

# **Strafrechtliche Verfassungsbeschwerden im Anschluss an die Entscheidungen des 1. Bundesverfassungsgerichtssenats zum Recht auf Vergessen I und II**

## **Inwieweit bleibt Bedarf und Raum für die Rüge einer Identitätskontrolle?**

Von Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

### **I. Einleitung**

Mit seinen Beschlüssen zum Recht auf Vergessen I<sup>1</sup> und II<sup>2</sup> hat der *Erste Senat* des Bundesverfassungsgerichts einen Paradigmenwechsel im Umgang mit den Grundrechten aus der Sphäre des EU-Rechts vollzogen.<sup>3</sup> Das BVerfG erklärte die europäischen Grundrechte zu Wertmaßstäben des eigenen Verfassungsrechts und machte Verletzungen der Grundrechtsgewährleistungen der EU-GRC per Verfassungsbeschwerde justizierbar.<sup>4</sup> Damit ist die aus der Solange-II-Entscheidung<sup>5</sup> stammende These von der strikten Trennung zwischen den vor dem BVerfG justizierbaren Grundrechten des Grundgesetzes und den nicht vom BVerfG überprüfbaren Grundrechtsgewährleistungen des Unionsrechts aufgegeben.<sup>6</sup>

Das BVerfG begegnet dem Europäischen Recht nun auch anders, insbesondere mit veränderten Zielsetzungen. Angeleitet durch die Rechtsprechung des *Zweiten Senats* war das BVerfG bisher vor allem Kontrollinstanz gegenüber einem zur Übergriffigkeit tendierenden Europa. Es war eine abschirmende Instanz, die die deutsche Verfassungsordnung gegen Kompetenzübergriffe durch den europäischen Integra-

tionsprozess zuerst mit einer Ultra-vires-Kontrolle<sup>7</sup> und dann – als „Hüter der Verfassungsidentität“ – mit der Identitätskontrolle zu schützen suchte, indem sie darüber wacht, dass die von Artikel 79 Abs. 3 GG umfassten wesentlichen Grundprinzipien der deutschen Verfassung unangetastet blieben.<sup>8</sup> Jetzt beginnt das BVerfG, sich in den Gestaltungsprozess des europäischen Grundrechtsraums mit einzubringen. Es integriert die EU-Grundrechte in seinen Prüfungsmaßstab, wofür es die verschiedenen Grundrechtsphären als autonome, aber untrennbar miteinander verbundene Grund-

<sup>7</sup> Die Ultra-Vires-Kontrolle wurde vom *Zweiten Senat* aus dem grundrechtsgleichen Recht auf demokratische Selbstbestimmung aus Art. 38 GG im Maastricht-Urteil von 1993 entwickelt, BVerfGE 89, 155 (187 f.); krit. zu dieser Ableitung aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG *Pernice*, EuZW 2020, 508 (509 f.); *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schneichels* u.a., EuZW 2020, 525 (526). Im Jahr 2010 wurde der Anwendungsbereich der Ultra-Vires-Kontrolle 2010 im Honeywell-Beschluss des *Zweiten Senats* stark eingeschränkt. Die Ultra-Vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich und mit größtmöglicher Zurückhaltung ausgeübt werden; siehe BVerfGE 126, 128 (303). Die Ultra-Vires-Kontrolle komme daher nur bei einem hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß der europäischen Organe in Betracht, „wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind. [...]“ Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt; so BVerfGE 126, 128 (304 und Leitsatz 1). In jedem Fall hat vor einem Ultra-Vires-Judikat eine Vorlage der Rechtsfrage zum EuGH auf Basis des Art. 267 AEUV zu erfolgen, um einen Dialog ermöglichen; BVerfGE 126, 128 (304 und Leitsatz 2).

<sup>8</sup> Die Identitätskontrolle wurde im Lissabon-Urteil erstmals konkret als solche bezeichnet; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 4): „Das BVerfG prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 II EG; Art. 5 I 2 und III des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon [EUV-Lissabon]) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten [...]. Darüber hinaus prüft das BVerfG, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 i.V. mit Art. 79 III GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 [296] = NJW 2005, 2289).“ Zuvor bereits BVerfGE 113, 273 (298 ff.); *Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 19 Rn. 72.

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2020, 300 = EuZW 2019, 1021 m. Anm. *Kühling*, NJW 2020, 275, und Bespr. bei *Sachs*, JuS 2020, 282, sowie *Muckel*, JA 2020, 233; zu beiden Beschlüssen des *Ersten Senats* *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185; *Wendel*, NJW 2020, 134.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2020, 314 = EuZW 2019, 1035 m. Bespr. *Muckel*, JA 2020, 237; *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185; *Wendel*, NJW 2020, 134.

<sup>3</sup> *Wendel*, JZ 2020, 157 (168).

<sup>4</sup> *F. Mayer*, StV 2020, 644 (646).

<sup>5</sup> BVerfGE 73, 339 (387 und Leitsatz 2): „Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleiteten Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen.“

<sup>6</sup> *Wendel*, JZ 2020, 157 (159, 168); *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 (186); *Michl*, Verfassungsblog v. 27.11.2019, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/in-vielfalt-geeinte-grundrechte/> (5.1.2021).

rechtsordnungen postuliert<sup>9</sup> und sich selbst Verantwortung für das Gelingen der Integration dieser Grundrechtssphären zuschreibt. Diese Integrationsverantwortungsrhetorik eröffnet dem BVerfG die Möglichkeit, aktiv am europäischen Diskurs um den Inhalt der EU-Grundrechte teilzunehmen.<sup>10</sup> Es kann nun nicht nur zu Lesarten von Begriffen und Reichweiten von Grundrechtsgarantien mitdiskutieren, sondern auch Vorschläge zu grundrechtlicher Prüfungsmethodik unterbreiten, was mit Blick auf die methodischen Differenzen zwischen BVerfG und EuGH bei der Gewichtung von Grundrechten<sup>11</sup> oder bei der Frage, auf welche Prüfungspunkte beispielsweise der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Anwendung findet,<sup>12</sup> sehr bedeutsam sein kann.

Die Frage ist nur, was dieser Paradigmenwechsel bedeutet, spezifisch für Verfassungsbeschwerden der Verteidigung gegen unionsrechtlich determinierte oder jedenfalls im Kontext von EU-Rechtsakten ergehende Maßnahmen. Wie sind dadurch bewirkte Grundrechtsverletzungen zu rügen, insbesondere solche im Zusammenhang mit der Umsetzung oder Anwendung europäischer Rechtshilfeinstrumente wie dem Europäischen Haftbefehl?

<sup>9</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (188).

<sup>10</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (188).

<sup>11</sup> Der EuGH tendierte bisher oft dazu, Grundrechte hinter Integrationsinteressen, insbesondere dem Gelingen des Integrationsprozesses durch wirksame Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, automatisch zurücktreten zu lassen; siehe nur EuGH, Gutachten 2/13 = BeckRS 2015, 80256. Zur fehlenden Grundrechtssensibilität des EuGH in diesem Bereich siehe allgemein Nettesheim, JZ 2016, 424 (425).

<sup>12</sup> Die Bedeutung von Prüfungsmethodik als Streitpunkt zwischen EuGH und BVerfG wurde zuletzt im PSPP-Urteil des Zweiten Senats des BVerfG deutlich, BVerfG NJW 2020, 1647. Darin warf der Zweite Senat dem EuGH eine nicht mehr nachvollziehbare, willkürliche Auslegung der Verträge und damit ein Handeln ultra vires, jenseits des ihm in Art. 19 Abs. 1 S. 2 AEUV erteilten Mandats vor, weil der EuGH das Public Sector Purchase Programme (PSPP) der EZB nicht hinreichend unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit überprüft habe. Zentraler Streitpunkt ist, ob man Verhältnismäßigkeitsaspekte auch für die Abgrenzung von Unionskompetenzen zu mitgliedstaatlichen Kompetenzen heranziehen kann; BVerfG NJW 2020, 1647 (1655 Rn. 128, 133); zustimmend Simon/Rathke, EuZW 2020, 500 (501 f.); Ludwigs, EuZW 2020, 530 (531); Pießkalla, EuZW 2020, 538 (540 f., 542); Schorkopf, JZ 2020, 634 (736); ablehnend die große Mehrheit der Kommentare, siehe Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schneichels u.a., EuZW 2020, 525 (527 f.); Pernice, EuZW 2020, 508 (511 f.); Franz C. Mayer, JZ 2020, 725 (730); Meier-Beck, EuZW 2020, 519 (522 ff.); Kainer, EuZW 2020, 533 (535); Siekmann, EuZW 2020, 491 (494).

## II. Die „Identitätskontrolle“ als Prüfungsmaßstab der vorhergehenden BVerfG-Rechtsprechung zu Auslieferungsfällen

Grundsätzlich ist die Integration der Charta-Grundrechte in den Prüfungsmaßstab für die Verteidigung ein großer Gewinn. Sie ist nun nicht mehr darauf verwiesen, Verletzungen von Grundrechten im Rechtshilfeverfahren unter den erhöhten Anforderungen einer Identitätskontrollrüge geltend zu machen. Diese erhebliche Verschärfung der Rügeanforderungen ging als eine Art Kollateralschaden aus der Identitätskontrollentscheidung des Zweiten Senats zum Europäischen Haftbefehl vom 15. Dezember 2015 hervor.<sup>13</sup> In dieser Entscheidung ging es um die Auslieferung eines U.S.-Amerikaners auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls aus Italien, ergangen infolge einer in-absentia-Verurteilung vor dem Corte di Appello in Florenz. Das OLG erklärte die Auslieferung für zulässig, obwohl der Beschwerdeführer glaubhaft vorgetragen hatte, dass ihm nach seiner Auslieferung in Italien mutmaßlich kein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen würde, durch den das in seiner Abwesenheit ergangene Urteil volumnfähiglich, das heißt mit neuer Beweisaufnahme, angefochten werden kann, sofern es ihm nicht gelingt, seine Unkenntnis von der ersten Aburteilung zur Überzeugung des italienischen Gerichts nachzuweisen.<sup>14</sup> Dieser Vortrag, der von der Generalstaatsanwaltschaft Florenz nicht wirklich entkräftet worden war, hätte eigentlich zur Unzulässigkeit der Auslieferung nach § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG führen müssen, aber das OLG zeigte sich aufgrund der relativ vagen Ausführungen der Florentiner Staatsanwaltschaft überzeugt, dass dem Betroffenen mit der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in die Rechtsmittelfrist des italienischen Berufungsverfahrens hinreichend Gelegenheit gegeben würde, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe volumnfähiglich überprüfen zu lassen.<sup>15</sup> Diese Einschätzung teilte das BVerfG nicht. Vielmehr ging es davon aus, dass die Chance des Beschwerdeführers auf ein effektives Rechtsmittel ungewiss war.<sup>16</sup> Dies hätte eigentlich nach der ausdifferenzierten Auslieferungsrechtsprechung des BVerfG dazu führen müssen, dass eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinem aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG garantierten Recht auf ein faires Verfahren festgestellt wird, weil das OLG die Unzulässigkeit der Auslieferung nach § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG trotz der auf Unzulässigkeit hindeutenden Tatsachenlage nicht intensiv genug geprüft hatte.

Anstatt aber nur eine einfache Grundrechtsverletzung zu attestieren, bauschte der Zweite Senat die Entscheidung zu einer Menschenwürdeverletzung nach Art. 1 Abs. 1 GG auf, konkret zur Verletzung der „nach dem Grundgesetz unabdingbaren und von der Garantie der Menschenwürde nach

<sup>13</sup> BVerfGE 140, 317 (340 f.) = JZ 2016, 410 m. krit. Anm. Schönberger (422) und Nettesheim (424); F. Meyer, HRRS 2016, 332 f.

<sup>14</sup> BVerfG, JZ 2016, 410 (411 Rn. 34); F. Meyer, HRRS 2016, 332.

<sup>15</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (411).

<sup>16</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419 f. Rn. 116–119).

Artikel 1 Abs. 1 GG umfassten Verteidigungsrechte<sup>17</sup> um den Anforderungen einer Identitätskontrolle zu genügen. Eine Identitätskontrolle ist aber eigentlich nur notwendig, wenn eine unauflösbare Kollision zwischen vorrangigem europäischen Recht und Rechtsgewährleistungen aus dem unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG in Rede steht.<sup>18</sup> Dann dient die Identitätskontrolle dazu, dem europäischen Übergriff in die deutsche Verfassungsidentität Grenzen zu setzen und den Anwendungsvorrang des europäischen Rechts punktuell auszusetzen. Tatsächlich aber lag eine echte Kollision der Rechtsordnungen im Fall gar nicht vor. Die einschlägigen Regelungen des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>19</sup> zur Überstellung zur Strafvollstreckung nach in-absentia-Urteilen, konkret Art. 4a Abs. 1 lit. d Nr. i des Rahmenbeschlusses in seiner seit 2009 gültigen Fassung, geboten keine Auslieferung. Die Auslieferung wäre nur verpflichtend gewesen, wenn der Ausstellerstaat des Europäischen Haftbefehls nachgewiesen hätte, dass die Person von dem in Abwesenheit geführten Verfahren Kenntnis erlangt hatte. Diesen Nachweis hatten die italienischen Behörden nicht erbracht und der Beschwerdeführer hatte hinreichend glaubhaft machen können, dass nach geltendem italienischen Recht er umgekehrt den Nachweis dafür würde führen müssen, dass er von der Strafverhandlung gegen ihn keine Kenntnis gehabt hatte.<sup>20</sup> Gleichzeitig war die Auslieferung auch nach den Vorgaben des deutschen Rechts in § 83 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 und 3 IRG unzulässig, da der Betroffene von seiner Verurteilung offenbar keine Kenntnis erlangt hatte und eine Wiederaufnahme des Verfahrens mit neuer Beweisaufnahme nicht garantiert war. Das deutsche Recht verbot damit die Auslieferung und das europäische Recht stand dieser Entscheidung jedenfalls nicht entgegen. Mangels Kollision der Rechtsordnungen hätte man also auch keine Identitätskontrolle gebraucht.<sup>21</sup> Dass der *Zweite Senat* dennoch eine schlichte Rechtsverletzung im Rechtshilfeverfahren mit viel Aufwand zu einer Kollision von europäischem Sekundärrecht mit zentralen Schuldgrundsätzen des deutschen Rechts auf-

bauschte,<sup>22</sup> um den europäischen Regelungen dann per Identitätskontrolle den Anwendungsvorrang zu versagen, hatte viel mit Symbolik zu tun. Das BVerfG demonstrierte damit im Anschluss an zahlreiche EuGH-Entscheidungen der letzten Jahre, angefangen mit Åkerberg Fransson<sup>23</sup>, über das Gutachten 2/13<sup>24</sup> bis hin zum Urteil Melloni<sup>25</sup>, dass es Übergriffe aus dem „europäischen Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts“ auf Kernbereiche der deutschen Verfassungsidentität kritisch beobachtete und gewillt war, den Mechanismus der Verfassungsidentitätsprüfung zur Abwehr dieser Übergriffe anzuwenden. Sollten die EU-Instrumente zur gegenseitigen Anerkennung eine Beeinträchtigung zentraler Schuldgrundsätze als Ausfluss der Menschenwürde mit sich bringen, so würde das BVerfG ihre Anwendung unterbinden bzw. deutsche Gerichte könnten nach § 73 S. 2 IRG mit Verweis auf einen europäischen Ordre Public, der wiederum nach den Erfordernissen Art. 1 Abs. 1 GG auszulegen wäre, eine Anerkennung verweigern.<sup>26</sup> Da der deutsche Gesetzgeber der Europäischen Union niemals die Kompetenz zur Beeinträchtigung der durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärt Grundsätze der Verfassung hätte übertragen können,<sup>27</sup> müsse Primär- oder Sekundärrecht, das diese Kernbereiche berührt, trotz Anwendungsvorrangs unangewendet bleiben.

Das Besondere an dieser Entscheidung war: Das BVerfG hatte darin selbst erkannt, dass eigentlich gar keine Kollision zwischen deutschem Verfassungsrecht und europäischem Sekundärrecht vorlag. Dennoch bestand es auf den Prüfungsmaßstab der Identitätskontrolle.<sup>28</sup> Das heißt, obwohl dem *Zweiten Senat* klar war, dass das europäische Sekundärrecht in der konkreten Fallkonstellation die Auslieferung des von Grundrechtsverletzungen im anderen Staat bedrohten Betroffenen nicht gebot und dass es eine Entscheidung des OLG, die Auslieferung für unzulässig zu erklären, ohne Weiteres mitgetragen hätte, wurde eine „Engführung“ des Grundrechtsschutzes<sup>29</sup> auf eine Verletzung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG vorgenommen und so gleichzeitig die Gewährleistung differenzierten, „einfachen“ Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz unterbunden.<sup>30</sup> Diese Über-

<sup>17</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (411 Rn. 34); kritisch *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 4).

<sup>19</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1; und Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009 zur Abänderung der Rahmenbeschlüsse 2009/ 584/JI, 2006/783/JI, 2008/909/JI und 2008/947/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an die Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU Nr. L 81 v. 27.03.2009, S. 24.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = JZ 2016, 410.

<sup>21</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423); *F. Meyer*, HRRS 2016, 332 (333, 334).

<sup>22</sup> Kritisch *Brodowski*, JR 2016, 415 (424); *F. Meyer*, HRRS 2016, 332 (333 f.); *Swoboda*, ZIS 2017, 267 (288 f.).

<sup>23</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson) = HRRS 2013 Nr. 335 = JZ 2013, 613 m. Anm. *Dannecker* und *Streinz*, JuS 2013, 568.

<sup>24</sup> EuGH, Gutachten 2/13 = BeckRS 2015, 80256.

<sup>25</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1219 Rn. 62 f.).

<sup>26</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419 Rn. 108).

<sup>27</sup> Ausführlich BVerfGE 140, 317 (334 f., 343 ff., 352 ff., 355).

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 88–92 = JZ 2016, 410 (417).

<sup>29</sup> *F. Meyer*, HRRS 2016, 332 (339).

<sup>30</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423): „Identitätskontrolle unbekannter Art“, die nicht mehr dazu dient, „Maßnahmen

dehnung des Grundrechtsschutzes über eine Art Supergrundrecht auf Menschenwürde unter gleichzeitiger „Überdehnung“ und „Ausfransung“ des Schutzgehalts von Art. 1 Abs. 1 GG anhand vager Schuldprinzipien, wurde in der Literatur vielfach kritisiert.<sup>31</sup> Es hätte zu diesem Schritt auch Alternativen gegeben, etwa das Beibehalten des bisherigen differenzierten einfachen Grundrechtsschutzes oder die Vorlage zum EuGH nach Art. 267 AEUV, um durch dessen Interpretation der europäischen Rahmenbeschlussregelung die Anforderungen an eine Auslieferungspflicht nach einem in-absentia-Urteil abschließend klären zu lassen.<sup>32</sup> All diese Wege waren dem *Zweiten Senat* aber zu wenig. *Frank Meyer* kritisierte, dass sich der *Zweite Senat* mit dem Rückgriff auf die Identitätskontrolle aus „rein verfassungspolitischen Interessen“ ein Entscheidungsmonopol schaffen wollte, unter „Verdrängung“ des EuGH und der europäischen Grundrechte. Dabei wäre es für die Zukunft nützlicher gewesen, sich „in ein Verbundsystem gemeinsamen europäischen Grundrechtschutzes einzufinden“, sprich die europäische Grundrechtssphäre zu stärken, indem man sie durch Vorlage zum EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anwendung kommen lässt.<sup>33</sup>

Jedenfalls blieb als Kollateralschaden der Entscheidung, dass der *Zweite Senat* für Fälle, in denen bis dahin die Beschwerde einer einfachen Grundrechtsverletzung ausgereicht hatte, nunmehr eine Verfassungsbeschwerde unter den verengten Maßstäben der Identitätskontrolle verlangte.<sup>34</sup> Für Europarechtler war dieses „engere“, „aktuelle und scharfe“ Schutzkonzept<sup>35</sup> ein Vorteil,<sup>36</sup> aber für die Betroffenen wurden Verfassungsbeschwerden gegen rechtshilferechtliche Entscheidungen zunächst schwieriger, weil der Beschwerdeführer nun immer auch nachweisen musste, dass ihn im Zielstaat ein Verfahren erwartet, das mit dem Schuldprinzip (als Kerngehalt der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG) nicht vereinbar ist.<sup>37</sup>

### **III. Der neue Ansatz des Ersten Senats des BVerfG in „Recht auf Vergessen I & II“**

Dieser Identitätskontrollansatz des *Zweiten Senats* wurde vom *Ersten Senat* nun zugunsten einer integrativen Lösung, wie sie *F. Meyer* mit einem „Verbundsystem gemeinsamen

der Europäischen Union ausnahmsweise die Anwendbarkeit in Deutschland zu versagen“, sondern die gegen „Maßnahmen eines deutschen Rechtsprechungsorgans bei einer unionsrechtlich nicht gebotenen Anwendung deutschen Rechts“ gerichtet ist.

<sup>31</sup> *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (424); siehe auch *Brodowski*, JR 2016, 415 (424); *F. Meyer*, HRSS 2016, 332; *Swoboda*, ZIS 2017, 267 (288 f.).

<sup>32</sup> *F. Meyer*, HRSS 2016, 332 (339).

<sup>33</sup> *F. Meyer*, HRSS 2016, 332 (339).

<sup>34</sup> *Swoboda*, ZIS 2017, 267 (288 f.).

<sup>35</sup> *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (428).

<sup>36</sup> Vor allem, wenn man bedenkt, dass das BVerfG die Anforderungen für eine Ultra-Vires- und eine Identitätskontrolle sehr hoch angesetzt hat; vgl. den Honeywell-Beschluss in BVerfGE 126, 128 (303 f.).

<sup>37</sup> Zum Prüfungsmaßstab *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427).

europäischen Grundrechtsschutzes“ bereits angedacht hatte,<sup>38</sup> aufgegeben. Dabei ging der *Erste Senat* aber weit über die Vorstellungen von *F. Meyer* hinaus, der damit nur gemeint hatte, dass das BVerfG durch Vorlage seiner Auslegungsfragen zu europäischen Grundrechtsstandards nach Art. 267 AEUV zum EuGH die europäische Grundrechtssphäre stärken sollte. Für den *Ersten Senat* bedeutet eine Grundrechtsprechung im Verbundsystem, dass das BVerfG in europarechtlich determinierten Bereichen selbst europäische Grundrechtsmaßstäbe prüft und zur Wahrnehmung der eigenen „Integrationsverantwortung“ aus Art. 23 GG unmittelbar zur Anwendung bringt („Recht auf Vergessen II“),<sup>39</sup> bzw. dass es in nicht abschließend europarechtlich determinierten innerstaatlichen Rechtsbereichen zwar deutsche Grundrechte prüft (was als Ausdruck der „Grundrechtsvielfalt“ in der EU im sog. „Spielraumbereich“ zulässig ist),<sup>40</sup> deren Schutzgehalt jedoch auch an europäischen Schutzstandards misst („Recht auf Vergessen I“).<sup>41</sup> Soweit in nicht determinierten Rechtsbereichen deutsche Grundrechte zum Prüfungsmaßstab werden, gilt eine (widerlegliche) Vermutung, dass das Schutzniveau der EU-Grundrechtscharta durch die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes mitgewährleistet ist.<sup>42</sup> Widerlegt wird die Vermutung nur, sofern „konkrete und hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass [durch die Anwendung des Grundgesetzes] das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts nicht gewahrt sein könnte“.<sup>43</sup> Was das heißt, ist unklar. Falls es nur Grundrechte betrifft, die zwar die EU-GRC, aber nicht das GG kennt, bleibt die

<sup>38</sup> *F. Meyer*, HRSS 2016, 332 (339).

<sup>39</sup> BVerfG EuZW 2019, 1035 m. Bespr. *Muckel*, JA 2020, 237; *Wendel*, JZ 2020, 157, der auch die ausländischen Vorbilder für diesen Paradigmenwechsel aufführt (163), insbesondere die Rechtsprechung des österreichischen VfGH, des italienischen Corte Costituzionale und die Differenzierung zwischen determiniertem und gestaltungsoffenem Bereich durch den französischen Conseil Constitutionnel.

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2020, 300 = EuZW 2019, 1021; darin konkret zur Grundrechtsvielfalt BVerfG NJW 2020, 300 (302 Rn. 53 f.): „Entsprechend verlangt [der EuGH], dass Richtlinien im Lichte der maßgeblichen Grundrechte der Charta auszulegen sind, anerkennt aber bei einer inhaltlichen Offenheit der Richtlinie weitgehende Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten, soweit hiermit die Richtlinien und die mit ihnen geschützten grundrechtlichen Interessen nur nicht ausgehöhlt werden [...]. Das unionsrechtliche Fachrecht bestimmt den Grad der unmittelbar fachrechtlichen Vereinlichkeit. Es kann dabei für die Umsetzung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume grundrechtliche Maßgaben enthalten [...], die jedoch nach dem Subsidiaritätsgrundsatz [...] regelmäßig Grundrechtsvielfalt zulassen.“

<sup>41</sup> Zu den Grenzen der Anwendung deutscher Grundrechtsstandards bei Gefahr der Beeinträchtigung europäischer Schutzniveaus BVerfG NJW 2020, 300 (302 Rn. 48).

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (302 f. Rn. 49, 55).

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (304 Rn. 67).

Widerlegungsmöglichkeit eine reine theoretische Option.<sup>44</sup> Außerdem greift die Vermutung zugunsten von Grundrechtsvielfalt und der Möglichkeit, deutsche Grundrechte zu prüfen, nicht, wenn bereits das EU-Fachrecht – obwohl gestaltungs offen – grundrechtlich engere Maßstäbe vorgibt.<sup>45</sup> Für eine solche Standardisierung des Grundrechtsschutzes muss das Fachrecht aber konkrete und hinreichende Anhaltspunkte enthalten.<sup>46</sup>

Für die Verteidigung ist dieses Umdenken weg von der „Engführung“ aller Verfassungsbeschwerden im Bereich des europäischen Rechtshilferechts über die Werte von Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 und 79 Abs. 3 GG im ersten Moment eine gute Nachricht. Sie ist für die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen nicht mehr notwendigerweise auf die verschärften Bedingungen einer Identitätskontrollrüge beschränkt, sondern darf nun auch wieder „einfache“ Grundrechtsverletzungen sowie „einfache“ Verletzungen der Garantien der EU-GRC geltend machen. Zudem steht im Raum, dass das BVerfG sogar solche europäischen Grundrechtsgarantien in seine Prüfung einbeziehen wird, für die es im GG gar kein Äquivalent gibt, z.B. besondere Rechte der Unionsbürger wie die Freizügigkeit und die Aufenthaltsfreiheit aus Art. 45 EU-GRC, die dann aber natürlich im Lichte von Art. 21 AUEV auszulegen ist.<sup>47</sup>

Aber der neue Weg birgt auch neue Unwägbarkeiten. Die Verteidigung muss, je nach Rechtsbereich und europäischer Regelungsdichte in Bezug auf die konkrete Rechtsfrage, vorab entscheiden, ob sie Verstöße gegen das Grundgesetz oder Verletzungen der Rechte der EU-GRC rügt. Ultra-Vires- und Identitätskontrollrügen sind weiterhin nicht ausgeschlossen<sup>48</sup> und bei Versagen des Grundrechtsschutzes aus der europäischen Sphäre als „Backup“ vermutlich unerlässlich. Dabei ist unklar, welche Bedeutung das BVerfG der Identitätskontrolle in Zukunft beimesse wird. Unklar ist auch, wie intensiv das BVerfG über Art. 267 AEUV einen Dialog mit dem EuGH suchen wird<sup>49</sup> und wie der EuGH umgekehrt auf

<sup>44</sup> Kottmann/Karpenstein, NJW 2020, 185 (187). Wendel befürchtet eine „Marginalisierung der GRCh in der Rechtspraxis“, Wendel, JZ 2020, 157 (161).

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (304 Rn. 65); Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (187).

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (304 Rn. 65); mit dem Hinweis, dass dies nur gilt, wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkten dafür vorliegen, dass entweder die grundgesetzlichen Maßstäbe nicht an die Schutzmaßstäbe der europäischen Grundrechtssphäre heranreichen oder dass es im Sekundärrecht spezifisch vorgegebene Grundrechtsmaßstäbe gibt. Damit entlastet das BVerfG wohl vor allem die Fachgerichte, die ohne Hinweis auf solche konkreten oder hinreichenden Anhaltspunkte ohne weitere Prüfung der europäischen Grundrechte gleich in eine Prüfung der Grundrechte nach dem GG eintreten können; Wendel, JZ 2020, 157 (165).

<sup>47</sup> Dazu Wendel, JZ 2020, 157 (166 f.).

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2020, 314 (317 Rn. 49).

<sup>49</sup> Kritisch Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (188), die vermuten, das BVerfG werde auch freimütig auf die „acte claire“-Doktrin zurückgreifen oder eine Vorlage mit der

Vorschläge „deutscher Verfassungsmethodik“ reagiert. Noch weniger absehbar ist, nach welchen Kriterien das BVerfG entscheidet, ob eine Rechtsfrage dem abschließend europarechtlich determinierten Fachrecht oder dem vom Fachrecht offen gelassenen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zugehört, zumal diese Entscheidung eigentlich in der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH liegt.<sup>50</sup> Das Votum des EuGH zu den Grenzen der Gestaltungsspielräume ist für die Mitgliedstaaten dabei auch deswegen so wichtig, weil nur bei zwingendem Recht die Melloni-Rechtsprechung greift, also die Rechtsprechung, die eine Anwendung nationaler Grundrechte auf eine Rechtsfrage verbietet, soweit die nationalen Grundrechtsstandards eine zwingende Vorgabe des europäischen Sekundärrechts infrage stellen würden, die ihrerseits aber unionsrechtlich feststeht und vorrangige Anwendung gebietet.<sup>51</sup> Insgesamt ist auch nicht zu erwarten, dass man auf eine klare Trennlinie zwischen Determinierungs- oder Spielraumbereich stößt, sondern eher auf Fachrecht mit graduell abgestufter europäischer Regelungsdichte.<sup>52</sup> Dementsprechend will das BVerfG ja die Zuordnung für jede einzelne Rechtsfrage gesondert mit Rücksicht auf Einzelregelung und ihren Kontext entscheiden.<sup>53</sup>

Zu all diesen Abgrenzungsfragen kommt dann noch hinzu, dass der Inhalt der Grundrechte auf europäischer Ebene noch nur sehr vage bekannt ist. Bei vielen Grundrechten der Grundrechtecharta ist es zwar möglich, sich die Inhalte aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu erschließen, da die Grundrechte der EMRK nach Art. 52 Abs. 3 EU-GRC mit denen der EU-Charta weitgehend inhaltsgleich sein sollen, aber das lässt dennoch die Möglichkeit offen, dass der EuGH sich von der Rechtsprechung des EGMR den Umständen geschuldet distanziert oder die Reichweite der Grundrechte in Randbereichen oder aufgrund seiner spezifischen Prüfungsmethodik im Einzelfall anders fasst.<sup>54</sup> Mit diesen Ungewissheiten zum

---

Behauptung umgehen, dass es nicht „um die dem EuGH vorbehaltene Auslegung [des Unionsrechts], sondern um die den nationalen Gerichten obliegende Anwendung des Unionsrechts“ ginge; zu ähnlichen Befürchtungen Wendel, JZ 2020, 157 (166).

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (302 Rn. 49); kritisch Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (187); Wendel, JZ 2020, 157 (164), der zudem anmerkt, dass eine prinzipielle Abstufung zwischen Spielraum und zwingendem Unionsrecht zumeist gar nicht gelingen wird.

<sup>51</sup> Wendel, JZ 2020, 157 (164).

<sup>52</sup> Wendel, JZ 2020, 157 (164).

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2020, 314 (320 f. Rn. 78–80).

<sup>54</sup> Mit Beispielen bei Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (188). Eine methodisch bedingte andere Auslegung der Fairnessrechte in Art. 47 EU-GRC zeichnet sich bereits ab für den zweistufigen Prüfungsgang in der Frage, ob zu erwarten ist, dass für einen Betroffenen bei Auslieferung in einen Staat, aus dem systemische Rechtsstaatlichkeits- und Unabhängigkeitsdefizite bekannt sind, eine echte Gefahr der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren führt. Dazu muss die Auslieferungsbehörde „in einem zweiten Schritt konkret

Gehalt europäischer Grundrechte vergrößert sich natürlich gleichzeitig auch die Unsicherheit darüber, wann es angeraten erscheint, neben einer Rüge der Verletzung von Unionsgrundrechten auch die Identitätskontrollrüge zu erheben. Letztere dient dazu sicherzugehen, dass bestimmte grundgesetzliche Mindeststandards an Beschuldigtenrechten auch bei einem Vorrang des Schutzniveaus aus der unionsrechtlichen Grundrechtssphäre gewahrt bleiben.

Und dann ist da noch die taktische Frage, ob die Verteidigung nun auch immer bei den letztinstanzlichen Fachgerichten auf eine Vorlage nach Art. 267 AEUV dringen muss. Die Vorlagepflicht dieser Gerichte bleibt nach den BVerfG-Entscheidungen zum Recht auf Vergessen offenbar unangestastet. Jedenfalls hat das BVerfG offen gelassen, ob eine solche Vorlagepflicht der letztentscheidenden Instanz angesichts des neuen Prüfungsumfangs der Verfassungsbeschwerde überhaupt noch sinnvoll ist.<sup>55</sup> Einerseits wird gesagt, „das Nebeneinander von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“ liege nicht nahe, aber das BVerfG erkennt auch an, dass die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelfe nicht immer offen steht und daher die „letztinstanzlichen Fachgerichte auch für die Auslegung der Unionsgrundrechte innerstaatlich als grundsätzlich abschließende Instanz zu qualifizieren“ sind.<sup>56</sup> Aus Sicht der Verteidigung erscheint eine fachgerichtliche Vorlage zum EuGH schon deswegen dringend geboten, um vom EuGH eine Auslegungsvorentscheidung darüber zu erhalten, ob man sich mit der spezifischen Rechtsfrage im determinierten oder im nicht determinierten EU-Fachrecht bewegt.<sup>57</sup> Darüber hinaus steht zu erwarten, dass das BVerfG Subsidiaritätsmaßstäbe anpasst, wenn die Vorlage der Fachgerichte nach Art. 267 AEUV als Option im Raum bleibt, es also eine Verfassungsbeschwerde nur noch zuzulassen wird, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg vor den Fachgerichten mit Blick auf

und genau prüfen, ob es unter den gegebenen Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person nach ihrer Übergabe an den Ausstellungsmittelstaat einer [Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren in seinem Wesensgehalt] ausgesetzt sein wird“; EuGH BeckRS 2018, 16206 (Minister for Justice and Equality v. LM), Rn. 68; dazu *Geneuss/Werkmeister*, ZStW 132 (2020), 102 (116). Ansatzpunkt der Kritik ist, dass der EuGH bei der Definition der zwei Prüfungsstufen das Recht auf ein faires Verfahren bzw. konkret auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 47 Abs. 2 EU-GRC eher Art. 4 EU-GRC angleicht, anstatt den „flagrant denial of justice“-Maßstab des EGMR für die Prüfung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu übernehmen; *Geneuss/Werkmeister*, ZStW 132 (2020), 102 (119, 123 f.).

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2020, 314 (320 Rn. 72–74).

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2020, 314 (320 Rn. 73).

<sup>57</sup> Wendel befürchtet darüber hinaus, dass auch das BVerfG an seine Kapazitätsgrenzen stößt, wenn die in dem Rechtsbereich besser bewanderten Fachgerichte vorab keine entsprechende Klärung durch Vorlage nach Art. 267 AEUV herbeigeführt haben; Wendel, JZ 2020, 157 (164).

die geltend gemachte Rechtsverletzung in zumutbarer Art und Weise ausgeschöpft hat. Dazu gehört dann auch, europäische Grundrechtsverletzungen notfalls bereits vor den Fachgerichten so gerügt zu haben, dass sie effektiv korrigiert werden können,<sup>58</sup> wenn notwendig, mit Dringen auf Vorlage zum EuGH, so dass der Beschwerdeführer dann, wenn das Fachgerichte die Vorlage verweigert, wenigstens substantiiert darlegen kann, dass er alle zumutbaren Maßnahmen zur vorhergehenden Klärung der Rechtsfrage ergriffen hat.<sup>59</sup> Auch bleibt dann die Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. GG infolge einer Verletzung der Vorlagepflicht eine zusätzliche Option.<sup>60</sup>

Insgesamt bringt die Kehrtwende beim BVerfG dem Beschwerdeführer Vorteile, weil er nun neben Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (bei Verletzung der Vorlagepflicht) auch direkt das jeweils verletzte europäische Grundrecht mit zur Überprüfung stellen kann. Aber in der Praxis sind auch erhebliche neue Substantiierungslasten zu erwarten, die das BVerfG nicht klar ausbuchstabiert hat. Zu erwarten sind zum Beispiel Substantiierungslasten zu den Fragen: 1. Bewegt man sich mit der Fachfrage im europarechtlich determinierten Bereich oder in einem Bereich mit zumindest spezifisch europarechtlich determinierten Grundrechtsstandards? 2. Hat man die geltend gemachten Standards bereits vor den Fachgerichten hinreichend zur Prüfung gestellt? 3. Was ist eigentlich der geltend gemachte europäische Grundrechtsmaßstab bzw., wenn deutsche Grundrechte vorrangig zu prüfen sind, genügen diese überhaupt den europäischen Schutzmaßstäben oder unterlaufen sie ein spezifisch sekundärrechtlich festgelegtes Schutzniveau? 4. Gibt es hinreichend konkrete Anhaltspunkte für etwaige Ausnahmen zum Prüfungsvorrang deutscher Grundrechte im nichtdeterminierten Bereich?

Der Beitrag kann diesen für die Praxis wichtigen Fragen nicht in all ihren Einzelheiten nachgehen, insbesondere nicht der Frage nach den Inhalten der vielfältigen EU-Grundrechte, weil deren Ausformung durch den EuGH nur langsam vorankommt. Man kann sich in der Regel nur aus der Rechtsprechung des EGMR und Verfassungsvergleichen erschließen,<sup>61</sup> ohne dabei wirklich sicher sein zu können, dass der EuGH diesen Vorbildern auch folgt oder ob er methodisch andere Prüfungswege wählt, die diese Standards verändern.

Der Beitrag wählt daher den Weg, die Fragen anhand eines fiktiven Fallbeispiels durchzuspielen. Das gewählte Fallbeispiel behandelt ein Ersuchen um Auslieferung eines

<sup>58</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (189).

<sup>59</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (189).

<sup>60</sup> Zur Rüge nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als vorgezogener Rügeoption vor der Prüfung des eigentlich betroffenen europäischen Grundrechts Wendel, JZ 2020, 157 (167).

<sup>61</sup> Das ist möglich wegen Art. 52 Abs. 3 EU-GRC, der sagt: „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.“

deutschen Staatsbürgers per Europäischem Haftbefehl. Zu klären ist, welche Grundrechtsrügen gegen die Bewilligung der Auslieferung durch das OLG zu erheben sind und mit welchen Ungewissheiten die Verteidigung dabei zu rechnen hat.

## IV. Ein (fiktiver) Anwendungsfall

A ist deutscher und irakischer Staatsbürger und lebt seit 35 Jahren (seit seiner frühen Kindheit) in Köln. Ihm wird in einem anderen EU-Mitgliedstaat vorgeworfen, zum Mord an C angestiftet zu haben, einer Familienangehörigen, die in diesem EU-Mitgliedstaat lebte. Die dortigen Ermittler besitzen aufgrund einer Telefonüberwachung, die gegen den Haupttatverdächtigen G in Belgien wegen des Verdachts auf Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Organisation geschaltet worden war, einen Mitschnitt eines Anrufs, in dem mutmaßlich A mit G spricht und in dem A den G auffordert, die C zu töten, die aufgrund ihres Lebenswandels und einer geplanten Scheidung von G, einem fernen Cousin des A, Schande über die Familie gebracht hätte. Tatsächlich wurde C kurz darauf von einem Pkw überfahren und getötet. Deswegen wird G im anderen Mitgliedstaat gesondert wegen Mordes verfolgt. Die zuständigen Behörden weiten die Ermittlungen nun auf A aus wegen des dringenden Tatverdachts der Anstiftung zum Mord. Sie ersuchen mit einem europäischen Haftbefehl (der ordnungsgemäß auf der Basis eines inländischen Haftbefehls erging) die deutschen Strafverfolgungsbehörden um Auslieferung des A.

A wehrt sich gegen die Auslieferung, insbesondere, nachdem ihm die Staatsanwaltschaft mitteilt, sie sehe keine Einwendungen gegen die Auslieferung nach § 83b Abs. 2 IRG i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 IRG. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft weist die Tat keinen wesentlichen Bezug zu Deutschland auf. Auch die anderen Bewilligungshindernisse in § 83b Abs. 1 IRG (insbesondere die Einwendung, dass ein Verfahren in Deutschland läuft oder bereits rechtskräftig abgeschlossen wurde) seien nicht einschlägig. Die Verteidigung trägt dagegen vor, A habe ein schutzwürdiges Vertrauen darin, dort abgeurteilt zu werden, wo er die kriminalisierte Handlung begangen hat. Das sei nicht hinreichend in die Abwägung eingebracht worden. Außerdem erlaube das Strafverfahrensrecht des anderen EU-Mitgliedstaats seit einigen Jahren im Zuge der Erweiterung der behördlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung von Terrorismus und sehr schwerer Straftaten, den Beschuldigten mit Ordnungsgeldern und notfalls Ordnungshaft zu einem Stimmenvergleich heranzuziehen, selbst wenn dieser vorher von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Diese Androhung von Zwangsmitteln könne man auch nicht einfach „aussitzen“, weil bei Nichtmitwirken am Stimmenvergleich die Untersuchungshaft entsprechend länger dauert. Im vorliegenden Verfahren sei auch konkret zu erwarten, dass A mit Ordnungsgeldandrohungen zur Abgabe einer Stimmprobe genötigt wird, um zu prüfen, ob auf dem Telefonmitschnitt seine Stimme aufgezeichnet ist. Das widerspreche aber dem Recht des Angeklagten, sich nicht selbst belasten oder an Selbstbelastungen mitwirken zu müssen, und damit einem ganz zentralen Aspekt des Rechts

zu schweigen, das in Deutschland zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats zählt.

Das OLG gestattet die Auslieferung dennoch, denn nach seinen Recherchen scheint selbst der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK zahlreiche Eingriffe ins Schweigerecht des Beschuldigten zu gestatten, darunter das Ziehen belastender Rückschlüsse aus einem Schweigen des Beschuldigten<sup>62</sup> oder die Verwertung von Beweismitteln, die unabhängig von einem Willensakt der Person wahrnehmbar sind bzw. gewonnen werden können;<sup>63</sup> und die Klangfarbe, Tonhöhe, Sprachmelodie, der Rhythmus des Sprechens und Atmens seien Dinge, die, wie genetische oder körperliche Merkmale, (akustisch) beobachtet und daher unabhängig vom Willen der Person als Informationen gesammelt werden könnten. Zur Erlangung dieser Beweismittel dürfe sogar unmittelbarer Zwang angewendet werden.<sup>64</sup>

Gegen die Auslieferungsbewilligung des OLG will die Verteidigung des A mit einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG vorgehen. Sie fragt sich aber angesichts der neuen Rechtsprechung des *Ersten Senats* zum Recht auf Vergessen I und II, was sie in der Rüge vorbringen soll.

- Genügt mit Blick auf die Auslieferung trotz eines Teilnahmeortes in Deutschland die Rüge einer einfachen Grundrechtsverletzung, also der Verletzung der Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in Verbindung mit einer Verletzung des Rechts auf Nichtauslieferung ins Ausland aus Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG? Genügt ferner bezogen auf den möglicherweise erzwungenen Stimmvergleich eine Rüge der Verletzung des allgemei-

<sup>62</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. the United Kingdom), Rn. 54 = EuGRZ 1996, 587; EGMR, Urt. v. 18.3.2010 – 13201/05 (Krumpholz v. Österreich), Rn. 32; ausführlich *Esser*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Rn. 914.

<sup>63</sup> EGMR, Urt. v. 25.9.2001 – 44787/98 (P.G. and J.H. v. the United Kingdom), Rz. 80: „[T]he voice samples, which did not include any incriminating statements, may be regarded as akin to blood, hair or other physical or objective specimens used in forensic analysis and to which privilege against self-incrimination does not apply“; *Esser* (Fn. 62), EMRK Art. 6 Rn. 925: Der nemo-tenetur-Grundsatz verbietet weder das Gewinnen von Körper- oder Gewebeproben zur Überführung als Täter noch eine Stimmprobe oder die Duldung vergleichbarer Eingriffe durch den Beschuldigten zu Beweiszwecken, soweit das belastende Material unabhängig vom Willen und von Erklärungen des Beschuldigten existiert und sichergestellt werden kann. Vgl. zu dieser Ausnahme auch Erwägungsgrund 29 und Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2016/343 v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 65/1.

<sup>64</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. the United Kingdom), Rn. 69.

nen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, verbunden mit den Rechtsstaatsgarantien aus Art. 20 Abs. 3 GG?

- Oder muss die Verteidigung darüber hinaus darlegen, dass diese Rechtsgarantien sogar in einem von der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG geprägten Kernbereich betroffen sind, so dass durch die drohenden Rechteingriffe zentrale, von Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 und 20 Abs. 3 GG als unveränderlich geschützte Verfassungsprinzipien berührt wären?
- Oder stammen die geltend gemachten Rechtsfragen aus einem von europäischem Recht abschließend determinierten Bereich, so dass eine Grundrechtsrüge zu den Gewährleistungen der EU-GRC erhoben werden muss, hier konkret eine Rüge der Verletzung der Verfahrensfairness nach Art. 47 Abs. 2 GRC und der Unschuldsvermutung in Art. 48 Abs. 1 EU-GRC, basierend auf der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK?

Der Fall ist insoweit fiktiv, als die meisten EU-Staaten im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2016/343 über Aspekte der Unschuldsvermutung von Zwangsmitteln der geschilderten Art zum Erzwingen einer aktiven Mitwirkung am Strafverfahren absehen dürfen, auch wenn diese Richtlinie den vorliegenden Fall gar nicht eindeutig regelt.<sup>65</sup> Vorbild des Falles ist die Rechtsprechung des EGMR im P.G. and J.H. v. the United Kingdom<sup>66</sup>, in dem die Behörden einen Stimmenvergleich mit in heimlichen Aufzeichnungen gewonnenen Stimmproben der Beschuldigten unternahmen.

## V. Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bewilligungsentscheidung des OLG

### 1. Allgemeines zum Rechtsschutzverfahren im Rechtshilferecht

Auslieferungen auf der Basis eines europäischen Haftbefehls erfolgen in Form eines dreistufigen Verfahrens, das etwas von dem klassischen zweistufigen Auslieferungsverfahren bestehend aus Zulässigkeits- und Bewilligungsverfahren abweicht.<sup>67</sup> Gem. § 79 Abs. 1 IRG darf ein Auslieferungsersuchen auf Basis eines Europäischen Haftbefehls nur aus den in §§ 80 ff. IRG aufgezählten Gründen abgelehnt werden.

<sup>65</sup> Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2016/343 v. 9.3.2016 stellt zwar fest, dass „die zuständigen Behörden keinen Zwang auf Verdächtige oder beschuldigte Personen ausüben sollten, um sie gegen ihren Willen zu einer Aussage zu bewegen“, aber gemeint sind damit offenbar Aussagen in der Sache, also Informationen zum Geschehen, und nicht allein irgendeine aktive Mitwirkung bei den Ermittlungen, denn in Erwägungsgrund 29 und in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie wird der Einsatz klassischer Zwangsmittel zum Ermitteln von Körpermerkmalen, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren, ja gerade erlaubt.

<sup>66</sup> EGMR, Urt. v. 25.9.2001 – 44787/98 (P.G. and J.H. v. The United Kingdom).

<sup>67</sup> Einzelheiten zum klassischen zweistufigen Auslieferungsverfahren bei F. Meyer, StV 2020, 644 (645).

Diese Gründe entsprechen den im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RB-EuBH) vorgesehenen Zulässigkeitsvoraussetzungen und Versagungsgründen und sind als reine Rechtskriterien vollständig justizierbar.<sup>68</sup> Gem. § 79 Abs. 2 S. 1 IRG prüft zuerst die für die Bewilligung des Auslieferungsersuchens zuständige Stelle (die Generalstaatsanwaltschaft beim OLG)<sup>69</sup>, ob sie beabsichtigt, Bewilligungshindernisse nach § 83b IRG geltend zu machen. Diese Entscheidung ist zu begründen und dem OLG nach § 79 Abs. 2 S. 2 IRG zur Überprüfung vorzulegen. Das OLG prüft nun in einem einzigen Verfahren sowohl die Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch die Richtigkeit der Behördenentscheidung, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen. Im dritten Schritt erfolgt dann die Bewilligung der Auslieferung durch die Bewilligungsbehörde, die Generalstaatsanwaltschaft beim OLG.<sup>70</sup>

### a) („Gespaltener“) Rechtsschutz gegen die Zulässigkeitsentscheidung des OLG

Gegen die abschließende Bewilligung ist kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen. Als außerordentlicher Rechtsbehelf kommt wieder nur eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG gegen die Zulässigkeitsentscheidung des OLG in Betracht, begründet mit einem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG wegen unzureichender Gewährung von Rechtsschutz durch das OLG.<sup>71</sup>

Im Fall des Europäischen Haftbefehls ist die Grundrechtsgewährleistung zwischen Ausstellungs- und Vollstreckungsstaat aufgeteilt, was einen entsprechend gespaltenen

<sup>68</sup> F. Meyer, StV 2020, 644 (645).

<sup>69</sup> Für die Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung nach Prüfung etwaiger Bewilligungshindernisse nach § 74 Abs. 1 S. 1 IRG ist eigentlich das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und mit anderen Bundesministerien, deren Geschäftsbereich von der Rechtshilfe betroffen wird, zuständig. Doch diese Befugnis ist in der Regel über eine Delegation an die Landesregierungen weiter an die Staatsanwaltschaften bei den Oberlandesgerichten delegiert; § 74 Abs. 2 IRG; F. Meyer, StV 2020, 644 (645).

<sup>70</sup> F. Meyer, StV 2020, 644 (645); dieses Verfahren, bei dem am Ende eine nicht vollständige unabhängige Behörde (Staatsanwaltschaft) eine abschließende Bewilligungsentscheidung über die Vollstreckung des Rechtshilfeersuchens trifft, ohne dass dies einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt, verstößt mutmaßlich gegen Art. 6 Abs. 1 RB-EuBH, der eine Vollstreckungsentscheidung durch eine „Justizbehörde“ (ein autonomer Begriff des Unionsrechts) und gerichtliche Kontrolle hierüber verlangt; siehe Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 25.6.2020 – C-510/19 (Openbaar Ministerie, YU, ZV gegen AZ), Rn. 50–53, 69–67; zur fehlenden Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaften siehe EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 (OG und PI [Staatsanwaltschaften Lübeck und Zwickau]) = EuGRZ 2019, 251.

<sup>71</sup> Zum Umfang einer Gewährleistungsprüfung durch das OLG siehe die Leitsätze zu BVerfG StV 2018, 570.

Rechtsschutz bedingt.<sup>72</sup> Deswegen können in der Verfassungsbeschwerde eigentlich nur Grundrechtsverletzungen durch den Vollstreckungsstaat geltend gemacht werden. Mit einer Rüge von Grundrechtsverletzungen bei Anordnung des Haftbefehls im Ausstellungsstaat oder mit der Befürchtung, im Ausstellungsstaat ein fehlerhaftes Strafverfahren oder Grundrechtsverletzungen im Strafvollzug erdulden zu müssen, würde der Betroffene eigentlich nicht gehört.<sup>73</sup> Von den beiden im Beispielsfall genannten Prüfungsgegenständen ließe sich vor dem BVerfG damit nur der erste geltend machen, die mögliche Verletzung des Freiheitsrechts nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. einer Verletzung des Rechts auf Schutz vor Auslieferung nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, weil die Bewilligungsbehörde ihr Ermessen, ein Bewilligungshindernis nach § 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG geltend zu machen, nicht richtig ausgeübt hat. Sie hat möglicherweise in der Abwägung nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Betroffene ein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen auf ein Strafverfahren in Deutschland, dem Ort der Tatteilnahme nach § 9 Abs. 2 S. 1 Var. 2 StGB, haben könnte.

Der zweite Prüfungsgegenstand des Falles bezieht sich dagegen auf zu erwartende Verstöße gegen den Grundsatz „nemo tenetur“ im prospektiven ausländischen Strafverfahren und damit auf Grundrechtsverletzungen, die der Ausstellungsstaat zu verantworten hätte. Im gespaltenen Rechtsmittelverfahren sind solche Grundrechtsverletzungen prinzipiell nur im Ausstellungsstaat geltend zu machen, da der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung die Behörden im Vollstreckungsstaat des Europäischen Haftbefehls dazu verpflichten, in die Rechtsstaatlichkeit der Vorgänge im Ausstellungsstaat zu vertrauen, „von außergewöhnlichen Umständen“ einmal abgesehen.<sup>74</sup>

## b) Die Rechtsprechung des EuGH zur „Grenze des gegenseitigen Vertrauens“ in Auslieferungsfällen

Vor einigen Jahren hat der EuGH aber selbst anerkannt, dass diese Verpflichtung, auf die Grundrechtswahrung im Ausstellungsstaat zu vertrauen, Grenzen kennt, wenn aus dem Ausstellungsstaat systematische Rechtsstaatsdefizite oder Grundrechtsmängel bekannt sind.<sup>75</sup> In der EuGH-Entscheidung Pál

<sup>72</sup> F. Meyer, StV 2020, 644 (649).

<sup>73</sup> Für entsprechende Rügen muss der Ausstellerstaat Rechtsbehelfe zu Gericht zur Verfügung stellen, insbesondere auch einen Rechtsbehelf, der die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls und insbesondere seine Verhältnismäßigkeit gerichtlich überprüfbar macht; EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 (OG und PI [Staatsanwaltschaften Lübeck und Zwickau]) = EuGRZ 2019, 251 (256, Rn. 75); EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-566/19, C-626/19 (JR und YC [Staatsanwaltschaft in Frankreich]) = EuGRZ 2020, 16 (21 Rn. 62).

<sup>74</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1711 Rn. 78) m. zust. Anm. Böhm.

<sup>75</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016,

Aranyosi und Robert Căldăraru<sup>76</sup> gestattete der EuGH erstmalig eine Ausnahme vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wenn eine „echte Gefahr“ besteht, dass der Ausliefernde infolge der Vollstreckung des Haftbefehls im Ausstellungsstaat eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung erleidet.<sup>77</sup> Laut EuGH gilt dann für die mit der Auslieferung befasste Behörde des Vollstreckungsstaates ein Ermittlungsgebot: „[S]ofern sie über Anhaltspunkte dafür verfügt, dass eine echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung von Häftlingen im Ausstellungsmittelstaat besteht“, muss sie das Vorliegen dieser Gefahr „im Licht des durch das Unionsrecht gewährleisteten Schutzstandards der Grundrechte und insbesondere von Art. 4 der Charta“ würdigen.<sup>78</sup>

Diese Prüfung erfolgt in zwei Stufen. Zunächst muss die Auslieferungsbehörde „objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben über die Haftbedingungen im Ausstellungsmittelstaat“ erhalten haben, „die das Vorliegen systemischer oder allgemeiner, bestimmte Personengruppen oder bestimmte Haftanstalten betreffender Mängel belegen“. Wenn dies der Fall ist, muss sie weiterhin „konkret und genau prüfen, ob es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass der Betroffene aufgrund der Bedingungen seiner beabsichtigten Inhaftierung im Ausstellungsmittelstaat einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird“.<sup>79</sup> In dieser Ausnahmesituation kann der Vollstreckungsmittelstaat die Auslieferung unter Verweis auf Art. 1 Abs. 3 RB-EuHB und die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus Art. 2, 6 EUV verweigern, wonach alle Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die gemeinsamen grundlegenden Werte zu achten und zu garantieren, insbesondere die mit absolutem Charakter wie das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung in Art. 4 EU-GRC.<sup>80</sup>

1709 (1712 Rn. 82, 88). m. zust. Anm. Böhm und F. Meyer, JZ 2016, 621 (622 ff.), sowie Schwarz, EuR 2016, 421 (427 ff.); bestätigt in EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 m. Anm. Böhm.

<sup>76</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1712 Rn. 82, 88) m. zust. Anm. Böhm = JZ 2016, 617 m. zust. Anm. F. Meyer, siehe auch Schwarz, EuR 2016, 421.

<sup>77</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1712 Rn. 82, 88).

<sup>78</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1712 Rn. 88).

<sup>79</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1712 f. Rn. 92–94, 104).

<sup>80</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1711 f. Rn. 81–83); bestätigt in EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1362 Rn. 46); EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 44 f.).

Gleichzeitig wird im Urteil Aranyosi und Robert Căldăraru aber auch deutlich, dass das Augenmerk des EuGH bei diesem zweistufigen Verfahren darauf liegt, Auslieferung zu ermöglichen, wenn es irgendwie geht, also auch dort, wo begründete Zweifel an der Gewährleistung hinreichenden Grundrechtsschutzes im Ausstellungstaat bestehen.<sup>81</sup> Die vom EuGH entwickelte Gesamtheit von Risikoprüfung, Risikoabklärung und Abhilfeeverfahren<sup>82</sup> ist als „Gefahrenbereinigungsverfahren“<sup>83</sup> gedacht. Es soll das effektive Funktionieren des europäischen Systems der gegenseitigen Anerkennung unterstützen, nicht unterbinden.<sup>84</sup> Die EU-Mitgliedstaaten sind verpflichtet, das System der gegenseitigen Anerkennung aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung für die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen nach Kräften umzusetzen und so auch grundsätzlich auf die Einhaltung der Grundrechtsgewährleistungen im anderen Staat zu vertrauen.<sup>85</sup> Deswegen erlaubt der EUGH auch keine generelle Prüfung im Einzelfall. Der Schritt, für den Einzelfall zu prüfen, ob Grundrechtsverletzungen drohen, darf erst eingeleitet werden, wenn zuvor im ersten Prüfungsschritt systemische oder allgemeine Grundrechtsmängel im Ausstellungsmitgliedstaat festgestellt wurden. Der Vertrauensgrundsatz muss durch diese systemischen Mängel erst „irritiert“ worden sein, damit der Vollstreckungsstaat in eine Überprüfung der Gefahren im Einzelfall eintreten darf.<sup>86</sup>

Der EuGH betont ferner, dass auch die in Art. 17 RB-EuHB genannten kurzen Entscheidungsfristen möglichst gewahrt bleiben, selbst wenn es den Justizbehörden im vollstreckenden Staat in diesem Zeitraum gar nicht möglich ist, die Haftbedingungen an allen potentiellen Inhaftierungsorten im Ausstellungstaat zu berücksichtigen.<sup>87</sup> Gegebenenfalls kann eine Zusicherung des Ausstellungstaates, man werde die menschenrechtlichen Mindestbedingungen in der Haft

garantieren, eine Einzelfallprüfung entbehrlich machen. Dies gilt jedenfalls, solange nicht konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Zusicherung gar nicht eingehalten werden kann, weil bereits jetzt klar ist, dass in den relevanten Haftanstalten im Ausstellungsstaat die notwendigen Mindestgarantien für eine menschengerechte Inhaftierung nicht zu gewährleisten sind.<sup>88</sup> Die Zusicherung soll dem Betroffenen außerdem dazu dienen, die zugesicherten Mindestgarantien vor einem Gericht des Ausstellungsstaats erzwingen zu können.<sup>89</sup> Da dieses „Einklagen“ der Zusicherung aber erst im Ausstellungsstaat geschieht, also nach erfolgter Auslieferung, ist es gegenüber einer Nichtauslieferung der ungünstigere Rechtschutz. Die Pflicht des Auslieferungsstaats, glaubhafte Informationen über die potentiellen Haftorte einzuholen, noch bevor es zur Überstellung kommt, bleibt damit vorrangig. Dieses Einfordern von Information muss allerdings in einem sinnvollen Maß erfolgen, also so, dass die gestellten Fragen in der von Art. 15 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 3 RB-EuHB ins Auge gefassten 60-tägigen Frist beantwortet werden können.<sup>90</sup>

Die Entscheidung Pál Aranyosi und Robert Căldăraru wurde von den nationalen Kritikern des Systems einer (bedingungslosen) gegenseitigen Anerkennung von Europäischen Haftbefehlen mit großer Erleichterung aufgenommen<sup>91</sup> und in der Entscheidung „ML“ vom EuGH weitgehend bestätigt.<sup>92</sup> Im EuGH-Urteil „Celmer“ oder „LM“<sup>93</sup> dehnte der EuGH die Ausnahmen vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf echte Gefahren der Verletzung weiterer Gewährleistungen der EU-GRC aus, diesmal auf die „echte Gefahr“, dass der Betroffene ein Strafverfahren vor einem nicht unabhängigen und nicht unparteiisch agierenden Gericht erdulden muss, als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 i.V.m.

<sup>81</sup> F. Meyer, JZ 2016, 621.

<sup>82</sup> Wegen der Gefahrenbereinigung siehe EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161. Das Gericht will in diesem Urteil auch eine Zusicherung, dass die betroffene Person keiner unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 EU-GRC ausgesetzt sein wird, für die Auslieferung genügen lassen (Rn. 110–112). Aber allein der Verweis auf potentielle Rechtsbehelfe im Ausstellungsstaat gegen die schlechten Haftbedingungen genügt nicht (Rn. 74–76); *Hummer*, EuR 2018, 653 (669).

<sup>83</sup> F. Meyer, JZ 2016, 621 (622).

<sup>84</sup> F. Meyer, JZ 2016, 621 (622).

<sup>85</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1711 Rn. 78 f.); EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1362 f., Rn. 49).

<sup>86</sup> *Geneuss/Werkmeister*, ZStW 132 (2020), 102 (110); krit. zu diesem aus einer „Verschleifung von Normativem und Faktischem“ verstandenen Vertrauensgrundsatz *Wendel*, EuR 2019, 111 (114).

<sup>87</sup> EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1365 Rn. 81–84).

<sup>88</sup> EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1367 Rn. 111); zum Instrument der Zusicherung *Gazeas*, GA 2018, 277.

<sup>89</sup> EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1367 Rn. 111).

<sup>90</sup> Nicht hilfreich war ein umfangreicher Fragenkatalog, wie ihn das OLG Bremen im Fall „ML“ den Behörden des Ausstellungsstaats vorgelegt hatte, da dieser nach Umfang und Detailreichtum wochenlange Nachforschungen in sämtlichen Haftanstalten des Landes erfordert hätte; EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161 (1367 Rn. 103).

<sup>91</sup> F. Meyer, JZ 2016, 621 (624): „Der EuGH ist seiner Verantwortung als Menschenrechtsgerichtshof nachgekommen, indem er eine eklatante Schutzlücke im Rb-EuHb geschlossen hat.“ Ebenso *Schwarz*, EUR 2016, 421 (429): „Indem die Große Kammer Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses dezidiert als Versagungsgrund kennzeichnet, bekräftigt sie die Grundrechte als Sollbruchstellen der Anerkennung“; ferner *Böhm*, NJW 2016, 1714: „Lichtblick“.

<sup>92</sup> Bzgl. unmenschlicher Haftbedingung z.B. in EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161.

<sup>93</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206.

Art. 47 Abs. 2 EU-GRC, dem Gebot, dem Einzelnen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz unter Wahrung rechtsstaatlicher Mindestgarantien zu gewährleisten, wozu auch gehört, ihm den Zugang zu einem unabhängigen Gericht zu eröffnen.<sup>94</sup> Erneut ist ein zweistufiges Verfahren einzuhalten. Beruft sich der Auszuliefernde im Ausgangsverfahren auf das Vorhandensein systemischer oder zumindest allgemeiner Mängel, die seiner Ansicht nach geeignet sind, die Unabhängigkeit der Justiz im Ausstellungsmittelstaat zu beeinträchtigen und damit den Wesensgehalt des in Art. 47 Abs. 2 EU-GRC verbürgten Rechts auf ein faires Verfahren anzutasten, so muss die vollstreckende Justizbehörde beurteilen, ob eine echte Gefahr besteht, dass die betroffene Person in ihrem Recht auf ein faires Verfahren verletzt wird.<sup>95</sup> Dazu muss sie in einem ersten Schritt objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Informationen über das Funktionieren des Justizsystems im Ausstellungsmittelstaat einholen, also dazu, ob die Gerichte im Ausstellungsmittelstaat ihre Funktion in völliger Autonomie ausüben (also ohne Anbindung an eine hierarchische Stelle und ohne Unterordnung unter eine solche, frei von äußeren Einflüssen und ohne Druck von außen)<sup>96</sup> und ob im Innenverhältnis die Garantie der Unparteilichkeit der Richter gewährleistet ist, also dass den Parteien des Rechtsstreits mit dem gleichen Abstand

begegnet wird, dass Sachlichkeit waltet und keinerlei richterliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht.<sup>97</sup> Bestätigt sich in diesem ersten Prüfungsschritt der Verdacht systemischer oder allgemeiner Mängel der Justiz im Ausstellungsmittelstaat, mit der Folge, dass die Unabhängigkeit der Gerichte dort gefährdet erscheint, dann muss die vollstreckende Justizbehörde in einem zweiten Schritt „konkret und genau prüfen, ob es unter den gegebenen Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person nach ihrer Übergabe einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird“<sup>98</sup>. Diese Einzelfallprüfung ist nur dann entbehrlich, wenn der Europäische Rat bereits nach dem Mechanismus aus Art. 7 Abs. 2 EUV eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze der EU durch den Ausstellungsmittelstaat festgestellt hat.<sup>99</sup> Dann entfällt die Auslieferungspflicht auch ohne konkrete Einzelfallprüfung. Im Regelfall aber wünscht der EuGH auch hier den Dialog zwischen den Mitgliedstaaten, um Grundrechtsverletzungen möglichst vorab auszuschließen. Erst wenn die Vollstreckungsbehörde trotz aller Informations- und Unterstützungsbestrebungen keinen Anlass sieht, die echte Gefahr, dass der Auszuliefernde von Unabhängigkeitsdefiziten des Justizsystems betroffen wird, auszuschließen, „muss sie davon abssehen“, dem Europäischen Haftbefehl Folge zu leisten.<sup>100</sup>

Die Literatur hat auf das EuGH-Urteil „Celmer“ oder „LM“ wohlwollend,<sup>101</sup> aber zurückhaltend reagiert, denn der EuGH hat es den mitgliedstaatlichen Justizbehörden nicht leicht gemacht, systemische Rechtsstaatsmängel in anderen Mitgliedstaaten als Auslieferungshindernis heranzuziehen. Im Regelfall wird die Vollstreckungsstelle im Moment der Ent-

<sup>94</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206, Rn. 59; vertiefend zur Strategie des EuGH, sich über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (i.V.m. Art. 2, 47 Abs. 2 EUV) Prüfungszugang auf die Justizstrukturen in der innerstaatlichen Rechtsordnung zu eröffnen, *Streinz*, JuS 2018, 182 (183 f.), unter Verweis auf die Vorgängerrechtsprechung im Urteil EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16 (Assoçāo Sindical dos Juízes Portugueses) = EuZW 2018, 469 (471 Rn. 32-37); später auch EuGH (Große Kammer), Urt. v. 24.6.2019 – C-619/18 (Kommission/Polen) = NVwZ 2019, 1109 (1110 f. Rn. 47–49, 52–55) m. zust. Anm. *Klatt*; zur Anwendung des Maßstabs im konkreten Fall, also auf die (inzwischen teilweise wieder rückgängig gemachten) polnischen Justizreformen ebenda, NVwZ 2019, 1109 (1113 ff., 1116 Rn. 78–91, 96, 113–118); *Geneuss/Werkmeister*, ZStW 132 (2020), 102 (104 f.).

<sup>95</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 60).

<sup>96</sup> Vgl. auch EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16 (Assoçāo Sindical dos Juízes Portugueses) = EuZW 2018, 469 (472 Rn. 44): „Der Begriff der Unabhängigkeit setzt u.a. voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten“. Als Garantien für die Unabhängigkeit galten dort (fallbezogen) Merkmale wie die „Nichtabsetzbarkeit der Mitglieder der betreffenden Einrichtung“ und „eine der Bedeutung der ausgeübten Funktionen entsprechende Vergütung“ (Rn. 45).

<sup>97</sup> Zu den Prüfungsmaßstäben EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 62–67).

<sup>98</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 68).

<sup>99</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 72).

<sup>100</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206 (Rn. 78).

<sup>101</sup> *Hummer*, EuR 2018, 653 (666); hinter dieser Bevorzugung des Dialogs steht wohl auch die Überlegung, dass die „Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortlichkeit“ weg vom für die Grundrechtsverletzungen verantwortlichen Ausstellungsstaat auf den Vollstreckungsstaat im Gesamtsystem Fehlanreize setzt. In allererster Linie muss der Ausstellungsstaat Verantwortung für Grundrechtsverletzungen übernehmen und diese verhindern. Im Auslieferungs- und Rechtshilferecht mag die Verweigerung der Auslieferung oder Rechtshilfe noch gewisse positive Bemühungen des Ausstellungsstaates um bessere Gewährleistungen der Grundrechte hervorrufen, aber im Asylrecht könnte sich der Staat, der den Asylbewerber eigentlich aufnehmen müsste, durch systemische Grundrechtsverletzungen zu schnell seinen Verantwortungen im europäischen Gesamtsystem des Asylrechts entziehen und durch Absenken der eigenen Standards die Last auf die anderen Mitgliedstaaten absenken; *Wendel*, EuR 2019, 111 (123).

scheidung über das Ersuchen gar nicht in der Lage sein, die Gefahr einer späteren Rechtsverletzung durch fehlende richterliche Unabhängigkeit oder andere Verstöße gegen Fairnessgrundsätze zu beurteilen.<sup>102</sup> Möglicherweise steht noch nicht einmal fest, wie das Strafverfahren im Ausstellungsmittelstaat weiter verläuft.<sup>103</sup> Der EuGH jedenfalls ließ in „Celmer“ offen, wo die „rote Linie“ für die Einzelfallprüfung zu ziehen ist, ob etwa eine Auslieferung erst bei einer nachweislich politischen Verfolgung unterbleiben kann (was dann aber bereits einen Verstoß gegen Art. 2 ff., 10 ff. EU-GRC begründet und nicht mehr nur eine Verletzung der Garantie aus Art. 47 Abs. 2 EU-GRC) oder ob der Europäische Haftbefehl schon dann abgelehnt werden kann, wenn es nur denkbar ist, dass sich die generellen rechtstaatlichen Mängel auf das konkrete Verfahren auswirken können.<sup>104</sup>

Die deutschen Oberlandesgerichte behalfen sich in der Zeit unmittelbar nach „Celmer“ zunächst damit, nach Anzeichen für besondere politische Interessen im konkreten Strafverfahren Ausschau zu halten. Dabei tendierten sie im Anfang aber dazu, bei „Allgemeinkriminalität“ eine politische Komponente zu verneinen.<sup>105</sup> Das OLG Karlsruhe immerhin versah schon im Januar 2019 die Bewilligung einer Auslieferung nach Polen mit der „Maßgabe“, „dass der Botschafter der Bundesrepublik Deutschland in Polen bzw. eine von diesem beauftragte Person berechtigt ist, an der gegen den Verfolgten durchgeföhrten Hauptverhandlung teilzunehmen und den Verfolgten im Falle eines Schulterspruchs auch in der Haft besuchen zu dürfen“.<sup>106</sup> Für das OLG Karlsruhe waren die systemischen Mängel in der Unabhängigkeit der polnischen Gerichte<sup>107</sup> also zumindest Anlass zur Beobachtung

<sup>102</sup> Payandeh, JuS 2018, 919 (921); Geneuss/Werkmeister, ZStW 132 (2020), 102 (121–123): „In Celmer resultiert die Gefahr der Grundrechtsverletzung [...] aus legislativen Reformen, die den gesamten Justizapparat erfassen. Geht man davon aus, dass die gesetzlichen Regelungen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz beeinträchtigen, ist diese Verletzung zwangsläufig auch systemisch.“

<sup>103</sup> Payandeh, JuS 2018, 919 (921).

<sup>104</sup> Böhm jedenfalls will eine Auslieferung nicht verhindern, „wenn sich die generellen rechtstaatlichen Mängel nicht auf das konkrete Verfahren auswirken können“, Böhm, NSTZ 2019, 156 (261). Ein niederländisches Gericht hat mittlerweile angesichts weiterer rechtsstaatswidriger Reformen in Polen verfügt, dass polnische Europäische Haftbefehle generell nicht mehr vollstreckt werden dürfen, weil die Gerichte in Polen nicht mehr als unabhängig gelten könnten, und die Frage, ob eine Auslieferungspflicht besteht, dem EuGH nach Art. 267 AEUV im Eilverfahren vorgelegt; LTO, Vorlage an den EuGH, Vollstreckungsverbot für Haftbefehle aus Polen? <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/vorlage-amsterdam-eugh-unabhaengigkeit-justiz-polen-vollstreckung-haftbefehl/> (zuletzt besucht am 12.1.2020).

<sup>105</sup> KG BeckRS 2020, 14760 (Rn. 8); KG BeckRS 2019, 45392 (Rn. 10).

<sup>106</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 90.

<sup>107</sup> Zu den polnischen Reformen siehe nur de Vries, WiRO 2018, 105 und 129; zum Vertragsverletzungsverfahren nach

einzelner Verfahren. Die Defizite reichten jedoch noch nicht aus, um die Auslieferung von vornherein zu verweigern. Erst das polnische „Disziplinierungsgesetz“ vom 20. Dezember 2019, in Kraft seit 14. Februar 2020, das eine wesentliche Verschärfung des Disziplinarregimes gegen (unbotmäßige) Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte vorsieht, brachte das OLG Karlsruhe dazu, Auslieferungen nach Polen als derzeit grundsätzlich unzulässig zu erachten.<sup>108</sup> Am 17. Februar 2020 setzte der *1. Strafsenat* des OLG Karlsruhe erstmalig einen Auslieferungshaftbefehl außer Vollzug, weil die anstehende Auslieferung nach Polen höchstwahrscheinlich nicht durchgeführt werden könne. „Zwar besteh[et] vorliegend nicht die Sorge, dass sich der entscheidende Spruchkörper in Konflikt mit allgemeinen politischen Vorgaben oder gesellschaftlichen Anschauungen setzen könnte, aber der zur Entscheidung berufene Spruchkörper müsste [...] auch über die Einflussnahme angeblich einflussreicher Personen auf die Wahrheitsfindung im Strafverfahren entscheiden. Sollten aber polnische Strafrichter allein aufgrund der von ihnen vorgenommenen Würdigung von Beweisen in einem Strafverfahren mit disziplinarischen Sanktionen rechnen müssen, wären sie nicht vollkommen unabhängig, so dass nicht mehr von einem fairen Verfahren die Rede sein könnte.“<sup>109</sup> Das OLG Karlsruhe hielt sich trotz aller Bedenken an die Vorgaben des EuGH, zweistufig zu prüfen, und entsandte einen Fragekatalog nach Polen, um die Gefahr einer unzulässigen Einflussnahme im konkreten Einzelfall zu ergründen. Aber bereits bei Entsendung des Fragenkatalogs betonte der *1. Strafsenat*, dass er es nicht für hinreichend wahrscheinlich halte, dass allein die Antworten der polnischen Justizbehörden eine andere rechtliche Bewertung ermöglichen, eine Auslieferung dann also zulässig werden könnte.<sup>110</sup>

Ähnlich äußerte sich das Bezirksgericht Amsterdam in einer Vorlagefrage zum EuGH nach Artikel 267 AEUV am 3. August 2020. Darin ging das Gericht davon aus, dass Auslieferungen nach Polen aufgrund der strukturellen und grundlegenden Mängel in der Unabhängigkeit der polnischen Justiz derzeit nicht mehr bewilligt werden könnten, und zwar unab-

Art. 258 Abs. 2 AEUV wegen Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter in Polen EuGH (Große Kammer), Urt. v. 24.6.2019 – C-619/18 (Kommission/Polen) = NVwZ 2019, 1109 (1113 ff. Rn. 78–91, 96) m. zust. Anm. Klatt; zur Möglichkeit, die aktive Dienstzeit eines Richters des Obersten Gerichts Polens nach freiem Ermessen zweimal um drei Jahre zu verlängern, ebenda, NVwZ 2019, 1109 (1116 Rn. 113–118,); zur rechtswidrigen Neubesetzung des Justizrates und der von ihm eingesetzten Disziplinarkammer am Obersten Gericht sowie zum „Disziplinierungsgesetz“ für polnische Richter vom 29.12. 2019 Karpenstein/Sangi, EuZW 2020, 140; Payandeh, JuS 2020, 370; Geneuss/Werkmeister, ZStW 132 (2020), 102 (131).

<sup>108</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.2.2020 – Ausl 301 AR 156/19; Geneuss/Werkmeister, ZStW 132 (2020), 102 (131).

<sup>109</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.2.2020 – Ausl 301 AR 156/19.

<sup>110</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.2.2020 – Ausl 301 AR 156/19.

hängig vom konkreten Einzelfall und damit auch ohne jeden konkreten Hinweis darauf, dass die polnische Regierung ein einzelnes Strafverfahren zu beeinflussen sucht.<sup>111</sup> Bei dieser Vorlage scheint vor allem eine Rolle gespielt zu haben, dass der vom EuGH präferierte Dialog zwischen Ausstellungs- und Vollstreckungsmitgliedstaat in Bezug auf Polen auch nicht mehr funktioniert. Das Bezirksgericht Amsterdam hatte der polnischen Seite zehn Fragen zur Klärung des Einflusses der strukturellen Unabhängigkeitsdefizite auf den konkreten Einzelfall vorgelegt, aber nur auf zwei Fragen Antworten erhalten.<sup>112</sup> Vor allem die Fragen zum Obersten Gerichtshof Polens blieben unbeantwortet. Die Amsterdamer Richter wollten das Scheitern des dialogischen „Gefahrenbereinigungsverfahrens“, wie es der EuGH im Urteil Pál Aranyosi und Robert Căldăraru mit Blick auf die Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 3 EUV entwickelt hatte,<sup>113</sup> dann auch nicht ohne Konsequenzen lassen. Da klar sei, dass eine echte Gefahr besteht, dass dem Angeklagten in Polen ein unfaires Verfahren droht, müsse ein Haftbefehl schon dann ausgesetzt werden dürfen, wenn die Gerichte „aufgrund struktureller und grundlegender Mängel nicht mehr unabhängig sind“, unabhängig von der Prüfung im konkreten Einzelfall.<sup>114</sup> Auf keinen Fall dürfe es zulasten des Betroffenen gehen, dass man die Schwere dieser Gefahr wegen fehlender Auskünfte zum Einzelfall nicht abschätzen kann.

Insgesamt lässt sich festhalten: Der EuGH hat anerkannt, dass die Behörden des Auslieferungsstaates ihrer Vertrauenspflicht nicht grenzenlos nachkommen können. Trotz der Konstruktion eines gespaltenen Rechtsschutzes gegen einen Europäischen Haftbefehl kann im Ausnahmefall die Klärung einer Problemfrage nicht erst den Gerichten im Ausstellungsstaat überlassen bleiben. Bei Hinweisen auf systemische Grundrechtsmängel im Ausstellungsstaat, die im konkreten Fall eine echte Gefahr einer schweren Grundrechtsbeeinträchtigung oder einer Verweigerung eines fairen Verfahrens begründen, muss schon im Auslieferungsstaat Rechtsschutz gewährleistet werden, durch ein Verbot der Auslieferung oder ihre Verknüpfung mit (glaubhaften) Zusicherungen über Grundrechtsgarantien.

Die nationalen Auslieferungsstellen haben diese Optionen zur Grenzziehung dankbar aufgegriffen, müssen aber darauf achten, die Ausnahmen zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht zu überdehnen. Erkennbar ist in allen Entscheidungen des EuGH nämlich auch eine deutliche Präferenz für ein Gelingen der Auslieferung, sogar dann, wenn

---

<sup>111</sup> Bezirksgericht Amsterdam, zitiert nach *Gutschker*, FAZ v. 3.8.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/rechtsstaat-in-polen-auslieferung-nur-bei-fairem-verfahren-16888684.html> (6.1.2021); siehe ferner *Wójcik*, Rule of Law v. 4.9.2020, abrufbar unter

<https://ruleoflaw.pl/the-netherlands-will-extradite-no-one-to-poland-under-european-arrest-warrant/> (6.1.2021).

<sup>112</sup> *Gutschker* (Fn. 111).

<sup>113</sup> Dazu *F. Meyer*, JZ 2016, 621 f.

<sup>114</sup> Zitiert nach *Gutschker* (Fn. 111).

grundlegende systemische Rechtsstaatsmängel im Ausstellungsmitgliedstaat zu beklagen sind. Die hoffnungsvollen Erwartungen in der Literatur, dass die ungeschriebenen Versagungsgründe für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls auf sämtliche Fälle eines „*flagrant denial of justice*“ (nach den Maßstäben aus Art. 6 EMRK, Art. 48 EU-GRC) ausgedehnt werden,<sup>115</sup> sowie auf Situationen, in denen unerträglich harte Strafen (Art. 5, 9 EGMR, Art. 49 Abs. 3 EU-GRC) oder Eingriffe in den menschenwürdegeschützten Kernbereich des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 7 EU-GRC) drohen oder wenn eine politische Verfolgung (als Verletzung von Art. 2 ff., 10 ff. EU-GRC) zu erwarten ist,<sup>116</sup> erscheinen angesichts der bisherigen Zurückhaltung des EuGH in „*Celmer*“, den EGMR-Maßstab des „*flagrant denial of justice*“ überhaupt nur zu erwähnen,<sup>117</sup> sehr hoch angesetzt.

## 2. Die Maßstäbe für Verfassungsbeschwerden nach den Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ im fiktiven Beispielsfall

Der Beispielsfall befasst sich mit zwei schweren, zum Teil durch die Auslieferung in Deutschland, zum Teil erst im Ausstellungsstaat des Europäischen Haftbefehls drohenden Grundrechtsverletzungen.

Da ist einerseits die durch die Auslieferung eines Täters, der in Deutschland gehandelt hat, drohende Grundrechtsverletzung in Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Zu deren Vermeidung formuliert § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und S. 2 IRG die Vorgabe, dass bei Auslieferung eines deutschen Staatsbürgers zu prüfen ist, ob seine „Tat einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist“. Das ist nach § 80 Abs. 1 S. 2 IRG der Fall, „wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, oder wenn es sich um eine schwere Tat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter handelt, die zumindest teilweise auch auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde.“

Andererseits erscheint die Durchführung einer mit Ordnungsgeldern erzwingbaren Stimmprobe, wie sie hier im Ausstellungsstaat droht, eine schwere Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit zu beinhalten und damit eine Verletzung im Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Verletzung droht aber eben erst im Ausstellungsstaat, so dass die Behörden des Vollstreckungsstaates entscheiden müssen, ob sie die Klärung der Rechtsfrage dem anderen EU-Staat überlassen oder ob sie dem gegenseitigen Vertrauen eine Grenze ziehen und schon jetzt Rechtsschutz durch Nichtauslieferung gewährleisten, obwohl dieser Ausnahmefall im RB-EuHB nicht vorgesehen ist.

---

<sup>115</sup> *F. Meyer*, StV 2020, 644 (469).

<sup>116</sup> *F. Meyer*, StV 2020, 644 (469) m.w.N. zu entsprechender Rspr. des EGMR.

<sup>117</sup> Kritisch *Geneuss/Werkmeister*, ZStW 132 (2020), 102 (119, 123 f.).

## a) Zuordnung der Rechtsfragen in den europarechtlich determinierten oder gestaltungsoffenen Bereich

Der erste Schritt, um herauszufinden, wie diese drohenden Grundrechtsverletzungen vor dem BVerfG zu rügen sind, besteht darin, die aufgeworfenen Rechtsfragen entweder dem europarechtlich determinierten oder dem gestaltungsoffenen Bereich zuzuordnen.

### aa) Vertrauensschutz zur Nichtauslieferung aufgrund eines wesentlichen Inlandsbezugs der Tat

Die Frage, ob ein Deutscher, der in Deutschland einen Tatbestand zu einer ausländischen Haupttat geleistet hat, ins Ausland ausgeliefert werden darf, ist eine Rechtsfrage, für deren Auslegung Art. 4 Nr. 7 lit. a RB-EuHB den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume eröffnet. Nach dieser Regelung kann die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden, „wenn der Europäische Haftbefehl sich auf Straftaten erstreckt, die

- a) nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaats ganz oder zum Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem diesem gleichgestellten Ort begangen worden sind“.

Diese Regelung lässt – jedenfalls aus Sicht des BVerfG<sup>118</sup> – erheblichen Gestaltungsspielraum, wie ein Mitgliedstaat das Tatortprinzip für sein Auslieferungsrecht umsetzt, zum Beispiel, ob er diese Vorschrift nur auf den Tatort der Haupttat bezieht oder ob für den Tatort einer Tatbeteiligung auch an den Ort angeknüpft werden kann, an dem der Teilnehmer gehandelt hat, so wie es das deutsche Strafrecht in § 9 Abs. 2 S. 1 StGB vorsieht. Im gestaltungsoffenen Bereich dominieren nach der BVerfG-Entscheidung zum Recht auf Vergessen I die europäischen Prinzipien der Subsidiarität und der Grundrechtevielfalt, so dass es hier möglich ist, die deutschen Grundrechte zur Anwendung zu bringen.<sup>119</sup> Vorrangig zu prüfen ist in einer Verfassungsbeschwerde damit das spezielle Grundrecht auf Auslieferungsschutz aus Art. 16 Abs. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG gebieten es die Grundsätze von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, das Vertrauen des verfolgten deutschen Staatsbürgers in die eigene Rechtsordnung in besonderer Weise zu schützen. Das gilt vor allem dann, „wenn die dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegende Handlung ganz oder teilweise an einem Ort unter deutscher Hoheitsgewalt begangen wurde. Straftatvorwürfe mit einem insofern maßgeblichen Inlandsbezug sind bei tatverdächtigen deutschen Staatsangehörigen prinzipiell durch deutsche Strafermittlungsbehörden aufzuklären.“<sup>120</sup>

Dabei soll nach ständiger Rechtsprechung ein maßgeblicher Inlandsbezug jedenfalls dann vorliegen, „wenn wesentliche Teile des Handlungs- und Erfolgsortes auf deutschem Staatsgebiet liegen“. Der deutsche Staat hat in diesen Fällen ohnehin die Verantwortung, die Verbrechen zu verfolgen. Diese Verantwortung für die Unversehrtheit der eigenen Rechtsordnung trifft dann „mit den grundrechtlichen Ansprüchen des Verfolgten dergestalt zusammen, dass regelmäßig ein Auslieferungshindernis entsteht“.<sup>121</sup> Hat die Tat dagegen einen maßgeblichen Auslandsbezug, so gilt dieser Vertrauensschutz nicht. „Wer in einer anderen Rechtsordnung handelt, muss damit rechnen, auch hier zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union begangen wurde und der Erfolg dort eingetreten ist.“<sup>122</sup> Auch bei typischerweise grenzüberschreitend angelegten Delikten wie bei solchen aus dem Bereich der staatenübergreifenden organisierten Kriminalität oder der Terrorismusdelikte hat das Vertrauen des Betroffenen, in der eigenen Rechtsordnung verfolgt zu werden, geringeres Gewicht.<sup>123</sup> Dabei setzt das BVerfG das Gewicht der Vertrauensinteressen des Beschuldigten hoch an. Selbst bei Auslandstaten gegen ausländische Opfer wurden die Vertrauensinteressen des deutschen Täters mit erheblichem Gewicht versehen, wenn die Tatbegehung wesentlich im Inland vorbereitet, dort vielleicht sogar mit der Ausführung begonnen worden war.<sup>124</sup> In einem Fall der Anstiftung sah das BVerfG ein berechtigtes Vertrauen des Beschuldigten in eine Aburteilung in Deutschland allein dadurch begründet, dass die maßgebliche Anstiftungshandlung auf deutschem Territorium stattgefunden hatte, also ein Inlandstatort nach § 9 Abs. 2 S. 1 StGB vorlag. Selbst wenn die Haupttat dann (wie der Anstifter auch wusste) durch einen Ausländer gegen einen Ausländer im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates begangen worden war, war das Vertrauen des Anstifters, durch deutsche Gerichte abgeurteilt zu werden, von Gewicht.<sup>125</sup>

Für die Verteidigung bestehen also zumindest bei der Frage, ob ein maßgeblicher Inlandstatbezug vorliegt, gute Chancen, erfolgreich eine Verletzung von Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG geltend zu machen und zumindest eine bundesverfassungsgerichtliche Anordnung zur Neuentcheidung über die Unzulässigkeit der Auslieferung nach § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG zu erreichen. Das heißt nicht, dass diese Neuentcheidung für den Beschuldigten zwingend vorteilhafter ausfallen muss. Mutmaßlich aber wird das BVerfG die Auslieferungsbehörden anweisen, in der Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen dem Vertrauen des Beschuldigten in die eigene Rechtsordnung aufgrund des Inlandsbezugs der Tat und den familiären und sozialen Bindun-

<sup>118</sup> BVerfGE 113, 273 (301); BVerfG NJW 2016, 1714 (1715 Rn. 20).

<sup>119</sup> BVerfG NJW 2020, 300.

<sup>120</sup> BVerfG BeckRS 2016, 55725 (Rn. 20), mit Verweisen auf BVerfGE 113, 273 (302); BVerfG NJW 2016, 1714 (1715, Rn. 16); BVerfG BeckRS 2016, 47889 (Rn. 15); BVerfG NStZ-RR 2017, 55 (56 Rn. 40).

<sup>121</sup> BVerfGE 113, 273 (302 f.); BVerfG BeckRS 2016, 55725 (Rn. 21).

<sup>122</sup> BVerfGE 113, 273 (303); BVerfG BeckRS 2016, 55725 (Rn. 22).

<sup>123</sup> BVerfG BeckRS 2016, 55725 (Rn. 20, 21).

<sup>124</sup> BVerfG BeckRS 2016, 47889 (Rn. 24 f.).

<sup>125</sup> BVerfG NJW 2016, 1714 (1716 Rn. 23).

gen mehr Achtung zu schenken, neben anderen Aspekten wie dem erheblichen Gewicht des Tatvorwurfs oder den „praktischen Möglichkeiten der effektiven Strafverfolgung (wie z.B. die Verfügbarkeit der maßgeblichen Beweismittel)“ und natürlich auch den Zielen, die mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums eigentlich verbunden waren, insbesondere das Ziel, das Auslieferungsverfahren über den Europäischen Haftbefehl erheblich zu vereinfachen.<sup>126</sup> Die Abwägung kann dann immer noch zu dem Ergebnis führen, dass die Auslieferung unter Berücksichtigung aller Aspekte verhältnismäßig ist. In der ersten Abwägung im Beispielsfall jedoch fehlt eine vertiefte Begründung. Da wird von der Staatsanwaltschaft nur festgehalten, dass die Tat keinen wesentlichen Bezug zu Deutschland aufweist. Das genügt als Nachweis einer Abwägung aller wesentlichen Interessen nicht.

Ein Caveat ist allerdings zu berücksichtigen: Die Wertung, dass Art. 4 Nr. 7 lit. a RB-EuHB Gestaltungsspielraum auch für die von Deutschland gewählte Ausformungsregel in § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 IRG lässt und zudem die vom BVerfG vorgeschlagene Interpretation dieser Norm mitträgt, inklusive der ausführlichen Abwägung der widerstreitenden Interessen, geht ausschließlich auf die Rechtsprechung des BVerfG zurück. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der EuGH irgendwann einmal Interpretationsvorgaben dafür entwickelt, nach welchen Kriterien eine Tat „ganz oder zum Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem diesem gleichgestellten Ort begangen worden sind“ (Art. 4 Nr. 7 lit. a RB-EuHB). Möglicherweise erfährt die beschuldigtenfreundliche Interpretation des BVerfG, dass auch Vorbereitungshandlungen im Inland oder der Ort bloßer Teilnahmehandlungen ein gewichtiger Faktor in der Feststellung eines berechtigten Vertrauens auf Nichtauslieferung sind, dann eine Eingrenzung. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass das BVerfG diese Frage selbst über Art. 267 AEUV zur Auslegung vorlegt.

### *bb) Die erzwingbare Stimmprobe*

Schwieriger ist die Zuordnungsfrage für die zweite Rechtsfrage zu entscheiden, die Frage nach der Zulässigkeit der Auslieferung im Angesicht der drohenden Stimmprobe. Im RB-EuHB finden sich keine Ausführungen über die Gefahren drohender Verstöße gegen das Nemo-Tenetur-Prinzip. Das spricht zunächst dafür, dass kein Fall der Melloni-Rechtsprechung<sup>127</sup> gegeben ist, wonach die von Art. 3 bis 4a des Rahmenbeschlusses erfassten Unzulässigkeitsgründe von den Autoren des Rahmenbeschlusses abschließend formuliert wurden und den Mitgliedstaaten kein Gestaltungsspielraum für ergänzende Regelungen bleibt, die die genannten Ablehnungsgründe erweitern oder an weitere Garantien binden.<sup>128</sup> Sobald die Melloni-Rechtsprechung zur Anwendung kommt,

<sup>126</sup> Zur entsprechenden Anordnung siehe den Fall BVerfG NJW 2016, 1714 (1716 Rn. 24).

<sup>127</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215.

<sup>128</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1217 Rn. 40–44, 52, 64).

ist automatisch von einem abschließend europarechtlich determinierten Rechtsbereich und damit nach den Vorgaben der Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ von einer Verdrängung der nationalen Grundrechte über Art. 53 EU-GRC auszugehen.<sup>129</sup> Geprüft werden könnten allein die Grundrechtsstandards der europäischen Grundrechtssphäre, hier mit dem Recht, sich nicht selbst aktiv belasten zu müssen (*nemo tenet*).

Der *Zweite Senat* des BVerfG hat auch bereits einmal eine ungeschriebene *Ordre-Public-Ausnahme* zur Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls als Rechtsfrage aus einem europarechtlich abschließend determinierten Fachrechtsbereich behandelt.<sup>130</sup> Es ging um die Frage, ob die im Ausstellungsstaat des Europäischen Haftbefehls zu erwartende Verwertung des Schweigens zum Nachteil des Angeklagten dessen Auslieferung nach den Maßstäben der Identitätskontrolle verhindert. Der *Zweite Senat* sprach generell von einem europarechtlich determinierten Auslieferungsrecht, wobei er – im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung „Radu“ und „Melloni“ – vor allem die Ausnahmen von der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls in Art. 3 bis 4a RB-EuHB als abschließend ansah.<sup>131</sup> Aber da es die Option, als deutsches Gericht im Sinne der Rechtsprechung zum Recht auf Vergessen I und II auch europäische Grundrechte in den Prüfungsmaßstab mit aufzunehmen, damals noch nicht gab, ist nicht sicher, ob das BVerfG diese Einordnung ungeschriebener *Ordre-Public-Ausnahmen* in den vollständigen determinierten Bereich wiederholen würde. Vertieft begründet wurde die Einordnung nicht.

Außerdem hat sich die Rechtsprechung des EuGH seit dem Jahr 2013 eher unerwartet weiterentwickelt. Anfang 2013 erweckten die EuGH-Urteile „Radu“ und „Melloni“ noch den Eindruck, als wären nur die in Art. 3 bis 4a des Rahmenbeschlusses abschließend genannten Ausnahmen zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zulässig und alle darüber hinausgehenden *Ordre-Public-Ausnahmen* (Ausnahmen von der Vollstreckung aus sonstigen Rechtsstaatsgründen) unzulässig, allein weil sie nicht im RB-EuHB selbst angesprochen wurden.<sup>132</sup> Das Urteil „Melloni“ las sich so, als

<sup>129</sup> Wendel, JZ 2020, 157 (164); ferner EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1217 Rn. 57 ff., insbesondere Rn. 63 f.), worin der EuGH aufführt, dass durch eine Anwendung höherer Verfassungsstandards auf einen der im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl abschließend regulierten Ausnahmefall zur Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, am Ende die „Einheitlichkeit des im Rahmenbeschluss festgelegten Grundrechtsschutzstandards in Frage gestellt wird“, was wiederum „zu einer Verletzung der Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung, die der Rahmenbeschluss stärken soll, führen und daher die Wirksamkeit dieses Rahmenbeschlusses beeinträchtigen“ kann.

<sup>130</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1114 Rn. 31 f.) m. Anm. Gärditz.

<sup>131</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1114 Rn. 31 f.).

<sup>132</sup> So insbesondere die Aussagen in EuGH (Große Kammer), Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Ciprian Vasile Radu) = NJW

hätte der Rahmenbeschluss das Auslieferungsrecht im europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nahezu abschließend determiniert. Dadurch wären die anwendbaren Grundrechtsstandards ebenfalls verbindlich auf die Standards der europäischen Grundrechtssphäre eingeengt worden, denn mit abschließender Harmonisierung des Fachrechts geht laut EuGH eine verbindliche Festlegung des Grundrechtsschutzes auf europäische Grundrechtsgarantien einher.<sup>133</sup>

Aber von der These, dass es keine ungeschriebenen Vollstreckungsausnahmen gebe, wie in „Radu“ und „Melloni“ vertreten, hat sich der EuGH kurz darauf abgewandt und in schneller Folge zahlreiche ungeschriebene Vollstreckungsausnahmen anerkannt. D.h. die These von einer abschließenden Determinierung der Auslieferungsablehnungsgründe in Art. 3 bis 4a RB-EuHB entspricht nicht dem aktuellen Stand der EuGH-Rechtsprechung. Bereits 2013 befand der EuGH im Fall „Jeremy F.“, dass dann, wenn eine spezifische Regelung im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl fehlt, dies nicht automatisch bedeutet, dass eine solche Regelung unzulässig wäre oder dass die Mitgliedstaaten die aus ihrer Sicht gegebene Regelungslücke nicht mit eigenen natio-

2013, 1145 (1147 f. Rn. 36, 38, 40); EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1217 Rn. 38). Siehe auch *Swoboda*, ZIS 2015, 361 (365).

<sup>133</sup> Nach der Melloni-Rechtsprechung dürfen sich die Mitgliedstaaten im harmonisierten Bereich nur auf ihre eigenen Grundrechte berufen, wenn durch deren „Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1217 Rn. 60). Im Urteil Melloni selbst reduzierte der EuGH die Harmonisierungsaussage aber auf den tatsächlich in Artikel 4 lit. a des Rahmenbeschlusses geregelten Ausnahmefall eines Auslieferungsersuchens nach Abwesenheitsurteil. Während in „Radu“ noch wirklich alle Ordre-Public-Ausnahmen zur Vollstreckung des Haftbefehls gemeint schienen, wird hier die Determinierungsreichweite auf den konkret geregelten Fall begrenzt. Vgl. dazu ebenda, Rn. 63: „Könnte sich ein Mitgliedstaat auf Art. 53 der Charta berufen, um die Übergabe einer in Abwesenheit verurteilten Person von der im Rahmenbeschluss 2009/299 nicht vorgesehenen Bedingung abhängig zu machen, dass die Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat einer Überprüfung unterworfen werden kann, um zu vermeiden, dass das Recht auf ein faires Verfahren und die Verteidigungsrechte, wie sie in der Verfassung des vollstreckenden Mitgliedstaats garantiert sind, verletzt werden, würde dies deshalb, indem die Einheitlichkeit des im Rahmenbeschluss festgelegten Grundrechtsschutzstandards in Frage gestellt wird, zu einer Verletzung der Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung, die der Rahmenbeschluss stärken soll, führen und daher die Wirksamkeit dieses Rahmenbeschlusses beeinträchtigen.“

nalen verfassungsrechtlichen Regelungen schließen dürften. Die nationale Regelung dürfe nur die Anwendung des Rahmenbeschlusses nicht vereiteln.<sup>134</sup> In dieser Entscheidung nahm der EuGH auch erstmals Art. 1 Abs. 3 und den Erwägungsgrund 12 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl in den Blick und stellte fest, dass der Rahmenbeschluss „nicht die Pflicht berührt, die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie in Art. 6 EU niedergelegt sind, zu achten“. Erwägungsgrund 12 Absatz 2 wiederum hält fest, dass der „vorliegende Rahmenbeschluss [...] jedem Mitgliedstaat die Freiheit zur Anwendung seiner verfassungsmäßigen Regelung des Anspruchs auf ein ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren, der Vereinigungsfreiheit, der Pressefreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung in anderen Medien“ belässt. Gemeint ist damit, wie der Fall „Jeremy F.“ zeigt, dass dem Mitgliedstaat ein Gestaltungsspielraum für die Ausgestaltung des nationalen Auslieferungsverfahrens verbleibt, das wiederum an eigenen verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen werden kann.<sup>135</sup> Bereits das Urteil „Jeremy F.“ belegte also, dass der Rahmenbeschluss die Bedingungen einer Auslieferung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls nicht in allen Aspekten abschließend geregelt hat. Und spätestens mit den im Kapitel „Grenzen des gegenseitigen Vertrauens“ angesprochenen EuGH-Urteilen Pál Aranyosi und Robert Căldăraru<sup>136</sup>, „ML“<sup>137</sup> und „Celmer“<sup>138</sup> wurde deutlich, dass der EuGH auch ungeschriebene Versagungsgründe in Ableitung aus der EU-GRC anerkennt, „welche (künftiges) Geschehen im Ausstellungsstaat betreffen und im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl keine ausdrücklich Erwähnung finden“.<sup>139</sup> Das heißt, es gibt Vollstreckungsausnahmen, die nicht abschließend im RB-EuHB geregelt sind und ein Mitgliedstaat gelten machen kann, wenn die ernste Gefahr besteht, dass die auszuliefernde Person im Ausstellungsstaat ein unfaires Verfahren erleiden könnte. Es fällt schwer, diese im Laufe der Jahre anwachsende Zahl an ungeschriebenen Ordre-Public-Ausnahme zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, die alle jenseits der in Art. 3 bis 4a RB-RuHB abschließend determinierten Ausnahmeregelungen anzusiedeln sind, als „abschließend determiniertes“ Auslieferungsrecht zu betrachten. Wenn man also die Entwicklung der Rechtspre-

<sup>134</sup> EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (Jeremy Forrest) = BeckRS 2013, 81317 (Rn. 28).

<sup>135</sup> Konkret ging es um die Frage einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 695-46 der französischen Strafprozeßordnung, bezogen auf den Grundsatz der Gleichbehandlung vor den Gerichten und den Anspruch auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf; EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (Jeremy Forrest) = BeckRS 2013, 81317 (Rn. 28).

<sup>136</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (Rn. 82, 88) m. zust. Anm. Böhm = JZ 2016, 617.

<sup>137</sup> EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18-PPU (ML) = NJW 2018, 3161.

<sup>138</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) = BeckRS 2018, 16206.

<sup>139</sup> F. Meyer, StV 2020, 633 (649).

chung des EuGH seit 2013 betrachtet, so ist fraglich, ob die im vorliegenden Beispielsfall geltend gemachte Gefahr einer Verletzung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes im Ausstellungsstaat wirklich als eine Rechtsfrage angesehen werden kann, die europäisch abschließend geregelt ist und damit unter die „Melloni“-Rechtsprechung fällt.

Im Ergebnis kann die Frage, ob das BVerfG heute für solche Ordre-Public-Ausnahmen eine Einordnung in den abschließend determinierten Bereich des Rahmenbeschlusses vornehmen würde, aber dahinstehen, wenn das europäische Sekundärrecht auch für seine gestaltungsoffenen Bereiche deutlich erkennen lässt, dass auf jeden Fall eine Verdrängung des nationalen Grundrechtsschutzes durch europäische Grundrechtsmaßstäbe intendiert war. Das ist möglicherweise geschehen über die Regelung in Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses, der auf die Pflicht verweist, die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu achten, wie sie in Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt sind. Möglicherweise gehören die ungeschriebenen Ordre-Public-Ausnahmen zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zwar nicht zum abschließend determinierten Fachrecht, aber für sie wurde ein auf die Grundrechtecharta bzw. die Grundrechtsgarantien der EU-GRC spezifizierter Grundrechtsstandard vorgesehen. In diesen Fällen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG in „Recht auf Vergessen I“ die Vermutung zugunsten von Grundrechtsvielfalt widerlegt. Soweit es konkrete und hinreichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass bereits das EU-Fachrecht – obwohl in diesem konkreten Bereich gestaltungsoffen – grundrechtlich engere Maßstäbe vorgibt,<sup>140</sup> bleibt nur der Rückgriff auf standardisierte europäische Grundrechtsschutzniveaus.<sup>141</sup>

Insgesamt lautet daher die Lösung auf die Frage, nach welchen Grundrechtsmaßstäben die drohende Gefahr einer erzwingbaren Stimmprobe zu behandeln ist, dass die Antwort den europäischen Grundrechtsmaßstäben der EU-GRC zu entnehmen ist. Ausgehend von der in „Radu“ und „Melloni“ geprägten Vorgabe, dass nationale Grundrechtsstandards im Bereich der Instrumente der gegenseitigen Anerkennung „den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts“ grundsätzlich nicht beeinträchtigen dürfen, wird man bei Ordre-Public-Einwendungen aus dem Bereich des fairen Verfahrens wegen Art. 1 Abs. 3 RB-EuHB von einem spezifisch auf die Garantien aus der europäischen Grundrechtssphäre (Art. 6 EUV) zugeschnittenen Grundrechtsschutz ausgehen müssen. Das bedeutet weiter, dass nach Art. 53 EU-GRC (in der Melloni-Interpretation des EuGH)<sup>142</sup> nationale Grundrechtsgarantien nur insoweit willkommen sind, als sie nicht durch höhere Schutzstandards die Anwendung des Rahmenbeschlusses und das Funktionieren des Systems des Europäischen Haftbefehls gefährden.

---

<sup>140</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (304 Rn. 65).

<sup>141</sup> BVerfG NJW 2020, 300 (304 Rn. 65). *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 (187).

<sup>142</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni/Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215 (1217, Rn. 57 ff., insbesondere Rn. 63 f.).

Wer im geschilderten Beispielsfall einen Fall der „Melloni-Standards“ sieht, der kann von vornherein nur europäische Grundrechtsmaßstäbe heranziehen, denn nach der Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ gilt, dass im determinierten Bereich ausschließlich europäische Grundrechte geprüft werden dürfen. Dagegen wäre, wenn man hier einen gestaltungsoffenen Bereich bei gleichzeitiger Spezifizierung des Grundrechtsschutzstandards auf das europäische Schutzniveau annimmt, die Prüfung deutscher Grundrechte nicht ausgeschlossen. Doch ihr Schutzgehalt dürfte nicht über die Garantien der Grundrechtecharta hinaus reichen, wenn dadurch die Anwendung des Systems der gegenseitigen Anerkennung beeinträchtigt würde. In diesem Fall hätte der spezifische vorgegebene niedrigere Schutzstandard der europäischen Grundrechtssphäre Anwendungsvorrang.

Für die Verteidigung gibt es nun zwei Möglichkeiten, mit dieser Engführung auf die europäischen Grundrechtsstandards umzugehen: Sie kann versuchen, in der Verfassungsbeschwerde spezifische Schutzstandards des deutschen Verfassungsrechts in Art. 47, 48 EU-GRC hineinzuinterpretieren, soweit sich in der Rechtsprechung von EGMR und EuGH jedenfalls Anhaltspunkte für ein vergleichbares Schutzniveau finden lassen. Ist das grundgesetzliche Schutzniveau jedoch deutlich höher als das der Grundrechtecharta, so bleibt nur, unter den erhöhten Anforderungen einer Identitätskontrollrüge eine Verletzung zentraler Aspekte des Schuldgrundsatzes nach Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit den zum Kerngehalt der Verfassungsidentität zählenden Rechtsstaatsprinzipien aus Art. 20 Abs. 3 GG geltend zu machen.

*b) Die erzwingbare Stimmprobe und ihre Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1, 2 EMRK bzw. Art. 47, 48 EU-GRC im Vergleich mit deutschen Schutzstandards des GG gegen Zwang zur Selbstbelastung*

Damit bleibt nur noch zu klären, ob die erzwungene Stimmprobe nach den Maßstäben der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1, 2 EMRK unzulässig wäre bzw. zu einem in seiner Gesamtheit unfairen Verfahren führt. Dieses Ergebnis ist dann mit der Nemo-Tenetur-Rechtsprechung des BVerfG im Bereich Hörproben/Stimmfallen und der Freiheit vom Zwang zur aktiven Selbstbelastung zu vergleichen, das in Deutschland sowohl aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet wird.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> So der Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfGE 56, 37; *B. Kretschmer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 142 Rn. 19. Im Gemeinschuldnerbeschluss beschreibt das BVerfG das Verbot der Selbstbeziehtigung obiter dictum „als eine durch Artikel 2 Abs. 1 i. V. mit Artikel 1 Abs. 1 GG gebotene Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten [...], hinter dem das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten müsse; die Menschenwürde gebiete, dass der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden dürfe“; BVerfGE 56, 37 (49). Deutlicher formuliert das BVerfG dann in BVerfGE 95, 220

Die Besonderheit des Falles besteht darin, dass es nicht um eine klassische Verletzung des Rechts zu schweigen im Sinne eines Geständniszwangs geht und auch nicht um die Verwertung zulässigen Schweigens, um daraus für den Beschuldigten nachteilige Schlussfolgerungen zu ziehen, was in Deutschland bei Teilschweigen<sup>144</sup> und im Ausland sogar zum Teil bei vollständigem Schweigen für zulässig angesehen wird.<sup>145</sup> Vielmehr geht es um den Zwang, durch Abgabe einer Stimmprobe an der eigenen Überführung mitzuwirken, indem man ein eigenes körperliches Merkmal offenbart – namentlich Stimmerkmale wie Klangfarbe, Tonhöhe, Sprachmelodie, der Rhythmus des Sprechens und Atmens. Anders als bei anderen körperlichen Merkmalen wie Größe, Aussehen, Haar- und Augenfarbe, Blutgruppe oder Geschlecht besteht bei diesem Identifikationsvorgehen allerdings die Besonderheit, dass die Stimmerkmale nur durch aktive Mitwirkung des Betroffenen beobachtet werden können. Der Betroffene muss die Beobachtung nicht einfach nur passiv „erdulden“, sondern sie durch einen Willensakt, durch Sprechen eines Textes, ermöglichen. Und dieses Sprechen soll im Beispielsfall mit Zwangsgeldern und Zwangshaft erzwingbar sein.

*aa) Nemo-Tenetur nach Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 1 EU-GRC*

Wo die Garantie gegen den Zwang zur Selbstbelastung in Art. 47 und Art. 48 EU-GRC genau zu verorten ist, ist nicht ganz klar. Einerseits hat der EuGH vor Inkrafttreten der EU-GRC das Recht „nemo tenetur“ als Verteidigungsrecht und damit als Recht unter Art. 48 Abs. 2 EU-Grundrechtscharta eingeordnet,<sup>146</sup> andererseits verortet der EGMR dieses Recht

(241): „Der einzelne solle vom Staat grundsätzlich nicht in eine Konfliktlage gebracht werden, in der er sich selbst strafbarer Handlungen oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss oder in Versuchung gerät, durch Falschaussagen ein neues Delikt zu begehen, oder wegen seines Schweigens in Gefahr kommt, Zwangsmitteln unterworfen zu werden.“ Siehe auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 90. Lfg., Stand: Februar 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187.  
<sup>144</sup> BGH NStZ-RR 2005, 147 (148); ausführlich *Ott*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 163; *Miebach*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 194.

<sup>145</sup> Worin das BVerfG übrigens auch keine Verletzung der Menschenwürde eines in diese Rechtsordnung zu überstellenden Angeklagten gesehen hat; BVerfG JZ 2016, 1113 (1115 f. Rn. 37–41, 43); kritisch *Esser*, StV 2017, 241 (242); die Richtlinie 2016/343 v. 9.3.2016 hat an der Zulässigkeit solcher Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten nichts geändert.

<sup>146</sup> Dort als eines der Verteidigungsrechte, vgl. Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Rn. 31; unter Verweis auf die Einordnung als „Verteidigungsrecht“ in EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-204/00, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P (Aalborg Portland A/S u.a.) = Slg. 2004, I-123, Rn. 64 f. Die EU-GRC als ver-

selbst eher in der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK bzw. bei den allgemeinen Fairnessgarantien aus Art. 6 Abs. 1 EMRK<sup>147</sup>, was übersetzt in die Regeln der EU-GRC für eine Verortung der Garantie gegen Selbstbelastung in einer Kombination von Art. 47 Abs. 2 (fair trial) und Art. 48 Abs. 1 (Unschuldsvermutung) spricht.<sup>148</sup> Egal wo die Verortung genau erfolgt, auch in der Rechtsprechung des EuGH verlangt ein faires Verfahren, dass eine „Schuldfeststellung nicht mit Beweismitteln“ betrieben werden darf, „die durch eine erzwungene aktive Mitwirkung des Beschuldigten gewonnen wurden“ bzw. der Ankläger darf dem Verdächtigen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die er das Vorliegen einer Straftat eingestehen müsste, für die der Ankläger den Beweis zu erbringen hat.<sup>149</sup>

Da es noch keine einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu Stimmproben, Hörfallen oder ähnlichen Vorkommnissen gibt, bleibt nur, über Art. 52 Abs. 3 EU-GRC Zugriff auf die Rechtsprechung des EGMR zu nehmen. Dieser verortet das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Element eines fairen Verfahrens in Art. 6 Abs. 1 und in der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK,<sup>150</sup> konzentriert sich aber vor allem auf den Schutz vor mit staatlichen Zwangs- und Druckmitteln erzwungenen Schuldeingeständnissen und anderen Äußerungen des Beschuldigten, die später zu seinem Nachteil verwendet werden.<sup>151</sup> D.h. inhaltlich geht es dem EGMR im Wesentlichen um den Schutz vor erzwungener Entäußerung von Informationen. Der Schutz umfasst dann auch das Verbot, jemanden durch Zwang zur eigenhändigen Herausgabe

bindliches Primärrechtsdokument gab es damals noch nicht; das Urteil ist weiterhin zu finden unter

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=A5CE33955FFED41714BC95C9F9973E4E?text=&docid=48825&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4384370> (6.1.2021).

<sup>147</sup> EGMR, Urt. v. 8.4.2004 – 38544/97 (Weh v. Österreich) = HRRS 2004 Nr. 459 (Rn. 39); EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereiniges Königreich), Rn. 68.

<sup>148</sup> *Eser/Kubiciel*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Nomos Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 48 Rn. 12.

<sup>149</sup> Abwandlung der EuGH-Formulierung zu „nemo tenetur“ als Verteidigungsrecht im Kartellrecht; zu der Originalaussage: „Daher darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat“, siehe EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – C-374/87 (Orkem/Kommission), Rn. 35; abrufbar unter

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0374&from=HR> (6.1.2021).

<sup>150</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 138.

<sup>151</sup> Vgl. die Fallwiedergabe bei *Lohse/Jakobs*, in: Hannich (Fn. 144), EMRK Art. 6 Rn. 50, oder bei *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 6 Rn. 129.

von Beweismaterial zu nötigen.<sup>152</sup> Aber der Grundsatz Nemo-Tenetur schützt grundsätzlich nicht gegen Zwangseinträge (inklusive der Anwendung von unmittelbarem Zwang), um Atem-, Blut-, Urin- oder Körperegewebeproben zu erhalten, deren Existenz vom Willen des Beschuldigten unabhängig sind.<sup>153</sup> Soweit diese Materialien ohne Zwangseinwirkung vom Beschuldigten gewonnen werden können – etwa durch eine heimliche akustische Stimmprobe, eine Hörfalle – sieht der EGMR hierin keinen Eingriff in das Recht auf Freiheit vor Selbstbelastung.<sup>154</sup>

Anders ist dies jedoch, wenn der zur Sammlung der Identifikationsmerkmale ausgeübte Zwang weit über das hinaus geht, was zur Gewinnung des Probematerials notwendig erscheint, oder wenn der Zwang in seiner Intensität das Maß einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK erreicht.<sup>155</sup> Aber auch bei Zwang, der nicht die Intensität einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nach Art. 3 EMRK erreicht, ist der EGMR bereits zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit eingeschritten, etwa, wenn gezielt Strafverfahren eingeleitet wurden, um den Beschuldigten in anderer Sache zur Herausgabe von Informationen zu motivieren,<sup>156</sup> oder wenn Steuerbehörden, um ihren Verdacht einer Steuerhinterziehung belegen zu können, den Betroffenen mit bußgeldbewehrten Auskunftsansprüchen überzogen, damit der Betroffene endlich selbstbelastende Angaben macht und Beweismaterial zu bislang nur vermuteten Einkünften vorlegt.<sup>157</sup>

In Ibrahim u.a. v. Vereinigtes Königreich<sup>158</sup> betonte der EGMR, dass das Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, vor allem gegen eine (selbstbelastende) Beweisgewinnung durch Druck und Zwang schützt. D.h. für die Zulässigkeit

<sup>152</sup> Im Fall Funke waren das Dokumente, deren Existenz die Zollbehörden nur vermuteten, nicht aber sicher kannten; EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. France), Rn. 44; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 150), § 24 Rn. 138.

<sup>153</sup> EGMR, Urt. v. 11.7.2007 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland) = NJW 2006, 3117 (3124 Rn. 110–115); EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. the United Kingdom), Rn. 69; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 150), § 24 Rn. 138.

<sup>154</sup> EGMR, Urt. v. 25.9.2001 – 44787/98 (P. G. and J. H. v. The United Kingdom): „Insofar as the applicants complained that the way in which the voice samples were obtained infringed their right not to incriminate themselves, the Court considered that the voice samples, which did not include any incriminating statements, might be regarded as akin to blood, hair or other physical or objective specimens used in forensic analysis, to which the right did not apply. There had therefore been no violation of Article 6 § 1.“

<sup>155</sup> EGMR, Urt. v. 11.7.2007 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland) = NJW 2006, 3117 (3124 Rn. 114 f.).

<sup>156</sup> EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. France), Rn. 44.

<sup>157</sup> EGMR, Urt. v. 3.5.2001 – 31827/96 (J. B. v. Schweiz), Rn. 66, 68–69, 71.

<sup>158</sup> EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/0, 40341/98 (Ibrahim u.a. v. The United Kingdom) = NJOZ 2018, 508 (512 Rn. 269).

sigkeit der Beweisgewinnung sind Art und Intensität des angewandten Zwangs entscheidend. Der Druck muss eine „Intensität“ erhalten, „dass er das Recht in seinem Wesen gehalt antastet“.<sup>159</sup> Außerdem ist in der Gesamtbetrachtung wichtig, wofür der gewonnene Beweis verwertet wird.<sup>160</sup> Der EGMR benannte dann aus seiner Rechtsprechung beispielhaft drei Fallgruppen unzulässigen Zwangs:<sup>161</sup>

- Eine Fallgruppe unangemessenen Zwangs ist, „wenn der Beschuldigte unter Anwendung von Sanktionen aussagen muss oder aussagt [...] oder wegen Verweigerung der Aussage bestraft wird“.
- Weiter ist unangemessener Zwang gegeben, „wenn physischer oder psychischer Druck ausgeübt wird, häufig in einer den Art. 3 EMRK verletzenden Art und Weise, um Beweise oder Aussagen zu erhalten“.
- Zuletzt wird eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit bejaht, „wenn Behörden oder Gerichte eine List anwenden, um Informationen zu bekommen, die sie bei der Vernehmung nicht erhalten konnten“. Diesen letzten Fall wird man aber so lesen müssen, dass es hier ausschließlich um Informationsentäußerungsschutz geht und nicht um heimliche Stimmproben. Letztere hat der Gerichtshof in P.G. and J.H. v. The United Kingdom ja für unproblematisch gehalten.<sup>162</sup>

Vorliegend verlangt die Beweisgewinnung die aktive Mitwirkung des Betroffenen durch Anwendung normaler Körperfunktionen, i.e. Sprechen, also keine inhaltliche Informationsentäußerung. Aber die Aktivierung der Stimmuskulatur müsste durch Beugung des Willens des Betroffenen erzwungen werden, konkret durch Ordnungs- oder Bußgelder, die das Schweigen sanktionieren. Mit Blick auf das EGMR-Urteil im Fall J.B. v. Schweiz<sup>163</sup> spricht viel dafür, dass diese Form der Aktivierung des Beschuldigten, an seiner Selbstbelastung mitzuwirken, mit unangemessenem Zwang einhergeht, auch wenn die Intensität der Zwangseinwirkung nicht die einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nach Art. 3 oder 7 EMRK erreicht. Es genügt, dass er für Schweigen bestraft wird.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/0, 40341/98 (Ibrahim u.a. v. The United Kingdom) = NJOZ 2018, 508 (512 Rn. 269).

<sup>160</sup> EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/0, 40341/98 (Ibrahim u.a. v. The United Kingdom) = NJOZ 2018, 508 (512 Rn. 267).

<sup>161</sup> EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/0, 40341/98 (Ibrahim u.a. v. The United Kingdom) = NJOZ 2018, 508 (511 f. Rn. 267).

<sup>162</sup> EGMR, Urt. v. 25.9.2001 – 44787/98 (P. G. and J. H. v. The United Kingdom).

<sup>163</sup> EGMR, Urt. v. 3.5.2001 – 31827/96 (J. B. v. Schweiz), Rn. 60 ff.

<sup>164</sup> So auch *Gaede*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 3/2, 2018, EMRK Art. 6 Rn. 320.

## *bb) Die Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG*

Stimmproben, vor allem erzwungenen Stimmproben, haben in Deutschland keine Rechtsgrundlage. Sie fallen nicht unter § 81b StPO, auch nicht also sonstige „ähnliche Maßnahmen“ im Sinne dieser Vorschrift, da § 81b StPO den Beschuldigten nur verpflichtet, bestimmte Identifizierungsmaßnahmen passiv zu dulden. Die Regelung verpflichtet ihn nicht zur aktiven Mitwirkung an einer Feststellung bestimmter körperlicher Merkmale. Deswegen könnte, selbst wenn eine längere Sprechprobe überhaupt von § 81b StPO als erfasst angesehen werden könnte, diese jedenfalls nicht mit Zwang durchgesetzt werden.<sup>165</sup> Auch die Rechtsgrundlagen nach § 100a oder 100f StPO, also die Regelungen zur Telefon- oder akustischen Wohnraumüberwachung, sind bei erzwungenen (anstatt heimlichen) Stimmproben nicht einschlägig. Insgesamt kann eine Stimmprobe zur Stimmenanalyse und zum Stimmenvergleich in der vorliegenden Konstellation in Deutschland nur mit Zustimmung des Beschuldigten gewonnen werden.<sup>166</sup>

Mit der Feststellung, dass eine Rechtsgrundlage für diesen Zwangseingriff fehlt, ist eigentlich auch schon entschieden, dass eine solche Maßnahme mangels Rechtsgrundlage das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzen würde. Allerdings ist weiter zu prüfen, ob der Gesetzgeber nicht doch eine zulässige Rechtsgrundlage für entsprechende Eingriffe schaffen könnte, wenn nicht das grundgesetzliche Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung im Strafverfahren hierfür absolute Grenzen setzt.

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit beruht auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und ist im Rechtsstaatsprinzip, im Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verankert.<sup>167</sup> Laut BVerfG darf „im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden [...], sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu beziehen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen“.<sup>168</sup> Ein Zwang zur Selbstbeziehung berührt die Menschenwürde.<sup>169</sup> Der Beschuldigte muss „frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt“.<sup>170</sup> Auf keinen Fall darf er unter Zwang geraten, durch eine eigene Aussage „die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder

die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“.<sup>171</sup>

Diese Formulierungen zeigen, dass eine erzwingbare Stimmprobe im Strafverfahren selbst bei gesetzlicher Eingriffsregelung verfassungsrechtlich nicht tragbar wäre. Das Nemo-Tenetur-Gebot verbietet ein entsprechendes Vorgehen. Eine solche Regelung wäre zudem mit dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und mit Kernprinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar, so dass bei Rückgriff auf deutsches Verfassungsrecht hier sogar eine Identitätskontrollrügen erhoben werden könnte.

## *3. Zusammenfassung der Ergebnisse zu den Prüfungsmaßstäben im Beispielsfall*

Für die Verteidigung im fiktiven Beispielsfall gilt damit zusammengefasst: Hinsichtlich der Frage eines maßgeblichen Inlandstatbezugs genügt die Erhebung einer einfachen Verfassungsbeschwerde über die Verletzung von Art. 16 Abs. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Nach bisheriger Rechtsprechung des BVerfG entstammt diese Rechtsfrage einem europarechtlich nicht abschließend determinierten Fachbereich und es ist auch nicht zu erwarten, dass das BVerfG diese Zuordnungsfrage nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegt.

Hinsichtlich der Problematik der in Belgien mutmaßlich erzwingbaren Stimmprobe ist dagegen nach allen erprobten Alternativen eine Grundrechtsrüge unter Geltendmachung europäischer Grundrechtsmaßstäbe zu erheben, konkret die Rüge einer Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit unter Art. 47 Abs. 2 EU-GRC (fair trial) und Art. 48 Abs. 1 EU-GRC (Unschuldsvermutung). Diese Rechtsfrage entstammt entweder einem vollständig determinierten Bereich des Auslieferungsrechts oder sie fällt doch zumindest in einen Bereich von Rechtsfragen, für den das europäische Recht die ausschließliche Geltung europäischer Grundrechte-standards vorschreibt. In der Rüge ist, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR in Ibrahim u.a. v. Vereinigtes Königreich, vor allem darauf abzustellen, dass der drohende Zwang zur Mitwirkung an der Selbstüberführung unangemessen (improper) ist, weil „der Beschuldigte unter Anwendung von Sanktionen aussagen muss oder aussagt [...] oder wegen Verweigerung der Aussage bestraft wird“.<sup>172</sup>

Zu beachten ist bei der Formulierung der Rüge, dass der EuGH die Maßstäbe der EGMR-Rechtsprechung nicht eins zu eins übernimmt. Die vorgefundene EGMR-Rechtsprechung muss in die zweistufige Gefährdungsprüfung aus Pál Aranyosi und Robert Căldăraru<sup>173</sup> übertragen werden. Danach ist im ersten Schritt darzulegen, dass „objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben“ über das „Vorliegen systemischer oder allgemeiner“ Mängel exis-

---

<sup>165</sup> BGHSt 34, 39 (45 ff.).

<sup>166</sup> Trick, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 1, 2014, § 81b Rn. 9.

<sup>167</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1114 f. Rn. 34).

<sup>168</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1115 Rn. 35), unter Verweis auf BVerfGE 109, 279 (324); 133, 168 (201) = NJW 2013, 1058 (1061 Rn. 60).

<sup>169</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (111, Rn. 35), unter Verweis auf BVerfGE 56, 37 (41 f.) = BVerfG NJW 2005, 352.

<sup>170</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1115 Rn. 35), unter Verweis auf BVerfGE 133, 168 (201) = NJW 2013, 1058 (1061 Rn. 60).

---

<sup>171</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1115 Rn. 35).

<sup>172</sup> EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/0, 40341/98 = NJOZ 2018, 508 (511 f. Rn. 267).

<sup>173</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (Rn. 82, 88).

tieren, und zwar dahingehend, dass im Ausstellungsstaat des Europäischen Haftbefehls generell aufgrund der Gesetzeslage eine erhebliche Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit droht. Sobald solche Anhaltspunkte vorliegen, muss die Auslieferungsbehörde in einem zweiten Schritt „konkret und genau prüfen, ob es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass der Betroffene aufgrund der Bedingungen seiner beabsichtigten Inhaftierung im Ausstellungsmitgliedstaat einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird“.<sup>174</sup> Im konkreten Fall müssten die Auslieferungsbehörden zumindest durch Nachfrage bei den zuständigen ausländischen Strafverfolgungsbehörden in Erfahrung bringen, ob dem Beschuldigten die befürchtete erzwungene Stimmprobe auch konkret in seinem Strafverfahren droht. Obwohl eine solche Beweiserhebung im Beispielsfall nahe liegt, ist nicht ausgeschlossen, dass die Behörden wegen der Existenz anderer Beweismittel, etwa eines Geständnisses des Haupttäters oder weiterer Zeugenaussagen, auf diesen problematischen Beweis verzichten. Der Verzicht auf das Erzwingen einer Stimmprobe kann auch Gegenstand einer Zuschreibung sein, die von den deutschen Behörden zur Bedingung für die Auslieferung gemacht wird. Zu erwähnen ist insoweit daran, dass das Ziel des EuGH grundsätzlich im Gelingen der Rechtshilfe liegt. Insoweit kann auf dieses kommunikative Vorgehen nicht verzichtet werden.

## V. Fazit

Insgesamt haben die beiden Entscheidungen des *Ersten Senats* zum Recht auf Vergessen I und II die Erhebung von Verfassungsbeschwerden gegen eine Auslieferung im europäischen Rechtsraum deutlich vereinfacht. Die Verfassungsbeschwerde braucht nicht mehr den Anforderungen einer Identitätskontrollrüge zu genügen, also nicht mehr eine Verletzung der „nach dem Grundgesetz unabdingbaren und von der Garantie der Menschenwürde nach Artikel 1 Abs. 1 GG umfassten Verteidigungsrechte“<sup>175</sup> geltend machen, sondern kann – so wie vor dem Beschluss des *Zweiten Senats* des BVerfG vom 15.12.2015 wieder auf den ausdifferenzierten Grundrechtsschutz der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Auslieferungsrecht zurückgreifen. Die vom *Zweiten Senat* im Beschluss vom 15.12.2015 verlangte Engführung der Rüge auf die Menschenwürde, einschließlich des Vortrags, dass infolge der Menschenrechtsverletzung der Identitätskern der Verfassung nach Art. 79 Abs. 3 GG betroffen ist, wird jetzt nur noch relevant, wenn die Verfassungsbeschwerde eine Rechtsfrage aus einem europarechtlich abschließend determinierten Fachbereich betrifft. Dann sind ausschließlich europäische Grundrechtsstandards zu rügen, die aber möglicherweise deutlich hinter dem deutschen Schutzniveau des GG zurückbleiben. Wenn diese Schutzstandards so gering ausfallen, dass es die Menschenwürde

oder die für die Wahrung der Verfassungsidentität unerlässlichen demokratischen Grundprinzipien aus Art. 20 Abs. 3 GG berührt, muss die Verteidigung als „Backup“ die Identitätskontrollrüge erheben.

Die Substantiierungslasten für die Verteidigung sind aber insgesamt gestiegen, und zwar vor allem deswegen, weil viele Details dazu, wann und wie die Grundrechte der EU-GRC per Verfassungsbeschwerde justizierbar werden, vom BVerfG nicht ausbuchstabiert wurden. So hat die Verteidigung neben der Formulierung der umstrittenen Rechtsfrage weiterhin die Last zu klären, aus welchem Bereich die umstrittene Frage stammt, ob aus einem europarechtlich abschließend determinierten Bereich oder in einem Bereich, der zumindest auf die ausschließliche Anwendung von Grundrechtsstandards aus der europäischen Sphäre zugeschnitten ist. Sie hat auch die Last der Darlegung, wenn es zwar um den gestaltungsoffenen Bereich geht, aber die europäischen Grundrechtsschutzstandards ein höheres Schutzniveau erreichen als die des GG und deswegen die Vermutung, dass mit den deutschen Schutzstandards zugleich Grundrechtsschutz nach europäischen Maßstäben geleistet wird, widerlegt ist.

Die vor dem BVerfG geltend gemachten europäischen Grundrechtsstandards müssen zudem bereits in der fachgerichtlichen Verhandlung hinreichend zur Überprüfung gestellt worden sein, gegebenenfalls auch unter Verlangen einer Vorlage zum EuGH nach Art. 267 AEUV. Leider hat das BVerfG offengelassen, ob das Fachgericht als letztinstanzliches Gericht bei Fragen zur Interpretation der EU-GRC weiterhin vorlagepflichtig ist, wenn doch auch das BVerfG diese Fragen nun erörtern und gegebenenfalls selbst dem EuGH vorlegen kann.<sup>176</sup> Für die Verteidigung aber erleichtert eine Vorlage in höchster Fachinstanz die Substantiierungslast enorm, gerade auch dann, wenn die Vorlage zum EuGH keine der Verteidigung günstigen Ergebnisse erbringt, aber dadurch erkennbar wird, dass die Grundrechtsschutzstandards der europäischen Sphäre so deutlich hinter denen des GG zurückbleiben, dass eine Identitätskontrolle angeraten ist.

Neben dem Problem der Substantiierungslast und der Frage, was das BVerfG eigentlich meint, wenn es z.B. „konkrete und hinreichende Anhaltspunkte“ zur Widerlegung der Vermutung zugunsten europäischer Grundrechtsvielfalt verlangt, bleibt dann noch die Ungewissheit, wie viel von dieser Rechtsprechung eigentlich vom EuGH mitgetragen wird. Die Einordnung einer Rechtsfrage in den determinierten oder nicht determinierten Bereich ist eine Entscheidung, die eigentlich nicht in die Zuständigkeit des BVerfG fällt und vielleicht nicht einmal im Interesse des EuGH liegt; und weder BVerfG noch EuGH haben für die Abgrenzung zwischen determiniertem und Spielraumbereich handhabbare Kriterien bereitgestellt. So verwundert in der hier untersuchten Rechtsprechung des BVerfG, wenn der *Zweite Senat* des BVerfG auch ungeschriebene Vollstreckungsausnahmen zum RB-EuBH generell als Rechtsfragen aus einem abschließend determinierten Rechtsbereich bezeichnet.<sup>177</sup> Eigentlich kann das Fehlen jeder

<sup>174</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) = NJW 2016, 1709 (1712 f. Rn. 92–94, 104) – bezogen auf mangelhafte Haftbedingungen im Ausstellungsstaat.

<sup>175</sup> So der Maßstab bei BVerfG JZ 2016, 410 (411 Rn. 34); kritisch Schönberger, JZ 2016, 422 (423).

<sup>176</sup> Dazu BVerfG NJW 2020, 314 (320 Rn. 73).

<sup>177</sup> BVerfG JZ 2016, 1113 (1114 Rn. 31 f.) m. Anm. Gärditz.

Regelung im RB-EuHB doch nur bedeuten, dass der europäische Gesetzgeber die Frage gar nicht bedacht hat.

Insgesamt ist das Spielfeld der Verfassungsbeschwerde für Verteidiger unübersichtlicher geworden. Es bleibt nur zu raten, jede Rüge von Grundrechten der EU-GRC hilfsweise mit Ausführungen zum Schutzstandard des GG abzusichern und umgekehrt und gegebenenfalls auch eine Rüge des Identitätskerns des Grundgesetzes anzufügen. Letzteres wird sich dann anbieten, wenn bereits die fachgerichtliche Diskussion zeigt, dass das Fachgericht von einer europarechtlich abschließend determinierten Rechtsfrage ausgeht, aber der zugehörige europarechtliche Schutzstandard diffus bleibt. Für diese Diffusität gibt es viele Ursachen. Es kann Vorbildrechtsprechung des EGMR fehlen oder das Grundrecht der EU-GRC findet keine hundertprozentige Entsprechung in der EMRK. Dann ist nicht einmal sicher, inwieweit der EuGH sich an der Rechtsprechung des EGMR orientieren wird. In Auslieferungsfällen hat er die beim EGMR vorgefundenen Prüfungsinhalte bereits methodisch durch eine Zwei-Stufen-Prüfung verfremdet. Und das wird sicher nicht der einzige Bereich bleiben, in dem eine solche Verfremdung zugunsten der europäischen Integrationsinteressen erfolgt.