsachen*, 2015, 4. HT 3. Teil Rn. 397 f.

⁵¹ *García* (Fn. 22 – 2014); *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (404, 408). Vgl. auch EuGH NJW 2017, 378 (379 Rn. 26), sowie *Marauhn/Simon*, ZJS 2012, 593 (595), und *Ambos*, in: *Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos*

Öztürk (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 503 (508 Fn. 27; jew. Anwendung des AuslAbkEU-USA = Durchführung des Unionsrechts i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC).

⁵² *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (412), vermuten als Ursache „unzureichende Kenntnisse des Europarechts“.

⁵³ Ähnlich *García* (Fn. 22 – 2014): „auf die Stirn geschrieben“; *Bock*, ZWH 2017, 1: „offensichtlich“.

⁵⁴ Vgl. auch EuGH NJW 2017, 378 (379 Rn. 33).

⁵⁵ Nach *Crofts/Nylen* (Fn. 6), S. 7, haben die deutschen Strafverfolgungsbehörden Bangert schriftlich zugesichert, diesen nicht (weiter) zu verfolgen; die Gründe hierfür werden nicht mitgeteilt.

⁵⁶ Näher *Streinz* (Fn. 33), Art. 18 Rn. 57 ff. (m. Nachw. aus der Rspr. des EuGH in Fn. 191); *Jarass* (Fn. 31), Art. 51 Rn. 18-20; *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 250 ff. Speziell in einem auslieferungsrechtlichen Kontext EuGH NJW 2007, 2237 (2240 Rn. 56; *Advocaten voor der Wereld*); EuGH NJW 2010, 283 (285 Rn. 63; *Wolzenburg*).

⁵⁷ Vgl. EuGH NJW 2017, 378 (379 Rn. 34) m.w.N.; *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (410).

a) Gefahr der Straflosigkeit

In der Rs. Petruhhin folgten die Richter dem Argument von Generalanwalt Bot,⁵⁸ wonach im Falle der Nichtauslieferung eines Ausländers die Gefahr der Straflosigkeit bestehe – einer Gefahr, der entgegenzuwirken als legitim einzustufen sei.⁵⁹ Dieser Gedankengang leuchtet grundsätzlich ein: In Anbetracht der völkerrechtlichen Maxime aut dedere aut iudicare kann eine Auslieferung unter bestimmten Umständen zur gut begründeten Pflicht werden. Freilich kann aber nur dann von einer Straflosigkeitsgefahr gesprochen werden, wenn die Nichtauslieferung eines Beschuldigten zugleich dessen Nichtverfolgung bedeutet. Diese Bedingung ist dann erfüllt, wenn eine Verfolgung der Tat im ersuchten Staat nicht durchführbar ist. Da das lettische Recht die Bestrafung eines Ausländers für eine Auslandstat nicht vorsieht, hätte Lettland den des in Russland begangenen Rauschgifthandels beschuldigten Esten weder anklagen noch ausliefern können.⁶⁰ In Deutschland liegen die Dinge aber anders: § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ermöglicht die sog. stellvertretende Strafrechtspflege, d.h. die Verfolgung der von einem Ausländer begangenen Auslandstat für den Fall, dass einer Auslieferung rechtliche Hindernisse im Weg stehen.⁶¹ Konkret: Statt Pisciotti in die USA auszuliefern, hätte Deutschland ihn wegen Verstoßes gegen § 298 StGB anklagen können.⁶² In Bezug auf Deutschland trägt das Argument drohender Straflosigkeit daher nicht.

b) Missbrauchsgefahr (forum shopping)

Aus dieser deutschen Besonderheit ergibt sich jedoch ein Folgeproblem: Würde Deutschland in Drittstaaten gesuchte Unionsbürger wegen der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB vorgesehenen Möglichkeit stellvertretender Strafverfolgung nicht ausliefern dürfen, dann drohte – so jedenfalls eine Literatur-

ansicht⁶³ – eine innereuropäische Fluchtwelle derjenigen Unionsbürger, die lieber in Deutschland als bspw. in den USA strafrechtlich verfolgt werden wollen. Daher sei die Verhinderung eines solchermaßen missbräuchlichen forum shopping als Rechtfertigung für eine Diskriminierung anzuerkennen – mit der Folge, die Auslieferungsflüchtlinge letztlich doch in den Drittstaat ausliefern zu können.⁶⁴

M.E. ist die Annahme einer solchen Gefahr für deutsche Justizressourcen allerdings nicht zuletzt deshalb weit hergeholt, weil zum einen die meisten EU-Mitgliedstaaten eine Auslieferungsfreiheit zugunsten ihrer eigenen Bürger vorsehen (und es daher für die Betroffenen ausreicht, in ihrem Heimatstaat zu verbleiben), zum anderen weil es in der EU noch weitere Länder gibt, die jene spezifische Kombination aus Auslieferungsfreiheit und stellvertretender Strafrechtspflege aufweisen (und damit als „Fluchttort“ nicht minder attraktiv wären).⁶⁵

Aber selbst wenn man sich einmal probenhalber auf das Argument einlässt, folgt daraus keineswegs zwingend eine Rechtfertigung der diskriminierenden Auslieferung in den ersuchenden Drittstaat. Zum einen wäre nämlich daran zu denken, dass Deutschland, sähe es sich durch eine solche Flüchtlingswelle wirklich ernsthaft bedroht, Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG schlichtweg abschaffen könnte. Diese im Schrifttum

⁵⁸ Schlussanträge des Generalanwalts v. 10.5.2016, Beck EuRS 2016, 472768 Rn. 54-70.

⁵⁹ EuGH NJW 2017, 378 (379 Rn. 37). A.A. *Leidenmühler/Grafeneder*, EuLF 2016, 57 (59, 60), denen zufolge die Bekämpfung der Gefahr der Straflosigkeit gegenüber der unbedingten Durchsetzung des Diskriminierungsverbots zurücktreten müsse und die Gefahr daher hinzunehmen sei.

⁶⁰ *Bock*, ZWH 2017, 1 (2).

⁶¹ Vgl. *García* (Fn. 22 – 2014): „Wegen des [...] Verfahrenshindernisses [aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 AEUV] ist [die] Auslieferung im Sinne der Vorschrift ‚nicht ausführbar‘“.

⁶² Dass es sich vorliegend um eine Auslandstat handelt, ist sub specie Schutzbereich der Norm unschädlich. Der Schutzbereich des § 298 StGB erstreckt sich auf Ausschreibungen innerhalb der EU und solche Ausschreibungen im Ausland, auf die das EU-Recht Anwendung findet, *Dannecker*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 107 m.w.N. Auf die Anwendbarkeit des EU-Rechts im Fall des Marine-schlauch-Kartells kann jedenfalls deshalb geschlossen werden, da die EU-Kommission u.a. gegen den Arbeitgeber Pisciottis eine Unternehmensgeldbuße verhängt hat (siehe Fn. 7).

⁶³ *Rung*, EWS 2014, 277 (279).

⁶⁴ Vereinzelt wird auch vorgeschlagen, den Einbezug von EU-Ausländern in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG in Analogie zu Art. 4 Nr. 6 RbEUHb davon abhängig zu machen, wie lange sich diese bereits in Deutschland aufhalten bzw. ob diese hierzulande über einen Wohnsitz verfügen, siehe *Rung*, EWS 2014, 277 (279). Diese Differenzierung erweist sich jedoch aus den unter 3. d) bb) dargelegten Gründen (zur ratio legis des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG) als nicht überzeugend: Anders als bei der zitierten Norm des RbEUHb, bei der es primär um das (in seinem Heimat- bzw. Wohnortstaat eher gewährleistete) optimale Gelingen der Resozialisierung des Straftäters geht, stellt die Auslieferung eines Unionsbürgers in einen Drittstaat stets und unabhängig vom Wohnort eine massive Verschlechterung der Lage des Ausgelieferten dar. Skeptisch daher auch *García* (Fn. 22 – 2014); *Zehetgruber*, *StraFo* 2015, 133 (138).

⁶⁵ Das für das deutsche Recht charakteristische Zusammen-treffen von Auslieferungsfreiheit für die eigenen Staatsbürger und der Möglichkeit stellvertretender Strafrechtspflege findet sich bspw. auch in Österreich (§ 12 Abs. 1 ARHG sowie § 65 Abs. 1 Nr. 2 öStGB) und Frankreich (Art. 696-4, 1 Code de procédure pénale sowie Art. 113-8-1 Code pénal). *Esser/Rübenstahl/Boerger*, *NZWiSt* 2014, 401 (410), weisen über-dies darauf hin, dass die durch eine stellvertretende Strafrechtspflege entstehenden Kosten nicht hoch genug sind, um eine taugliche Diskriminierungsrechtfertigung abzugeben. Zur notwendigen Schwergewichtigkeit der zur Diskriminierungsrechtfertigung herangezogenen Gefahr siehe *Huber*, *EuR* 2013, 637 (647).

teilweise ohnehin geforderte⁶⁶ und vom BVerfG in seinem Urteil zum EU-Haftbefehl ausdrücklich für zulässig erklärte Option – die Auslieferungsfreiheit unterfällt nicht der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG⁶⁷ – würde Deutschland für binneneuropäische Auslieferungsflüchtlinge auf einen Schlag unattraktiv machen. Aber auch wenn man diese Radikallösung ablehnt (etwa weil man die Auslieferungsfreiheit für Inländer beibehalten will), steht im Verhältnis zur Auslieferung an den Drittstaat ein milderes Mittel zur Abwendung der forum shopping-Gefahr zur Verfügung: nämlich die Auslieferung in den Heimatstaat des beschuldigten Unionsbürgers. Details dieser Lösung hat der EuGH in der besagten Petruhhin-Entscheidung entwickelt. Im Kern besagt diese, dass der von einem Drittstaat ersuchte Mitgliedstaat zunächst den Heimatstaat des Betroffenen kontaktieren und diesem die Gelegenheit zur Stellung eines Europäischen Haftbefehls geben muss.⁶⁸ In casu hätte Deutschland also zunächst in Italien anfragen müssen, ob dieses die Verfolgung seines Staatsbürgers Piscioti übernehmen wolle.⁶⁹ Dies wäre wohl auch möglich gewesen, da Italien einerseits das aktive Personalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt für den Geltungsbereich seines nationalen Strafrechts vorsieht und andererseits auch über einen dem § 298 StGB vergleichbaren Tatbestand verfügt.⁷⁰ Im Ergebnis erwächst also auch aus der Missbrauchsgefahr kein tragfähiger Rechtfertigungsgrund.

c) Wahrung der Verfassungsidentität

Als weiterer Rechtfertigungsgrund kommt die Wahrung der Verfassungsidentität in Betracht. Ausdrücklich wird dieses vom BVerfG in der Lissabon-Entscheidung entwickelte⁷¹ schwere Geschütz der „Identitätskontrolle“ vom OLG Frankfurt (kompetenzwidrig⁷²) in Stellung gebracht, wenn es an-

führt: „Die Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen im strafrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten [ist] Ausfluss des Rechts der Mitgliedstaaten, ihre auch vom Unionsrecht geschützte nationale Identität bewahren zu können.“⁷³

Im Ausgangspunkt ist dieses Argument mit dem Unionsrecht kompatibel; Art. 4 Abs. 2 EUV garantiert den Mitgliedstaaten die Wahrung ihrer „nationalen Identität“ in Gestalt ihrer grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen.⁷⁴ Bloß: Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG ist gerade nicht Bestandteil dieser grundlegenden Struktur.⁷⁵ Wie das BVerfG vor kurzem in einer gelegentlich als „Solange III“ apostrophierten⁷⁶ Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl noch einmal deutlich herausgearbeitet hat, bezieht sich der Topos der integrationsfesten Verfassungsidentität allein auf diejenigen Bestimmungen, die von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst sind.⁷⁷ Da dies auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG unstreitig nicht zutrifft (s.o.), geht das Argument der notwendigen Wahrung der Verfassungsidentität ins Leere.

d) Ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz

aa) Ausgangspunkt

Es verbleibt ein letzter Rechtfertigungsversuch. Hilfsweise erblicken OLG Frankfurt und BVerfG in Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG einen „nationalen verfassungsrechtlichen Besitzstand“,⁷⁸

Geltungsanspruch des Unionsrechts hinwegsetzen, verlangt die europarechtsfreundliche Anwendung von Art. 79 Abs. 3 GG zum Schutz der Funktionsfähigkeit der unionalen Rechtsordnung und bei Beachtung des in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens [...], dass die Feststellung einer Verletzung der Verfassungsidentität dem BVerfG vorbehalten bleibt“. Krit. dazu *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527 (540 f.).

⁷³ OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 26.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 140, 317 (337 f. Rn. 44); *Streinz* (Fn. 33), Art. 4 EUV Rn. 21 ff.; *Huber*, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht, Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015, 2015, S. 893 (901).

⁷⁵ So auch *Zehetgruber*, StraFo 2015, 133 (137).

⁷⁶ *Kühne*, StV 2016, 299; *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527 (543); ähnl. *Meyer*, HRRS 2016, 332 (334: „Solange II“ hat hier ausgedient“). Abl. gegenüber dieser Bezeichnung *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518 f.).

⁷⁷ BVerfGE 140, 317 (337 Rn. 43: „Im Rahmen der Identitätskontrolle ist zu prüfen, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze durch eine Maßnahme der Europäischen Union berührt werden.“). In einem auslieferungsrechtlichen Kontext nochmals bekräftigt in BVerfG JZ 2016, 1113 (1114 Rn. 32, in NJW 2016, 1714 nicht mitabgedruckt).

⁷⁸ Zur entsprechenden Argumentation des OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 27 heißt es in BVerfG NJW 2014,

⁶⁶ So *Bock*, ZWH 2017, 1 (2 f.): Ersetzung der Privilegierung Staatsangehöriger durch das Domizilprinzip. Wohl ebenso *Vogel*, JZ 2001, 937 (942).

⁶⁷ BVerfGE 113, 273 (295 f.). Siehe auch *Satzger/Pohl*, JICJ 4 (2006), 686 (691); *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (407 Fn. 61). Ebenso zuvor bereits *Baier*, GA 2001, 427 (440).

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 6.9.2016 – Rs. C-182/15 (Petruhhin) = NJW 2017, 378 (380 Rn. 47-50). In der Praxis wird allerdings beklagt, dass dieses Procedere mit dem Beschleunigungsgebot in (Auslieferungs-)Haftsachen unvereinbar sei.

⁶⁹ Rechtsgrundlage für eine entsprechende Anfrage wäre wohl § 92c IRG, siehe *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: Oktober 2016, § 83b IRG Rn. 2a.

⁷⁰ Vgl. *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, Vor §§ 298 ff. Rn. 15.

⁷¹ BVerfGE 123, 267 (353 f.). Ausführliche theoretische Rekonstruktion bei *Wischmeyer*, AöR 140 (2015), 415.

⁷² Zum bereits in der Lissabon-Entscheidung anklingenden (BVerfGE 123, 267 [354]) „Kontrollmonopol“ des BVerfG verhält sich jedenfalls der Beschl. v. 15.12.2015 (NJW 2016, 1145 [1149 Rn. 43]) klar und eindeutig: „Um zu verhindern, dass sich deutsche [...] Gerichte ohne Weiteres über den

durch welchen das europäische Diskriminierungsverbot eine „spezifische Begrenzung“ erfahre. Welchen dogmatischen Hintergrund diese ungewöhnliche, offenkundig unterhalb der Verfassungsidentität angesiedelte Rechtsfigur haben könnte, ist unklar. Das LG Berlin interpretiert sie dahingehend, hier werde ein „ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz eines verstärkten Schutzes eigener Staatsangehöriger vor einer Auslieferung an Drittstaaten“ als Rechtfertigungsgrund anerkannt.⁷⁹ OLG und BVerfG bleiben eine nähere Einordnung schuldig. Ihr einziges Argument besteht jeweils darin, das AuslAbkEU-USA erkenne derartige Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot in seinem Art. 17 Abs. 2 implizit an.⁸⁰ Das wird in der Literatur allerdings zu Recht als weit hergeholt kritisiert.⁸¹ Art. 17 des Abkommens⁸² enthält lediglich eine Art salvatorische Klausel und dürfte bestenfalls als Beleg für die etwaige Beachtlichkeit eines nationalen ordre public herangezogen werden können.⁸³ Ihm darüber hinaus eine so weitreichende Bedeutung beizumessen, wie BVerfG und OLG Frankfurt es tun, erscheint nicht überzeugend.

bb) Ratio legis des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG

Versucht man, das diffuse Besitzstand-Argument anderweit mit rationalem Gehalt zu füllen, erscheint zweierlei denkbar. Erstens ließe sich an der ratio legis des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG ansetzen und danach fragen, ob dessen Ausweitung auf nicht-deutsche Unionsbürger diesen seines Sinnes entkleide, d.h. ob es sich bei der Auslieferungsfreiheit um eine mit der nationalen Staatsangehörigkeit untrennbar verknüpfte Rechtsposition handelt.⁸⁴ Zur ratio der Norm äußert sich das BVerfG in seiner ersten Entscheidung über den EU-Haft-

befehl wie folgt: „Der Zweck des Freiheitsrechts auf Auslieferungsschutz liegt [...] darin, [dass die] Bürger nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden [sollen]. Jeder Staatsangehörige soll [...] vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren Verhältnissen bewahrt werden.“⁸⁵

Es liegt m.E. auf der Hand, dass diese Begründung ihren Sinn auch dann behält, wenn in ihr der Begriff „Staatsangehöriger“ durch „Unionsangehöriger“ ersetzt wird. Denn begreift man die Union als einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 67 Abs. 1 AEUV), in welchem jedenfalls dieselben grundlegenden Werte herrschen (vgl. Art. 2 EUV) und in welchem prinzipiell ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafrechtsordnungen besteht (vgl. Art. 82 AEUV),⁸⁶ – kurz: als einen gemeinsamen vertrauten Rechtsraum –, dann gibt es keinen Grund, weshalb das, was einem Deutschen nicht zumutbar ist (nämlich die Auslieferung aus einer „vertrauten Rechtsordnung“ in ein „schwer durchschaubares fremdes Rechtssystem“) einem anderen Unionsbürger sehr wohl zugemutet werden könnte.⁸⁷ Konkret: Die Zustände in einer 40-Mann-Zelle und die Undurchsichtigkeit des US-Strafrechts, über die der an europäische Standards gewöhnte Herr Pisciotti sich beklagt,⁸⁸ werden für diesen ja nicht dadurch angenehmer und transparenter, dass er statt einer deutschen die italienische Staatsbürgerschaft besitzt. Die ratio des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG liefert dem Besitzstandsargument also keinerlei Flankenschutz.

cc) Abstandsgebot

Als zweites (und letztes) könnte man noch argumentieren, die deutsche Staatsbürgerschaft verlöre an Wert, sollte die bislang exklusiv für sie reservierte Auslieferungsfreiheit nunmehr auch dem Genuss durch andere Unionsbürger offen

1945 (1946 Rn. 21) lapidar: „Hiergegen ist nichts zu erinnern.“

⁷⁹ LG Berlin, Beschl. v. 18.3.2016 – 28 O 111/14, Rn. 40 (juris). Ebenso *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (410).

⁸⁰ BVerfG NJW 2014, 1945 (1946 Rn. 21); OLG Frankfurt BeckRS 2014, 07459 Rn. 27.

⁸¹ *Rung*, EWS 2014, 277 (279). Abl. auch LG Berlin, Beschl. v. 18.3.2016 – 28 O 111/14, Rn. 38 (juris). Etwas andere Akzentsetzung bei *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (409), die das Argument wohl im Grunde anerkennen, jedoch der Auffassung sind, Art. 17 AuslAbkEU-USA sei „wahrscheinlich EU-grundrechtswidrig, wenn sie [die Norm] nicht grundrechtskonform – d.h. u.a. diskriminierungsfrei – ausgelegt wird.“

⁸² Art. 17 Abs. 2 AuslAbkEU-USA lautet: „In den Fällen, in denen die Verfassungsgrundsätze des ersuchten Staates [...] ein Hindernis für die Erfüllung seiner Auslieferungspflicht darstellen können und dieses Abkommen oder der geltende bilaterale Vertrag keine Regelung dieser Angelegenheit vorsehen, konsultieren sich der ersuchte und der ersuchende Staat.“

⁸³ *Rübenstahl*, WiJ 2014, 53 (54 f.). Siehe auch *Stancke*, CCZ 2014, 217 (220).

⁸⁴ Zu dieser Figur *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 244 ff. (der in diesem Zusammenhang aber nur die Ausweisung, nicht aber die Auslieferung thematisiert).

⁸⁵ BVerfGE 113, 273 (293 f.). Wortgleich BVerfG BeckRS 2016, 54709 Rn. 36. Ähnlich auch BVerfG NJW 2016, 1714 (1715 Rn. 22: „Vertrauen in die deutsche Rechtsordnung“ – in JZ 2016, 1113 nicht mitabgedruckt); *Vogel/Eisele*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 1), Art. 82 AEUV Rn. 35 („Vorbehalte gegen die Fairness ausländischer Strafverfolgung eigener Staatsangehöriger“). Nachweise ähnlicher Konzeptionen in der Literatur bei *Rinio*, ZStW 108 (1996), 354 (381 ff.); *Baier*, GA 2001, 427 (434 ff.); *Conrad*, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, 2013, S. 108 ff.

⁸⁶ Ausf. (und krit.) zum Vertrauen als Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung *Wischmeyer*, GLJ 17 (2016), 339; *Satzger* (Fn. 41), § 10 Rn. 24 ff.; *Kloska*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, 2016, S. 225 ff.

⁸⁷ Vgl. auch *Baier*, GA 2001, 427 (436: „[k]eine Problematik, die sich speziell zum Nachteil der eigenen Bürger, sondern aller Ausgelieferter auswirkt“).

⁸⁸ *Crofts/Nylen* (Fn. 6), S. 2, 8 f.

stehen.⁸⁹ Ähnliches ist unter der Bezeichnung „Abstandsgebot“ im Zuge der Debatte über die Verfassungsmäßigkeit der Homo-Ehe postuliert worden.⁹⁰

Auch das halte ich jedoch im Kontext der Auslieferungsfreiheit nicht für überzeugend. Hinter diesem Argument steckt eine Vorstellung von der Staatsangehörigkeit als einer „Premium-Mitgliedschaft“, die mir irrational und als in einem schlechten Sinne konservativ erscheint. Irrational deshalb, weil die Ausweitung des Auslieferungsschutzes auf *alle* Unionsbürger dem deutschen Staat einerseits keine nennenswerten Kosten verursacht, andererseits aber der damit auch für Deutsche verbundene „Integrationsmehrwert“⁹¹ klar auf der Hand liegt: Da nämlich die meisten Mitgliedstaaten über dem Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG vergleichbare Vorschriften verfügen,⁹² wären auch Deutsche im EU-Ausland vor der Auslieferung in Drittstaaten geschützt.⁹³ Von dem Vorteil, der damit verbunden ist, wüsste z.B. Herr Bangert zu berichten; der mutmaßliche Komplize von Herrn Piscioti schützt sich eigenen Angaben zufolge seit sechs Jahren vor einer Auslieferung in die USA, indem er auf sämtliche Auslandsreisen verzichtet⁹⁴ – er ist also gewissermaßen innerhalb der Grenzen Deutschlands „gefangen“. Auf diesen günstig zu habenden Freiheitsgewinn zu verzichten halte ich für durch und durch unvernünftig.

In ideologischer Hinsicht scheint mir das Beharren auf nationalen Besitzständen und Privilegien für eigene Staatsbürger auf einer Art nationalistischem Phantomschmerz zu beruhen, einhergehend mit einer ostentativen Geringschätzung der Unionsbürgerschaft. Nimmt man die eingangs angeführten Zitate zur Unionsbürgerschaft wirklich ernst – „grundlegender Statuts der Angehörigen der Mitgliedstaaten“, „Kernstück der Europäischen Einigung“ – und tut man selbiges mit dem in Art. 23 GG verankerten grundgesetzlichen „Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas“⁹⁵, dann kommt man m.E. nicht umhin, sich auch im Bereich des Auslieferungsrechts vom Postulat ungeschriebener

Privilegierungsbefugnisse zu verabschieden.⁹⁶ Im Ergebnis ist daher auch dieser letzte Rechtfertigungsversuch gescheitert.

IV. Ergebnis

Was folgt aus alledem? Die Diskriminierung durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht rechtfertigungsfähig. Es liegt also ein Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot vor. Folge dessen ist, dass die Auslieferungsfreiheit über den Wortlaut von Art. 16 GG hinaus im Wege der unionsrechtskonformen Anwendungserweiterung auf alle Unionsbürger erstreckt werden muss;⁹⁷ als dogmatische Blaupause hierfür kann die Entscheidung des BVerfG zur Anwendung von Art. 19 Abs. 3 GG auf EU-ausländische juristische Personen herangezogen werden.⁹⁸

Mit Blick auf den Fall Piscioti war dessen Auslieferung an die USA also unionsrechtswidrig; der Erfolg seiner Berliner Klage hängt daher lediglich noch von der Folgefrage ab, ob der Verstoß auch als „hinreichend qualifiziert“ i.S.d. EuGH-Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch anzusehen ist.

Über diesen konkreten Fall hinaus ergibt sich eine Reihe von Konsequenzen allgemeinerer Natur. So sind europaweit sämtliche Unionsbürger weitgehend vor einer Auslieferung in Drittstaaten geschützt. Der Auslieferungsverkehr zwischen der EU und den USA wird daher künftig nur noch höchst eingeschränkt möglich sein;⁹⁹ an seine Stelle treten ein vermehrter Gebrauch vom Instrument des Europäischen Haftbefehls,¹⁰⁰ ggf. auch Strafverfolgungen im Wege der stellvertretenden Strafrechtspflege.

⁹⁶ Dementsprechend bezeichnen *Ritz/Vasconcelos*, ECLR 37 (2016), 277 (281) einen etwaigen Klageerfolg Pisciotis vor dem EuGH als „important milestone in the path to complete European Citizenship.“

⁹⁷ So auch *García* (Fn. 22 – 2014); *Esser*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 49), § 55 Rn. 44. Tendenziell auch *Leidenmühler/Grafeneder*, EuLF 2016, 57 (58). Keineswegs führt die diskriminierende Ausgestaltung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG zu einer Gleichbehandlungserzwingung durch dessen vollständige Unanwendbarkeit für jedermann (d.h. auch für Deutsche). Vielmehr muss die Nichtdiskriminierung – jedenfalls bis zu einer etwaigen Streichung der Norm – dadurch „gewährleistet werden [...], dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie die, die den Angehörigen der privilegierten Gruppe zugutekommen“, EuGH, Urt. v. 22.6.2011 – Rs. C-399/09 (*Landtová*) = Slg. 2011, I-5596. Ebenso *Jarass* (Fn. 31), Art. 21 Rn. 40.

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 129, 78 (96 f., zu Art. 19 Abs. 3 GG) m. krit. Anm. *Hillgruber*, JZ 2011, 1118.

⁹⁹ *Ritz/Vasconcelos*, ECLR 37 (2016), 277 (281), gehen davon aus, dass das AuslAbkEU-USA nunmehr der Neuverhandlung bedürfe. Zur Rechtsgrundlage etwaiger Neuverhandlungen siehe Fn. 49.

¹⁰⁰ *Oehmichen*, StV 2017, 257 (262). Art. 16 Abs. 3 RbEuHb wird künftig so zu handhaben sein, dass Auslieferungsersuchen von Drittstaaten nur noch ganz ausnahmsweise der

⁸⁹ Vgl. *García* (Fn. 22 – 2014), der insoweit von einer „Diskriminierungspflicht“ spricht (diese aber i.E. ablehnt). Siehe auch *Huber*, EuR 2013, 637 (638), demzufolge sich die Nation auch über „ein Mindestmaß an Exklusionsmechanismen“ definiere.

⁹⁰ BVerfGE 105, 313 (357-365, Sondervoten *Papier* und *Haas*); *Krings*, ZRP 2000, 409 (411 ff.); *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393 (398); *Braun*, JuS 2003, 21 (23). Die Senatsmehrheit ist dem freilich nicht gefolgt, BVerfGE 103, 313 (350).

⁹¹ Begriff nach BVerfGE 113, 273 (325, abweichende Meinung *Broß*).

⁹² Siehe die Nachw. bei *Esser/Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2014, 401 (Fn. 1 f.).

⁹³ Zutr. Hinweis hierauf bei *García* (Fn. 22 – 2016). Ähnlich auch *Grützner*, BB 2014, 1299; *Stancke*, CCZ 2014, 217 (223).

⁹⁴ Siehe *Crofts/Nylen* (Fn. 5), S. 7.

⁹⁵ BVerfGE 123, 267 (346 f.); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 56. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 23 Rn. 30.

Auf mittlere Sicht schließlich erschiene die Einführung einer genuin europäischen Auslieferungsfreiheit konsequent und wünschenswert.¹⁰¹ Für diese (angesichts der gegenwärtigen politischen Verhältnisse freilich zurzeit eher unrealistisch erscheinende) Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft böte sich das besondere Gesetzgebungsverfahren nach Art. 25 Abs. 2 AEUV an, alternativ käme auch eine Ergänzung der GRC in Betracht.

Vorrang eingeräumt werden kann, vgl. *Bock*, ZWH 2017, 1 (3).

¹⁰¹ Hierfür bereits *Baier*, GA 2001, 427 (445). Noch weitergehende Zukunftsvision bei *Gosewinkel*, Merkur 11/2016, 18 (30).